

EDIÇÃO 2 OUT-NOV/2020

GRALHA AZUL

PERIÓDICO CIENTÍFICO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA



TJPR

2ª Vice
Presidência

Conselho Editorial

Desembargador José Laurindo de Souza Netto - Editor-Chefe

Desembargador Jorge de Oliveira Vargas

Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha

Desembargador Luiz Osório Moraes Panza

Desembargador Octávio Campos Fischer

Desembargador Roberto Portugal Bacellar

Desembargador Mário Luiz Ramidoff

Desembargadora Priscilla Placha Sá

Juiz de Direito em 2º Grau Anderson Ricardo Fogaça

Juiz de Direito André Carias de Araujo

Coordenação Editorial

Leonardo de Andrade Ferraz Fogaça

Supervisão Editorial e Jornalista Responsável

Marilia Seeling de Oliveira

Revisão

Adriane Garcel

Karen Paiva Hippertt

Editores e Layout

Fabiana Martins Budel

Revista Galha Azul: Periódico Científico da 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná / Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e. 2. v.1, n. 1, Curitiba, out-2020/nov-2020.

Bimestral

ISSN

Disponível em: www.tjpr.jus.br/revista-gralha-azul

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal de Justiça – Paraná.

CDU: 340

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a devida citação.

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

SUMÁRIO

EDITORIAL	3
ARTIGOS	
DIREITO À PRIVACIDADE X DIREITO À INFORMAÇÃO: NOVOS APORTES PARA O DEBATE BRASILEIRO	5
Autor(es): Rodrigo Fernandes Lima Dalledone, Igor Pires Gomes da Costa	
PROCESSO PENAL BRASILEIRO EM TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA: NOVAS INTERFACES ENTRE GARANTIAS E ALTERNATIVAS PENAS	11
Autor(es): José Laurindo de Souza Netto, Anderson Ricardo Fogaça, Laís Gorski, Mariele Zanco Laismann	
MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRIBUTÁRIOS	19
Autor(es): José Laurindo de Souza Netto, Gustavo Calixto Guilherme, Adriane Garcel	
A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL: ENTRAVES E PERSPECTIVAS	28
Autor(es): Isabella Ivankio, Lucas Manoel Gouveia Bittebir	
A RELAÇÃO COLABORATIVA ENTRE ARBITRAGEM E PODER JUDICIÁRIO	39
Autor(es): Luisa Doria de Oliveira Franco	
PROJETO DE LEI DA OBRIGATORIEDADE DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: MUDANÇA CULTURAL E IMPACTO INSTITUCIONAL	47
Autor(es): Fabio Mello Fagundes, Marcelo Mello Fagundes	
EFETIVIDADE DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO JUNTO AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ	55
Autor(es): Beatriz Scherpinski Fernandes, Cristina Maiko Oishi do Amaral Campos Okuma, Gabriel Cavalcante Cortez, Pâmela Paulino Gonçalves	
A MEDIAÇÃO NA GRADUAÇÃO DOS MEDIADORES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ	66
Autor(es): Isabele Dellê Volpe	
ALIENAÇÃO PARENTAL E A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA AO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR	76
Autor(es): Alessandra Cristina Kszan Pancera, Roberta Sandoval França Nogarolli	
A RESSIGNIFICAÇÃO DO DANO MORAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE A VIOLAÇÃO ESTATAL DO DIREITO À PRIVACIDADE	84
Autor(es): José Sebastião Fagundes Cunha, Osmar Gomes Junior, Thierry Chozem Zamboni Kotinda	
TEXTO DE OPINIÃO	
O CONFLITO COMO INSTRUMENTO PARA PAZ	92
Autor(es): Vergilio E. Floriani Jr.	

EDITORIAL

O Sistema Estadual de Juizados Especiais do Estado do Paraná, vinculado à 2ª Vice-Presidência do TJPR é um dos mais importantes instrumentos de facilitação do acesso à Justiça para o cidadão. Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais promovem a pacificação social e antecipam um modelo de exercício de poder que hoje é albergado com, a denominada, Justiça Restaurativa.

A profilaxia social exercida pelos Juizados Especiais promove a solução expedita de questões sociais candentes ao cidadão, no seu cotidiano, nas relações de caráter permanentes quando a harmoniosa convivência é ainda mais necessária, afastando o dissenso das condenações pela conciliação e evitando a agravamento das tensões que, não poucas vezes redundam em homicídios, agressões e outros desatinos.

Por tais fundamentos é de transcendental relevância a reflexão decorrente não apenas dos aspectos teóricos da academia, mas da experiência diuturna no exercício da judicatura, com preparo psicológico, conhecimento das condutas de ouvir sem interromper, aquilatar os reais valores que se encontram em discussão, não apenas nos aspectos econômicos, mas éticos, morais e valores que albergam a alma do cidadão.

O sacerdócio de ser Juiz de Direito Supervisor e de integrar as Turmas Recursais do Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais exige preparo especial e formação continuada diante das mazelas sociais que se apresentam a cada dia.

Em semelhante cenário, a publicação de um periódico cujo desiderato é enfrentar temas de complexidade de formas de resolução dos conflitos, promover a integração de pessoas, partilhar conhecimento e experiências, dentre outros fatores, significa um instrumento eficiente, importante e não se pode deixar de dizer, imprescindível ao aprimoramento da prestação jurisdicional.

A Revista Galha Azul é o instrumento disponível que se compromete a dar e a conhecer as experiências e reflexões dos aficionados pela Justiça. Portanto, é dever de cada um contribuir, escrever, publicar, questionar, sugerir e apresentar propostas de aprimoramento.

A iniciativa do Desembargador José Laurindo de Souza Neto coroa sua gestão na 2ª Vice-Presidência do TJPR.

Participe! Escreva! Publique!

Contamos com a contribuição de todos.

José Sebastião Fagundes Cunha¹

Editor da Revista Galha Azul

¹ José Sebastião Fagundes Cunha é Desembargador do TJPR, atualmente Presidente da 3ª Câmara Cível pela 3ª vez consecutiva, Pós-doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná, Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenador Geral Pedagógico do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais e Professor Visitante do Doutorado na Universidade Estadual do Norte Pioneiro. Pesquisador do CNPq.

ARTIGOS

DIREITO À PRIVACIDADE X DIREITO À INFORMAÇÃO: NOVOS APORTES PARA O DEBATE BRASILEIRO

RIGHT TO PRIVACY X RIGHT TO INFORMATION: NEW CONTRIBUTIONS TO THE BRAZILIAN DEBATE

Rodrigo Fernandes Lima Dalledone¹ Igor Pires Gomes da Costa²

O direito "à vida privada", insculpido no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, por representar um anteparo entre a esfera individual e o escrutínio público, sempre esteve sujeito a constantes colisões com o direito à informação, não havendo uma solução a priori para os conflitos daí decorrentes. A situação passou a apresentar complexidade crescente com o incremento de tecnologias que vão, paulatinamente, erodindo as cidadelas edificadas em torno do indivíduo, que, de forma voluntária ou não, passa a compor a entourage de um grande espetáculo que tem como palco toda a sociedade. O que o artigo pretende, portanto, é revisar os principais aspectos teóricos da questão, à luz das inovações trazidas pela Lei 13.709/2018, que "dispõe sobre a proteção de dados pessoais", com o exame de um julgado do Superior Tribunal de Justiça que equacionou de maneira extremamente engenhosa a proteção de dados pessoais e o direito à privacidade.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direito à privacidade. Liberdade de Informação. Lei 13709/2018. Superior Tribunal de Justiça.

The "right to privacy", inscribed in article 5, item X, of the Brazilian's Constitution, represents a shield between the individual sphere and public scrutiny, and has always engaged collisions with the "right to information", being sure that there is no easy solution to these conflicts. This scenario has become increasingly complex with the development of technologies that gradually erode the walls of citadels built around the individuals, which, voluntarily or not, composes the entourage of a great spectacle that has as stage the whole of society. This article intends to review the main theoretical aspects of the issue, in light of the innovations brought by the Law 13709/2018, which "deals with the protection of personal information", including the analysis of a precedent of the Brazilian Superior Court of Justice, which has created an extremely ingenious way to balance the protection of personal information and the right to privacy.

Keywords: Fundamental Rights. Right to privacy. Freedom of information. Law 13709/2018. Superior Court of Justice.

1 Juiz de Direito Substituto em 2º Grau (TJPR). Mestre e doutorando em Direito do Estado pela UFPR. E-mail: rfdalledone@gmail.com.

2 Procurador do Estado do Paraná. Master II em Direito Público pela Universidade de Nantes, França. Mestrando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná. E-mail: igor_pires@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Conquanto seja por natureza gregário, o ser humano necessita de momentos de isolamento e contemplação, do afastamento dos olhares de seus semelhantes e do convívio social.

George Duby destaca que, conquanto o conceito de "vida privada" tal como conhecemos atualmente só tenha adquirido consistência no Século XIX, todas as culturas da civilização ocidental concebiam a existência, em oposição ao espaço público, de "uma zona de imunidade oferecida ao recolhimento", na qual "encontra-se o que possuímos de mais precioso, pertencente somente a nós mesmos, que não diz respeito a mais ninguém, que não deve ser divulgado (...)" (DUBY, 2010, p. 10) E a corroborar a constatação, basta que voltemos os olhos para o artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.¹

O problema da privacidade é um dos mais atuais com o qual nos deparamos, pois que a reserva e a solidão parecem incompatíveis com esta era de evolução tecnológica, na qual as comunicações ocorrem em tempo real, a vigilância é ampla e ininterrupta, e a informação se tornou algo fugidio, insuscetível de controle. A esse respeito Castells fala num sistema de informações unificado, que utiliza uma "língua universal digital", e no crescimento exponencial de redes interativas de computadores, "criando novas formas e canais de comunicação, moldando a vida e, ao mesmo tempo, sendo moldadas por ela" (CASTELLS, 2002, p. 40).

Soma-se a isso um quadro em que o recesso e a introspecção são vistos com desconfiança, e pessoas parecem ávidas por partilhar todos os seus momentos em busca da validação alheia.

Por outro lado, a democracia pressupõe a informação e a transparência, sob pena de que o arbítrio e o totalitarismo vão, paulatinamente, ganhando espaço.

Com efeito, é o livre trânsito de ideias que possibilita um debate amplo e plural, capaz de permitir que as pessoas formem suas próprias convicções e façam suas escolhas, influenciando a criação de uma vontade coletiva (DWORKIN, 2011, p. 381). E apenas num ambiente em que vigore o livre mercado de ideias haverá possibilidade de efetiva alternância de poder.

Esse é, pois, o desafio que se apresenta aos operadores do direito: o de conciliar dois valores que, em última análise são imiscíveis, mas sem os quais não se pode construir uma sociedade "livre, justa e solidária" (CR, art. 3º, inc. I).

2. O DIREITO À PRIVACIDADE

O artigo 5º, inciso X, da Constituição da República reconhece a inviolabilidade da "intimidade e da vida privada", assegurando o direito de ressarcimento dos danos decorrentes de sua violação.

O tema não prescinde de uma prévia delimitação conceitual.

É que o signo "vida", designativo de um "conjunto de atividades humanas que caracterizam um grupo social",² é

qualificado pela circunstância de ser "privada", o que pode ser examinado sob dois aspectos diversos.

O adjetivo em análise pode ser considerado como antítese do que é "público", assim entendido como um local onde predomina a transparência e a igualdade. Assim, o privado corresponderia ao que é restrito, à "esfera da interioridade e da autonomia individual" (MIGUEL, 1999, p. 27-28) estando diretamente relacionado à liberdade e à delimitação de um espaço de autorregulação de interesses (MIRANDA, 1983, p. 126).

Sob o aspecto do indivíduo destinatário da proteção, o privado corresponderia àquilo que lhe é interior, ou seja, "o que há de mais singular, secreto, misterioso e incomunicável." (SILVA, 1997, p. 202-203). Trata-se, portanto, da noção de intimidade.

Daí decorre que a noção de privacidade é mais ampla, por considerar o sujeito sob a ótica relacional, em convivência com os demais (basta que se pense no direito ao nome e à imagem), ao passo que a intimidade está restrita a aspectos eminentemente individuais e anímicos (pudores, crenças, preferências, etc.).

Tércio Sampaio esclarece que, por ser um conceito relacional, a privacidade envolve algum grau de publicidade, e acrescenta que "no recôndito da privacidade se esconde pois a intimidade. A intimidade não exige publicidade porque não envolve direitos de terceiros" (FERRAZ JUNIOR, 1992, p. 71).

Aqui se pode recorrer à teoria das esferas de proteção, segundo a qual o direito à privacidade lato sensu está submetido a três círculos protetivos concêntricos, de intensidade decrescente: a *esfera interna*, que corresponde ao âmbito mais íntimo da liberdade humana, que pode estar acobertada pelo segredo (do qual são exemplos o direito à intimidade e as liberdades de manifestação de pensamento, de consciência e de crença – art. 5º, incs. IV, VI e X); a *esfera privada ampla*, que abarca todas as questões relacionadas à autonomia do indivíduo enquanto integrante da sociedade (como, dentre outros, o direito à honra, ao sigilo de correspondência e a liberdade de profissão – art. 5º, incs. X, XII e XIII); a *esfera pública*, que engloba tudo que não esteja inserido nas anteriores (ALEXY, 1977, p. 172-173).

Para fins de exposição, contudo, seguindo a trilha indicada por René Dotti, intimidade e privacidade serão empregadas indistintamente, na perspectiva de são partes incidíveis de um único direito, que decore diretamente da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), e que assegura não apenas o resguardo, a solidão e a autodeterminação, mas também a "possibilidade de manter fora do conhecimento de terceiros e do público em geral certos aspectos integrantes da esfera de cada um" (DOTTI, 1980, p. 74).

Em sentido próximo, William Prosser destaca que o direito à privacidade busca preservar a esfera jurídica do sujeito das seguintes espécies de violação, que só têm em comum a interferência naquilo que o Juiz Cooley chamou de "o direito de estar só": a) invasão ao sossego, à solidão ou aos interesses pessoais; b) revelação de fatos privados emba-

¹ "Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem

ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei."

² Definição retirada do dicionário Houaiss da língua portuguesa.

raçosos; c) publicidade negativa; d) apropriação indevida do nome ou da imagem (PROSSER, 1960, p. 389).

Ao enfatizar o segundo aspecto, José Adércio Sampaio assinala que o direito à intimidade diz em última análise com o controle e seleção do fluxo de dados privados que o indivíduo recebe e emite, bem como do uso posterior destes *outputs* informacionais (SAMPAIO, 2013, p. 281-282).

3. DIREITO À INFORMAÇÃO E OS APORTES DA LEI 13.709/2018

O direito à informação se apresenta sob duas faces: a primeira consiste no *direito de informar*, isto é a prerrogativa de comunicar de maneira não violenta algo a outrem, como decorrência direta do direito de liberdade de expressão (art. 5º, incs. IV e IX); a segunda, consiste no *direito de ser informado*, isto é, de receber mensagens, ideias e dados, seja por terceiros, pelos meios de comunicação ou pelo próprio Estado (arts. 5º, incs. XIV e XXXIII; art. 37, § 3º, II; e 220, *caput*).

Já foi assinalado que a liberdade informacional é requisito para um regime democrático e, “[t]odo e qualquer conteúdo de mensagem encontra-se *prima facie* salvaguardado constitucionalmente, por mais impopular que seja” (SARMENTO, 2013, p. 256).

Como qualquer direito fundamental, todavia, a liberdade de informação não é absoluta, encontrando limites expressos no próprio texto constitucional, como nos casos de sigilo das comunicações pessoais (art. 5º, inc. XII), das fontes jornalísticas (art. 5º, inc. XIV), do exercício de determinadas profissões, e do sigilo “imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5º, XXXIII). Há, ainda, os casos de “segredo de justiça” no âmbito dos processos judiciais (art. 93, inc. IX).

Além disso, há possibilidade de colisão entre o direito à informação e o direito à privacidade, a demandar a tarefa de ponderação dos valores em conflito.

E nisso reside a principal dificuldade na classificação de informações como privadas, pois,

ressalvados aqueles casos em que há um amplo consenso social acerca de certos temas que são considerados emanações da própria individualidade (orientação sexual, opções religiosas, arranjos familiares, p. ex.), há uma zona gris que inviabiliza uma definição prévia de temas submetidos a reserva, pelo que “apenas as peculiaridades de cada situação e a associação de outros elementos fornecem soluções de concretização” (SAMPAIO, op. cit., p. 282).

Nessa seara a Lei 13.709/2018 fornece um elemento relevante para a resolução de controvérsias que envolvam o direito à privacidade.

É que, conquanto a lei não se aplique ao tratamento³ de dados particulares realizados por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos, e nem para fins exclusivamente jornalísticos ou artísticos (art. 4º, incs. I e II, “b”), acaba por definir *dado pessoal sensível* como aquele “sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.”

Em tais hipóteses, portanto, a *sensibilidade* que qualifica a informação está a indicar uma profunda relação com o direito à privacidade, recomendando ao intérprete mais cautela na ponderação dos valores em conflito.⁴

A par disso, alguns critérios foram desenvolvidos em sede jurisprudencial para definir a preponderância dos direitos incidentes em um caso concreto na hipótese de colisão.

O primeiro deles: o válido consentimento do titular do direito (ou de seu representante legal) torna lícita a divulgação da informação, uma vez que nessa hipótese o próprio beneficiário abriu mão da tutela fornecida pelo ordenamento jurídico. Aqui não está em causa a renúncia plena ao direito, mas autolimitações específicas, (CANOTILHO, 1998, p. 423-424 e BRANCO 2012, p. 322) cuja viabilidade inclusive foi reconhecida pelo artigo 11, inciso I, da mencionada Lei 13.709/2018.

³ A lei define a atividade de tratamento como “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;” (art. 5º, inc. X).

⁴ A despeito de no julgamento da ADPF 130 (Pleno, Rel. Min. Carlos Brito, j. 30.04.2009) o Supremo Tribunal Federal ter proclamado a existência de um Juízo de ponderação feito diretamente em âmbito constitucional que reconhece a preponderância dos valores inerentes à liberdade de imprensa sobre o “bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada”, de modo que “antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras”, a questão aqui é um pouco diversa, já que a rigor os dados pessoais sensíveis só poderiam estar submetidos a ampla e irrestrita divulgação na eventualidade de, como consignado pelo insigne relator, possibilitarem “a revelação e o controle de praticamente todas as coisas respeitantes à vida do Estado e da sociedade” (grifos no original). Com efeito, toda a construção realizada pelo Pretório Excelso teve como premissa que a imprensa livre é fundamento de um regime democrático, na medida em que fornece

uma “alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade”, sendo forçoso reconhecer que, como regra geral, os informes legalmente classificados como sensíveis têm (ou deveriam ter) importância restrita ao âmbito individual, não afetando a gestão da res publica ou a convivência coletiva. Nesse sentido, aliás, o mesmo Supremo Tribunal Federal decidiu que “[a]s liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral.” (Pleno, RE 511.961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, por maioria, j. 17.06.2009 – sem grifos no original). Em sede doutrinária, o Ministro relator já havia registrado que “(...) a Constituição brasileira, tal como a Constituição alemã, conferiu significado especial aos direitos da personalidade, consagrando o princípio da dignidade da pessoa humana como postulado essencial da ordem constitucional, estabelecendo a inviolabilidade do direito à honra e à privacidade e fixando que a liberdade de expressão e de informação haveria de observar o disposto na Constituição, especialmente o estabelecido no art. 5º, X.” (MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. In. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 96).

O segundo critério, que estabelece a preponderância do direito à informação sobre o direito à privacidade, está relacionado à pessoa do sujeito. Isso porque os agentes públicos, em razão das missões que desempenham, têm um âmbito de proteção à intimidade mais restrito, uma vez que suas condutas privadas podem de alguma forma impactar suas atividades profissionais, tornando-se um fator relevante para o controle social.

Por fim, atividades desempenhadas em locais públicos, potencialmente expostos a terceiros, igualmente não estão acobertados pela previsão do artigo 5º, inciso X, da Constituição da República.

Calha fazer referência ao seguinte trecho do voto da Min.^a Carmen Lúcia no julgamento da ADI 4815 (no qual foi afastada a necessidade de autorização prévia para publicação de biografias), por ser representativo dos dois últimos pontos abordados:

(...). 53. Sejam como forem consideradas e conceituadas intimidade e privacidade, duas observações se impõem para os fins de interpretação das normas civis questionadas e sua compatibilidade com esses direitos constitucionalmente assegurados.

(...)

A segunda respeita à esfera de sua definição, que não é a mesma para todos, pois o maior ou menor resguardo de espaço indevassável da vida pessoal aos olhos dos outros altera-se de acordo com a escolha feita pelo sujeito de direito a submeter-se a atividade que a) componha, ou não, os quadros de agentes das instituições estatais, sujeitas estas à transparência plena para ciência e controle dos cidadãos. Vem dos Antigos que aquele que não se quer expor ao público há de se manter nos umbrais da porta de casa, em cujo espaço, naquele período histórico, era sinônimo de segredo; b) promova as suas atividades em público e para o público, do qual extraia a sua condição profissional e pessoal, difíceis como são os lindes de uma e outra quando o nome, a profissão ou a função extraem do público o seu desempenho e do qual dependa o seu êxito. Quem busca a luz não há de exigir espaço intocado de sombra; ou c) extraia ou retire dos cidadãos, pelo exercício de sua função ou atividade, os ganhos materiais, profissionais ou de reconhecimento, com os quais se dá a viver, pelo que há de ser por eles conhecido. (...)

4. UM EXEMPLO DE CONCORDÂNCIA PRÁTICA: O JULGAMENTO DO RESP 1.660.168/RJ

Uma ex-candidata de um concurso público de ingresso na carreira da magistratura do Rio de Janeiro realizado há mais de uma década, que fora afastada do certame em razão de suspeita de fraude, insurgiu-se contra o fato de que as buscas realizadas num *site* especializado indicavam aquele como o fato mais relevante relacionado a seu nome. Postulou, assim, "a filtragem dos resultados de buscas que utilizem seu nome como parâmetro, a fim de desvinculá-la das mencionadas reportagens."

O pedido, rejeitado em primeiro grau, foi acolhido pelo TJRJ, que, com lastro no direito ao esquecimento,

reconheceu a necessidade de "evitar o exercício da livre circulação de fatos noticiosos por tempo imoderado."

Os provedores de busca aviaram então o Recurso Especial em causa, que teve como relatora sorteada a Min.^a Nancy Adrighi, cujo voto foi encaminhado no sentido de que, a despeito de o ordenamento pátrio consagrar o direito ao esquecimento, não se pode "imputar tal função ao provedor de aplicação de buscas, sob o risco de torná-lo um verdadeiro censor digital".

Após pedido de vista, o Min. Marco Aurélio Bellizze abriu divergência, sob o fundamento de que os provedores de mecanismos de busca na internet não têm realmente "o ônus de retirar do meio digital conteúdo inserido por terceiros", mas, a sistemática que empregam acaba por fazer com que notícias pretéritas sobre uma determinada pessoa apareçam como as mais relevantes, desconsiderando fatos novos ou desdobramentos havidos. Por esclarecedor, vale mencionar a seguinte passagem do voto:

Note-se que não se trata de impugnar o resultado em pesquisas que pretendessem resgatar notícias vinculadas a fraudes em concurso nem os resultados decorrentes da busca que associasse o nome da recorrida e outro critério que aludisse a concursos públicos ou fraudes. A insurgência é restrita ao apontamento de seu nome, como critério exclusivo, desvinculado de qualquer outro termo, e a exibição de fato desabonador divulgado há mais de dez anos entre as notícias mais relevantes. Outrossim, a manutenção desses resultados acaba por retroalimentar o sistema, uma vez que, ao realizar a busca pelo nome da recorrida e se deparar com a notícia, o cliente acessará o conteúdo – até movido por curiosidade despertada em razão da exibição do link – reforçando, no sistema automatizado, a confirmação da relevância da página catalogada."

Assim, e sem desconsiderar que o fato também se revestia de interesse público (na perspectiva que versava sobre um concurso público), foi proclamada a possibilidade de atuação pontual do Poder Judiciário "a fim de desassociar os dados pessoais do resultado cuja relevância se encontra superada pelo decurso do tempo", de modo que os resultados da pesquisa só indicassem a vinculação do nome da autora à suposta fraude se os critérios de busca fossem utilizados conjuntamente.

Ou seja, construiu-se "(...) uma via conciliadora do livre acesso à informação e do legítimo interesse individual, porque não serão excluídos da busca referências ao nome da recorrida, nem serão ocultados definitivamente os resultados advindos de uma busca que faça referência a seu nome em conjunto com termos que remetam ao resultado hoje exibido".

Aderiram a esse posicionamento os Min. Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino, estando a ementa do julgado posta nos seguintes termos:

"RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. 1. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. 2. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CONFIGURADO. 3. PROVEDOR DE APLICAÇÃO DE PESQUISA NA INTERNET. PROTEÇÃO A DADOS PESSOAIS. POSSIBILIDADE JU-

RÍDICA DO PEDIDO. DESVINCULAÇÃO ENTRE NOME E RESULTADO DE PESQUISA. PECULIARIDADES FÁTICAS. CONCILIAÇÃO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL E O DIREITO COLETIVO À INFORMAÇÃO. 4. MULTA DIÁRIA APLICADA. VALOR INICIAL EXORBITANTE. REVISÃO EXCEPCIONAL. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Debate-se a possibilidade de se determinar o rompimento do vínculo estabelecido por provedores de aplicação de busca na internet entre o nome do prejudicado, utilizado como critério exclusivo de busca, e a notícia apontada nos resultados. (...).

3. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento reiterado no sentido de afastar a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados, reconhecendo a impossibilidade de lhe atribuir a função de censor e impondo ao prejudicado o direcionamento de sua pretensão contra os provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet. Precedentes.

4. Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo.

5. Nessas situações excepcionais, o direito à intimidade e ao esquecimento, bem como a proteção aos dados pessoais deverá preponderar, a fim de permitir que as pessoas envolvidas sigam suas vidas com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca.

6. O rompimento do referido vínculo sem a exclusão da notícia compatibiliza também os interesses individual do titular dos dados pessoais e coletivo de acesso à informação, na medida em que viabiliza a localização das notícias àqueles que direcionem sua pesquisa fornecendo argumentos de pesquisa relacionados ao fato noticiado, mas não àqueles que buscam exclusivamente pelos dados pessoais do indivíduo protegido.

7. No caso concreto, passado mais de uma década desde o fato noticiado, ao se informar como critério de busca exclusivo o nome da parte recorrente, o primeiro resultado apresentado permanecia apontando link de notícia de seu possível envolvimento em fato desabonador, não comprovado, a despeito da existência de outras tantas informações posteriores a seu respeito disponíveis na rede mundial. (...)⁵

A providência determinada promoveu a concordância prática dos direitos colidentes (à privacidade e à informação), tendo em vista que reconheceu a incidência

de limites imanentes (decorrentes da própria Constituição), restringindo o âmbito de proteção de ambos os direitos, mas sem supressão dos respectivos núcleos essenciais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num interessante estudo sobre os quartos, cômodos que sempre representaram o recesso, o descanso e a intimidade, a historiadora Michelle Perrot registra os efeitos da modernidade sobre os espaços domésticos, que paulatinamente foram se transformado para atender um estilo de vida que, cada vez mais, realça o coletivo em detrimento do individual. E conclui: "Em uma sociedade onde a transparência, a abolição dos limites e das fronteiras são valores supremos, as cortinas se rasgam. 'É pouco dizer que uma sociedade voyeurista que aspira o diáfano e ao escorregadio não sente mais afinidades eletivas com as conchas, os escrínios, as bolhas e os nichos sacramentais'".⁶

Os quartos aparecerem aí como uma reprodução reduzida do mundo, realçando a importância do resguardo da privacidade para conformação do sujeito, sem que isso signifique menoscabo pelo papel desempenhado pela informação, sobretudo em tempos de ruídos antidemocráticos cada vez mais estridentes. Mas não percamos de vista a advertência de Hannah Arendt, no sentido de que o totalitarismo pode ser caracterizado por "sua pretensão de ter subordinado todas as esferas da vida às exigências da política e seu consequente descaso pelos direitos civis, entre os quais, acima de tudo, os direitos à intimidade e à isenção da política (...)"⁷

O que se espera dos operadores do direito é justamente que a árdua tarefa de compatibilização de valores tão díspares seja levada a efeito com desassombro, pois uma sociedade não pode ser "livre, justa e solidária" se não considerar a pessoa humana em todas as suas dimensões. E o julgado do Superior Tribunal de Justiça mostra que isso é possível.

6. BIBLIOGRAFIA

1. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales (trad. Ernesto Garzón Valdés). Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2001
2. ARENDT, Hannah. Que é liberdade. Entre o passado e o futuro. São Paulo: Perspectiva, 1997, p. 188-220.
3. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direito à intimidade e à vida privada. In _____; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 7 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 318-336.
4. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1.660.168/RJ, Rel. p/ Ac. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 05.06.2018.
5. DINIZ, Carlos Francisco Sica. Privacidade. In. FRANÇA, R. Limongi (coord.). Enciclopédia Saraiva do Direito. 61. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 170-175.
6. DOTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

⁷ ARENDT, Hannah. Que é liberdade. Entre o passado e o futuro. São Paulo: Perspectiva, 1997, p. 195.

⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1.660.168/RJ, Rel. p/ Ac. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 05.06.2018.

⁶ PERROT, Michelle: História dos quartos. (Trad. Alcinda Brandt). São Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 324.

7. DWORKIN, Ronald. Justiça para ouriços. (Trad. Elói Duarte). Coimbra: Almedina, 2011.
8. DUBY, George. Prefácio. In. VEYBE, Paul (org.). História da vida privada: do império romano ao ano mil. V. 1. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 9-11.
9. BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. In. Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política. 7 ed. (trad. Marco Aurélio Nogueira). Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 13-31.
10. CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.
11. FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro. 2 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro/São Paulo: 2003.
12. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de direito constitucional e ciência política. 1, p. 77-90, out. /dez. 1992.
13. HOUAISS, Antônio et al. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
14. MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. In. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 89-96.
15. MIGUEL, Carlos Ruiz. La configuración constitucional del derecho a la intimidad. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.
- MIRANDA, Pontes. Tratado de direito privado. VII. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
16. PERROT, Michelle: História dos quartos. (Trad. Alcinda Brandt). São Paulo: Paz e Terra, 2011.
17. PROSSER, William L. Privacy. California Law Review, 48, p. 383-423, ago./1960.
18. SAMPAIO, José Adércio Leite. In. CANOTILHO, J.J. Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 275-286.
19. SARMENTO, Daniel. In. CANOTILHO, J.J. Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 252-259

PROCESSO PENAL BRASILEIRO EM TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA: NOVAS INTERFACES ENTRE GARANTIAS E ALTERNATIVAS PENAIS

BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS IN PARADIGMATIC TRANSITION: NEW INTERFACES BETWEEN GUARANTEES AND CRIMINAL ALTERNATIVES

José Laurindo de Souza Netto¹, Anderson Ricardo Fogaça², Laís Gorski³, Mariele Zanco Laismann⁴

O “Pacote Anticrime”, Lei nº 13.964/2019, promoveu uma série de alterações no Código de Processo Penal, realizando reforma no modelo acusatório previsto pela Constituição Federal, especialmente por intermédio do chamado juiz de garantias. O objetivo dessa pesquisa, de base bibliográfica, é propor uma reflexão sobre a conexão da audiência de custódia com o juiz garantidor. Procurou-se analisar, a partir do método dedutivo, as medidas socialmente úteis, na experiência concreta realizada no Tribunal de Justiça do Paraná, que apresenta dados de interesse de toda a comunidade jurídica sobre a realidade dos presos em flagrante em Curitiba. Para cumprir tal objetivo, o presente artigo dividiu-se em três tópicos: o primeiro analisou o juiz de garantias, conectando-o às audiências de custódia; o segundo tratou acerca do instituto das Medidas Socialmente Úteis; por fim, foi apresentada a iniciativa do Tribunal de Justiça do Paraná, com dados inéditos sobre a realidade da população presa em flagrante em Curitiba.

Palavras-Chave: Audiências de Custódia. Juiz de Garantias. Lei Anticrime. Medidas Socialmente Úteis. Processo Penal.

The “Anticrime Package”, Law No. 13.964 / 2019, promoted a series of changes to the Criminal Procedure Code, reforming the accusatory model provided for by the Federal Constitution, especially through the so-called guarantees judge. The purpose of this bibliographic research is to propose a reflection on the connection between the custody hearing and the guarantor judge. An attempt was made to analyze, from the deductive method, the socially useful measures, in the concrete experience carried out at the Paraná Court of Justice, which presents data of interest to the entire legal community on the reality of prisoners in flagrante delicto in Curitiba. To fulfill this objective, the present article was divided into three topics: the first analyzed the guarantees judge, connecting him to custody hearings; the second dealt with the Institute for Socially Useful Measures; finally, the initiative of the Paraná Court of Justice was presented, with unpublished data on the reality of the population caught in the act in Curitiba.

Keywords: Anticrime Law. Criminal proceedings. Custody Hearings. Guarantee Judge. Socially Useful Measures.

¹Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma – La Sapienza. Estágio de Pós-doutorado em Portugal. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Paraná – PUC. Professor permanente no Mestrado da Universidade Paranaense – UNIPAR. Projeto de pesquisa Científica - Mediação Comunitária: um mecanismo para a emancipação do ser humano. Desembargador e 2. Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Presidente do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Paraná - NUPEMEC. Vice-Presidente do Fórum Nacional da Mediação e Conciliação – FONAMEC. E-mail: jln@tjpr.jus.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>. ID Lattes: 8509259358093260.

²Mestre em Direito pela Universidade Internacional – UNINTER. Especialista em Política Judiciária e Administração da Justiça pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC. Professor da Escola da Magistratura do Paraná — EMAP. Juiz de Direito em Segundo Grau do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; E-mail: jln@tjpr.jus.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8495-9443>.

³Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Sociedade da Universidade La Salle. Mestre em Direito e Sociedade pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade La Salle pela Universidade La Salle – Canoas – Rio Grande do Sul; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4713-7624>.

⁴ Pós-graduada em Direito Aplicado (*lato sensu*) pela Escola de Magistratura do Paraná (2018). Pós-graduada em Direito Ambiental pela Uninter (2012). Graduada em Direito pelo Faculdade Campo Real (PR) – 2009. E-mail: marielezlaismann@gmail.com; Orcid: <https://orcid.org/0000.0003-1807-0114>.

1 INTRODUÇÃO

O Processo Penal, a justiça criminal e as suas funções encontram-se constantemente em risco de mutação. Por vezes, realçam-se as dimensões mais conservadoras do direito associadas à função do controle social e de legitimação do poder (ARNAUD e DULCE, 1996, p. 130), por outras, trazem avanços civilizatórios capazes de retirar a opacidade do Poder Judiciário, reforçando o seu comprometimento com o paradigma democrático.

Como todo o campo jurídico, o monopólio de "dizer o direito" encontra-se em um processo de complexidades, que envolvem competências técnicas e sociais dos agentes jurídicos e suas capacidades de interpretar os textos que, em tese, consagram a visão legítima e justa do mundo social (FERREIRA, 2012). Por outro lado, para Bordieu (1989, p. 211), muito embora o direito legitime a ordem estabelecida e construa o mundo social, ele é o próprio resultado da sociedade.

Este fio condutor entre o direito e a sociedade atua como elo estruturante da sociologia crítica do direito, tornando necessário trazer a lume o conjunto de relações entre o campo jurídico, o campo de poder e, por meio dele, o campo social. É, justamente neste conjunto que se dão os meios, os fins e os efeitos específicos atribuídos à ação jurídica (FERREIRA, 2012, p. 86).

Algumas pesquisas têm sido realizadas sobre as mais diversas problemáticas envolvendo o sistema de justiça criminal: a seletividade do sistema; o demasiado uso das prisões preventivas; a fiscalização de medidas cautelares alternativas e anteriores à prisão; os desafios dos casos envolvendo violência policial e tortura, além da resistência dos atores da justiça criminal, quando exibidos a novos institutos pretensamente descarcerizadores.

Entretanto, outros pontos merecem destaque: as respostas repressivas cujos bens jurídicos tutelados demandariam outra resolução, a falta de estrutura do Poder Judiciário para o atendimento às demandas psicossociais oriundas das audiências de custódia. O artigo ora introduzido pretende discutir os novíssimos debates em torno do juiz de garantias, discutido a partir da Lei 13.964/19, e suas interlocuções com as audiências de custódia e determinantes sociais da justiça.

Para cumprir tal objetivo, o presente artigo dividir-se-á em três momentos distintos de reflexão: o primeiro trará uma breve análise sobre o juiz de garantias, para então conectá-lo às audiências de custódia. O segundo momento de reflexão tratará do instituto das Medidas Socialmente Úteis, verdadeiro fomento à solidariedade social que desperta efeito terapêutico e construtivo no âmbito da coletividade, a chamada prevenção especial que tem por resultado melhores perspectivas de (re)integração social, responsabilização dos autores de fatos criminosos, redução efetiva das taxas de reincidência, participação do ofendido no processo de aplicação das medidas. Na sequência, será apresentada a iniciativa do Tribunal de Justiça do Paraná, trazendo dados inéditos sobre a realidade da população presa em flagrante em Curitiba.

O desenvolvimento do tema se justifica em muitos sentidos: a obscuridade das discussões ainda em torno do juiz de garantias, o que demanda a reflexão sobre alternativas viáveis e sua apropriada conexão com institutos

já existentes; a necessidade de enfrentamento do estado de crime penal brasileiro, para além da urgência em problematizar dentro dos tribunais os limites e as possibilidades emancipatórias do direito, isto é, as necessárias intersecções entre o campo jurídico e o social. Em um país de tanta desigualdade social como o Brasil, é tarefa de todo o pesquisador que se identifica com um direito crítico e plural fazer uso da ciência em prol do aumento do plexo de garantias fundamentais

2 JUIZ DE GARANTIAS: EM CONTRAPONTO AO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

A Lei nº 13.964/2019, que ficou conhecida como "Pacote Anticrime", é, sem dúvida, a maior mudança legislativa penal das últimas décadas. Para além de alterar 17 leis, a nova legislação inova ao trazer para o cenário processual penal brasileiro o juiz de garantias, figura responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais.

O garantismo, de acordo com Ferrajoli (2006, p.25), trata-se de técnicas previstas no ordenamento para possibilitar a máxima efetividade de todas as normas em absoluta coerência com os princípios constitucionais. A lógica de um juiz de garantias não é em nada inovadora. O Código de Instrução Criminal de Napoleão Bonaparte, de 1808, que se difundiu por toda a Europa, já determinava a separação das funções como forma de garantir a imparcialidade.

Por sua vez, em 1987, Portugal adotou tal medida e, de igual modo, países como Espanha, Alemanha, Itália e França. Em se tratando de América Latina, Cuba e o Brasil eram os únicos países sem ainda adotar o modelo.

Com o juiz de garantias em pauta, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) implementou um grupo de trabalho responsável pela elaboração de estudos sobre os efeitos da aplicação da Lei nº 13.964/2019 nos órgãos do Poder Judiciário nacional. Através de uma consulta aberta, o CNJ recebeu propostas de 77 magistrados, 27 tribunais e 7 instituições e associações.

Neste sentido, a reforma do sistema de justiça criminal para a institucionalização do juiz de garantias constitui uma pauta antiga de parcela significativa da doutrina brasileira (CHOUKR, 2001) e contribui para o aperfeiçoamento do modelo constitucional e convencional do processo penal brasileiro. Quer dizer, significa verdadeiro salto civilizatório na democracia, vez que traz inúmeras inovações para um sistema arcaico, em crise e implementado no contexto de estado de exceção.

Todavia, se o juiz de garantias representa um avanço nas garantias dos direitos, por que tanta resistência? O abandono de um modelo inquisitivo em favor de um modelo acusatório implica mudança profunda da cultura dos operadores do direito e o modo como enxergam os respectivos papéis nos ritos do processo, além da ressignificação dos objetivos do próprio processo penal e a transformação da relação do processo com a busca da verdade.

Parte-se, portanto, da perspectiva de um sistema penal acusatório em contraponto ao sistema inquisitivo. Isto porque o juiz de garantias vai atuar apenas na fase de investigação dos delitos, ficando a cargo de outro

magistrado, sem qualquer contato com a fase pré-processual, o julgamento. Quer dizer, atuando desde o nascimento da investigação criminal até o recebimento da denúncia, cabendo-lhe, também, analisar a necessidade de quebra de sigilo bancário, escutas telefônicas, decisões sobre busca e apreensão e avaliação da necessidade de prisões preventivas ou não – o que hoje já ocorre em audiência de custódia.

Importa ressaltar que os juízes da instrução do processo terão acesso às provas chamadas irrepetíveis, isto é, aquelas que não são possíveis de serem novamente produzidas, como laudos e quebras de sigilo telefônico, por exemplo. O magistrado deixa de ter acesso aos depoimentos produzidos na fase pré-processual, pois não foram colhidos em sede de contraditório, na medida em que grande parte dos depoimentos nos inquéritos policiais ocorrem sem a presença da defesa.

Na definição de Casara (2010, p. 170), o juiz de garantias é o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela das liberdades públicas, ou seja, das inviolabilidades pessoais e individuais frente às opressões estatais. Sendo assim, trata-se de uma mudança na filosofia do processo penal: o magistrado como controlador da legalidade e garantidor dos direitos fundamentais, e não mais como investigador do caso penal. Altera-se o paradigma quando o papel do juiz deixa de ser a busca pela verdade para garantidor dos rituais processuais legais.

Não há dúvida que a separação do inquérito policial do processo prescinde não só de mudanças instrumentais, mas também culturais. Se as provas no processo decisório dizem respeito ao que se produz sob o contraditório, as funções do inquérito findam com o oferecimento da denúncia.

A Constituição Federal de 1988 impõe um sistema acusatório e é função do juiz garantir a Constituição, portanto, o contraditório tem de ser fundamental. Entretanto, de forma alguma o juiz de garantias resulta na diminuição do papel das polícias, ao revés, a investigação é de imensa valia, porém, restringe-se até o momento da denúncia.

Tal avanço civilizatório caminha no sentido de um processo penal mais democrático, pois há a diluição entre acusar a pessoa pelo que ela fez e não pelo que ela é. De acordo com o Ministro Dias Toffoli (BRASIL, 2020), passa-se a separar claramente o momento pré-processual e processual quanto a figura do juiz.

Sendo assim, as instruções criminais não mais podem resumir-se a atos meramente confirmatórios do inquérito. Ao fim e ao cabo, cabe ao juiz de garantias um papel muito nobre, que é o de resguardar os direitos fundamentais e analisar os indícios do inquérito para poder, então, acusar uma pessoa.

Tal ressignificação dos objetivos do processo penal retira a finalidade única de condenação, aproximando os tribunais do cidadão, ou seja, tornando o Judiciário um poder mais social. Por si só, a investigação é uma fase obscura dentro do processo e o juiz de garantias aponta para a regularidade deste momento, colocando o juiz da instrução em condição mais favorável para o julgamento. Transforma-se a forma de compreensão do processo.

Até então, a resposta dos juízes e dos tribunais ao delito e ao delinquente tem como base a sua completa vinculação com a lei. Sem embargo, tal opção termina por conferir uma abordagem parcial da questão criminal, na medida em que ignora a perspectiva sociológica (LANFREDI, 2017, p. 199-200).

É então justamente neste ponto em que o juiz de garantias e as audiências de custódia se interconectam. Para Rosa e Becker (2017, p. 12), o contato imediato do juiz-conduzido sempre figurou como alternativa à narração padronizada dos autos de prisão em flagrante, pois é, por si só, incapaz de expor as particularidades de cada caso concreto, tornando angustiosas as decisões baseadas apenas nesta narrativa.

O instituto da Audiência de Custódia constitui fase pré-processual, ocorrendo antes do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. A sua definição básica reside na necessidade de um ato presencial de apresentação no contexto dos procedimentos do auto de prisão em flagrante e seus respectivos desdobramentos.

Conforme a Resolução 213, de 2015, do Conselho Nacional de Justiça, as finalidades das audiências de custódia são:

- (i) analisar o auto de prisão em flagrante para verificar sua regularidade, homologando-o ou relaxando a prisão; (ii) examinar a prisão em flagrante, bem como os seus requisitos legais e decidir sobre a necessidade, ou não, de conversão da prisão em flagrante em preventiva. Ainda, decidindo pela liberdade provisória, analisa-se a necessidade e adequação para aplicação de medidas cautelares; (iii) averiguar as condições da prisão – se houve abuso policial ou qualquer outro ato a ser investigado com crime de tortura.

Portanto, dentro do atual quadro nacional, as audiências de custódia poderiam encaixar-se às atribuições do juiz de garantias. Durante um processo penal há multifacetadas atuações da realidade, com prescrições muito abstratas, logo, é de extrema relevância, desde a fase pré-processual, a leitura dos contextos, com a interação humana que a audiência de custódia possibilita.

O inquérito que enseja uma prisão, ou as prisões em flagrante propriamente ditas, passam a situar-se no campo do acontecimento, transbordando os autos processuais físicos – ou, agora, digitais. Com o juiz de garantias deixa-se de ser um processo linear e estável para além da salvaguarda de decisões no inquérito. Dá-se corpo e contexto para o magistrado decidir entre o risco e as incertezas desta fase.

É sabido, contudo, que os processos decisórios ensejam em responsabilidade jurídica e social, aí a predominância de uma postura *standart*, qual seja, a da manutenção da prisão para evitar a responsabilidade da liberdade (ROSA e BECKER, 2017). O dilema encontra-se na tomada de decisão – seja ela a partir da prisão em flagrante ou por mandado judicial – da necessidade de manutenção da segregação.

Nesta lógica, o comportamento precisa ser de modo diverso do que o padrão, fortemente influenciado pela mentalidade inquisitória. A reversão é no sentido de: existe a necessidade de contenção até prova em contrário das

Boa parte dos fatores decisivos em relação ao risco da liberdade está associado ao baixo nível de informações do contexto pessoal e social dos conduzidos. Algo que a Resolução 213, de 215, do CNJ, veio sanar com as audiências de custódia. Ao tornar imprescindível o contato humano e a escuta, qualifica-se a porta de entrada do sistema prisional.

Quando se diz qualificar a porta de entrada do sistema prisional não se refere, necessariamente, a deixar de prender. A questão consiste na necessidade da pessoa de responder ao processo preso ou em liberdade e, ainda, a compreensão dos fatores externos que a levaram a tal situação.

Assim, ter defronte uma pessoa com rosto, carne, osso, idade, contexto de vida social, cheiro e história é capaz de modificar a compreensão e decisão dos magistrados (CNJ, 2019). Tem-se momento apropriado para que o Estado, por meio do sistema de justiça criminal, alcance – em muitos casos pela primeira vez, aquela pessoa.

Com a audiência de custódia, o magistrado tem a oportunidade de, a partir do contato e contexto pessoal, social e econômico da pessoa apresentada, proporcionar o que se pode chamar de alternativa das alternativas. Quer dizer, a liberdade em detrimento ao cárcere, e como alternativas penais o encaminhamento voluntário das pessoas para programa de políticas públicas.

Sob outro ponto de vista, ao continuar prendendo em demasia, o Estado precisa arcar com mais recursos para tanto. A partir de uma análise econômica do direito, o impacto não está no juiz de garantias e nas suas atribuições, mas sim no aumento das penas e prisões.

O custo mensal de um preso, se obedecidas todas as diretrizes da Lei da Execução Penal, custa em torno de três mil reais (CNJ, 2016). O estado de São Paulo gasta em torno de quatro bilhões de reais (SÃO PAULO, 2018).

Não obstante, é a partir da análise da realidade social que se percebe a existência de um gap entre as possibilidades puramente oriundas do direito e os contextos de vida da sociedade brasileira. Grande parte dos casos que batem à porta de entrada do Judiciário são questões que o direito penal isoladamente não é capaz de dar conta e que, por sua vez, a prisão só agrava as condições que precisam ser revertidas.

Ainda, levando-se em conta que a lei que não garantiu o acesso à saúde, à educação, à cidadania é a mesma que retira a liberdade, o Tribunal de Justiça do Paraná implementou um projeto que não se restringe ao desencarceramento, à gestão de alternativas penais ou a meras opções para além das medidas cautelares. Trata-se do Poder Judiciário, historicamente opressor, tornando o sistema de justiça criminal uma hipótese emancipatória do direito (BOAVENTURA, 2017).

3 MEDIDAS SOCIALMENTE ÚTEIS: ALTERNATIVAS ÀS ALTERNATIVAS

Quando se intenta problematizar e articular as funções dos tribunais e suas perspectivas para a democracia tal como se apresenta nos países periféricos, precisa-se desvendar a tensão existente entre regulação e emancipação social (SANTOS, 2002). O eixo da regulação diz respeito ao conjunto de normas, instituições e práticas, visando garantir a estabilidade das expectativas sociais, enquanto o eixo da emancipação trata-se do conjunto das aspirações práticas da sociedade.

Na tese de Boaventura de Sousa Santos (2002), a crise do Welfare State e a emergência do capitalismo global resultaram no aumento da distância entre as expectativas e as realidades sociais. Ou seja, a incapacidade de se cumprirem as promessas da modernidade potencializou a discrepância entre o que se espera e o que se experimenta.

Há que se refletir que imerso a esta tensão está o Poder Judiciário, e a ele cabe garantir a aceitação ampla do Estado e sua eficiente aplicação (regulação). Contudo, as necessidades jurídicas do neoliberalismo tratam de reduzir custos, definir e defender propriedades, aplicar obrigações contratuais resultantes na produção de uma sociedade civil estratificada e desigual. Surge uma relação dicotômica entre Estado e Sociedade Civil (SANTOS, 2003, p. 20).

Nesta mesma concepção de problematização, Garapon (1996, p.20) concluiu que a modernidade não conseguiu concretizar o papel da Justiça como guardiã das promessas democráticas. Logo, os tribunais convertem-se no lugar em que se exige a realização da democracia.

Portanto, propôs-se uma reconstrução de perspectiva, na qual utilizam-se mecanismos hegemônicos de forma não hegemônica. O uso não-hegemônico de ferramentas hegemônicas possibilita a integração de políticas diversas, incluindo o universo legal, possibilitando suprir as expectativas por cidadania da sociedade, notadamente das comunidades subalternas.

É neste escopo que nasce a tese de um Sistema de Aplicação de Medidas Socialmente Úteis (SOUZA NETTO, 2008), que objetiva a promoção de ações e a conjugação de esforços entre o Poder Judiciário, Poder Executivo (Estadual e Municipal), Ministério Público, Defensoria Pública, Polícia Militar, Civil e Guarda Municipal, Conselhos da Comunidade e demais organizações da sociedade civil, com a finalidade de aperfeiçoar a gestão das medidas alternativas, em substituição à mera aplicação de prestação pecuniária e multa e de privação de liberdade.

A lógica é a de trazer um contraponto ao círculo vicioso de banalização da aplicação, seja das penas pecuniárias, ou privativas de direito ou de liberdade, até então destituídas de efeitos restaurativos e resgatar o caráter socialmente útil das prestações sociais. Preliminarmente, a proposta surgiu em especial atenção à prestação de serviços à comunidade, oferecendo assim melhores perspectivas de reintegração social, responsabilização dos autores de fatos criminosos e redução das taxas de reincidência.

O sistema traz como uma das práticas a metodologia de círculos de construção de paz, tendo como base o paradigma da Justiça Restaurativa, beneficiando toda a comunidade, promovendo, assim, a ampliação do acesso à

Justiça e a promoção de inclusão, tomando como norte as metas do ODS nº 16 da Agenda 2030 das Nações Unidas no Brasil.

Neste mesmo objetivo de redução dos índices de encarceramento desproporcionais e de reincidência, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 225/2016, regulando a Justiça Restaurativa no País.

4 A CENTRAL DE MEDIDAS SOCIALMENTE ÚTEIS: A EMANCIPAÇÃO DO DIREITO PELO PRÓPRIO DIREITO.

Após ter percorrido toda a sistemática da implementação da Política Nacional de Justiça Restaurativa, a Segunda Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná no biênio 2019/2020 implementou uma mudança nos paradigmas de encarceramento, uma medida que resultou na cultura de paz pretendida pela Organização das Nações Unidas quando propôs a Agenda 2030.

Trata-se de um sistema de aplicação das Medidas Socialmente Úteis, que tem por objeto a promoção de ações de caráter emancipatório e de aperfeiçoamento das alternativas penais, bem como a conjugação de esforços entre o Poder Judiciário, o Poder Executivo, o Ministério Público, a Defensoria Pública, as Polícias, os Conselhos da Comunidade e as demais organizações da sociedade civil.

Assim, busca-se oferecer no âmbito da justiça criminal, um contraponto ao elevado número de decretações de prisões preventivas e a desproporcionalidade das medidas cautelares aplicadas. Ao mudar o paradigma da aplicação de penas ou medidas cautelares, resgata-se o caráter socialmente útil das prestações sociais e do cumprimento de penas.

Desse modo, a aplicação das Medidas Socialmente Úteis promove redução do superencarceramento, ao mesmo tempo em que amplia o acesso à Justiça, propondo soluções para a reintegração na sociedade seja plena e efetiva, cumprindo as metas da ODS 16 da Agenda 2030 das Nações Unidas. O Estado deixa de ser um órgão meramente opressor no âmbito da justiça criminal, tornando-se ferramenta emancipatória de proteção social e promoção da cidadania. Isto é, com a aplicação das Medidas Socialmente Úteis, o Poder Judiciário, enquanto ente estatal, criou mecanismos para suprir as lacunas de políticas públicas do próprio Estado.

Nesta perspectiva, foram criadas as Centrais de Medidas Socialmente Úteis – CEMSU e implementadas no Tribunal de Justiça do Paraná como instituto articulador e materializador das Medidas Socialmente Úteis. O objetivo central é oferecer apoio às unidades do sistema de justiça de distintas formas, tendo em vista a complexidade dos casos envolvendo a justiça criminal, a fim de adequar e efetivar as alternativas penais.

Implementou-se a CEMSU no mesmo período em que o Brasil passou a ocupar a terceira posição no ranking das maiores populações carcerárias do mundo. Somado a isso, em setembro de 2019, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em parceria com a Fundação Getúlio Vargas (FGV), publicou um estudo sobre a imagem do Poder Judiciário brasileiro (2019), pela qual se constatou que 86% da sociedade considera o Poder Judiciário distante da população, 89% considera que “a polícia prende e o Judiciário

solta” e 39% declara que não são familiarizados com os direitos e procedimentos legais.

A CEMSU, criada pelo Poder Judiciário, traz para si o protagonismo no enfrentamento deste quadro de crise penal. Com uma equipe composta por profissionais das áreas de psicologia, serviço social e direito criam-se subsídios para a compreensão do contexto psicossocial e adequação das medidas impostas pelo juiz.

As diferentes áreas do saber não se sobrepõem umas às outras, ao revés, articulam-se para colocar o magistrado em posição cômoda para decidir. Além do que fazem o elo entre o Tribunal de Justiça, as políticas públicas do Executivo e projetos da sociedade civil.

Ocorre que, historicamente, a tomada de decisão do juiz é um processo isolado, com base no que diz a legislação vigente. Entretanto, a realidade das audiências de custódia tem demonstrado que os aparatos legais não são capazes de dar conta das demandas que chegam à justiça criminal.

Apesar de diversos autores e pesquisadores há muito já se debruçarem em análises sobre os fatores que nos trouxeram ao atual quadro criminológico brasileiro, parece-nos que é a partir do contato pessoal com o conduzido que a magistratura se aproximou do contexto social envolvido nas prisões em flagrante.

Todavia, as complexidades destes contextos sociais extrapolam os dispositivos legais. Porém, ao juiz cabe decidir entre a decretação de uma prisão preventiva ou concessão de liberdade provisória. É neste tocante que o direito deixa espaços para outras áreas do saber.

A prisão é a única possibilidade de relação entre a sociedade e uma pessoa que, supostamente, tenha quebrado um acordo social? A prisão, como entendemos hoje, surge como um espaço de correção? Deve uma omissão do Estado acarretar punição pelo próprio Estado?

A partir desta problemática, a CEMSU alarga a sua atuação em Curitiba para além dos Juizados Especiais Criminais, compreendendo que existem determinantes sociais da justiça e que estas são barreiras que precisam ser rompidas na persecução penal. Nesta perspectiva, Lanfredi (2017, p.202, tradução nossa):

O juiz deve sempre ser militar a favor da segurança do homem, independentemente da origem social ou da suspeita de um acusado, e deve fazê-lo porque tem certeza de que o sistema penal geralmente não mede suas intervenções ou percebe (todos) os outros dimensões envolvidas com a questão criminal acima. Numa realidade como a brasileira, onde os conflitos da sociedade capitalista se expressam com mais clareza e a percepção de insegurança cidadã reflete as injustiças de uma distribuição desigual de recursos e oportunidades, para se isolar da cidadania (esquecida como princípio que embasa a Brasil) a uma margem de pessoas que vivem abaixo da linha da pobreza, em situação de pobreza absoluta e degradante, onde a repressão às necessidades reais é muito mais evidente e o recurso ao controle punitivo é mais ilegítimo, o papel político implica um compromisso ativo (e decisivo) a favor dos direitos humanos dos despossuídos, que abre caminho para a (re)

discussão, no sentido e alcance mais amplos, dos limites de uma política criminal mal definida que insiste em agravar ainda mais o tecido social no qual opera sob os aforismos da "luta contra o crime".

A função do Judiciário é de contribuição para a formação do tecido social, mais do que aplicar interditos e sanções, como outrora se entendia. Hoje o direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias, capaz de exprimir o sentido e o valor da sociedade (OST, 1999, p. 14).

Para tanto, congregam-se os pilares da Justiça Restaurativa com a Política de Alternativas Penais do Ministério da Justiça. Por alternativas penais compreende-se um conjunto amplo de medidas que podem ser adotadas em virtude da ocorrência de um crime, buscando a promoção de novas formas de reconstrução das relações sociais e a prevenção de novos delitos, por meio de estratégias de responsabilização diversas da prisão (BRASIL, 2011). Trata-se de mecanismos de intervenção em conflitos e violências no direito penal diversas do encarceramento, orientadas para a reestruturação das relações e promoção da cultura da paz, guiadas pela responsabilização com dignidade, autonomia e liberdade (LEITE, 2015, p. 39).

A experiência de Curitiba vem se articulando da seguinte forma: para além da gestão das penas de prestação de serviço à comunidade oriundas dos Juizados Especiais Criminais, a equipe multidisciplinar realiza atendimento universal dos custodiados antes das audiências de custódia e, posteriormente, daqueles em alternativas penais.

No atendimento prévio à audiência de custódia, a equipe psicossocial concentra-se nos aspectos relacionados com as garantias dos flagranteados como comunicação da família, esclarecimentos acerca dos seus direitos fundamentais e a compreensão dos fatores que o levaram até ali. Também são levantados dados relacionados ao contexto pessoal, identificando necessidades e vulnerabilidades pessoais, as quais precisam ser levadas em consideração na tomada de decisão em audiência, além de, em muitos casos, demandarem a continuidade ou início de cuidados psicossociais.

Condições de extrema vulnerabilidade social podem induzir a decisão pela manutenção da prisão, como nos casos de pessoas em situação de rua ou quadros de uso e abuso de substâncias psicoativas. Logo, as informações colhidas são decisivas nos casos de concessão de liberdade provisória e adequação das medidas cautelares à pessoa.

Para tanto, a equipe psicossocial traz, no momento da audiência, subsídios ao magistrado para a mais adequada decisão. Por exemplo, relatos de trabalho ou matrículas de cursos durante a noite impedem a aplicação de medida cautelar de recolhimento noturno; pessoas em situação de rua não tem condições adequadas para uso da monitoração eletrônica; além de mulheres grávidas ou com filhos menores.

Evita-se, assim, o descumprimento de medidas cautelares por um contexto pessoal que impeça o devido cumprimento. Ou seja, a equipe psicossocial traz para o momento da audiência a capacidade técnica para identificação das vulnerabilidades sociais e os possíveis encaminhamentos para a rede de proteção social.

A partir dos relatos dos atendimentos prévios, nos casos em que se entende pela concessão de liberdade provisória – com ou sem medidas cautelares –, o juiz realiza o encaminhamento de forma voluntária novamente para a equipe da CEMSU. Com o atendimento posterior às audiências, busca-se oferecer os necessários pontos de referência para o resgate da identidade e emancipação social.

Ainda, a experiência curitibana ensejou a construção de uma base de dados oriundos dos atendimentos prévios às audiências de custódia capaz de demonstrar as realidades e os contextos das prisões em flagrante. Os dados levantados referem-se ao período de setembro (mês em que os atendimentos iniciaram) até dezembro de 2019, totalizando um universo de 666 pessoas custodiadas.

Destas, foram analisadas as seguintes estatísticas em relação aos aspectos pessoais e socioeconômicos: 60,1% das pessoas têm filhos menores dependentes; 43,7% se autodeclararam pardos, enquanto 7,5% de autodeclararam pretos, 39,5% brancos, 6,5% amarelos, 05% indígena; 21% têm emprego fixo e 52,6% de declaram situação ocupacional informal; 53,8% declararam ter acessado o ensino fundamental, mas apenas 29,3% concluiu, 39,2% declarou ensino médio, porém 43,6% completou e 3,2% declarou ensino superior, com uma média de 23,8 % de conclusão.

Sobre a situação de moradia, 20% declarou residir em "casa própria", 15,9 em imóvel alugado e 1,5% cedido. Ainda, 83,2% declaram consumo de substâncias psicoativas e 69 pessoas declararam estar em situação de rua, das quais 100% declararam dependência química. A média salarial mensal é de R\$ 1.000,00, e, em contrapartida, a média do período de desemprego é de 16 meses.

Quanto aos aspectos legais: apenas 39,2% das pessoas sabem, no momento em que aguardam a audiência de custódia, o tipo penal que ensejou a prisão; 27,3% declarou que fora sido informado que poderia permanecer em silêncio; 59,2% já haviam sido presos anteriormente; 42,2% declararam não terem tido oportunidade de avisarem familiares sobre a prisão; 69,4% têm seus interesses patrocinados pela Defensoria Pública e apenas 12% passou pelo exame de corpo de delito.

Com o início dos atendimentos prévio, a equipe psicossocial notou a falta de informação dos custodiados em relação as políticas de saúde e assistência social existentes. Em outubro de 2019 esta pergunta fora acrescentada ao formulário e de 305 respostas, 83,9% das pessoas nunca acessaram ou tinham conhecimento sobre as políticas públicas, como CAPS, benefícios assistenciais, Centros POP, entre outros.

A partir dos números, é possível construir o quadro atual das pessoas conduzidas às audiências de custódia em Curitiba – o que em muito não se difere do resto do país –. Restam configuradas as vulnerabilidades sociais envolvendo esta população e a necessidade, por parte do Estado no enfrentamento deste panorama.

Com um atendimento singularizado objetiva-se que a pessoa encerre seu ciclo penal, desenvolvendo autonomia e não retorno ao sistema de justiça criminal. Os acolhimentos se dão em três momentos: e equipe jurídica, em linguagem acessível, explica todas as medidas

cautelares impostas e a correta obediência, evitando nova prisão por descumprimento de medida cautelar; em seguida, a pessoa é atendida pela equipe psicossocial que com base nas informações já colhidas nos atendimentos prévios, realiza os encaminhamentos voluntários para as políticas públicas de saúde, assistência social, educação e trabalho.

Esse acesso fortalece a cidadania e inclusão social, acarretando acompanhamento regular do processo penal. Ainda, a CEMSU promove com base no paradigma da Justiça Restaurativa, projetos envolvendo grupos reflexivos e círculos de construção de paz, notadamente para mulheres e pessoas em situação de uso ou abuso de álcool e outras drogas. A partir desta metodologia, notou-se maior vinculação e continuidade nos processos de cuidado e acompanhamento pelas políticas.

Como uma política de Segurança Pública e Justiça, almeja-se a promoção da qualidade de vida de todos os cidadãos, compreendendo que, além de ser um dever primordial do Estado é, também, responsabilidade de todos, devendo ser pensada e consolidada junto com a sociedade. Desta forma, a CEMSU muni o Poder Judiciário de um caráter de transversalidade, ao mobilizar o 1º, 2º e 3º setor na aplicabilidade das alternativas e dos encaminhamentos, conferindo-lhes um caráter socialmente útil, de acordo com os contextos individuais.

Neste sentido, a CEMSU descola o eixo da tensão do lado regulatório para o eixo emancipatório do direito. Abrem-se caminhos para a materialização da tese de um uso não-hegemônico de um mecanismo hegemônico, que é o Poder Judiciário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As possíveis conclusões deste trabalho precisam levar em conta diversos fatores: o ainda novíssimo debate em torno do juiz de garantias e da forma com que poderá ser materializado nos tribunais; a compilação de dados, que no momento da escrita deste ainda está em fase de compilação, além do caráter inovador e inédito de uma central do Poder Judiciário, atuando antes, durante e depois as audiências de custódia.

Todavia, parece-nos urgente articular as garantias processuais, as audiências de custódia, os contextos socioeconômicos, as alternativas penais e os paradigmas de uma Justiça Restaurativa. Apesar de não esgotadas aqui todas as hipóteses possíveis de problematização, o presente estudo leva-nos a conclusão de que é preciso pensar na responsabilização penal com autonomia e liberdade, constituindo formas de intervenção com liberdade voltadas à manutenção dos vínculos com a comunidade. De forma que o monitoramento seja realizado por meio de mecanismos que privilegiem e considerem a autodeterminação.

A porta de entrada do sistema de justiça criminal só terá um avanço na sua qualidade e, conseqüente redução de condenações desproporcionais, quando a atuação ocorrer de ponta a ponta no sistema, atingindo diversas fases de intervenção no processo. A adoção de mecanismos em momentos antecedentes a possíveis condenações tem demonstrado gerar efeitos positivos na vida das partes. Logo, é preciso ter por objeto procedimentos que possibilitem a

intervenção do sistema de justiça criminal adequada a realidade concreta dos indivíduos e grupos.

De pronto, novos institutos, rotinas, procedimentos dentro do Poder Judiciário sempre causam desconforto e estranheza. Todavia, a história tem mostrado que, em termos de sistema de justiça não há que se falar em algo estático, é preciso amadurecimento e compreensão institucional.

Na Europa dos séculos XVI e XVII o processo criminal transcorria sem a presença do acusado. O desconhecimento do réu sobre seu processo era garantido por lei, além do suplício como um espetáculo nos interrogatórios públicos.

No Brasil, ao longo das últimas décadas, diversas leis foram introduzidas no Código de Processo Penal. Durante os anos 90, o interrogatório ainda era a primeira parte de um processo penal e era feito como "um ato privativo do juiz". A acusação e, tampouco a defesa podiam manifestar-se. Mais inaceitável ainda para os padrões contemporâneos era o fato de, na falta de defesa particular constituída, a nomeação de um procurador do Estado, só era feita após o interrogatório.

A obrigatoriedade de avaliação do auto de prisão em flagrante em 24 horas, a necessidade de fundamentação da conversão do flagrante em prisão preventiva são práticas relativamente novas no ordenamento jurídico, que geraram incertezas quanto a necessidade e possibilidade de materialização na prática cotidiana dos magistrados. Nos dias atuais, é pacífico que ausência do réu ou da defesa, ausência de fundamentação ou práticas de suplício são inconcebíveis no processo penal.

No caso do alargamento do instituto das audiências de custódia para o juiz de garantias e, ainda, para a participação das equipes multidisciplinares é um desafio, posto que é fresco. Contudo, a adequação dos tribunais aos avanços civilizatórios é inevitável. Para tanto, importa a pesquisa, a discussão, a problematização de dados e reflexão, capaz de gerar amadurecimento dos atores cotidianamente envolvidos no sistema de justiça criminal.

6 REFERÊNCIAS

1. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS; FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS; IPESPE. Estudo da imagem do judiciário brasileiro. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/12/ESTUDO-DA-IMAGEM-DO-JUDICIA%cc%81RIO-BRASILEIRO.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2020.
2. BRASIL, Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional. Coordenação Geral do Programa de Fomento as Penas e Medidas Alternativas – CGPMA. Anais VIII Congresso de Alternativas Penais, 2011.
3. BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
4. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 6.298 DISTRITO FEDERAL. ADI nº 6.298, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), na qual os autores impugnam os arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, bem como o art. 20 dessa lei, que fixa o

início da vigência do diploma. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/ano/2014/03/14/20140314000000.pdf> Acesso em: 18 mar. 2020.

5. CNJ. Nota Técnica - 0004468-46.2014.2.00.0000 - Rel.Márcio Schiefler Fontes. Projeto de lei do senado federal 554/2011. Proposta de alteração do código de processo penal. Ampliação do prazo de apresentação do preso na audiência de custódia e realização do ato por sistema de videoconferência. Jurisprudência do supremo tribunal federal. Soberania do poder legislativo. Projetos de lei em tramitação. grupo de trabalho instituído pelo cnj. Disponível em:<https://www.cnj.jus.br/Infojuris/2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=FD844CDA8E5D1656B093951A3A564279?jurisprudencialJuris=50206&indiceListaJurisprudencia=2&firstResult=6975&tipoPesquisa=BANCO>. Acesso em: 18 mar. 2020.

6. CASARA, Rubens R. R. Juiz das Garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão. //: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

7. CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias Constitucionais na Investigação Criminal. 01 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. //: LOPES JÚNIOR, Aury. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. 01 eds. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

8. FERRAJOLI, Luigi. Derecho como sistema de garantías. 5. Edição. Madri. Ed. Trotta, 2006

9. FERREIRA, António Casemiro. Sociedade da Austeridade e Direito do trabalho de Exceção. Porto: Vida Económica, 2012.

10. FRIEDMAN, Lawrence; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Legal Culture in the Age of Globalization. Redwood: Stanford University Press, 2003

11. GARAPON, Antoine. Le Gardien des Promesses. Justice et Démocratie. Paris: Odile Jacob, 1996. p. 20

12. LANFREDI, Luis Geraldo Sant'Ana. El Juez de Garantías y el Sistema Penal:(re) planteamientos socio-criminológicos críticos hacia la (re) significación de los desafíos del Poder Judicial frente a la política criminal brasileña. Florianópolis: Empório do Direito, OST, François. O tempo do Direito. Lisboa: Piaget, 1999

13. LEITE, Fabiana de Lima. Postulados, Princípios e Diretrizes para a Política de Alternativas Penais. Brasília. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e Departamento Penitenciário Nacional, 2015.

14. ROSA, Alexandre Morais da; BECKER, Fernanda E. Northe. O Desafio de Implementar a Audiência de Custódia: a decisão como ela é. //: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo (orgs). Audiência de Custódia. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 11-28.

15. SANTOS, Boaventura de Sousa. Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

16. _____. Poderá o Direito ser emancipatório? In: Revista Crítica de Ciências Sociais, 65, p. 3-76, 2003.

17. SOUZA NETTO, José Laurindo de. Sistema de aplicação de medidas socialmente úteis como substitutivo penal para infrações de menor potencial ofensivo. Revista Bonijuris, v. 20, n. 541, p. 5-9, dez. 2008.

18. SÃO PAULO. SECRETARIA DA FAZENDA E PLANEJAMENTO. Relatório Anual do Governo do Estado de São Paulo. São Paulo, 2018.

Disponível em:<https://portal.fazenda.sp.gov.br/acessoinformacao/Dow>

nlloads/Relat%C3%B3rio-Anual-do-Governo-do-Estado/Relat%C3%B3rio%20Anual%20do%20Governo%20-%202018%20-%20Vol.%201.pdf. Acesso em: 18 mar. 2020

MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRIBUTÁRIOS

CONSENSUS METHODS FOR TAX CONFLICTS RESOLUTION

José Laurindo de Souza Netto¹, Gustavo Calixto Guilherme², Adriane Garcel³

O presente artigo tem como finalidade apresentar a conciliação e a mediação como formas de resolução de conflitos tributários. A problemática está em verificar a viabilidade da utilização destes instrumentos, diante da ineficiência do processo administrativo e judicial, que contraria os princípios norteadores da relação jurídica entre o Fisco e o cidadão-contribuinte. A metodologia utilizada baseia-se em estudo doutrinário, consulta à legislação pertinente e análise de dados. Por conclusão, tem-se que o uso dos métodos consensuais em âmbito fiscal resulta na desjudicialização, na efetivação dos preceitos constitucionais e na possibilidade da utilização de recursos públicos em outros setores da sociedade.

Palavras-chave: Conflitos tributários. Efetivação de direitos. Métodos consensuais. Princípios constitucionais.

This article aims to present conciliation and mediation as instruments for tax conflicts' resolution. The issue is to verify the use of self-composing methods, given the inefficiency of the administrative and judicial process, which contradicts the principles of the legal relationship between the tax authorities and the taxpayer citizen. The methodology used is based in a doctrinal study, legislation consult and data analysis. In conclusion, it is clear that the use of consensual methods in the fiscal sphere results in desjudicialization, in the implementation of constitutional precepts and in the possibility of using public resources in other sectors of society.

Keywords: Tax conflicts. Effective rights. Consensual methods. Constitutional principles.

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma La Sapienza; Estágio de Pós-doutorado em Portugal e Espanha; Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná – UFPR; Email: jln@tjpr.jus.br

² Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; Especialista em direito processual civil pela Universidade Candido Mendes; Graduado em Direito pela Universidade Positivo e em Administração pela Universidade Federal do Paraná – UFPR; Email: gustavo.guilherme@tjpr.jus.br

³ Servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário de Curitiba – UNICURITIBA; Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP e FEMPAR; Email: adriane.garcel@tjpr.jus.br

1 INTRODUÇÃO

Esta exposição tem como tema central investigar a aplicabilidade dos métodos consensuais de resolução de conflitos na seara tributária.

A concepção tradicional de resolução das controvérsias, pautada na instauração de conflito adversarial, aliada à complexidade do fluxo administrativo e processual das lides tributárias, ocasionaram graves problemas: a obstrução dos órgãos administrativos e judiciais com uma carga excessiva e onerosa de demandas, a falta de efetividade arrecadatória do Estado que inviabiliza a capacidade de investimento em políticas públicas e o distanciamento da relação entre o Fisco e o cidadão-contribuinte.

Diante de tal contexto, esta pesquisa objetiva analisar o emprego dos métodos complementares de solução de conflitos, especialmente a mediação e a conciliação, pautadas no diálogo e na utilização de técnicas não impositivas, em consonância aos princípios da relação jurídica tributária e à disseminação da cultura da paz.

A pesquisa justifica-se tendo em vista as recentes diretrizes do Conselho Nacional Justiça e as alterações legislativas que fomentam a prática dos meios autocompositivos de solução de litígios.

Para tanto, a metodologia utilizada baseia-se em estudo doutrinário, consulta à legislação pertinente e análise de dados.

Primeiramente, serão abordados os preceitos constitucionais dominantes na relação jurídica tributária, abrangendo o processo administrativo e judicial.

Em um segundo momento será exposto o fluxo processual do processo administrativo e judicial tributário, desde a fase de instauração até a apreciação recursal.

Posteriormente, serão apresentadas as características das técnicas consensuais, os dados quantitativos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e do relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça.

Por fim, serão demonstrados os dispositivos jurídicos que autorizam a utilização dos instrumentos conciliatórios em âmbito fiscal e a experiência recente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná com a instalação dos Centros Judiciários Fazendários, que revelam a eficácia da implementação de tais institutos.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA

A constitucionalização do Direito produz impactos relevantes em todos os ramos jurídicos. A Constituição passa a ser não apenas um sistema em si, mas também um modo de interpretar todos os demais ramos do Direito. Os valores, os fins públicos, as regras e princípios da Lei Maior passam a condicionar a validade de sentidos de todas as normas infraconstitucionais (BARROSO, 2013, p. 33).

A Constituição estabelece as diretrizes para as demais normas integrantes do sistema jurídico, tornando-se a fonte dos valores dominantes na sociedade, positivados através dos princípios constitucionais (TAVARES, 2012, p. 460-461).

Os princípios são as vigas mestras da constituição e concretizam-se não só no decorrer do texto constitucional, mas também através da legislação ordinária, que deverá guardar consonância e ir lhes dando gradativamente uma maior compreensão (BASTOS, 2002, p. 229).

No que tange à relação jurídica tributária e, conseqüentemente, ao Direito Processual Tributário, diante da amplitude da temática, especialmente por abarcar o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito Tributário e o Direito Processual Civil, a matéria deve ser estudada sob um conjunto de primados que devem operar de forma convergente (MARINS, 2018, p. 89).

Entre as diversas fontes de valores da sociedade, premente ressaltar os princípios fundamentais estabelecidos no Título I da Carta Magna, entre eles a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento nacional e a construção de uma sociedade justa.

A dignidade da pessoa humana é um fundamento da República Federativa do Brasil e representa um complexo de direitos que são inerentes à espécie humana, como vida, lazer, saúde, educação, cultura e trabalho que devem ser propiciados pelo Estado e, para este fim, é cobrada uma grande carga tributária do contribuinte. Esses direitos configuram-se como centro fundante da ordem jurídica e objetivam fortalecer os direitos da pessoa (AGRA, 2018, p. 156).

A consagração da dignidade humana no texto constitucional é o reconhecimento de que a pessoa deve constituir o objetivo supremo da ordem jurídica, impondo aos poderes públicos o dever de respeito, proteção e promoção dos meios necessários a uma vida digna (NOVELINO, 2010, p. 340).

A construção de uma sociedade justa e o desenvolvimento nacional estão estabelecidos no artigo 3º da Lei Maior, constituídos como objetivos da federação. Eles formam as normas programáticas que têm por objetivo criar um Estado de Bem-Estar Social, ou seja, são os objetivos que o Estado tentará concretizar ao longo do tempo (AGRA, 2018, p. 161).

Quanto aos primados da Administração Pública, cabe destacar a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, a eficiência (inserida no *caput* do artigo 37 da Carta Magna, pela Emenda Constitucional nº 19/1998) e a legalidade.

O princípio da supremacia do interesse público é fundamental para a gestão administrativa de qualquer sociedade e significa que o interesse público assume maior relevância que o privado, referindo-se aqui aos anseios da população, que deve ser o objetivo maior das políticas públicas. (AGRA, 2018, p. 437).

Nessa toada, em razão do princípio da indisponibilidade, são vedados quaisquer atos pelo administrador que impliquem renúncia de direitos da Administração ou que injustificadamente onerem a sociedade. Os interesses e bens públicos são indisponíveis, ou seja, não pertencem à Administração, tampouco a seus agentes. A eles cabe apenas sua gestão, em prol da coletividade, que é a titular dos direitos e interesses públicos (ALEXANDRINO; PAULO, 2007, p. 130-131).

O conceito jurídico da eficiência abrange a organização da estrutura administrativa e a conduta dos

agentes públicos, vinculados à promoção das finalidades da Administração em favor dos administrados e a coordenação da atuação administrativa com os interesses das partes envolvidas e da coletividade (MIRAGEM, 2017, p. 47).

A eficiência administrativa revela as expectativas da sociedade de que os serviços públicos sejam prestados com celeridade, segurança, pontualidade e de modo equânime. Exige o aproveitamento otimizado dos recursos, de modo que os objetivos do Estado possam ser alcançados em termos quantitativos e qualitativos (RAMOS, 2012, p. 482).

Consagrada no artigo 5º, inciso II, da Carta Magna, entende-se a legalidade como a garantia concedida aos cidadãos de que somente por lei poderão ser obrigados a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. Assim, a legalidade impõe-se nas relações processuais e nos atos do Poder Público de uma maneira geral, como por exemplo nos procedimentos administrativos preliminares, no processo judicial tributário (artigo 150, inciso I, da Constituição Federal) e em toda atividade processual tributária (SEGUNDO, 2018, p. 21).

No Brasil, como em geral nos países que consagram a divisão dos Poderes do Estado, o princípio da legalidade constitui o mais importante limite aos governantes na atividade de tributação (MACHADO, 2016, p. 34).

Em âmbito constitucional e processual, o artigo 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos como garantia fundamental, tanto no âmbito administrativo quanto judicial, o direito à razoável duração do processo, bem como a meios que garantam sua tramitação de modo célere (WAMBIER; TALAMINI, 2018, p. 79).

Outro princípio de natureza processual e constitucional que merece especial relevo é o devido processo legal. O artigo 5º, inciso LIV, do Texto Constitucional enaltece a sua aplicação ao processo administrativo tributário, na medida em que este tem por finalidade a exigência do adimplemento do tributo, ao dispor que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens seu o devido processo legal" (MELO, 2018, p. 35-36).

Nas palavras de Hugo de Brito Machado Segundo:

A relação processual é uma relação jurídica, submetida a uma série de princípios, em sua maioria constitucionais, que estabelecem diretrizes a serem seguidas pelas partes e especialmente pelo julgador no exercício da função de aplicar o direito na resolução de conflitos, quer na esfera judicial, no exercício da atividade jurisdicional propriamente dita; quer na esfera administrativa, na qual a resolução de conflitos por meio de um processo contraditório se submete aos praticamente mesmos princípios do processo judicial. (2018, p. 16).

Feitas as considerações iniciais, impende destacar a necessidade da observância dos preceitos constitucionais na relação jurídica tributária, abrangendo o processo administrativo e judicial tributário.

3 O PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL TRIBUTÁRIO

As leis processuais e a atuação da administração têm de ser compreendida como uma forma de concretização do direito ao processo justo. No Estado Constitucional, o processo só pode ser compreendido como o meio pelo qual se tutela os direitos na dimensão da Constituição (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 496-497).

O simples disciplinamento de condutas através de normas jurídicas não é suficiente para pôr fim aos conflitos de interesses. Impõe-se a adoção de um mecanismo próprio para garantir a efetividade, no caso concreto, do direito previsto, porém violado. Esse mecanismo, composto de uma série de atos, é denominado processo (SEGUNDO, 2018, p. 5).

No que tange ao direito processual tributário, pode-se dizer que as normas que regulamentam os atos de fiscalização, o modo de apuração do montante do tributo, o prazo de impugnação pelo contribuinte, a interposição de recursos, entre outros, são normas de direito processual em sentido amplo, que regem o processo administrativo tributário, que se desenvolve no âmbito da Administração Tributária. Por outro lado, as normas que disciplinam a execução do crédito apurado pelo Fisco, a penhora de bens, a propositura de ação para anular o lançamento, entre outros, são normas de direito processual em sentido estrito, que tratam do processo judicial tributário (SEGUNDO, 2018, p. 8-9).

Em verdade, o sistema brasileiro de solução administrativa de lides tributárias é fruto de lenta evolução legislativa. Subsistem as normas processuais existentes na Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional), no Decreto 70.235/1972 (Processo Administrativo Fiscal Federal), na Lei nº 9.784/1999 (LGPAF), nas leis estaduais e municipais e, mais recentemente, no Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). Sua revigoração constitucional deu-se somente através da Constituição Federal (artigo 5º, inciso LV) que consagrou o Processo Administrativo como garantia fundamental, individual do cidadão, formado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório (MARINS, 2018, p. 140).

O processo administrativo tributário decorre das divergências oriundas da relação entre o Fisco e o contribuinte. De um lado, a Fazenda Pública que almeja o recebimento de determinada quantia considerada devida, decorrente do descumprimento de uma obrigação, e de outro, o contribuinte, que entende ser a exigência indevida (MELO, 2018, p. 17).

Em âmbito federal, a demanda administrativa tributária compreende os impostos federais (imposto de renda, IPI, ITR, imposto de importação e exportação, IOF, etc) e as contribuições sociais, como o PIS, a Cofins e a contribuição social sobre o lucro, que são administradas pela Secretaria da Receita Federal (MARTINS, 2012, p. 235-236).

A lide administrativa fiscal de julgamento reparte-se em quatro etapas: (a) fase de instauração; (b) fase de preparação e instrução; (c) fase de julgamento; (d) fase de recurso. (MARINS, 2018, p. 269).

Importante frisar que a atuação no âmbito do processo administrativo não exige capacidade postulatória, ou seja, o próprio contribuinte ou o representante legal da pessoa jurídica pode elaborar sua defesa e apresentá-la, bem como não há despesas com custas ou preparo (JESUS, 2017, p. 364).

A fase de instauração inicia-se no exato momento em que o lançamento é impugnado pelo sujeito passivo. O

artigo 139 do Código Tributário Nacional dispõe que com a ocorrência do fato gerador surge a obrigação tributária, que é ilíquida, e que o lançamento, converte em crédito tributário (CASSONE; ROSSI, 2012, p. 2-7).

Trata-se o lançamento de ato administrativo intitulado Auto de Infração, Auto de Infração e Imposição de Multa, Notificação de Lançamento, dentre outros, decorrente de ato jurídico expedido por agente competente da Administração Pública, na forma prescrita em lei, com motivação e finalidade, tendente a exigir o adimplemento de obrigação tributária (principal e/ou acessória) pelo contribuinte (MELO, 2018, p.82-83).

Realizado o ato de lançamento, estabelece-se pretensão fiscal sobre a esfera patrimonial do contribuinte e abre-se a oportunidade da impugnação administrativa que, quando tempestivamente formalizada no prazo de trinta dias (artigo 10, V, e 11, II, do Decreto 70.235/1972), instaura a lide administrativa que se submete ao regime jurídico de processo, com todas as garantias de raiz constitucional (MARINS, 2018, p. 155).

O ônus da prova dos fatos em disputa não é do contribuinte. O ônus da prova quanto ao fato constitutivo do direito é de quem o alega, no caso a Fazenda Pública, aplicando-se a Teoria Geral da Prova, consubstanciada no Código de Processo Civil. Ocorre que, em face de fortes indícios da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, pode dar-se a inversão do ônus da prova (MACHADO, 2016, p. 462-463).

A defesa administrativa é o instrumento pelo qual o contribuinte demonstra a sua inconformidade com o ato de lançamento tributário ou a autuação praticada. Será postulado à autoridade administrativa a revisão do ato praticado, e deverá conter: endereçamento à autoridade julgadora, qualificação, exposição da matéria de fato, razões de direito (com documentos comprobatórios das alegações e, se necessário, pedido de produção de provas) e pedido de procedência (JESUS, 2017, p. 364).

Consequência relevante da apresentação da impugnação administrativa é a suspensão dos efeitos do ato enquanto não houver solução definitiva ao que foi suscitado pelo impugnante. Trata-se de uma decorrência do processo administrativo, que visa assegurar ao administrado uma solução útil e uma manifestação definitiva do Poder Público acerca da legalidade do ato questionado (SEGUNDO, 2018, p. 125).

Além disso, o contribuinte fará jus a certidões que espelhem a existência de processo administrativo tributário, e que apresente os mesmos efeitos de uma certidão negativa (certidão positiva com efeito de negativa). A certidão negativa de débito (CND) ou positiva com efeito de negativa é necessária para que o administrado possa se habilitar em processos de licitação e concorrências públicas. (JESUS, 2017, p. 365).

Quanto à fase de julgamento, na maior parte dos entes tributantes a decisão de primeiro grau é proferida por julgador monocrático. Em âmbito federal também era assim, os julgamentos de primeira instância eram realizados pelo Delegado de Julgamento. Esse órgão monocrático foi substituído pelas Delegacias de Julgamentos, formadas por Turmas Julgadoras, órgãos de natureza colegiada da Receita Federal, compostos por servidores da Administração Fazendária (SEGUNDO, 2018, p. 166-167).

Assim, quanto aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, o processo será julgado pelas Delegacias da Receita Federal de Julgamento, em trinta dias (MARTINS, 2012, p. 237).

Com o escopo de conferir qualidade e respeitar o princípio do duplo grau de jurisdição, após intimado o contribuinte do conteúdo do ato decisório final realizado pela Delegacia de Julgamento, inicia-se a etapa recursal. (MARINS, 2018, p. 290).

Oportuna a ressalva de que é inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamentos prévios de dinheiros ou bens como condição para a admissibilidade de recurso administrativo, entendimento pacificado através da Súmula Vinculante nº 21 do Supremo Tribunal Federal.

Impende destacar ainda que o ajuizamento de ação importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso, nos termos do artigo 38, parágrafo único, da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80).

Na maior parte dos entes tributantes, o julgamento de segundo grau é feito por órgãos colegiados compostos por representantes da Fazenda Pública e pelos representantes dos contribuintes (SEGUNDO, 2018, p. 171-172).

Em âmbito Federal, a Lei 11.941/2009 extinguiu os Conselhos de Contribuintes e atribuiu ao CARF a função de ser o órgão recursal de julgamento administrativo, composto por três Seções, especializadas por matéria, constituídas por quatro Câmaras de Julgamento, órgãos administrativos compostos paritariamente, formados em igual número por especialistas em assuntos tributários, divididos entre representantes da Fazenda Nacional (Auditores-Fiscais) e representantes dos contribuintes, indicados por entidades de classe de nível nacional representativas do setor produtivo e dos trabalhadores (MARINS, 2018, p. 290-292).

Também compete ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais o julgamento de recursos especiais, através de sua Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), na hipótese de divergências entre as turmas ou câmaras do CARF, passível de interposição tanto pelo sujeito passivo como pela Fazenda Pública, destinado a uniformizar a jurisprudência do órgão (SEGUNDO, 2018, p. 174-175).

Decorrido o prazo de intimação das decisões da Delegacia de Julgamentos ou decididos os recursos pelo CARF por decisão não mais sujeita a recurso (art. 42 do Decreto n. 70.235/72), conclui-se o processo administrativo fiscal e constitui-se definitivamente o crédito tributário (PAULSEN, 2018, p. 474).

Apesar da existência do processo administrativo, pautado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, o sujeito passivo da obrigação tributária muitas vezes resta inconformado diante da exigência do tributo ou da imposição de certa penalidade, podendo dispor do processo judicial para o controle da legalidade dos atos da Administração Tributária pelo Poder Judiciário (MACHADO, 2016, p. 473).

Aplica-se o Código de Processo Civil ao processo judicial tributário, em geral e subsidiariamente, embora também haja leis e dispositivos de caráter especial a serem aplicados, como é o caso da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80) e a Lei da Medida Cautelar Fiscal (Lei nº 8.397/92) (PAULSEN, 2018, p. 477-478).

O procedimento comum é o procedimento padrão aplicável a todas as causas, independentemente das peculiaridades do direito material trazido ao Judiciário, exceto se o próprio Código de Processo Civil ou alguma lei prever outro procedimento (CAMBI, 2017, p. 333).

O processo de conhecimento em matéria tributária é de iniciativa do contribuinte, porque o poder de decisão no processo administrativo é sempre do Fisco, inexistindo razões para que o ente público provoque o controle judicial da legalidade de suas próprias decisões (MACHADO, 2016, p. 473).

Há uma série de ações de iniciativa do contribuinte, como por exemplo a ação anulatória de lançamento tributário, ação declaratória, ação de consignação em pagamento, ação de repetição de indébito, mandado de segurança, ação direta de inconstitucionalidade (MARTINS, 2012, p. 244-250), exceção de pré-executividade, entre outras demandas, visando a garantia de seus direitos perante o ente público.

O procedimento comum pode ser dividido em várias fases: I) postulatória, que abrange a petição inicial e sua análise, a citação do réu, a audiência de conciliação e mediação, a contestação e a reconvenção; II) ordinatória, que inclui as providências preliminares e de saneamento, o julgamento conforme o estado do processo, o saneamento e a organização do processo; III) instrutória, que abarca, se necessário, a produção de prova na audiência de instrução; IV) decisória, que ocorre após a produção de provas e as alegações finais das partes, com a sentença do juiz; V) recursal: depois da sentença, a parte sucumbente pode apelar, sem prejuízo de outros recursos cabíveis das decisões dos tribunais ou de atos proferidos durante o curso processual (CAMBI et al., 2017, p. 333).

Quanto ao Fisco, este independe do Judiciário para constituir seus créditos, entretanto, não possui a prerrogativa de efetuar, por ato próprio, a constrição ao patrimônio do devedor, devendo buscar em Juízo a execução judicial dos créditos tributários, por meio de execução fiscal, bem como o acautelamento da execução por medida cautelar (PAULSEN, 2018, p. 477).

Apesar de o processo tributário judicial prescindir da esfera administrativa, denota-se uma grande complexidade no fluxo processual das demandas fiscais, que vem de encontro à diversos princípios constitucionais e administrativos, como a razoável duração do processo e a efetividade, bem como gera um elevado dispêndio de dinheiro público.

Tal panorama abre a possibilidade de buscas por outros meios de resolução de conflitos, que tragam benefícios para os sujeitos envolvidos na relação tributária.

4 A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO COMO MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os meios alternativos de resolução de conflitos (MASC) despontam como uma resposta à massificação de demandas, visando a obtenção de decisões eficazes à população. Os meios alternativos, preferivelmente chamado de adequados, surgem como um complemento à solução adjudicada mediante sentença (ALMEIDA; PANTOJA; 2016, p. 56-58).

Nesse contexto, com a expansão da globalização, mudou-se o significado do acesso à justiça: se antes a expressão significava pura e simplesmente o acesso de todos as pessoas ao Judiciário e a possibilidade de submeter cada vez mais litígios ao arbítrio do juiz togado, hoje o acesso à justiça pode ser compreendido como o acesso aos meios adequados de resolução para cada tipo de litígio, de forma a proporcionar às partes a solução mais satisfatória para suas contendas (KFOURI; NETTO; GARCEL, 2020, p. 2).

A morosidade e o custo da Justiça trazem à tona os três fundamentos das vias conciliativas: o fundamento funcional, social e político. O primeiro diz respeito a busca da racionalização da distribuição da Justiça, com a desobstrução dos tribunais e a atribuição da solução de certas controvérsias aos instrumentos autocompositivos. O segundo está relacionado à função de pacificação social das vias conciliativas: ao contrário da sentença, que se limita a ditar de forma autoritativa a regra para o caso concreto, a conciliação e a mediação possibilitam a resolução da lide sociológica, mais ampla, prevenindo situações de tensões e rupturas. Por fim, o fundamento político que se resume na participação popular na administração da justiça (GRINOVER, 2016, p. 45-49).

Os métodos consensuais assumiram protagonismo no sistema jurídico com o advento da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, regulamentação de vanguarda, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos. Sistemáticamente, a Política Judiciária Nacional possui como objetivo a utilização da conciliação e da mediação para realizar uma mudança na mentalidade da comunidade, no intuito de se obter a pacificação social, escopo magno da jurisdição (LAGRASTA, 2016, p. 59-60).

A política prevista na Resolução nº 125 se estrutura como um tripé, tendo no topo o Conselho Nacional de Justiça, com atribuições de nível nacional; abaixo deste, os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC's) de cada Tribunal, responsáveis pela implementação da Política Pública em âmbito estadual e pela fiscalização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's), que são as "células" de funcionamento da política conciliatória, nas quais atuam os grandes responsáveis pelo sucesso da mesma, que são os conciliadores, mediadores e demais facilitadores e servidores capacitados para atuar nas audiências de conciliação, mediação e prestar orientação aos jurisdicionados (RICHA; LAGRASTA, 2016, p. 87).

A conciliação é um método consensual de solução de controvérsias por meio do qual busca-se resolver as divergências entre as partes com a ajuda de um terceiro, denominado conciliador. A conciliação muito se assemelha a mediação, estando a diferença na forma de condução do diálogo entre as partes. Na conciliação, o terceiro facilitador interfere na discussão entre as pessoas propondo soluções para a lide (SALES, 2007, p. 42-43).

A mediação é conceituada como um método de resolução de conflitos em que se convoca um terceiro mediador, que atua de modo confidencial, imparcial e equidistante, e cuja função é promover a melhora de comunicação entre os envolvidos, propiciando autoconhecimento, para que as partes se autodeterminem a uma solução (KEPPEN, 2009, p. 83), aumentando a autonomia

dos sujeitos para decidir questões do cotidiano e evitando, assim, a apreciação das controvérsias somente na esfera judicial.

O acompanhamento estatístico específico do desempenho das estruturas judiciárias vinculadas à disseminação dos métodos autocompositivos também é destaque no Resolução nº 125/2010, com previsão no artigo 2º, inciso III.

Com a edição da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), consagrou-se definitivamente a promoção da solução consensual dos conflitos como princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro (ALMEIDA; PANTOJA; 2016, p. 58-59).

O Código de Processo Civil dispõe sobre o estímulo a utilização dos métodos adequados em seu capítulo inaugural, no artigo 3º, §2º, inserido nas normas fundamentais do processo civil, ao estabelecer que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

Nessa toada estabelece em seu artigo 165 que "os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição".

Da mesma forma, a Lei 13.140/2015 reafirma a mediação no âmbito da administração pública e entre particulares como meio autocompositivo de solução de controvérsias, elencando princípios, requisitos e procedimentos a serem seguidos.

Sendo assim, o Judiciário deve prover meios e fomentar a utilização das técnicas consensuais, em caráter pré-processual ou no decorrer do andamento das demandas, diminuindo a judicialização e incentivando os cidadãos a resolverem seus conflitos de forma autônoma por meio do diálogo.

Neste pensar, o enfoque adversarial da lide, caracterizado pela hipertrofia do argumento unilateral e pela polarização de posições é substituído por uma solução transformadora, que depende do reconhecimento das diferenças e da identificação de interesses comuns e contraditórios e que, quando bem conduzida, pode resultar em mudanças positivas e oportunidades de ganho mútuo (VASCONCELOS, 2008, p. 20).

5 MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRIBUTÁRIOS

Conforme informações do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais divulgadas em 07/02/2019, o estoque de processos administrativos fiscais que tramitam no órgão público é de 122.371 processos, que correspondem a R\$ 603,77 bilhões em crédito tributário. Após a informação de que seriam necessários setenta e sete anos para julgar todo o estoque (dado proveniente de estudo realizado em 2015), foi adotada uma política de reestruturação do Conselho, sendo que o CARF estima que o tempo médio para o julgamento de todo o acervo é de aproximadamente seis anos.

Na esfera judicial, o Relatório Justiça em Números é elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça através do

seu Departamento de Pesquisas Judiciárias, em sua atribuição legal de dar transparência e publicidade às informações relativas ao Poder Judiciário brasileiro. Em sua 15ª edição, o relatório reúne diversos dados relevantes dos noventa órgãos do Poder Judiciário elencados no artigo 92 da Constituição da República, no período de 2009 a 2018, excluindo o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça, que possuem relatórios à parte.

Da análise do relatório verifica-se que o Poder Judiciário possuía em 2018 uma despesa de aproximadamente 94 bilhões, tendo quase 79 milhões de processos em tramitação, aguardando uma solução definitiva. Fazendo uma conta simples de divisão do total do custo do Judiciário com a quantidade total de processos, pode-se dizer que cada processo custa em média R\$ 1.191,00 reais aos cofres públicos.

Conforme os dados do relatório, impende ressaltar que em 2018, pela primeira vez na última década, houve redução no volume de casos pendentes. Ingressaram no Judiciário 28,1 milhões de processos e foram baixados 31,9 milhões. Foram proferidas 32 milhões de sentenças e decisões terminativas, com aumento de 939 mil casos (3%) em relação à 2017.

No campo tributário, historicamente as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade da Justiça. O executivo fiscal chega a Juízo depois que as tentativas de recuperação do crédito se frustraram na via administrativa, demandando repetidas etapas e providências na localização do devedor ou de patrimônio capaz de adimplir o débito fiscal, o que demanda um longo período de tempo e uma pequena possibilidade de recuperação.

As execuções fiscais representam aproximadamente 39% do total de casos pendentes no Judiciário e 73% dos processos de execução. Dos 78,7 milhões de processos no Poder Judiciário, 42,6 milhões (54%) se referem à fase de execução, sendo que 31 milhões se referem às execuções fiscais.

Esses processos são responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, os quais representaram 90% em 2018, a maior taxa entre os tipos de processos constantes no relatório. Isso significa que de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano, apenas dez 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.

Outrossim, o tempo de giro do acervo desses processos é de oito anos e oito meses, ou seja, mesmo se o Judiciário parasse de receber novas execuções fiscais, ainda seria necessário todo esse tempo para liquidar o estoque existente.

No que se refere ao tempo de tramitação nas diversas fases do processo, cumpre-se ressaltar que em fase de execução, a duração média dos processos que ainda estavam pendentes em 2018 nas Varas Estaduais (1º grau) é de aproximadamente seis anos e quatro meses e nas Varas Federais (1º grau), oito anos e um mês.

Diante do atual panorama constatado, surge uma indagação a ser respondida: os métodos consensuais de resolução de conflitos poderiam ser utilizados, em âmbito

fiscal, na efetivação dos princípios da relação jurídica tributária e trazendo benefícios à sociedade?

Para a obtenção da resposta, é de suma importância verificar o entendimento predominante no Direito Brasileiro e a recente experiência do Centro Judiciário de Solução de Conflitos Fazendário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

5.1 A possibilidade de autocomposição nos conflitos fazendários

A perspectiva da resolução consensual de conflitos prepondera atualmente nas mais diversas legislações e dispositivos do Direito brasileiro.

Com a vigência do novel Código de Processo Civil, estabeleceu-se um novo modelo de estruturação processual, o de cooperação entre os sujeitos processuais. Dessa forma, o magistrado e as partes deverão interagir entre si visando uma decisão justa e efetiva em tempo razoável a fim de primar pelos princípios do processo civil constitucional, como o devido processo legal, a razoável duração do processo e a segurança jurídica (NETTO; GUILHERME, 2018, p. 96).

Além da perspectiva cooperativa, a legislação processual prevê em seu artigo 334 a realização da audiência de conciliação e mediação após o recebimento da petição inicial e anteriormente à contestação, o que revela a preocupação do legislador em incentivar a construção mútua de uma solução adequada. A audiência somente não é realizada se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição ou quando o caso não admitir a autocomposição (artigo 334, § 4º).

Os primados constitucionais e administrativos da legalidade, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público seriam, a princípio, um obstáculo para a participação da Fazenda Pública nas sessões de mediação e conciliação.

No entanto, a inadmissibilidade da autocomposição não pode ser confundida com a indisponibilidade do interesse público. Em muitos casos o direito litigioso é indisponível, mas é possível haver autocomposição. Em ação de alimentos, por exemplo, é possível haver o reconhecimento da procedência do pedido pelo réu e acordo quanto ao valor e a forma de pagamento, bem como em processos coletivos, em que se pode celebrar compromisso de ajustamento de conduta. No que tange ao Poder Público, este pode resolver o conflito por meio da autocomposição, desde que haja autorização normativa para isso, em que cada ente federado disciplinará, por lei própria, as formas e os limites do acordo (DIDIER JR., 2015, p.273).

O enunciado 33 do II Fórum Nacional do Poder Público corrobora o entendimento supracitado ao dispor que "a audiência de conciliação do artigo 334 somente é cabível à Fazenda Pública se houver autorização específica para os advogados públicos realizarem acordos".

Assim, o ente público poderá utilizar-se dos métodos autocompositivos como forma de resolução de lides tributárias, desde que respeitado o princípio da legalidade. Afinal, a lógica é que o administrador não possa atuar de forma a dispor do interesse público, e, sendo assim, sua atuação fica dependendo da autorização do titular do interesse público (o povo), responsável pela elaboração das

leis, por meio de seus representantes legitimamente escolhidos (CARVALHO, 2015, p. 62).

O I Fórum Nacional do Poder Público editou o enunciado nº 06 quanto ao caráter confidencial da mediação envolvendo o ente público, ao dispor que "a confidencialidade na mediação com a Administração Pública observará os limites da lei de acesso à informação".

No que se refere ao princípio da publicidade, este foi objeto de apreciação no enunciado nº 16 do I Fórum Nacional do Poder Público e no Enunciado nº 573 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, os quais dispõem que o ente fazendário deverá publicizar as hipóteses em que os órgãos da Advocacia estão autorizados a transacionar.

Além do que a transação é uma das modalidades de extinção do crédito tributário, prevista no artigo 156, inciso III, e 171, *caput*, do Código Tributário Nacional.

Nesta lógica, a recente Medida Provisória nº 899/2019, publicada em 17/10/2019, em tramitação no Congresso Nacional para se converter em lei ordinária, trata exatamente da transação tributária estabelecida no artigo 171 supracitado, ao estabelecer "os requisitos e as condições para que a União, as suas autarquias e fundações, e os devedores ou as partes adversas realizem transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de crédito da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária."

Ademais, a alteração no Decreto Lei nº 3.365/41 pelo advento da Lei nº 13.867/2019 reafirma a atual tendência de utilização dos instrumentos consensuais, a qual passou a possibilitar o uso da mediação para a definição dos valores de indenização nos processos envolvendo a desapropriação feita pelo Poder Público, o que significa que as partes poderão realizar concessões a fim de que se chegue a um acordo.

Isto posto, os órgãos públicos deverão fomentar a utilização da mediação e da conciliação, disseminando a cultura da paz e acelerando a desobstrução do Judiciário e a solução definitiva da lide.

Como consequência, assistir-se-á, dessa forma, a profunda transformação do país, que substituirá a "cultura da sentença" pela "cultura da pacificação", disso nascendo, como produto de suma relevância, a maior coesão social (WATANABE, 2016, p. 58).

5.2 Métodos consensuais na prática: a experiência do Centro Judiciário de Solução de Conflitos Fazendário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

A experiência recente da 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná comprova que métodos consensuais e eficientes de resolução de conflitos podem trazer vantagens ao Tesouro Nacional e ao cidadão-contribuinte.

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos Fazendários foram inaugurados no segundo semestre de 2019, com o objetivo de realizar audiências de conciliação e mediação entre a Fazenda Pública e o contribuinte. Esses Centros Judiciários temáticos foram inaugurados inicialmente nas Comarcas de Londrina e Telêmaco Borba e obtiveram resultados positivos no início de seu funcionamento, tanto antes do ajuizamento da ação (pré-processual), quanto na fase processual.

Em levantamento realizado pelo Núcleo de Inteligência da 2ª Vice-Presidência em parceria com o Departamento de Informática do Tribunal do Paraná, foram realizadas no Centro Judiciário Fazendário de Telêmaco Borba 242 audiências, que resultaram em 85 conciliações e R\$ 142.436,93 reais em valores arrecadados ao município, em três meses de funcionamento.

Durante a XIV Semana Nacional da Conciliação, foi realizado mutirão do Centro Judiciário Fazendário da Comarca de Londrina, abrangendo o pagamento de IPTU, por meio do qual foram realizadas 542 sessões de conciliação, com 223 acordos (índice de 41%) e R\$ 2.531.174,90 reais arrecadados ao Município de Londrina, ou seja, em uma semana foi arrecadado mais de dois milhões e quinhentos mil reais aos cofres públicos de Londrina, mediante a utilização de métodos consensuais de solução de conflitos, os quais poderão ser utilizados e revertidos para o cidadão nas políticas públicas do ente municipal.

Compete informar que em apenas três meses de funcionamento, estes Centros já atenderam mais de mil paranaenses.

Considerando a conta realizada no tópico supra, a qual revela que um processo custa aproximadamente R\$ 1.191,00 reais, além de ter sido arrecadado mais de 2,6 milhões de reais aos dois municípios citados, foram realizados 308 acordos, o que gera uma economia de mais de 300 (trezentos) mil reais aos cofres públicos com a extinção das contendas, que podem ser utilizadas nos mais diversos setores da sociedade.

A utilização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos Fazendários traz benefícios tanto para o contribuinte quanto para a Fazenda Pública: para o ente público traz a uma maior efetividade arrecadatória, redução de tempo de recebimento de receitas tributárias e o impacto social pela melhora do relacionamento com o contribuinte; já para o cidadão traduz-se na possibilidade de acesso ao parcelamento do seu débito, autonomia na negociação, regularização de sua situação com o Fisco e a alternativa conciliatória pré-processual.

Perfaz ressaltar a existência de lei para os casos conciliatórios encaminhados aos Centros Judiciários Fazendários. No município de Telêmaco Borba, foi sancionada a Lei Complementar nº 57/2019, instituindo o programa de recuperação fiscal – REFIS, destinado a promover a regularização de créditos tributários municipais. No Município de Londrina, a Lei 12.829/2019 concede prazo ao contribuinte aderir ao Programa de Regularização Fiscal – PROFIS, concedendo desconto para o pagamento de débitos fiscais.

Na esfera estadual foi promulgada a Lei nº 19802/2018 do estado do Paraná, instituindo o tratamento diferenciado para o pagamento de dívidas tributárias relacionadas ao ICM e ao ICMS. Já na esfera federal, entre outras leis existentes, a Lei nº 9.964/2000 instituiu o REFIS para o pagamento de tributos da União, a Lei 13.496/2017 instituiu o Programa Especial de Regularização Tributária (PERT) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e recentemente a Medida Provisória nº 899/2019, em trâmite no Congresso Nacional, dispõe sobre a transação entre a União e o contribuinte.

A aplicação conjunta da legislação, da doutrina e da utilização da mediação e da conciliação nos Tribunais permite uma melhor elucidação sobre o tema, de modo a ser possível analisar os efeitos da aplicação dos meios adequados de solução de controvérsias no campo tributário.

6 CONCLUSÃO

Pelo exposto, como resposta a problemática proposta na pesquisa é de se concluir que a aplicabilidade dos métodos consensuais de resolução de conflitos traz benefícios à relação entre o Fisco e o cidadão-contribuinte e, conseqüentemente, à sociedade.

A utilização dos instrumentos conciliatórios está em consonância com os princípios processuais, administrativos e constitucionais da relação jurídica tributária.

Os princípios processuais do devido processo legal e da razoável duração do processo são respeitados, através do diálogo e da construção de uma solução adequada, e principalmente pela conclusão rápida da demanda, podendo ocorrer até mesmo anteriormente à lide judicial.

Observa-se a efetivação dos preceitos do Direito Administrativo da legalidade, por meio da necessidade de lei autorizando a Fazenda Pública a transacionar, e da eficiência, pela diminuição das demandas administrativas, desjudicialização e a conseqüente economia de dinheiro público.

Por arremate, o fundamento maior da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana, e os objetivos da federação de construção de uma sociedade justa e o desenvolvimento nacional, poderão ser atingidos através da maior efetividade arrecadatória do Estado, que poderá ser revertida em políticas públicas e ações em benefício ao cidadão, e pela ascensão da cultura do diálogo entre as pessoas, que proporcionará a pacificação social.

REFERÊNCIAS

1. Agra, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 9. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
2. Alexandrino, Marcelo; Paulo, Vicente. Direito Administrativo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
3. Arenhart, Sérgio Cruz; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. Volume 1. 3ª edição. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
4. Barroso, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
5. Bastos, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3ª edição. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
6. Brasil. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/noticias/situacao-do-atual-estoque-do-carf>. Acesso em: 19 mar. 2020.
7. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros>. Acesso em: 19 mar. 2020.

8. Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKI/content/id/27706245. Acesso em: 19 mar. 2020.
9. Cambi, Eduardo; Dotti, Rogéria; Kozikoski, Sandro Marcelo; Martins, Sandro Gilbert; Pinheiro, Paulo Eduardo d'Arce. Curso de Processo Civil completo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
10. Carvalho, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 2ª edição. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2015.
11. Cassone, Vittorio; Cassone, Maria Eugenia Teixeira; Rossi, Júlio Cesar. Processo tributário: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
12. Didier jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª edição. Salvador: Juspodivm, 2015.
13. Grinover, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. In: Bacellar, Roberto Portugal; Lagrasta, Valeria Ferioli, (coords). Conciliação e Mediação ensino em construção. 1ª edição. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados (IPAM), Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), 2016.
14. Jesus, Isabela Bonfá de; Jesus, Fernando Bonfá de; Jesus, Ricardo Bonfá de; [prefácio Elizabeth Nazar Carrazza]. Manual de direito e processo tributário. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
15. Keppen, Luiz Fernando Tomasi; Martins, Nadia Bevilaqua. Introdução à Resolução Alternativa de Conflitos: negociação, mediação, levantamento de fatos, avaliação técnica independente. Curitiba, JM Livraria Jurídica, 2009.
16. Kfoury Neto, Miguel; Netto, José Laurindo de Souza; Garcel, Adriane. O Direito de Acesso a Tribunal, à Mediação e à Arbitragem. Congresso sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Superior Tribunal de Justiça, 2020.
17. Lagrasta, Valeria Ferioli. Objetivos da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos. In: Bacellar, Roberto Portugal; Lagrasta, Valeria Ferioli, (coords). Conciliação e Mediação ensino em construção. 1ª edição. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados (IPAM), Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), 2016.
18. Machado, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 37ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.
19. Marins, James. Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial. 11. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.
20. Martins, Sergio Pinto. Manual de Direito Tributário. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
21. Melo, Fábio Soares de. Processo administrativo tributário: princípios, vícios e efeitos jurídicos. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
22. Miragem, Bruno. Direito Administrativo Aplicado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
23. Netto, José Laurindo de Souza; Guilherme, Gustavo Calixto. A prescrição das execuções fiscais e o modelo cooperativo processual. Revista Judiciária do Paraná, ano XIII, n. 16. Curitiba: AMAPAR, 2018.
24. Novelino, Marcelo. Direito Constitucional. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2010.
25. Pantoja, Fernanda Medina; Almeida, Rafael Alves de. Os métodos "alternativos" de solução de conflitos (ADRS). In: Almeida, Tania; Pelajo, Samantha; Jonathan, Eva, (coords). Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.
26. Paulsen, Leandro. Curso de direito tributário completo. 9. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
27. Ramos, Gisela Gondin. Princípios jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
28. Richa, Morgana de Almeida; Lagrasta, Valeria Ferioli. Evolução da Semana Nacional da Conciliação como consolidação de um movimento nacional permanente da justiça brasileira e estruturação da política judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos. In: Bacellar, Roberto Portugal; Lagrasta, Valeria Ferioli, (coords). Conciliação e Mediação ensino em construção. 1ª edição. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados (IPAM), Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), 2016.
29. Sales, Lília Maia de Moraes. Mediação de conflitos: Família, Escola e Comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
30. Segundo, Hugo de Brito Machado. Processo Tributário. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.
31. Tavares, André Ramos. Princípios Constitucionais. In: Martins, Ives Gandra da Silva; Mendes, Gilmar Ferreira; Nascimento, Carlos Valder do, coordenadores. Tratado de direito constitucional, 2ª ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.
32. Vasconcelos, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. São Paulo: Método, 2008.
33. Wambier, Luiz Rodrigues; Talamini, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo. Vol. 1. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.
34. Watanabe, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. In: Bacellar, Roberto Portugal; Lagrasta, Valeria Ferioli, coordenadores. Conciliação e Mediação ensino em construção. 1ª edição. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados (IPAM), Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), 2016.

A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL: ENTRAVES E PERSPECTIVAS

Isabella Ivankio¹, Lucas Manoel Gouveia Bitterbir²

O presente trabalho é resultado de uma análise sobre os desafios para a instituição da arbitragem tributária no ordenamento brasileiro, com o objetivo de viabilizar a sua instituição. Através de um referencial teórico multidisciplinar, buscou-se enfrentar questões controvertidas dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Em notas introdutórias, discute-se a precária situação do contencioso fiscal brasileiro, bem como a necessidade de oferecer ao fisco e ao contribuinte a abertura do Sistema Multiportas em matéria tributária. Paralelamente, é traçado um panorama da arbitragem envolvendo a Administração Pública no Brasil e experiências do uso deste instituto no Direito Comparado. Em seguida, são discutidos os entraves para a instituição da arbitragem tributária brasileira: a (in)disponibilidade do crédito tributário e a (des)necessidade de alteração do Código Tributário Nacional. Por fim, faz-se uma exame dos instrumentos legais já existentes sobre o tema, com foco no Projeto de Lei nº 4257, que pretende modificar a Lei de cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, introduzindo a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária. Conclui-se que, por meio da sobreposição de princípios, o ordenamento brasileiro já pode adotar a arbitragem tributária, mas a adequação dos diplomas normativos é essencial para garantir a confiança do litigante brasileiro, ainda muito conservador.

Palavras-Chave: Arbitragem Tributária. Código Tributário Nacional. Indisponibilidade. Projeto de Lei nº 4.257.

The present paper is the result of an analysis of the challenges for the institution of tax arbitration in the Brazilian system, with the objective of making your institution viable. Through a multidisciplinary theoretical framework, we sought to face controversial issues within the Brazilian legal system. In introductory notes, the precarious situation of Brazilian tax litigation is discussed, as well as the need to offer tax authorities and when contributing to the opening of the Multi-door Courthouse System in tax matters. At the same time, an overview of the arbitration involving Public Administration in Brazil and experiences in the use of this institute in Comparative Law are outlined. Then, the obstacles to the institution of Brazilian tax arbitration are discussed: the (in)availability of the tax credit and the (un)need to amend the National Tax Code. Finally, an examination of the existing legal instruments on the subject is made, with a focus on Bill 4257, which intends to modify the Law on the collection of public debt assets, introducing administrative tax enforcement and tax arbitration. It is concluded that, through the overlapping of principles, the Brazilian law can already adopt tax arbitration, but the adequacy of the law is essential to guarantee the confidence of the Brazilian litigant, who is still very conservative.

Keywords: Tax Arbitration. National Tax Code. Unavailability. Bill 4257.

¹ Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Integrante do Grupo de Estudos Tributários da UFPR. E-mail: isaivankio2@gmail.com

² Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Integrante do Grupo de Estudos Tributários da UFPR. E-mail: bitterbir.lg@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O crescente e incalculável número de litígios existentes no Brasil e a morosidade do Poder Judiciário em resolvê-los reflete, inexoravelmente, a necessidade de adoção à novos métodos de solução de conflitos. Este cenário parece agravar ainda mais quando se analisa as disputas tributárias entre fisco e contribuinte. Ilustra esta asserção o amplo diagnóstico que faz o relatório Justiça em Números, apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ ao demonstrar, detalhadamente, a realidade dos tribunais brasileiros. Especialmente em relação aos litígios tributários, aponta o relatório que *"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 alcançando praticamente o percentual de 90%"*¹.

Tabela 4: Taxa de congestionamento por tipo de processo, ano 2018

Classificação	Taxa de Congestionamento
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: CNJ, 2019.

Corroborar esta problemática o estudo² publicado pelo Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO) e pela Consultoria Ernst Young (EY), apontando que o contencioso tributário da União já ultrapassa a metade do PIB, isso porque o estoque de crédito tributário contencioso da Receita Federal e da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional atingiu o montante de R\$ 3,4 trilhões - 50,5% do PIB de 2018. Se imaginar que estes créditos fossem reconhecidamente devidos e houvesse o adimplemento total dos débitos tributários, a arrecadação tornaria o patrimônio líquido da União positivo - o que não ocorre desde 2015. Somado a isso é preciso destacar a inegável e precária conjuntura do sistema tributário brasileiro, eivado de uma alta complexidade e abundantes tributos.

Além do mais, uma das razões pelas quais se defende a necessidade de ampliação dos meios adequados de solução de litígios, reside na demanda social do Estado Democrático de Direito. O mandamento constitucional do acesso à justiça tem dado abertura ao chamado "Sistema

Multiportas", um instituto idealizado na jurisdição norte americana e desenvolvida por Frank Sander - professor da Faculdade de Direito de Harvard - como resposta à ineficiência do judiciário. Na operacionalidade de tal sistema, o Poder Judiciário figuraria como um centro de resolução de disputas que consideraria os aspectos específicos de cada caso concreto para averiguar qual meio de solução de litígios seria adequado à questão. Desse modo, caberia ao magistrado não somente o julgamento dos casos levados ao tribunal estatal, mas também a fiscalização do litígio caso esse seguisse por outra "porta",³ isto é, por outra via que não a tradicional.

Essa dinâmica da escolha pela "porta" que melhor se encaixaria ao litígio evidencia três métodos principais: a conciliação, a mediação e a arbitragem. *A priori*, todos poderiam ser utilizados para dirimir conflitos tributários. Contudo, quando se leva em conta as especificidades da matéria tributária, que possui forte amparo na legalidade estrita - não sendo possível dar grande espaço à vontade das partes -, a arbitragem acaba sendo uma das alternativas mais eficiente.

Além disso, a adoção da arbitragem tributária, é *"um tema que se relaciona com o acesso à justiça e com medidas justas de arrecadação, que podem resultar em redução da desigualdade, pela correta aplicação de recursos em ações que buscam tal fim"*⁴. Registre-se, contudo, que a possibilidade de resolver litígios tributários pela via arbitral não esgotaria o atual congestionamento e todos os problemas que envolvem a matéria. Mas, de qualquer sorte, a concretização de um sistema multiportas pode ser considerado como um dos possíveis meios eficientes na supressão de algumas das complicações inerentes ao direito tributário.

Por esses e outros motivos, mostra-se, a primeira vista, válido examinar a possibilidade de instituir a arbitragem tributária no ordenamento jurídico brasileiro. Nota-se, ademais, que o tema em questão tem sido alvo de muitos debates e, por essa razão, o presente estudo buscará, ainda que sem caráter finalístico e exaustivo, enfrentar alguns dos obstáculos para a instituição da arbitragem tributária no Brasil, bem como desenvolver uma análise geral deste mecanismo, considerando os avanços que se tem sobre o tema.

2. PRECEDENTES HISTÓRICOS DA ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As discussões envolvendo arbitragem com a Administração Pública passaram da esfera da validade para o âmbito da forma. Em outras palavras, não se questiona mais sua possibilidade, mas, por outro lado, de que modo se

¹ Justiça em Números 2019: ano-base 2018/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019. p. 131.

² ETCO. Os desafios do contencioso tributário no Brasil. ETCO. 2019.

³ LUCHIARI, Valeria Feriolo Lagasta. Histórico dos métodos alternativos de solução de conflitos. In: GROSSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (org). Mediação no judiciário: teoria na prática. São Paulo: Primavera Editorial, 2011. P. 308-309.

⁴ PISCITELLI, Tathiane. Arbitragem no Direito Tributário: uma demanda do Estado Democrático de Direito. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli. Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2018. P. 126

deve fazê-la. Por muito tempo o instituto foi criticado ou, até mesmo, permitido - mas nunca concretamente aplicado.

Francisco Jucá ensinava que o direito guarda afinidade estreita e profunda com a sociedade que o produz⁵. Em se tratando de arbitragem e Administração Pública, observa-se que suas bases surgiram em meio a uma evolução do Direito Administrativo e foi acompanhada por desembaraços, principalmente, políticos.

Em 1930, o Brasil se desvencilhava do regionalismo excessivo da Velha República, abrindo, então, espaço para um movimento centralizador do Estado. A política e a economia se orientavam no sentido do nacionalismo e da industrialização, tudo conduzido por um viés doutrinário. A estatização acabou endividando o país por conta da existência de empresas de capital essencialmente público e de planos econômicos fracassados. Nessa toada, embora Getúlio Vargas tenha ratificado por meio do Decreto 21.187 de 1932 o Protocolo relativo à cláusula de arbitragem, que havia sido firmado em Genebra no ano de 1923, a ideia de justiça, à época, baseava-se em costumes e tradições. Como o processo legislativo se dava às escuras, a descrença e inaplicabilidade do instituto da arbitragem já eram previstas⁶.

Uma pesquisa realizada por Selma Lemes⁷ revela que, antes da Era Vargas, com a edição do Decreto 7.959, muitos contratos de parceria público-privadas (PPP's) traziam cláusulas arbitrais expressas. Vargas, entretanto, alegava desconhecimento destas cláusulas, aventurando-se a afirmar que o instituto enfraquecia a soberania estatal. O modelo administrativo da época, embasado em contratos mal formados entre o Poder Público e entes privados, abria espaço a oportunismos em virtude da falta de monitoramento político.

A transformação desse cenário ocorreu somente após o Golpe Militar de 1964 e a entrada em vigor do Decreto-lei nº 200 de fevereiro de 1967 – marco da Administração Desenvolvimentista. A autonomia conferida à administração pública desencadeou um momento de grande industrialização, trazendo consigo uma ampla carga contratual. A busca por um ambiente de resolução de conflitos de maneira substancialmente negocial contraditava a jurisdicionalização dos litígios.

No final do século XX, o Estado empresário dava espaço ao Estado regulador, na medida em que a Administração deveria, ao menos em tese, promover a paz e a justiça⁸. Nesse momento, o ambiente era aberto à privatização e ao desenvolvimento da indústria, entretanto, o que de fato possuía caráter prioritário era o interesse público. De acordo com Luiz Carlos Bresser Pereira⁹, o modelo gerencial surgia com base em alterações em três esferas: nas bases legais e constitucionais, nos valores e na gestão. O desenvolvimento de cada um desses setores foi de

extrema importância para que a arbitragem passasse a ser cada vez mais admitida.

Nesse sentido, é válido destacar as previsões do Código Civil de 1916, que assegurou a possibilidade de os entes privados resolverem seus litígios por intermédio de arbitragem, isso de acordo com o artigo 1.037 ("As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais") e 1.038 ("O compromisso é judicial ou extrajudicial. O primeiro pode celebrar-se por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, por onde correr a demanda; o segundo, por instrumento público ou particular, assinado pelas partes e duas testemunhas."). Anos depois, o Código de Processo Civil de 1939 reforçou tal possibilidade no "Livro IX - Do Juízo Arbitral" e, ainda que o texto legal dotasse de clareza e gozasse de caráter permissivo, o conservadorismo judicial brasileiro até então discutia a validade do instituto em razão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, prevista no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal.

A arbitragem somente adquiriu confiança da comunidade jurídica e dos litigantes com a promulgação da Lei de Arbitragem, no ano de 1996. Apesar disto, o texto da lei não previu, desde logo, a possibilidade da arbitragem envolver a Administração Pública. A viabilidade de sua instituição foi surgindo pouco a pouco, na medida em que se observava principalmente os interesses dos setores da economia.

Nota-se, nesse sentido, o teor de alguns diplomas legais, por exemplo, a Lei Geral de Comunicações, de 1997, que previu o modo extrajudicial para a solução de litígios em conflitos entre empresas de telecomunicações e a autoridade pública reguladora. O art. 120 da referida lei assegurava as formalidades da assinatura do termo, elencando, no item X, "o foro e o modo para a solução extrajudicial das divergências".

No mesmo ano, a Lei do Petróleo e Gás previu a arbitragem e a conciliação internacional para solução de litígios oriundos de contratos de exploração de petróleo e gás. Em 2004, a Lei 11.079, que regulamentava licitações e contratações de Parcerias Público-Privadas, previu a possibilidade de a Administração Pública valer-se da arbitragem para dirimir seus litígios com particulares. Aproximadamente um ano depois, o legislador decidiu incorporar, por questões de segurança jurídica, a permissão expressa na LArb, que se deu com as modificações trazidas pela lei 11.196 de 2005.

Ainda que tenham se passado cem anos do art. 1.037 desde o Código Civil de 1916 e a LArb, a morosidade do legislador é justificável. O texto do CC de 1916 previa que "*as pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que*

⁵ JUCÁ, Francisco Pedro. Direito e Política. In: Vários autores (Org.). Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Silas Gonçalves. São Paulo: Scortecci, 2006, v. 01, p. 37-62.

⁶ DOS SANTOS, Luciano Alves Rodrigues; DA ROSA CACHAPUZ, Rozane. Arbitragem na administração pública. Scientia Iuris, v. 16, n. 1, p. 137-160, 2012.

⁷ LEMES, Selma. Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2011. P 17-18.

⁹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: 34; Brasília: ENAP, 1998.

lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais": O vocábulo "pessoas" não faz referência expressa à pessoa física, tampouco às pessoas de direito privado. Se numa análise superficial em que seja considerado tão somente a legislação cível, aparentemente se alcança o entendimento pela possibilidade de utilização da arbitragem que envolva a Administração Pública.

Sobre o tema, a Teoria Clássica do Direito Administrativo distingue as pessoas jurídicas de direito privado e as pessoas jurídicas de direito público: enquanto as primeiras não podem ser obrigadas a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude da lei, estas últimas devem agir em conformidade com os ditames legais, isto é, só podem fazer aquilo que está legalmente previsto¹⁰. Essa leitura busca assegurar a segurança jurídica, de modo que seja dada ao cidadão a devida tranquilidade, confiança e previsibilidade da aplicação das normas de direito.

É nesse sentido, então, que foram pensados atributos específicos para os casos de arbitragem envolvendo a Administração Pública. Dentre eles, é possível citar: (i) sede da arbitragem preferencialmente em solo brasileiro; (ii) a sentença deve ser sempre proferida no Brasil; (iii) idioma português¹¹.

3. A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO DIREITO COMPARADO

A abertura da possibilidade de arbitrar um litígio tributário foi acompanhada de momentos econômicos e sociais que buscavam atrair investimentos para a sua jurisdição. Em Cabo Verde, por exemplo, o instituto se desenvolveu em meio a uma intensa reforma do sistema jurídico, que objetivava proporcionar maior competitividade do país com o mercado externo¹². A prática também se consolidou no Direito alemão, juntamente com o austríaco, na medida em que consolidou o entendimento de que a indisponibilidade não se mostrava como fundamento impeditivo para a arbitragem¹³.

Portugal, por seu turno, é o país pioneiro na instituição da arbitragem em matéria tributária. Tal desenvolvimento é resultado de um processo pensado aos moldes lusitanos e facilitado pelo sucesso da Arbitragem Administrativa, fortemente utilizada no ordenamento português¹⁴. Nuno Villa-Lobos, presidente do Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD, afirma que a experiência portuguesa surgiu através do reconhecimento dos problemas que afetavam a justiça fiscal, fazendo-os repensar o sistema, oportunizando o desenvolvimento de mecanismos adequados de solução de controvérsias¹⁵. Jorge Lopes de Souza¹⁶, Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal Administrativo, explica a urgência da medida por conta do

número insuficiente de juízes para concluir um litígio fiscal em tempo justo.

A autorização legislativa expressa para a instituição de arbitragem tributária acompanhou a necessidade de conter os gastos judiciais em matéria fiscal, sendo objeto de Lei que previa o Orçamento do Estado para o ano de 2011. A arbitragem tributária foi novamente lembrada no Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, que previa diversas medidas orçamentais estruturais. Dentre elas, apresentou-se a implementação da nova lei de arbitragem fiscal até o terceiro trimestre de 2011, prevista no item 3.35, iii. No mesmo ano, com a edição do Decreto-Lei nº 10, de 20 de janeiro de 2011, foi instituído o Regime Jurídico de Arbitragem Tributária (RJAT).

O RJAT prevê, em seu artigo 4º, n. 2, que "os tribunais arbitrais funcionam no Centro de Arbitragem Administrativa" – CAAD. A opção do legislador se deve, em grande parte, ao *know-how* do tribunal, cujo desempenho já era em demasia reconhecido em julgamentos de matéria administrativa desde sua criação.

O CAAD, fundado em 2009, por meio do Despacho n. 5097/2009 do Secretário de Estado da Justiça, possuía três principais propósitos: a resolução de litígios de maneira célere, custas mais baixas em relação aos outros tribunais e, por fim, a especialização na análise das questões. Os mesmos objetivos foram mantidos na arbitragem tributária.

Assim, o legislador português atribuiu com exclusividade ao CAAD a competência para solucionar conflitos fiscais por meio da arbitragem tributária, vedando a constituição de tribunais *ad hoc*. Nas palavras de Domingos Soares Farinho: "o modelo institucional do CAAD, e em particular a relação com o Estado, constitui um caso singular no panorama da arbitragem institucionalizada em Portugal. [...] Do ponto de vista jurídico-institucional, o CAAD é uma associação privada"¹⁷.

A experiência lusitana demonstrou resultados significativos e confiança dos litigantes, o que se deve, majoritariamente, ao Conselho Deontológico do CAAD. A importância do conselho deontológico está no seu papel garantista, pois assegura independência, imparcialidade e transparência no andamento do CAAD. Nesse sentido, Farinho aponta que:

"O conselho deontológico é o órgão que legitima e assegura que, dado o objeto de arbitragem do CAAD, não se levantem questões de neutralidade, transparência e imparcialidade. [...] uma vez que o Estado é simultaneamente parte interessada no centro e potencial parte do tribunal arbitral [...] poderiam levantar-se questões de confusão e influência entre a estrutura institucional de gestão

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27 ed, ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 100.

¹¹ QUINTÃO, Luisa. Where the private meets the public: what to expect when arbitrating with Brazilian State entities. Revista Brasileira de Arbitragem 2017, Volume XIV. pp. 7 - 22

¹² PINTO, Gilson Eduardo Vaz Gomes. Arbitragem tributária em Cabo Verde: um olhar sobre novos desafios. 2018. Tese de Doutorado.

¹³ LIMA, Bernardo Silva de. A arbitrabilidade do Dano Ambiental. São Paulo: Atlas, 2010, p. 105-106

¹⁴ MULLER, Werner. HENRIQUES, Duarte Gorjão. Tax Arbitration in Portugal. German Arbitration Journal, 2016, Volume 14. p. 319

¹⁵ FONSECA, Isabel Celeste. A Arbitragem Administrativa e Tributária, Problemas e Desafios. 2.ª Ed., Almedina, 2013. P. 364.

¹⁶ SOUSA, Jorge Lopes de. Breve nota sobre a implementação da arbitragem em matéria tributária. Newsletter CAAD, outubro 2011.

¹⁷ FARINHO, Domingos Soares. Algumas notas sobre o modelo institucional do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), Mais Justiça Administrativa e Fiscal, Arbitragem, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, nov. 2010, p. 31-45.

e a estrutura funcional da arbitragem e mediação. Creemos que o conselho deontológico cerce qualquer possibilidade de tal entendimento, ao mesmo tempo que se consubstancia como um importante órgão de legitimidade institucional e jurisdicional do CAAD¹⁸.

Cabe ao conselho deontológico a prerrogativa de designar e exonerar os árbitros que não se enquadrem ou desrespeitem os requisitos previstos no estatuto. Houve, ainda, a atribuição da tarefa de elaborar um código deontológico para os árbitros, contendo regras de cumprimento restrito. É justamente essa atividade que garante a qualidade técnica e idoneidade moral dos árbitros, uma vez que o conselho deontológico não mede dispêndios com o zelo pelo seguimento das normas¹⁹.

Os litigantes demonstram confiança no Conselho Deontológico do CAAD, visto que de todos os casos submetidos à arbitragem tributária, em apenas 2% o árbitro foi indicado pelas partes e não pelo CAAD. Paralelamente, outro dado justifica essa confiabilidade: 91,3% dos pedidos apresentam decisão arbitral e o tempo médio para a solução arbitral ao caso fiscal é de cerca de 4 meses, uma diferença significativa em relação à jurisdição estatal²⁰.

Processos FUNDOS		127
com REVOGAÇÃO pela Administração Tributária	11	8.7%
com DECISÃO ARBITRAL	116	91.3%
Processos Singulares	61	52.6%
Processos Colectivos	55	47.4%
Valor Total das Decisões	29 437 246.34 €	
Sentido da Decisão		
Resultados Favoráveis		
Contribuinte		58.8%
Autoridade Tributária		41.2%
Valores Envolvidos		
Contribuinte		56.4%
Autoridade Tributária		43.6%
Transitados em Julgado	41	35.7%
Prazo médio da Decisão	4 meses e 4 dias	

Fonte: Newsletter do CAAD, fevereiro de 2013.

Contudo, deve-se questionar o fato de a arbitragem tributária estar centralizada em Lisboa, reduzindo o universo de contribuintes que a ela têm acesso²¹. Desde sua aplicação, vale dizer, a arbitragem tributária foi muito procurada por litigantes, sendo necessária extensão

desse método aos demais contribuintes, pois, somente assim, a iniciativa contribuiria para a abertura do sistema multiportas do Estado Democrático de Direito.

Embora a celeridade seja um fator a ser observado na arbitragem, percebe-se uma desproporcionalidade marcante nos prazos da Fazenda Pública em relação aos que a jurisdição estatal lhe confere. Enquanto o fisco possui 15 dias para apresentar resposta à questão na esfera arbitral, na judicial este prazo é de 90 dias para apresentar contestação na impugnação judicial, conforme cita o art. 110, nº 1, do CPPT²². O prazo conferido à Fazenda não deve obstar que a defesa ocorra de maneira satisfatória. Desse modo, entende-se que o RJAT deveria possibilitar um dilatamento do prazo que conferisse ao litígio a celeridade devida, sem acarretar onerosidade excessiva para a manifestação fazendária. Por fim, sem prejuízo das considerações acima delineadas, não se pode olvidar que experiências de outros países poderão servir de inspiração para uma futura instituição da arbitragem tributária em solo brasileiro.

4. A (DES)NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Não é novidade o entendimento de que o conjunto de normas existentes no Brasil se apresentam de forma hierarquizada, de tal modo que constituem o que se denomina "pirâmide jurídica". A Constituição Federal de 1988 encontra-se no ápice desta estrutura, na medida em que as demais "normas jurídicas sempre encontram seu fundamento de validade no nível superior, elas convergem para a Constituição, que, ocupando a cúspide da pirâmide normativa, legitima toda a legislação infraconstitucional, que dela deriva"²³.

Nesse sentido, portanto, o arcabouço normativo deve guardar harmonia entre normas constitucionais e infraconstitucionais, visando impedir o rompimento do sistema. Assim, tais considerações preliminares são primordiais para questionar a necessidade de alterações legais em instrumentos legislativos pertinentes quando da instituição da arbitragem tributária.

O Código Tributário Nacional disciplina a matéria tributária por mandamento da Constituição (art.º 146, inciso III, alínea b), tratando de unificar o direito tributário federal, estadual e municipal. Ruy Barbosa Nogueira ensina que o CTN buscou "codificar normas gerais, normas sobre leis tributárias, e não somente sobre os tributos"²⁴.

Dada a unidade do CTN, é necessário indagar se a abertura da arbitragem tributária deveria ensejar a alteração do dispositivo. De um lado, temos a interpretação de que não seria necessário, por conta da sobreposição de normas do CTN e da LArb. Por outro, aparentemente com mais razão,

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ DOMINGOS, Francisco Nicolau. Estrutura do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD): funcionamento, escolha dos árbitros e limites institucionais. In: PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli. Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. Revista dos Tribunais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

²⁰ VILLA-LOBOS, Nuno de; PEREIRA, Tânia Carvalhais. Guia de Arbitragem Tributária. 3ª ed. Ed. Almedina: Coimbra, 2017. P.283

²¹ Ibidem.

²² PEREIRA, Rui Ribeiro. Breves notas sobre o regime de arbitragem tributária. In: *A Arbitragem Administrativa e Tributária: problemas e desafios*. Ed. Almedina: Coimbra, 2012, p. 201.

²³ CARRAZA, Roque Antonio. ICMS. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 28

²⁴ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. O Direito Tributário. Sua codificação, estudo e ensino no exterior e no Brasil. Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro, São Paulo, vol. 15, n. 24, nova série, 1976, p.15.

temos uma concreta necessidade de segurança jurídica frente ao Princípio da Legalidade em matéria tributária.

A Constituição Federal de 1988 reservou à Lei Complementar importantes funções a este diploma, as quais estão previstas, como visto, no art. 146 e seus incisos da Carta Magna. Dentre elas, há a que diz respeito ao estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária. Sobre o tema, Luís Eduardo Schoueri, por meio de Marcos Diniz de Santi, afirma que

*"normas 'gerais' não são apenas as 'genéricas', mas sim normas que valem para todos: estabelecer normas gerais sobre a legislação tributária implica em definir em lei complementar os parâmetros nacionais das respectivas materialidades, aplicáveis, indiscriminadamente, à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal"*²⁵.

Nesse sentido, considerando esta asserção, imperioso destacar quais as alterações no Código Tributário Nacional que resultariam na elevação da eficiência quando a resolução de disputas tributárias ocorrer pela via arbitral.

A primeira delas está relacionada à suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Por exigibilidade se entende o direito que o credor tem de postular o objeto da obrigação, que somente ocorre após a tomada de todas as providências necessárias à constituição da dívida, com a lavratura do ato de lançamento²⁶. Entretanto, há situações que a referida exigibilidade poderá ficar suspensa, são aquelas que se encontram previstas no art. 151 do CTN. Como imediatamente se percebe, a instauração de processo arbitral não é, ainda, causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, identificando-se, nesta ocasião, a necessária modificação para incluí-la nos incisos do mencionado artigo. Existindo esta previsão, não poderá a Fazenda Pública "tomar quaisquer medidas de cobrança que colocassem em risco a própria eficácia da arbitragem"²⁷.

Discute-se, ainda, questões acerca da interrupção do curso do prazo prescricional relacionado à exação do crédito tributário. A cobrança de crédito tributário já constituído prescreve em 5 anos, de acordo com o art. 174 do CTN. Ainda, há previsão nos incisos do referido artigo, de hipóteses em que a prescrição poderá ser interrompida, porém, sem nada prever sobre a arbitragem tributária, pelo que se identifica a necessidade de mais uma alteração indispensável.

Anote-se, ainda, a necessidade de modificação no CTN para cuidar da possibilidade da constituição de crédito tributário, especialmente em relação aos indébitos, quando do reconhecimento deste direito ocorrer pela via da sentença arbitral. É com fundamento em princípios constitucionais tributários que a ação de repetição indébito se concretiza, tendo como fim precípuo o não

enriquecimento ilícito dos entes federativos. A regulação está prevista nos artigos 165 a 169 do CTN, sendo que o contribuinte poderá requerer o crédito pago indevidamente quando houver sentença transitada em julgado.

Porém, em que pese a sentença arbitral possua a maioria das características da sentença judicial, remanesce particularidade que suscita digressões: a coercibilidade. De acordo com Priscila Faricelli de Mendonça, o assunto "guarda direta relação com as formas de execução da decisão judicial condenatória proferida em desfavor do poder público"²⁸, concluindo pela possibilidade de a sentença arbitral, quando executada, ser veículo proficiente para determinação de expedição de ofício precatório, nos termos do art. 100 da Constituição Federal. Desta forma, não existindo obstáculos normativos, necessária a superação de mais este entrave, alterando o CTN para incluir a sentença arbitral como um canal de reconhecimento de crédito tributário pago indevidamente, a fim de emitir maior segurança e eficiência ao instituto da arbitragem tributária.

Deve-se, por fim, destacar a necessidade de alteração no CTN no que diz respeito à extinção do crédito tributário. A previsão está nos incisos do art. 156 da mencionada lei complementar e não prevê, a sentença arbitral, como um dos eventos que extinguem a relação jurídica tributária. Imprescindível, então, que se tenha inclusão desta hipótese, para que sentença arbitral tenha o condão de extinguir a obrigação tributária que foi previamente constituída, sob pena de tornar-se inaproveitável a adoção do instituto examinado no Brasil. A resolução da sentença deverá ser definitiva e "passível de desconsideração pelo Poder Judiciário em face de vícios no procedimento"²⁹.

Por outro lado, não é demais dizer que, na hipótese de considerar tão somente a sobreposição do art. 156 do CTN, do art. 31 da LArb e pelo art. 515, inciso VII, do CPC, é possível concluir pela desnecessidade de alteração desta parte do CTN. Explica-se: o art. 156 do CTN elenca as hipóteses de extinção do crédito tributário, determinando no inciso X a decisão judicial passada em julgado. No art. 31 da LArb o legislador definiu que "a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelo órgão do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo". Por fim, o art. 515, inciso VII, do CPC assegura que a sentença arbitral é título executivo judicial.

Todavia, não se pode menosprezar as peculiaridades do Direito Tributário, fortemente atrelado ao Princípio da Legalidade. No entendimento de Paulo de Barros Carvalho, o referido princípio é "norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos"³⁰. Sacha Calmon Navarro Coelho, por sua vez, defende que a legalidade do Direito Tributário é ainda mais rígida que a do Direito Penal, pois neste último ainda se permite que o juiz fixe uma sanção

²⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário. 5ª ed. Saraiva Educação SA, 2015. p. 86

²⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário. 23ª ed. Saraiva Educação SA, 2011. p.514

²⁷ PISCITELLI, T.; MASCITTO, A. Desafios e limites da arbitragem tributária no Direito brasileiro. In: VILLA-LOBOS, N.; PEREIRA, T. C. (Coord.). Revista Arbitragem Tributária. Lisboa: Editora do CAAD, n.8, p.6-11, jan./2018.

²⁸ MENDONÇA, Priscila Faricelli. Transação e arbitragem nas controvérsias tributárias. Dissertação de Mestrado. 2013. 212f. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 127

²⁹ Ibidem.

³⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 201.

conforme o caso concreto, moldando a dosimetria da pena dentro dos moldes estabelecidos por lei; já no Direito Tributário não ocorre tal discricionariedade³¹.

Ainda assim, o Princípio da Legalidade não deve ser entendido como uma necessidade de precisão cirúrgica dos conceitos, de tal modo a não restar liberdade interpretativa aos aplicadores do direito. André de Laubadère ensina que, se guardados os limites objetivos para a segurança jurídica, a maleabilidade da atuação do Estado é assegurada, pois se lhe fosse imposta exacerbada rigidez seria impossível se adaptar às novas exigências eventualmente surgidas da mobilidade dos fatores econômicos³².

No mesmo sentido, acrescenta Luís Cabral Moncada ao esclarecer que tal maleabilidade não significa

*“um enfraquecimento da regra jurídica nestas matérias, mas simplesmente a procura de instrumentos dúcteis e adaptáveis às circunstâncias em ordem a potenciar rápidas alterações e o melhor aproveitamento da disciplina jurídica consagrada”*³³.

Em recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, é possível observar uma tendência do mesmo entendimento. Cita-se, por exemplo, o RE 838.248, em que o Min. Rel. Dias Toffoli asseverou que *“atualmente, há uma clara tendência da doutrina em oferecer uma alternativa teórica à corrente formalista tradicional e em desfazer o dogma de que a segurança jurídica do contribuinte seria garantida pela tipicidade fechada”*.

Comenta-se, ademais, sobre a ADI 4697, que versava sobre a fixação das anuidades cobradas por conselhos profissionais, em que o legislador não fixara o valor exato, deixando a tarefa para os conselhos. Dentre os debates suscitados pelo Corte Suprema no caso, enfrentava-se a questão da tipicidade cerrada. O Min. Rel. Edson Fachin, depois de citar extensivamente a doutrina que afirmava a existência de tal princípio, afirmou ser impossível concordar com ela, pois impossibilitaria a tributação no país e assumiria um *“modelo de legalismo datado na evolução histórico-filosófico das idéias tributárias brasileiras”*.

De qualquer modo, ainda que o arcabouço legislativo brasileiro denote uma admissão da arbitragem em matéria tributária, é necessário amadurecê-lo, dando a devida segurança jurídica ao fisco e ao contribuinte que pairam, em diversos momentos, na sombra no conservadorismo judicial.

Em razão do exposto, é possível sedimentar a necessidade de alteração no CTN para, nos seguintes aspectos, prever que (i) a instauração da arbitragem tributária seja causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário; (ii) que a sentença arbitral possa, efetivamente, extinguir o crédito tributário; (iii) em sendo instaurada a

arbitragem tributária, que haja a interrupção do prazo prescricional; e, por fim, (iv) que haja previsão permitindo a possibilidade de reconhecer o indébito tributário pela via da sentença arbitral.

5. A INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO: RACIONALIDADE SUPERADA

A discussão envolvendo a indisponibilidade do crédito tributário não se mostra palpitante, isso porque de há muito vem sendo enfrentada pelos juristas e entusiastas que se debruçam sobre o tema. Acontece que por muito tempo houve a tentativa de imposição desse entendimento: o de ser o crédito tributário indisponível,

*“partindo-se do pressuposto segundo o qual a obrigação tributária é derivada da lei, não podendo a Administração Tributária, nesses termos, deixar de exigir o cumprimento da mesma, eis que a função administrativa tem natureza a ela vinculada”*³⁴.

Porém, como se verá adiante, esse dogma pode, por motivos sólidos, ser superado. Note-se, nesse sentido, que *“a questão da disponibilidade do crédito tributário passa pelo Estado, enquanto titular desse patrimônio público, e desde que atuando pelos meios adequados para a proteção do interesse público, vale dizer, atuando pela via legislativa, e para a realização dos fins públicos”*³⁵.

Contudo, conforme explica Eduardo Talamini, a indisponibilidade comporta gradações, de modo que determinados bens e atividades, devido ao seu absoluto caráter público, não podem ser dispostos, ainda que a legislação permita. De outro lado, outros valores constitucionais justificam a renúncia do Estado a certas derivações do bem indisponível³⁶.

O próprio Superior Tribunal de Justiça já enfrentou esta temática no Recurso Especial nº. 96691/PR 1996/0033433-1, no ano de 2004, asseverando que em *“sendo o crédito tributário caracterizado como direito indisponível, sobretudo diante do preceito inscrito no art. 97 e inciso do CTN, afigura-se inviável à Fazenda Pública, em sede de ação declaratória de inexistência de débito, os efeitos de revelia”*.

No entanto, a premissa está longe de ser irrefutável. Isso por conta de uma importante diferenciação: *“a distinção entre interesse público primário e secundário. Este é meramente o interesse patrimonial da administração pública, que deve ser tutelado, mas não sobrepujando o interesse público primário, que é a razão de ser do Estado e sintetiza-se na promoção do bem-estar social”*³⁷.

³¹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 9 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 220.

³² LAUBADÈRE, André de. Traité de Droit Administratif, Paris, 1976, vol. I, p. 339.

³³ MONCADA, Luis S. Cabral. Direito económico. 3. Ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p.62.

³⁴ GRILLO, Fabio Artigas. Transação e justiça tributária. 2012. p. 184. Dissertação (Doutorado em Ciências Jurídicas) Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

³⁵ GRILLO, Fabio Artigas. Transação e justiça tributária. 2012. p. 187 Apud MACHADO, Hugo de Brito. “Transação e arbitragem no âmbito tributário”, cit., p. 115.

³⁶ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do Interesse Público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria). Revista de Processo 624. 2017.p. 55

³⁷ REsp 1356260/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 19/02/2013

Sendo um interesse patrimonial da Administração Pública, pode-se dispor, eventualmente, do crédito tributário. Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que são disponíveis os direitos *“que tenham expressão patrimonial que possam ser quantificados monetariamente e estejam no comércio”*³⁸.

Na prática, autorizações legislativas confirmam o entendimento favorável à disponibilidade do crédito tributário. O próprio Código Tributário Nacional elenca hipóteses em que há clara disposição do crédito tributário como o parcelamento, a remissão, a anistia e a isenção. Explora-se, para exemplificar, dois destes institutos

O parcelamento de dívidas tributárias é uma prática muito comum, especialmente conhecida por programas de recuperação fiscal. Trata-se, nesse sentido, apenas de de uma divisão da dívida em parcelas a serem pagas periodicamente dentro de condições acordadas entre a Fazenda e o contribuinte. Nota-se nesse sentido que há, em certa medida, uma disposição do crédito tributário, ainda que ao final o montante seja integralmente recebido quando do adimplemento da última parcela pelo contribuinte. Por essa razão é que o parcelamento corrobora o argumento de que o crédito tributário é, no mínimo por um lapso temporal, disponível, de modo que não se pode compreendê-lo como um direito que não é passível de negociação

A remissão, por sua vez, está positivada no art. 172 do CTN. Trata-se de uma das hipóteses de extinção do crédito tributário, tendo em vista a concessão de um indulto. O enunciado legal permite a remissão total ou parcial da dívida, considerando para tal desiderato a situação econômica do sujeito passivo; o erro ou ignorância escusáveis do sujeito passivo; a diminuta importância do crédito tributário; questões de equidade; e, finalmente, por condições peculiares a determinada região do território da entidade tributante. Trata-se de uma hipótese em que a Administração Pública se abstém de cobrar um crédito tributário certo, exigível e a ela devido. É também por esse motivo, que se torna razoável o questionamento sobre a suposta solidez da indisponibilidade do crédito tributário.

Vale dizer, ademais, que toda relação tributária opera *ex lege* e, por conta disso, todo ato de cobrança, instituição e arrecadação de tributos deve ser acompanhada por lei prévia que a autorize. Todas essas ações da Administração Pública são, de maneira irrefutável, intransferíveis e irrenunciáveis e, nesta medida, indisponíveis. A indisponibilidade é atacável, em verdade, quando se trata do crédito tributário propriamente dito. Ele já fora instituído por algum ente tributante mediante legislação prévia, possuindo então a competência para cobrá-lo e arrecadá-lo. Essa atuação fazendária não restará prejudicada, podendo ser o crédito tributário já constituído, eventualmente, ser parcelado ou perdoado. De qualquer modo, a disposição que se examina recai tão somente sobre a quantia pecuniária envolvida na relação, não afetando a competência dos entes federativos na instituição, arrecadação e cobrança do tributo. Estas considerações reforçam a necessidade da separação

doutrinária entre interesse público primário e secundário, demonstrando na prática que este último pode ser negociado, enquanto aquele se reveste de indisponibilidade.

Nesse sentido, apresenta-se um tanto incoerente afirmar que são arbitráveis somente as controvérsias cujo objeto é transigível. Marcelo Bonício, ao enfrentar o tema, afirma que, caso sigamos cegamente na prática a premissa de que só poderá ser arbitrável o direito material que é exercido livremente pelo seu titular, nenhuma controvérsia envolvendo o Estado poderia ser arbitrável, a não ser em casos em que a lei o confere determinado grau de liberdade³⁹.

No que se refere à arbitragem tributária, coloca-se este assunto em xeque em razão do que está previsto no art. 1º da Lei nº 9.037/96, cuja redação regulamenta que a arbitragem poderá ser utilizada para resolver litígios que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. O aparente confronto está justamente na expressão “patrimoniais disponíveis”, que supostamente confrontaria com a indisponibilidade da receita tributária, a qual está vinculada ao interesse público e ao próprio financiamento da máquina estatal, no cumprimento de deveres e garantias previstos na Constituição Federal.

Contudo, ainda que se defenda em uma medida estreita ser a receita tributária indisponível, a sua disposição parece existir em várias ocasiões, as quais foram muito bem delineados por Tathiane Piscitelli e Andréa Mascitto⁴⁰, para quem num primeiro momento o fato da Constituição Federal prever a possibilidade dos entes federativos conceder isenções de seus tributos, optando, assim, por não utilizar da competência tributária que lhe fora atribuída, representa a disponibilidade do crédito tributário, havendo como requisito essencial tão somente a previsão em lei; ademais, destaca as mencionadas autoras, que a possibilidade da concessão de parcelamentos e até mesmo anistia de penalidades, representam mais uma forma de disposição do crédito tributário, sendo que, outra vez, o requisito a ser atendido é a previsão em lei; soma-se, ainda, a possibilidade de, no processo administrativo fiscal, existir o reconhecimento da invalidade do lançamento ou mesmo a sua revisão, situações que evidenciam e enfraquecem o argumento de que o crédito devido ao erário é indisponível.

Como se pode notar, o limite para se verificar hipóteses em que há, de fato, a disponibilidade do crédito tributário decorre sempre da lei. Por extensão, deve o mesmo entendimento ser aplicado para o mecanismo de solução de disputas que aqui se examina, uma vez que *“estabelecidos em lei os critérios jurídicos segundo os quais a arbitragem tributária pode se realizar, não haveria qualquer óbice relacionado à natureza da receita tributária”*⁴¹

Considerando, enfim, estas evidências como uma forma de disposição da receita tributária, possível é a defesa de que a sua indisponibilidade se mostra uma racionalidade superada. Não haverá, portanto, quaisquer adversidades quando da adoção da arbitragem tributária relacionada à natureza do crédito, sendo que

³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. Revista de Direito Administrativo, 209. Rio de Janeiro: RDA, jul.set., 1997.

³⁹ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 45.

⁴⁰ PISCITELLI, T.; MASCITTO, A. Desafios e limites da arbitragem tributária no Direito brasileiro. In: VILLA-LOBOS, N.; PEREIRA, T. C. (Coord.). Revista Arbitragem Tributária. Lisboa: Editora do CAAD, n.8, p.6-11, jan./2018.

⁴¹ Ibidem.

“em vez de se revelar como algo que colocaria em risco a integridade do crédito tributário, a extensão da arbitragem para causas tributárias seria o vetor de ampliação da segurança jurídica e realização da justiça fiscal, na medida em que asseguraria a resolução potencialmente mais eficaz do litígio, sem prejuízo da observância de todas as garantias constitucionalmente previstas (...)”⁴².

6. A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL

No Brasil, em contraposição ao que já se desenvolveu em Portugal, não há um veículo legal concreto para a abertura da possibilidade da arbitragem tributária. Todavia, não se pode negar o fato de existir inúmeras previsões que dão azo ao enfrentamento deste mecanismo, mesmo que de modo singelo.

A matéria fiscal já foi discutida indiretamente em arbitragem. Cita-se, a título exemplificativo, o Conflito de Competência 149.520/GO, julgado pelo STJ. Discutiu-se, na ocasião, de quem seria a propriedade de alta quantidade de álcool – se ao suscitante, uma Usina de Goiás em recuperação judicial ou à suscitada, cooperativa que demandava a propriedade. No caso, eventual propriedade do álcool geraria um novo fato tributário, em razão da vigência do “Programa PRODUIR”, do Estado de Goiás, em que a Agência de Fomento de Goiás S/A financiava, por 15 anos, 73% do ICMS, com juros de 0,2% ao mês e outras garantias. Nas razões do tribunal arbitral, a usina teria que retificar seus livros fiscais e contábeis para a apropriação do crédito tributário; caso contrário, tratar-se-ia de apropriação indébita.

A permissão da arbitragem tributária se coloca em evidência, quando se analisa a Portaria AGU nº 1.281 de 27/09/2007, cujo texto enumerava a possibilidade de conciliação ou “arbitramento” de controvérsias jurídicas entre órgãos e entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União. O mesmo conceito fora utilizado ainda no Brasil Império, no Decreto nº 2.647, de 19 de Setembro de 1860, para se referir à arbitragem.

Ainda sobre a referida portaria, o parecer AGU/SRG 01/2007 passou a permitir a arbitragem de matéria fiscal no âmbito da administração pública federal. Discutia-se, no processo, a incidência de contribuições previdenciárias em pagamentos de profissionais autônomos que prestavam assistência médica aos servidores do Banco Central do Brasil. Na oportunidade, foi definido que a CCAF – Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, seria o órgão competente para o julgamento, nos termos da Portaria AGU nº 1.281 de 27/09/2007.

Contudo, nenhum dos eventos mencionados regula ou institui, definitivamente, a arbitragem tributária. O veículo pelo qual se busca a concretização desta via resolutive é o Projeto de Lei nº 4257, de 2019, de autoria do Senador Antonio Anastasia, que modifica a Lei de cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública. O PL em questão pretende oferecer vias alternativas para a execução do crédito tributário com o fim de recuperar com maior efetividade o crédito devido aos entes federados. A norma abrange a fase executória, justamente onde se concentra a maior parte do congestionamento de processos fiscais.

O requisito a ser cumprido para que o contribuinte possa valer-se do juízo arbitral no julgamento de embargos executórios, é que este garanta a execução por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia. Note-se, desde logo, a preocupação do legislador em garantir que o fisco receba o valor do crédito tributário imediatamente após a sentença. Por outro lado, se ao final do julgamento o contribuinte vence, a ele é devido o ressarcimento com despesas do tribunal arbitral e honorários advocatícios. Essa obrigação, como é praxe, entrará no regime de precatórios, podendo o contribuinte receber o valor em até dois anos após a sentença.

Quanto aos árbitros, o PL não fez um aprofundamento que se esperava. O art 16-B apenas define que, para arbitrar o embargo executório, o árbitro não pode decidir mais de um processo do mesmo particular ou de grupo econômico do qual este faça parte o particular por ano – que foi posteriormente majorado para dois anos após relatório legislativo da Comissão de Assuntos Econômicos. Verifica-se, nesse sentido, um caminho árduo a ser percorrido, na busca por se ter uma previsão que efetivamente assegure a imparcialidade do árbitro e o referido dispositivo, concluindo-se pela necessidade de uma iniciativa mais incisiva e garantista.

Como apresentado anteriormente, em Portugal as normas de imparcialidade do árbitro são mais rígidas. Antes de tudo, é colocada em evidência a necessidade de capacidade teórica, devendo o árbitro ter atuação de pelo menos 10 anos na área. Ainda que eventual regime arbitral em matéria tributária no Brasil não siga exatamente os moldes portugueses, os requisitos de imparcialidade e intelecto do árbitro não podem se resumir a um artigo mal formulado. E, por mais que o PL faça menção à necessidade de atendimento dos termos elencados na Lei de Arbitragem, a complexidade do Direito Tributário exige a observância da especialização do árbitro.

O dispositivo seguinte – art. 16-C – foi alterado por emenda na Comissão de Assuntos Econômicos. Inicialmente, o texto previa um processo arbitral público, de direito, conduzido por órgão arbitral institucional reconhecido. Com a modificação, proposta pelo senador Weverton Rocha, foi inserida no caput a obrigatoriedade de credenciamento prévio das câmaras arbitrais por cada entidade da Federação e a possibilidade de realização dos atos procedimentais de forma eletrônica. Tal alteração parece se aproximar, ainda que singelamente, ao modelo de arbitragem institucional lusitana, em que o CAAD é competente para julgar litígios fiscais. Na justificativa da emenda, o senador reafirma a necessidade de as câmaras garantirem transparência, acessibilidade e publicidade, o que, de fato, é melhor garantido com o credenciamento prévio dos órgãos arbitrais a fim de verificar suas condições para exercer tal função.

A emenda também tratou de adicionar dois novos parágrafos ao art. 16-C. O primeiro se ocupa em delimitar um valor da causa: nem tão baixo a ponto de ser inferior ao mínimo fixado por cada entidade federada, nem tão alto a ponto de representar repercussão econômica. Para os casos em que o valor é inferior ao parâmetro, o caso seria direcionado para um órgão arbitral especializado. A previsão foi atacada no relatório do Senador Otto Alencar, ao argu-

⁴² Ibidem.

mento de não se justificar a previsão de uma câmara arbitral para cobrança de valores inferiores ao mínimo fixado, podendo o contribuinte, nesses casos, recorrer aos Juizados Especiais da Fazenda.

O relevante de tal parágrafo reside no fato de que se faz menção a possibilidade de a arbitragem versar sobre débito inscrito ou não em dívida ativa, desde que não seja, por força de lei, elegível para execução fiscal. A justificativa do senador se pauta no princípio da economicidade.

O segundo parágrafo determinou que a Administração Pública deverá ser notificada sobre a instauração do procedimento arbitral e a celebração de convenção de arbitragem pela autoridade competente. O texto não definiu, inicialmente, de que modo se daria a notificação. Todavia, após o relatório legislativo, a redação art. 16-C passou a contar com a previsão de notificação à Administração Pública por autoridade competente, no primeiro parágrafo, e com a confidencialidade dos documentos considerados sigilosos pela legislação brasileira, no segundo.

No texto original do PL, os art. 16-D e 16-E parecem acertados, porquanto trataram de delimitar um teto de custos e honorários, o que acaba incentivando os contribuintes a se valerem da arbitragem. Os honorários não podem ser superiores à metade do que seria arbitrado em processo judicial. As despesas, adiantadas pelo contribuinte, não podem exceder os honorários. Outro acerto, foi a adição de um parágrafo único no art. 16-E pelo senador Otto Alencar, deixando claro que caso o fisco reste vencido, o particular poderá requerer o reembolso das despesas adiantadas, observando os limites do artigo anterior.

Por fim, a matéria arbitral no PL se encerra com o art. 16-F, cujo teor assegura o direito das partes pleitearem no Poder Judiciário a declaração de nulidade de sentença que contrarie enunciado de súmula vinculante, decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade ou acórdão proferido em incidente de resolução de demandas repetitivas ou repercussão geral. Previsão que se mostra elogiável, buscando estender para a jurisdição privada um enunciado que assegura a igualdade de tratamento entre os contribuintes. Dessa forma, tanto o contribuinte quanto o fisco ficarão amparados pela mesma decisão de órgão judicial caso a situação em litígio se encaixe nas descritas em enunciado de órgãos superiores.

Note-se, ademais, que a pós o relatório legislativo, foi adicionada uma limitação ao art. 16-F. O texto passa a vigorar com a previsão de nulidade da sentença arbitral tão somente quando as decisões de órgãos superiores definidas no caput forem anteriores ao recebimento de notificação arbitral ou da decisão do pedido de esclarecimento. A alteração fixa o recebimento da notificação arbitral ou da decisão do esclarecimento como marco para a possibilidade de pedido de anulação.

Foi também adicionado o art. 16-G no relatório legislativo, de redação similar ao art. 31 da Lei de Arbitragem, para validar a sentença arbitral em matéria fiscal, atribuindo a ela os mesmos efeitos da sentença proferida por órgão do Poder Judiciário. Essa alteração foi indispensável para sanar o embaraço da necessidade de previsão legal que alegasse a extinção do crédito tributário por meio de decisão arbitral.

Ainda em trâmite, o PL sofreu consideráveis modificações desde o texto original, a maioria caminhando no sentido de aprimorar o procedimento, adicionando, para

tanto, garantias às partes. Não se pode negar, contudo, que ainda existem lacunas e peculiaridades não exploradas, a exemplo dos impedimentos e requisitos dos árbitros. Embora o instituto da arbitragem tributária esteja tratado em apenas 7 artigos, não parece que o minimalismo legislativo venha a atrapalhar, porquanto por diversas vezes é feita menção à Lei de Arbitragem, cujo texto define parâmetros aplicados a qualquer modo de arbitragem.

7. CONCLUSÃO

A análise histórica da arbitragem envolvendo interesse público no Brasil evidencia o caráter conservador do litigante brasileiro. Por outro lado, também demonstra que a abertura do leque de matérias solucionáveis por arbitragem foi desencadeada pela industrialização e pela necessidade de atrair investimentos.

Quanto à introdução da arbitragem tributária no Brasil, a doutrina e a sobreposição de dispositivos legais demonstram a possibilidade de sua recepção pelo arcabouço legislativo existente. Nesse sentido, é preciso destacar que fisco e contribuinte parecem não possuir, ainda, a confiança necessária para a adoção da arbitragem. Ademais, quanto aos entraves institucionais, o dogma da indisponibilidade do crédito tributário parece superado – inclusive por órgãos judiciais superiores; enquanto que os principais embaraços estão direcionados à necessidade de alteração do CTN. De qualquer modo, a existência de legislação própria que regule concretamente questões atinentes à arbitragem tributária no Brasil expressaria não apenas segurança e efetividade ao mecanismo, mas também como uma estratégia para o incentivo ao uso do meio arbitral.

Vale dizer, contudo, que há uma dificuldade na resolução de litígios tributários em um espaço de tempo viável, quando este é apreciado pelo Poder Judiciário. Tal asserção está vinculada, essencialmente, nas questões materiais e a complexidade inerente à matéria tributária. Note-se, por exemplo, que de 1988 até 2018, foram criadas 16 emendas constitucionais tributárias, além de aproximadamente outras 390.726 normas infraconstitucionais sobre impostos. Além da legislação intrincada, outros elementos contribuem para a nebulosidade do sistema tributário: a quantidade de obrigações acessórias, a alta carga tributária, as penalidades, a correção da dívida fiscal e os programas de regularização tributária. Essa última alternativa permite que o contribuinte se utilize da via contenciosa para promover uma espécie de financiamento da dívida, abrindo espaço para um ambiente que beneficia cada vez mais o contribuinte.

A arbitragem em matéria fiscal corrobora aspirações do Estado Democrático de Direito, que permite ao litigante optar pela via de solução de litígio que mais lhe aprouver. Muitas empresas, por exemplo, preferem arcar com custos adicionais para solucionar suas demandas e obter tal solução em tempo hábil, a fim de regularizar seus livros fiscais e sua gestão contábil. Outros contribuintes, por seu turno, preferem submeter suas controvérsias ao Poder Judiciário e arcar com menores custos e maiores prazos, considerando sua situação financeira.

A possibilidade de escolha revestida da intenção das partes é, justamente, o escopo dos métodos adequados de solução de litígios. Infere-se, desta forma, o papel do Direito

Processual, qual seja, o de viabilizar a materialização da abertura do Sistema Multiportas para as mais diversas áreas do Direito. Assim, o arcabouço jurisdicional caminhará para a efetivação do acesso à justiça, pois esse princípio não se refere tão somente ao acesso à uma solução, mas que seja ela justa, efetiva e considere a vontade das partes.

8. REFERÊNCIAS

1. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27 ed, ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
2. BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 45.
3. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: 34; Brasília: ENAP, 1998.
4. CARRAZA, Roque Antonio. ICMS. 14^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
5. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
6. CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário. 23^a ed. Saraiva Educação SA, 2011.
7. COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 9 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
8. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2011.
9. DOMINGOS, Francisco Nicolau. Estrutura do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD): funcionamento, escolha dos árbitros e limites institucionais. In: PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli. Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. Revista dos Tribunais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
10. DOS SANTOS, Luciano Alves Rodrigues; DA ROSA CACHAPUZ, Rozane. Arbitragem na administração pública. Scientia Iuris, v. 16, n. 1, p. 137-160, 2012.
11. ETCO. Os desafios do contencioso tributário no Brasil. ETCO. 2019.
12. FARINHO, Domingos Soares. Algumas notas sobre o modelo institucional do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), Mais Justiça Administrativa e Fiscal, Arbitragem, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, nov. 2010.
13. FONSECA, Isabel Celeste. A Arbitragem Administrativa e Tributária, Problemas e Desafios. 2.^a Ed., Almedina, 2013.
14. GRILLO, Fabio Artigas. Transação e justiça tributária. 2012. Dissertação (Doutorado em Ciências Jurídicas) Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.
15. JUCÁ, Francisco Pedro. Direito e Política. In: Vários autores (Org.). Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Silas Gonçalves. São Paulo: Scortecci, 2006, v. 01, p. 37-62.
16. LAUBADÉRE, André de. Traité de Droit Administratif, Paris, 1976, vol. I.
17. LEMES, Selma. Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
18. LIMA, Bernardo Silva de. A arbitrabilidade do Dano Ambiental. São Paulo: Atlas, 2010.
19. LUCHIARI, Valeria Feriolo Lagasta. Histórico dos métodos alternativos de solução de conflitos. In: GROSSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (org). Mediação no judiciário: teoria na prática. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.
20. MENDONÇA, Priscila Faricelli. Transação e arbitragem nas controvérsias tributárias. Dissertação de Mestrado. 2013. 212f. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 127
21. MONCADA, Luis S. Cabral. Direito econômico. 3. Ed. Coimbra: Coimbra, 2000.
22. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. Revista de Direito Administrativo, 209. Rio de Janeiro: RDA, jul.set., 1997.
23. MULLER, Werner. HENRIQUES, Duarte Gorjão. Tax Arbitration in Portugal. German Arbitration Journal, 2016, Volume 14.
24. NOGUEIRA, Ruy Barbosa. O Direito Tributário. Sua codificação, estudo e ensino no exterior e no Brasil. Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro, São Paulo, vol. 15, n. 24, nova série, 1976.
25. PEREIRA, Rui Ribeiro. Breves notas sobre o regime de arbitragem tributária. In: A Arbitragem Administrativa e Tributária: problemas e desafios. Ed. Almedina: Coimbra, 2012.
26. PINTO, Gilson Eduardo Vaz Gomes. Arbitragem tributária em Cabo Verde: um olhar sobre novos desafios. 2018. Tese de Doutorado.
27. PISCITELLI, Tathiane. Arbitragem no Direito Tributário: uma demanda do Estado Democrático de Direito. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli. Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2018.
28. PISCITELLI, T.; MASCITTO, A. Desafios e limites da arbitragem tributária no Direito brasileiro. In: VILLA-LOBOS, N.; PEREIRA, T. C. (Coord.). Revista Arbitragem Tributária. Lisboa: Editora do CAAD, n.8, p.6-11, jan./2018.
29. QUINTÃO, Luísa. Where the private meets the public: what to expect when arbitrating with Brazilian State entities. Revista Brasileira de Arbitragem 2017, Volume XIV. pp. 7 - 22
30. SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário. 5^a ed. Saraiva Educação SA, 2015.
31. SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado. Dialética, 1998.
32. SOUSA, Jorge Lopes de. Breve nota sobre a implementação da arbitragem em matéria tributária, Newsletter CAAD, outubro 2011.
33. TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do Interesse Público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória). Revista de Processo 624. 2017.
34. VILLA-LOBOS, Nuno de; PEREIRA, Tânia Carvalhais. Guia de Arbitragem Tributária. 3^a ed. Ed. Almedina: Coimbra, 2017. P.283

A RELAÇÃO COLABORATIVA ENTRE ARBITRAGEM E PODER JUDICIÁRIO

THE COLLABORATIVE RELATIONSHIP BETWEEN ARBITRATION AND NATIONAL COURTS

Luisa Doria de Oliveira Franco ¹

A arbitragem é um método adequado de solução de disputas que somente funciona se não sofrer interferências do Poder Judiciário. Contudo, em certas situações, o sucesso da arbitragem depende do apoio do juízo estatal. Nesse sentido, o artigo procura compreender a relação entre juiz e árbitro, identificando situações cuja intervenção do Poder Judiciário pode ser necessária antes de instituída a arbitragem, durante o procedimento arbitral, ou após a conclusão da arbitragem. O artigo também procura examinar a função do instituto da carta arbitral, como instrumento que auxilia a comunicação entre árbitro e juiz. Desse modo, verifica-se que existem institutos que fortalecem a arbitragem, delimitando a relação entre juízo arbitral e juízo estatal, como o princípio da competência-competência e a autonomia da cláusula compromissória. Em síntese, observa-se que a relação entre árbitro e juiz deve ser cooperativa. Tanto o juiz quanto o árbitro podem coexistir e interagir cooperativamente, de modo a estrategicamente dividir espaço e auxiliar o outro na sua própria esfera de influência, a fim de evitar intervenções indevidas ou prematuras.

Palavras-chave: Arbitragem. Carta Arbitral. Cooperação. Poder Judiciário.

Arbitration is an appropriate method of dispute resolution that only works if there is no interference from national courts. However, in certain occasions, the success of arbitration depends on the underlying support of the courts. In that sense, this paper interrogates the relationship between judge and arbitrator, identifying situations in which the intervention of the courts may be necessary at the beginning of the arbitration, during the arbitral proceedings, or at the end of the arbitration. This paper also examines the role of the arbitration letter as an instrument that assists the communication between judges and arbitrators. Therefore, there are procedural institutes that strengthens arbitration, setting benchmarks in the relationship between arbitral tribunals and national courts, such as the principle of competence-competence and the doctrine of separability of the arbitration clause. In conclusion, the relationship between arbitration and national courts must be cooperative. Both judge and arbitrator can co-exist and cooperatively interact, strategically sharing space and supporting each other in their own sphere of influence, in order to avoid undue or premature interventions.

Key-words: Arbitration. Arbitration Letter. Cooperation. National Courts.

¹ Estudante de Direito na Universidade Federal do Paraná (UFPR); Membro do Grupo de Estudos em Arbitragem e Direito Comercial da Universidade Federal do Paraná (GEAC- UFPR); Membro do Comitê de Jovens Arbitralistas do Brasil (CJA-CBMA); Colaboradora do Escritório C.J.O. Franco Advogados Associados, E-mail: luisa.dfranco@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A arbitragem promoveu uma mudança paradigmática nos meios de resolução de conflitos, pois redimensionou o processo e o papel do juiz, valorizando a autonomia das partes. No entanto, o juízo arbitral ainda carece de poderes de *coertio* e de *executio*, ou seja, poderes para executar as suas próprias decisões. Assim, em alguns momentos, a tutela do Poder Judiciário é inevitável. Desse modo, existe uma linha tênue entre uma interferência indevida e uma relação de cooperação entre árbitro e juiz.

Nesse cenário, a arbitragem procura assegurar a sua independência, valorizando a vontade dos contratantes de não se submeter à jurisdição estatal. Nesse sentido, o processo arbitral não necessita da interferência do Poder Judiciário para se desenvolver adequadamente, pois a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são vinculantes e a decisão arbitral se equipara à sentença judicial.

Contudo, a relação de cooperação entre arbitragem e Poder Judiciário é intrínseca aos próprios institutos, pois falta ao árbitro o poder para praticar atos constitutivos ou executórios, além de não poder forçar terceiros a participar do processo arbitral. Desse modo, a cooperação com o Poder Judiciário torna-se necessária para intervir nos momentos estritamente autorizados pela lei e para apoiar as limitações dos árbitros, a fim de garantir a plena efetividade da arbitragem.

Nesse sentido, em um primeiro momento, o artigo realizará reflexões sobre os pontos de contato entre juízo arbitral e juízo estatal, a partir de uma contextualização do instituto da arbitragem, demonstrando que a cooperação entre as duas jurisdições é essencial.

Em seguida, conforme a cronologia do desenvolvimento da arbitragem, serão investigadas as hipóteses de atuação judicial durante as fases pré-arbitral, arbitral, ou pós- arbitral. Nesse sentido, serão analisadas as hipóteses de atuação judicial seja para auxiliar a instauração da arbitragem, seja para implementar as decisões arbitrais, ou, ainda, assegurar a jurisdição do próprio tribunal arbitral.

Além disso, após verificar as hipóteses de ações judiciais, será examinado o instituto da carta arbitral como instrumento formal de cooperação do árbitro com o juiz, procurando observar a efetividade desse mecanismo enquanto instrumento de comunicação entre as duas jurisdições.

Ainda, a pesquisa estudará os limites da atuação judicial na arbitragem, a fim de encontrar institutos que delimitem a interferência do Poder Judiciário, para evitar ações judiciais que somente busquem retardar ou prejudicar o processo arbitral.

Por fim, serão estabelecidos os contornos adequados para se alcançar o equilíbrio necessário entre árbitros e juizes, determinando um juiz apoiador e revisor, mas que também respeite a arbitragem.

Em síntese, pelo exame conjugado dos cinco suportes, será possível compreender a relação de complementariedade entre juízo arbitral e juízo estatal, a partir da ideia de que não existe uma hierarquia entre juiz e árbitro, nem uma divisão de competências e de momentos de atuação, mas uma relação de comunicação e de cooperação

para a promoção de um processo arbitral adequado e eficiente.

2. A RELAÇÃO COOPERATIVA ENTRE JUIZ E ÁRBITRO

A partir do final do século XX, iniciou-se um movimento de crítica ao sistema de justiça formal e rígido, passando-se por um redimensionamento e flexibilização do processo e do papel do juiz, a partir de uma mudança paradigmática.

Assim, criou-se um modelo que valoriza uma maior autonomia em decidir o meio de solução de disputas. Ao longo do tempo, a arbitragem procurou alcançar uma independência da esfera judicial, a fim de evitar interferências indevidas, concluindo-se, de modo equivocado, que o ideal seria a independência completa entre a jurisdição arbitral e estatal.

No entanto, a arbitragem não possui poderes de *coertio* e *executio*, sendo necessária a cooperação estatal para implementar as suas decisões, ou mesmo assegurar a jurisdição arbitral.

Desse modo, a cooperação do Judiciário é de extrema importância para auxiliar na instauração da arbitragem, para implementar as decisões arbitrais, ou, ainda, para assegurar a jurisdição do próprio Tribunal Arbitral.

Sobre o tema, Redfern e Hunter (2015) destacam que "a relação entre cortes nacionais e tribunais arbitrais oscila entre uma coabitação forçada e uma verdadeira parceria".

Portanto, as atribuições do árbitro e do juiz são funções complementares e não concorrentes: a um juízo caberá a decisão e, ao outro, a efetivação do decidido.

Essa rede jurisdicional de auxílio, apoio e interação torna-se fundamento em um sistema multiportas que procura obter o máximo de efetividade, fazendo uso da ferramenta mais adequada.

Nesse cenário, as relações entre arbitragem e Poder Judiciário são necessárias para garantir a efetividade do juízo arbitral e podem ocorrer em três momentos: na instauração do processo, na instrução probatória e na efetivação dos provimentos arbitrais.

Desse modo, a cooperação do Poder Judiciário torna-se necessária para intervir nos momentos estritamente autorizados pela lei e para apoiar as limitações dos árbitros, a fim de garantir a plena efetividade da arbitragem.

3. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ARBITRAGEM

A cooperação entre arbitragem e Poder Judiciário manifesta-se em ações judiciais antecedentes, incidentais ou posteriores à arbitragem.

Assim, a partir da cronologia do desenvolvimento do processo arbitral, é importante analisar os limites da interferência judicial, verificando-se as hipóteses em que, seja por previsão legal, ou por meio de inferência lógica, a atuação judicial é permitida de modo a auxiliar a arbitragem (ROCHA,2012).

3.1. A atuação judicial na fase pré-arbitral

As ações judiciais antecedentes à arbitragem estão, em geral, relacionadas à instauração da arbitragem, como na hipótese de instituição forçada da arbitragem por via judicial (artigos 6º e 7º da Lei de Arbitragem), o que ocorre quando a cláusula arbitral for "vazia" ou "branca", sem explicar o modo de instauração da arbitragem caso haja resistência de uma das partes.

Portanto, o Poder Judiciário somente poderá ser acionado quando restar provado que a outra parte foi convocada e não compareceu, ou recusou-se a firmar o compromisso arbitral.

Nesse caso, para solucionar o impasse, a parte notificará a contraparte, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, sobre o seu interesse em instaurar uma arbitragem, indicando local, dia e hora para firmar o compromisso arbitral.

Entretanto, caso uma das partes convoque a outra parte e esta não compareça, ou se recuse a firmar o compromisso arbitral, o interessado poderá ajuizar execução específica para obter uma sentença substitutiva da vontade da parte adversa.

Neste caso, o compromisso poderá ser firmado espontaneamente em audiência, ou o juiz poderá estabelecer o compromisso arbitral, considerando a cláusula compromissória e a Lei de Arbitragem. Além disso, a intervenção judicial somente serve para compelir a outra parte a comparecer em juízo, sem julgar o mérito do litígio.

Nesse sentido, é importante ressaltar que a validade da cláusula compromissória não pode ser analisada pelo Poder Judiciário, com exceção das hipóteses de nulidade absoluta, uma vez que cabe ao árbitro, por força do princípio da competência-competência, decidir sobre a existência, a validade e a eficácia da cláusula compromissória.

Outra hipótese de atuação judicial na fase pré-arbitral pode ocorrer quando as partes nomeiam árbitros em número par e estes não concordam com a nomeação do outro árbitro, não existindo nenhum outro critério para a nomeação na cláusula compromissória. Assim, é possível recorrer ao Poder Judiciário para a nomeação do outro árbitro, conforme estabelece o artigo 13, § 2º da Lei de Arbitragem.

Contudo, é importante respeitar (e estimular) a autonomia da vontade dos contratantes, de modo que disciplinem o método de escolha dos árbitros, seja por meios diretos, que garantem a participação efetiva dos litigantes, ou por métodos indiretos, escolhendo quem fará a nomeação, a partir de um conjunto de qualidades pré-definidas (CARMONA, 2009).

Antes de instituída a arbitragem, a parte também poderá recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medidas cautelares, a fim de assegurar o resultado útil do processo, para evitar um dano irreparável, ou resguardar as condições de fato e de direito para que a sentença final arbitral seja proferida.

Assim, em casos de urgência, no ínterim entre a ocorrência da lide e a instituição da arbitragem, a parte interessada poderá recorrer ao Poder Judiciário para requerer a concessão da tutela provisória, conforme

determina o artigo 22-A da Lei de Arbitragem, pois o processo arbitral somente é instituído quando os árbitros aceitam as suas nomeações.

Portanto, no caso de impossibilidade de a parte ter acesso ao juízo originariamente competente, tal como acontece quando a arbitragem ainda não foi instaurada e a parte interessada não pode requerer a medida cautelar ao árbitro, surge a possibilidade de se recorrer a via judicial, sem prejudicar a arbitragem.

Nesse sentido, o juiz togado analisa a possibilidade de se conceder a medida cautelar. No entanto, a parte interessada em promover a medida cautelar deve sempre informar ao juiz togado sobre a sua incompetência, destacando que a demanda principal será arbitral.

Uma vez formada e constituída a arbitragem, cessa por completo a competência do magistrado para conhecer de tais medidas, que passam a ser pleiteadas diretamente aos árbitros, e aquelas medidas já concedidas pelo Poder Judiciário poderão ser reapreciadas, mantidas, modificadas ou, até mesmo, revogadas pelo juízo arbitral.

Existem, ainda, regulamentos de câmaras de arbitragem, como o regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado, que adotam a possibilidade de submeter medidas de urgência, antes de constituído o tribunal arbitral, a um "árbitro de apoio" ou "árbitro de emergência".

Nesse caso, o árbitro de emergência tem a competência para examinar questões urgentes antes de instaurada a arbitragem, não sendo necessário acionar o Poder Judiciário, porque as partes convencionaram expressamente a adoção do regulamento de determinada câmara de arbitragem.

Nesse sentido, torna-se essencial a convivência harmônica entre as jurisdições estatal e arbitral, principalmente em relação à competência para o processamento de medidas cautelares, pois qualquer equívoco poderá violar, de um lado, o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou, por outro lado, o princípio da autonomia privada (GUILHARDI; NANNI, 2015).

3.2. A atuação judicial durante a arbitragem

A arbitragem é considerada instituída quando os árbitros aceitam a nomeação. Iniciado o processo arbitral, há uma significativa independência processual e o árbitro será o primeiro a decidir sobre a sua própria competência.

Nesse sentido, o juiz somente pode intervir na arbitragem em situações pontuais, se for instado a fazê-lo, como quando houver a necessidade de expedição de mandado judicial de vistoria, ou de bloqueio eletrônico de valores.

Esses atos apresentam um caráter mandamental ou executivo, uma vez que necessitam da manifestação do *imperium* estatal e afetam a esfera de terceiros não contratantes, sendo que os poderes do tribunal arbitral normalmente estão limitados às partes integrantes da arbitragem.

Ademais, em relação às ações judiciais incidentais ao processo arbitral, uma hipótese é o possível ajuizamento de ação para indicação de árbitro substituto, conforme o artigo 16, § 2º da Lei de Arbitragem, no caso de a convenção arbitral não prever mecanismo de nomeação de árbitro substituto e as partes não chegarem a um consenso sobre a

nomeação. Contudo, somente será aceito o substituto se não houver previsão diversa na convenção de arbitragem.

As partes também podem ter declarado que somente uma ou determinadas pessoas poderiam arbitrar a controvérsia (arbitragem *intuitu personae*), impossibilitando a substituição do árbitro por qualquer outro e extinguindo-se o compromisso arbitral.

Outra hipótese de ação judicial é quando houver a necessidade de ouvir uma testemunha no curso do processo arbitral. Nesse caso, o árbitro pode expedir diretamente uma comunicação solicitando a presença da testemunha.

Contudo, caso não haja o comparecimento da testemunha para prestar depoimento, o árbitro pode solicitar que o juiz determine a condução da testemunha renitente (artigo 22, § 2º da Lei de Arbitragem), tendo em vista que, em relação a terceiros, o juízo arbitral não possui poderes para materialmente efetuar qualquer determinação impositiva.

Entretanto, cabe ao juiz togado apenas verificar a existência do processo arbitral e ordenar o comparecimento da testemunha, sem analisar a conveniência da oitiva da testemunha, ou indagar o motivo do árbitro querer ouvi-la.

Além disso, durante o processo arbitral, ou antes da própria instauração do tribunal arbitral, a concessão de medidas cautelares pode tornar-se fundamental para assegurar o resultado útil do processo, a fim de evitar um dano irreparável, ou resguardar as condições de fato e de direito para que a sentença final arbitral seja proferida.

No Brasil, compete aos árbitros conhecer e julgar quaisquer pedidos de medidas cautelares relativas ao processo arbitral, uma vez que, de acordo com o artigo 18 da Lei de Arbitragem, o árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário, cabendo-lhe com exclusividade julgar eventuais pedidos acessórios.

Ademais, o parágrafo único do artigo 22-B da Lei de Arbitragem afasta, por decorrência lógica, a competência do Poder Judiciário para apreciar medidas cautelares ou de urgência requeridas após a instituição da arbitragem. Se a parte em face de quem foi proferida a medida cautelar submeter-se à decisão, não haverá qualquer participação do Poder Judiciário no processo.

Porém, se houver resistência, o árbitro solicitará a intervenção judicial para obter auxílio à concreção da medida cautelar, sem a deliberação do mérito da tutela pleiteada.

No entanto, conforme já destacado, os árbitros não apresentam os poderes de *ius imperium* para praticar os atos necessários à execução das medidas cautelares, caso a decisão cautelar proferida não seja cumprida voluntariamente.

Assim, havendo a necessidade de tutela cautelar, a parte interessada deverá requerer a medida ao árbitro que, considerando demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, concederá a providência.

Além disso, em situações excepcionais, medidas de urgência podem ser requeridas ao Poder Judiciário, mesmo depois de instituída a arbitragem, admitindo-se como premissa a indisponibilidade dos árbitros (por exemplo, em decorrência de sua ausência temporária por viagem ou tratamento médico) e a extrema urgência da medida (demandas que não podem esperar uma série de eventos

procedimentais até que o pleito liminar seja efetivamente deferido), a fim de conferir a eficácia e a celeridade necessárias para a preservação de um direito.

Desse modo, em casos pontuais, o Poder Judiciário pode apreciar medidas cautelares, na medida em que o tribunal arbitral não tenha poderes para fazê-lo, ou não possa proferir um provimento que seja eficaz no sentido de tutelar direitos urgentes.

Para identificar tais situações, o juiz deve constatar a existência de um *periculum in mora* composto, isto é, além da situação de perigo, deve demonstrar a impossibilidade de uma jurisdição arbitral de urgência igualmente efetiva (VALENÇA FILHO, 2005).

Além disso, tratando-se de medida excepcional, a providência apreciada pelo Poder Judiciário pode ser mantida, alterada, ou revogada pelo tribunal arbitral a quem incumbe originariamente decidir a questão, como definido pelo artigo 22-B, caput, da Lei de Arbitragem.

No entanto, prestigiando a autonomia das contratantes, estes podem consensualmente afastar os poderes cautelares dos árbitros, estipulando que eventuais medidas cautelares sejam diretamente pleiteadas ao Poder Judiciário.

3.3. A atuação judicial na fase pós-arbitral

Após o encerramento da arbitragem, o Poder Judiciário pode assumir um papel de controle e de execução forçada da sentença arbitral. Uma hipótese de ação judicial posterior à arbitragem, por exemplo, é a ação de nulidade de sentença arbitral, regulada pelos artigos 32 e 33 da Lei de Arbitragem.

Desse modo, cientificadas as partes da sentença arbitral, começa a correr o prazo de noventa dias para a propositura da ação de anulação, conforme as regras do procedimento comum, e o prazo de cinco dias para o pedido de esclarecimento da sentença arbitral duvidosa (chamados de "embargos de declaração"), em razão de erro material, omissão, contradição ou obscuridade.

Nesse cenário, o artigo 32 da Lei de Arbitragem enumera as hipóteses de nulidade da sentença arbitral, que deverão embasar a ação prevista no artigo 33 do mesmo dispositivo, tratando-se de uma manifestação de controle do Poder Judiciário sobre a arbitragem.

Contudo, esse controle judicial não é amplo e restrito, não sendo admissível que o juiz submeta a sentença arbitral à revisão quanto ao mérito, devendo apenas verificar a existência de alguma das hipóteses do artigo 32 da Lei de Arbitragem.

Além disso, cabe o auxílio do Poder Judiciário na execução da sentença arbitral se esta não for cumprida espontaneamente pelas partes, nos termos do artigo 31 da Lei de Arbitragem. Nessa hipótese, o juiz também não poderá rever o mérito da decisão arbitral, mas somente auxiliar com os poderes de *coertio* e de *executio*.

Ressalta-se que os efeitos da sentença arbitral se equiparam aos da sentença estatal, extinguindo-se a relação jurídica processual e a decisão da causa, além da sentença arbitral fazer coisa julgada às partes.

No entanto, se a parte vencida não cumprir espontaneamente a decisão, uma vez que a sentença arbitral é título executivo judicial, poderá ser ajuizada demanda exe-

cutiva para que o Poder Judiciário realize a sua execução forçada.

Ainda, os árbitros podem determinar medidas coercitivas, como astreintes e multas, ou medidas sub-rogatórias, como busca e apreensão e remoção de coisas, por exemplo, que, se não cumpridas espontaneamente, deverão ser cumpridas pelo juiz em conjunto com a condenação principal.

Por fim, após o encerramento do processo arbitral, destaca-se a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para homologar sentença arbitral estrangeira (artigo 34 e seguintes da Lei de Arbitragem), a fim de obter o *exequatur*, ou seja, a declaração para que a decisão estrangeira tenha eficácia perante o Judiciário brasileiro.

Atualmente, a sentença arbitral estrangeira é submetida ao Superior Tribunal de Justiça, que exerce um controle limitado do laudo arbitral estrangeiro, segundo as hipóteses dos artigos 38 e 39 da Lei de Arbitragem.

4. O INSTITUTO DA CARTA ARBITRAL

O instituto da carta arbitral é um instrumento formal de comunicação e de cooperação do árbitro com o juiz, que foi incorporado pela Lei 13.129/2015 e pelo Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

O Código de Processo Civil de 1973 não apresentava previsão acerca do instituto da carta arbitral e havia uma falta de uniformidade na comunicação entre arbitragem e Poder Judiciário, pois cada árbitro adotava a forma que entendia pertinente.

Nesse panorama, era difícil encontrar mecanismos práticos que promovessem uma comunicação célere, econômica e eficiente, considerando a burocracia estatal e a falta de conhecimento técnico dos órgãos oficiais.

Nesse sentido, a partir da carta arbitral, o árbitro requisitará a cooperação do juiz para a realização de atos que não possam ser praticados pelo juízo arbitral, inclusive para a efetivação de medidas de antecipação dos efeitos da tutela.

Essa inovação consolida a ideia de que o árbitro e o juiz devem atuar de maneira complementar e não concorrente, prevalecendo a cooperação e o trabalho mútuo e solidário, sem qualquer superioridade hierárquica ou subordinação.

O instrumento da carta arbitral também permite uma maior uniformidade na comunicação entre árbitro e Poder Judiciário nas situações que exigem uma cooperação entre as duas jurisdições, uma vez que, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, inexistia disciplina específica sobre essa comunicação.

Ainda, é importante ressaltar que o Poder Judiciário não poderá analisar o mérito da questão, ou alterar o que ficou estabelecido pela arbitragem, atuando apenas de modo a cumprir a solicitação do juízo arbitral.

Por conseguinte, assim como ocorre nas cartas precatórias entre juízos estatais, a decisão sobre a concessão da medida cabe aos árbitros e o Poder Judiciário somente deve executá-la.

Assim, o juiz apenas poderá recusar o cumprimento da carta arbitral se não forem observados os requisitos legais para a sua expedição, ou quando não tiver certeza da autenticidade da carta, ou ainda quando for incompetente

em razão da matéria ou da hierarquia, podendo remetê-la ao juiz ou tribunal competente para o cumprimento.

Em relação às formalidades necessárias para a solicitação de uma carta arbitral, o artigo 260 do Código de Processo Civil de 2015 apresenta alguns requisitos que devem ser observados, por exemplo: a indicação do(s) árbitro(s) e/ou câmara arbitral e do juiz que deverá cumprir o ato; o inteiro teor da petição, o despacho do juízo arbitral, a procuração conferida ao advogado; a convenção de arbitragem e os documentos da nomeação e aceitação da função pelo árbitro; e as assinatura(s) do(s) árbitro(s). Em relação às cartas arbitrais formuladas por tribunais arbitrais com sede jurídica no estrangeiro, estas devem seguir o regime geral para concessão de *exequatur* para as cartas rogatórias estrangeiras.

Nesse sentido, o artigo 260 do Código de Processo Civil estabelece os requisitos à validade das cartas de ordem, precatória e rogatória, os quais, de acordo com o § 3º do mesmo artigo, deverão ser atendidos pela carta arbitral no que couber, devendo ser instruída, também, com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função.

Além disso, a competência do juízo estatal atende às regras gerais de competência interna e, na maior parte dos casos, o juízo competente é aquele instalado na comarca correspondente ao espaço territorial em que o ato precise ser praticado.

A carta arbitral também seguirá o regime de segredo de justiça, se o sigilo do processo arbitral for comprovado perante o juízo estatal.

Portanto, essa inovação consolida a ideia de que o árbitro e o juiz devem atuar de maneira complementar, e não concorrente, prevalecendo a cooperação, sem qualquer superioridade hierárquica ou subordinação.

Em síntese, a Carta Arbitral facilita a cooperação do Poder Judiciário com os processos arbitrais, uniformizando a comunicação entre as duas jurisdições e permitindo que os árbitros, embora não apresentem poderes coercitivos, possam analisar o mérito das medidas solicitadas. Assim, a carta arbitral é a instrumentalização física desse mecanismo de cooperação entre juízo arbitral e juízo estatal.

5. OS LIMITES DA ATUAÇÃO JUDICIAL NA ARBITRAGEM

Após analisar a importância da cooperação entre juízo arbitral e juízo estatal, verificando as ações judiciais pertinentes aos processos arbitrais e examinando o instrumento da carta arbitral, é necessário entender os limites dessa atuação judicial na arbitragem, a fim de evitar abusos ou choques entre jurisdições.

A eficiência da arbitragem depende da não interferência do Poder Judiciário, mas, paradoxalmente, o juízo arbitral precisa do auxílio judicial para funcionar bem. Nesse cenário, existe um ponto de equilíbrio a ser encontrado, sendo fundamental estabelecer limites à intervenção judicial.

Muitas vezes, ocorre um sentimento de antagonismo entre o Poder Judiciário e a arbitragem, decorrente da sobreposição de papéis, na medida em que os dois são meios de heterocomposição de conflitos.

Desse modo, existem determinados limites a serem observados pelo Poder Judiciário, a fim de garantir a eficiência do processo arbitral.

Nesse sentido, determinados institutos procuram delimitar essa relação, como o princípio da competência-competência (*kompetenz-kompetenz*), em que cabe ao árbitro decidir as questões de existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem; o efeito negativo da convenção de arbitragem, em que o juiz não pode julgar litígio abrangido por convenção de arbitragem; e a autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato em que se encontra inserida, visto que a nulidade do contrato não implica necessariamente a nulidade da cláusula compromissória.

Nesse contexto, destaca-se o efeito vinculante da convenção de arbitragem, em que os contratantes devem se submeter à arbitragem que pactuaram. Assim, conforme o *kompetenz-kompetenz* (artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem), iniciado o processo arbitral, somente o árbitro pode decidir sobre sua competência, não podendo o Poder Judiciário julgar essa matéria até o término da arbitragem.

Portanto, esse princípio apresenta uma função dúplice, estabelecendo que o árbitro pode decidir sobre a sua própria competência (efeito positivo) e também definindo que o árbitro será o primeiro a decidir sobre a sua própria competência, e não o Poder Judiciário (efeito negativo).

Ademais, a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida (artigo 8º, caput, da Lei de Arbitragem), já que não apresenta ligação com o objeto principal do negócio jurídico, constituindo uma relação jurídica distinta, que resulta da manifestação da vontade quanto à solução de litígios por meio da arbitragem.

Logo, a nulidade do contrato não afetará a eficácia da vontade dos contratantes de submeter as suas controvérsias à via arbitral (CARMONA, 2009).

Portanto, a arbitragem precisa de uma intervenção mínima do Poder Judiciário, mas, ao mesmo tempo, existem situações em que a cooperação do juízo estatal é inevitável, dado que o juízo arbitral não apresenta poderes de *coertio* e *executio*.

De acordo com Lessa Neto (2016), "há uma linha tênue entre uma atuação de apoio e cooperação e uma interferência destrutiva do Poder Judiciário para com a arbitragem".

Assim, é importante evitar uma judicialização prematura ou excessiva dos temas arbitrais, sendo que, muitas vezes, uma parte, agindo de má-fé, utiliza uma ação judicial para retardar ou prejudicar o processo arbitral.

Nesse cenário de delimitação da intervenção judicial na arbitragem, o desenvolvimento de processos paralelos representa um ponto de atrito entre juízo arbitral e juízo estatal, considerando que uma parte relutante à continuação da arbitragem pode utilizar processos paralelos como manobra dilatória para perturbar ou retardar o desenvolvimento do processo arbitral.

Nessa lógica, os procedimentos paralelos são procedimentos concorrentes indesejáveis que ocorrem quando as partes trazem a mesma controvérsia, ou controvérsias semelhantes, a tribunais diferentes, devendo-se utilizar de mecanismos processuais para prevenir as suas consequências negativas.

Além disso, existem as *anti-suit injunctions*, que são ordens ou injunções que procuram impedir o curso de um

determinado processo quando não há respeito judicial à regra de alocação de competências e ocorrem intervenções indevidas ou prematuras na arbitragem.

Assim, esse mecanismo permite, por exemplo, que o juiz, após determinar a invalidade de uma convenção de arbitragem, emita uma *anti-suit injunction* para impedir que se inicie uma arbitragem, ou ainda, se o procedimento já estiver em curso, ordene que a parte desista desse procedimento.

Por outro lado, uma *anti-suit injunction* também pode ser utilizada como medida de apoio ao processo arbitral, proibindo que uma parte inicie ou prossiga com uma ação judicial violadora de uma convenção de arbitragem, e reprimindo práticas dilatórias.

Diante desse cenário, um possível remédio para as *anti-suit injunctions* seria a aplicação do efeito negativo do *kompetenz-kompetenz*, visto que, ainda que o seu efeito positivo permita que os árbitros decidam sobre sua própria competência, é o efeito negativo que promove a prioridade temporal do juízo arbitral, proibindo o Poder Judiciário de se pronunciar antes do tribunal arbitral (SILVEIRA, 2018).

Por fim, outro ponto controvertido é o conflito de competência entre juiz e árbitro, que ocorre quando dois juízos se declaram competentes para julgar um caso (conflito positivo), quando dois juízos se consideram incompetentes para decidir um caso (conflito negativo), ou quando surge um conflito entre dois juízos sobre a reunião ou separação de processos.

Nesse panorama, não há na legislação brasileira nenhuma previsão expressa sobre tal controvérsia e o artigo 8º da Lei de Arbitragem, embora admita a possibilidade de o árbitro decidir sobre a sua própria competência, não menciona a quem cabe a prerrogativa de julgar conflito de competência.

Contudo, o Supremo Tribunal de Justiça apresenta precedentes em que decide a respeito de conflitos de competência entre juiz e árbitro, considerando que não há porque retirar da parte o único remédio jurídico processual que dispõe para evitar processos concomitantes nas duas jurisdições.

6. A COMPLEMENTARIEDADE ENTRE ARBITRAGEM E PODER JUDICIÁRIO

A partir da análise das hipóteses de ação judicial na arbitragem e dos possíveis limites de interferência do Poder Judiciário, observa-se que a compreensão da atuação judicial na arbitragem envolve a percepção de uma relação de complementariedade.

Desse modo, a arbitragem não depende do Poder Judiciário para se desenvolver adequadamente, mas também não existe uma relação de independência total entre as jurisdições, visto que os árbitros não apresentam os poderes de *coertio* e *executio* para praticar atos constritivos ou executórios.

Nesse sentido, a arbitragem somente funciona bem se não sofrer interferências do Poder Judiciário, mas existem situações em que a cooperação do juízo estatal é inevitável. Desse modo, é essencial compreender a complementariedade entre juízo arbitral e juízo estatal, ou seja, a ideia de que não existe uma hierarquia, ou uma divisão de momentos de atuação, mas uma relação de comunicação

e de cooperação, seguindo as regras de competências e de atribuições.

Nesse cenário, é fundamental estabelecer os contornos adequados para o equilíbrio necessário da relação entre árbitros e juízes, determinando um juiz apoiador e revisor, mas que também respeite o processo arbitral, evitando sobreposições de competências.

Dessa maneira, é necessário harmonizar a autonomia arbitral e a autonomia da vontade com o devido processo legal e o respeito à ordem pública. Assim, é importante evitar uma judicialização prematura ou excessiva dos temas arbitrais, para evitar ações judiciais que apenas retardem ou prejudiquem o processo arbitral.

Portanto, a compreensão dos limites da atuação do Poder Judiciário na arbitragem envolve uma percepção da complementariedade das duas jurisdições, definindo uma distribuição de atribuições, a fim de criar uma rede de colaboração para um processo arbitral adequado e eficiente.

Essa relação entre a jurisdição arbitral e a estatal provém tanto do princípio da cooperação como da conformidade entre o interesse público e privado quanto à administração do processo arbitral e à observância do devido processo legal.

Assim, a relação entre a arbitragem e o Poder Judiciário é intrínseca aos próprios institutos. Por conseguinte, a cooperação com o Poder Judiciário torna-se necessária para intervir nos momentos estritamente autorizados pela lei, apoiando as limitações dos árbitros, a fim de garantir a plena efetividade da arbitragem.

No cenário atual, a tendência tem sido, inclusive, de evolução da autonomia da arbitragem, deixando para o Poder Judiciário o controle residual e excepcional sobre o processo arbitral.

Nessa lógica, o juízo arbitral apresenta autonomia durante todo o procedimento arbitral, mas não dispensa o apoio do Poder Judiciário em algumas situações específicas.

Conforme Cahali (2011), "a um juízo caberá a decisão; ao outro, a efetivação do decidido. Tudo sem hierarquia ou subordinação [...]".

Portanto, a cooperação pressupõe uma divisão de tarefas e redistribuição de responsabilidades, em que todos os participantes do processo, incluindo o julgador, as partes e seus advogados, devem estar em busca da justa composição do litígio.

Desse modo, investigando a relação entre juízo arbitral e juízo estatal, conclui-se que é necessário estabelecer um meio-termo: a arbitragem não pode depender totalmente da jurisdição estatal, de modo a ser considerada uma fase preliminar do processo judicial, mas também não pode ser exageradamente independente, de modo a rejeitar o apoio ou o controle judicial quando necessários.

Nesse sentido, é essencial entender que não existe uma hierarquia entre juiz e árbitro, mas uma relação de comunicação e de cooperação, conforme as regras de competências e de atribuições.

Em síntese, a complementariedade entre juízo arbitral e juízo estatal é necessária, uma vez que a arbitragem representa um modelo mais especializado de resolução de litígios, mas prescinde do Poder Judiciário. Contudo, é fundamental estabelecer uma adequada atribuição de competências entre árbitro e juiz, definindo os

seus limites de atuação, sob risco de vulgarizar a intervenção judicial sobre a arbitragem, afetando a sua efetividade.

7. CONCLUSÃO

O presente artigo partiu das hipóteses de atuação judicial na arbitragem, a fim de observar os limites da intervenção estatal no juízo arbitral, considerando a autonomia da vontade das partes, que escolheram, por meio de convenção de arbitragem, submeter os seus litígios a um tribunal arbitral. Após a análise empreendida, algumas conclusões podem ser extraídas.

Primeiramente, depreende-se que a arbitragem somente funciona de modo adequado se não sofrer interferências indevidas do Poder Judiciário.

Contudo, embora a arbitragem não dependa do Poder Judiciário para se desenvolver adequadamente, não existe uma relação de independência total entre as jurisdições, visto que os árbitros não apresentam os poderes de *coertio* e *executio* para praticar atos constritivos ou executórios. Nesse sentido, em algumas situações, a cooperação com o juízo estatal é inevitável.

Essa relação entre árbitro e juiz manifesta-se, principalmente, nas ações judiciais antecedentes, incidentais ou posteriores à arbitragem, em que o juiz deve apoiar as limitações dos árbitros, intervindo nos momentos estritamente autorizados pela lei, a fim de garantir a efetividade da arbitragem.

Desse modo, procurou-se estudar as ações judiciais antecedentes, incidentais ou posteriores ao juízo arbitral, a fim de verificar as relações entre Poder Judiciário e arbitragem.

Nesse cenário, o Poder Judiciário pode atuar: (i) na fase pré-arbitral, ao assegurar a instauração da arbitragem em caso de resistência indevida por um dos contratantes, por exemplo; (ii) na fase arbitral, como nas hipóteses em que haja a necessidade de expedição de mandado judicial de vistoria, ou de bloqueio eletrônico de valores; e (iii) na fase pós-arbitral, para garantir a execução forçada da sentença arbitral caso não haja cumprimento espontâneo, por exemplo.

Além disso, o instituto da carta arbitral facilita e uniformiza a comunicação entre arbitragem e Poder Judiciário, pois o árbitro requisitará, por meio deste mecanismo, a cooperação do juiz para a realização de atos que não possa praticar.

Nessa lógica, o instituto da carta arbitral facilitou a cooperação entre arbitragem e Poder Judiciário, promovendo uma uniformização da comunicação entre árbitro e juiz.

Também, conclui-se que a carta arbitral auxilia a realização de atos que não possam ser praticados pelo juízo arbitral, corroborando com a ideia de que a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal devem atuar de maneira complementar.

Nesse panorama, após investigar as hipóteses de atuação judicial na arbitragem, examinou-se os seus possíveis limites. Diante de práticas dilatatórias, como os procedimentos paralelos, alguns institutos processuais, como o princípio da competência-competência, o efeito negativo da convenção de arbitragem e a autonomia da

cláusula compromissória podem auxiliar na delimitação da relação entre arbitragem e Poder Judiciário.

Assim, considerando o dever de boa-fé na execução do contrato e o dever de cooperação das partes com o processo arbitral, não se admitem condutas que procurem protelar, obstar, ou, injustificadamente, dificultar a instalação ou a condução da arbitragem.

Ressalta-se, portanto, a necessidade de se privilegiar o princípio do *kompetenz-kompetenz*, com a prioridade do juízo arbitral para se manifestar acerca de sua própria competência.

Por fim, ao encontro de todo o exposto, conclui-se que existe uma relação de complementariedade entre arbitragem e Poder Judiciário, a partir da convergência entre os interesses públicos e privados, com a comunicação e cooperação entre as jurisdições.

Portanto, as atribuições do árbitro e do juiz são funções complementares, e não concorrentes, de modo que não existe uma relação de subordinação.

Assim, a cooperação entre arbitragem e Poder Judiciário pressupõe uma distribuição de atribuições, determinando um juiz apoiador e revisor, mas que também respeite o processo arbitral, evitando sobreposições de competências.

Nesse sentido, a relação entre árbitro e juiz deve ser cooperativa, a partir de uma percepção de complementariedade, a fim de criar uma rede de colaboração para um processo arbitral adequado e eficiente.

8. REFERÊNCIAS

1. AYMONE, Priscila Knoll. A Problemática dos Procedimentos Paralelos: Os Princípios da Litispendência e da Coisa Julgada em Arbitragem Internacional. Orientador: Luiz Olavo Baptista. 2009. 227 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
2. BARONI, Mariana Souza. A efetivação das tutelas provisórias concedidas no curso da arbitragem por meio do instituto de cooperação da carta arbitral. Rev. Forense, São Paulo, v. 429, n. 115, jan./jun. 2019.
3. BLACKABY, Nigel; HUNTER, Martin; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan. Redfern A. Redfern and Hunter on International Arbitration. New York: Oxford University Press, 2015.
4. BRASIL. Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.
5. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.
6. BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307/1996 e a Lei no 6.404/1976. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 27 mai. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.
7. CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
8. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.
9. FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Repercussões do Anteprojeto e do Substitutivo ao Projeto do Novo Código de Processo Civil na Arbitragem. Rev. Brasileira de Arbitragem, [S. L.], v. 8, n. 29, p. 7-42, 2011.
10. GUILHARDI, Pedro; NANNI, Giovanni Ettore. Medidas Cautelares Depois de Instituída a Arbitragem: Reflexões à Luz da Reforma da Lei de Arbitragem. Rev. de Arbitragem e Mediação, [S. L.], v. 45, p. 123-153, abr./jun. 2015.
11. ISOGAI, Stephanie Karoline Maioli; LIGERO, Gilberto Notário; NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki. Carta Arbitral: Novo Instrumento de Cooperação entre Árbitros e Juizes Estatais. Rev. dos Tribunais, [S. L.], v.988, p. 83-103, fev. 2018.
12. LESSA NETO, João Luiz. Arbitragem e Poder Judiciário: A definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016.
13. MARTINS, Pedro Antônio Batista. Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
14. NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki; ISOGAI, Stephanie Karoline Maioli; GODOY, Sandro Marcos. O Princípio da Cooperação como Norma Fundamental do Processo Civil e seus Reflexos na Arbitragem. Rev. Pensamento Jurídico, São Paulo, v. 13, n.1, jan./jun. 2019.
15. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. A Cooperação como Elemento Estruturante da Interface entre o Poder Judiciário e o Juízo Arbitral. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, p. 198-218, set./dez. 2017.
16. PONZONI, Beatriz Bradna; ROQUE, Raphael Chaves Narciso. O Acesso ao Judiciário: precatórias, rogatórias e ações judiciais antecedentes, incidentais e posteriores à arbitragem. Rev. de Direito Empresarial, São Paulo, v. 3, p. 375 – 399, mai./jun. 2014.
17. ROCHA, Caio César Vieira. Limites no controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil. Orientador: José Rogério Cruz e Tucci. 2012. 317 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
18. SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de arbitragem. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
19. SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. O papel do juiz no fortalecimento da arbitragem: efeito negativo da competência- competência v. 'anti-suit injunctions'. Rev. Brasileira de Arbitragem, [S. L.], v. 15, p. 44-58, 2018.
20. VALENÇA FILHO, Cláudio. Tutela judicial de urgência e a lide objeto de convenção de arbitragem. Rev. Brasileira de Arbitragem, [S. L.], jul./set. 2005.
21. WALD, Arnaldo. Medidas Cautelares Fora da Sede da Arbitragem. Rev. de Processo, [S. L.], v. 207, p. 305- 324, mai. 2012.
22. ZAKIA, José Victor Palazzi. Um panorama geral da reforma da Lei de Arbitragem: o que mudou com a Lei Ordinária nº 13.129/2015. Rev. Brasileira de Arbitragem, [S. L.], v.8, n. 51, p. 39-65, 2016.

PROJETO DE LEI DA OBRIGATORIEDADE DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: MUDANÇA CULTURAL E IMPACTO INSTITUCIONAL

Fabio Mello Fagundes¹, Marcelo Mello Fagundes²

O contexto atual do judiciário brasileiro é de grande desafio, o número crescente de novas demandas judiciais mostra a dificuldade de dar efetividade aos comandos constitucionais do princípio da celeridade, da duração razoável do processo, entre outros. O projeto de lei 3813/2020 tem como objetivo criar uma cultura forte no país das medidas extrajudiciais de resolução de conflitos, trazendo para toda a sociedade a cultura do diálogo e da paz, como forma de trazer conciliação para as demandas. No caso de aprovação, esse projeto de lei terá um forte impacto sobre o judiciário e todos os atores envolvidos direta ou indiretamente nas demandas judiciais. Este artigo tem como finalidade fomentar reflexões culturais e institucionais sobre a possível aprovação deste projeto de lei.

Palavras-Chave: Conciliação. Instituições. Judiciário. Mediação.

The context of the Brazilian judiciary is a big challenge, the growing number of new judicial demands shows the difficulty of giving effectiveness to the constitutional commands of the principle of speed, of the reasonable duration of the process, among others. The law project 3813/2020 aims to create a strong culture in the country of extrajudicial conflict resolution measures, bringing a culture of dialogue and peace to the whole society, and a way to bring conciliation to the demands. If this law project is approved, it will have a strong impact on the judiciary and all actors directly or indirectly involved in the lawsuits. This article brings the cultural and institutional reflections on the possible approval of this law project.

Keywords: Conciliation. Institutions. Judiciary. Mediation.

¹ Doutorando e Mestre em Administração. Graduado em Sistemas de Informação, História e Administração. E-mail: contato@fabiofagundes.com.

² Advogado e pesquisador, atuante nas áreas de Direito Médico, Mediação e Conciliação. E-mail: contato@marcelofagundes.com.br.

1. INTRODUÇÃO

O judiciário, ano após ano, tem buscado incansavelmente melhorar e aprimorar a prestação do serviço às partes envolvidas nos processos, BANDEIRA (2020). No Brasil, existem questões culturais a serem vencidas, como a cultura da judicialização e uma cultura de que, no imaginário popular, o judiciário é a única forma de se resolver um conflito, VIANNA (2020).

Nesse contexto, dada a experiência internacional, observou-se que as medidas extrajudiciais de resolução de conflitos se apresentam como mais um instrumento para resolver as demandas da rotina da sociedade, RODOVALHO (2020). Nessa esteira, aparecem nos últimos anos, ganhando cada vez mais força, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Constata-se que essas medidas têm aos poucos ganhado adesão da população e das empresas brasileiras, que começam a perceber que podem sentar e negociar, ao invés de fomentar uma cansativa demanda judicial, LONGO e WALD (2020). Assim, os dados do CNJ (2020c) mostram que o Judiciário vem cada vez mais dar efetividade aos princípios constitucionais da celeridade, duração razoável do processo, entre outros. Porém, a cultura de só enxergar o judiciário como a única porta possível vai na contramão de todo o esforço realizado por magistrados e servidores.

Nesse cenário, no meio acadêmico e nos ambientes profissionais, começam a aparecer com mais frequência conceitos como, por exemplo, multiportas e autocomposição. Este artigo tem como objetivo revisitar a evolução do conceito e do histórico da mediação e conciliação, analisar a legislação vigente e o projeto de lei 3813/2020 que traz a obrigatoriedade desses dois conceitos como caminho de resolução de litígios no Brasil, e seu impacto cultural e institucionalização.

2. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: CONCEITO E HISTÓRICO

2.1 Conceito e aplicação da mediação e conciliação

Culturalmente, quando se fala em resolver um conflito, por mais que existam inúmeras alternativas, as pessoas automaticamente já associam o judiciário. Corriqueiramente, buscam procurar um advogado e ingressar com uma ação judicial para o estado, na personificação do juiz, para que ele tome uma decisão e resolva aquela demanda.

Todavia, existem inúmeras outras maneiras de resolver um problema. É possível vislumbrar inúmeros outros instrumentos além do judiciário, é o que se chama multiportas, ou seja, vislumbrar as inúmeras medidas de resolução de conflitos como passíveis de serem utilizadas.

Cada uma dessas opções tem sua hierarquia de força, sendo que o operador desse instrumento tem um poder limitado para resolver a questão.

Nos últimos anos, no Brasil, algumas medidas têm crescido em sua utilização, sendo elas a mediação, a conciliação e a arbitragem. Muitas pessoas imaginavam, quando essas medidas foram regulamentadas por lei, que existiria resistência para sua utilização. Contudo, pelo

contrário, a história dessas medidas vem ganhando amplitude no Brasil, LONGO e WALD (2020).

A mediação e a conciliação têm papel de suma importância, grandes empresas têm utilizado essa medida em larga escala. A mediação e a conciliação são medidas muito parecidas, a diferença entre elas é apenas uma postura que o mediador ou o conciliador adota perante as partes. Na mediação, o mediador tem o papel apenas de conduzir o diálogo entre as partes que irão formular as condições do acordo. Já na conciliação, o conciliador possui um papel mais ativo, ou seja, ele pode propor e/ou sugerir possíveis cenários de acordo. Para alguns autores, não existe essa diferenciação, as duas medidas mencionadas seriam a mesma coisa, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça (2020b).

Empresas grandes já perceberam a efetividade dessas medidas, utilizando-as como instrumentos na rotina empresarial. Por exemplo, a empresa de telefonia TIM e a companhia aérea LATAM têm utilizado em larga escala, de acordo com o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (2020).

Essas empresas entenderam que muitas vezes é melhor um mau acordo do que uma boa briga, como diz o jargão popular. Mas não é só isso, os altos custos para manter um processo é um fator muito importante a se levar em consideração, como também, quando as demandas chegam ao judiciário, existe uma escalada de tensão no conflito, sendo uma consequência o deterioramento do relacionamento dos litigantes e um prejuízo à imagem institucional da empresa, SILVA (2020). A mediação/conciliação tem como intuito a manutenção do bom relacionamento entre as partes conflitantes, sendo possível afirmar que, de certa maneira, promove uma cultura de paz.

Conforme a lei da Mediação, lei 13.140/2015 (2020), é importante trazer aqui os princípios que dão o norte para as ações da mediação/conciliação, sendo eles a confidencialidade, como o nome já sugere, tudo que for dito dentro das sessões de mediação/conciliação não poderá ser utilizado fora daquele ato, não poderá servir como prova, mesmo que tenha um confissão de culpa/responsabilidade, o termo da mediação garante que nada do que for dito dentro da sessão poderá ser reproduzido para terceiros.

No segundo princípio, há a imparcialidade: o mediador deve, ao mesmo tempo, estar próximo das partes para poder entender com profundidade o caso, mas não poderá tender para alguma delas.

A isonomia garante que as partes envolvidas no processo da mediação/conciliação estarão em pé de igualdade (paridade de armas): caso alguma das partes deseje estar acompanhada de um advogado, obrigatoriamente, a outra parte também deverá estar acompanhada de um profissional da advocacia, sob pena de estar ferindo o princípio da isonomia, gerando nulidade do ato praticado.

Os princípios da oralidade e da informalidade caminham juntos; a oralidade é trazer o diálogo verbal como fonte primária, fugindo das petições complexas e cheias de lei, jurisprudências e citações de doutrinadores. Dessa maneira, é possível perceber o desdobramento para o princípio da informalidade; existe um procedimento para o encaminhamento da mediação, porém, é possível flexibilizar o procedimento para que atenda às necessidades das partes,

dessa forma trazendo uma maior efetividade à chance da mediação/conciliação chegar num acordo, prestigiando, assim, o princípio do consenso.

O princípio da autonomia das partes abre uma possibilidade de desenhar um acordo que realmente atenda aos interesses das partes, diferente do judiciário em uma sentença, em que o juiz vincula a lei, tendo a sua atuação restrita.

E, por fim, o princípio da boa-fé, ou seja, espera-se que as partes tenham um comportamento que preze pela honestidade, integridade e cooperação.

2.2 Breve histórico da mediação e conciliação

Conforme Conselho Nacional de Justiça (2020a), há alguns anos, busca-se soluções para melhorar e aprimorar o judiciário como um todo. Essa busca ocorre das mais diversas maneiras, como investimento em tecnologia, qualificação dos servidores, aumento da estrutura do judiciário, cumprimento de metas pelos tribunais, entre outras.



Figura 1. Grandes marcos temporais da mediação e conciliação no Brasil
Fonte: Os autores, adaptado de Conselho Nacional de Justiça (2020).

No ano de 2006, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2020b) deu início a uma nova etapa na tentativa de aprimoramento do judiciário. Naquele ano, foi dado o pontapé inicial no Movimento pela Conciliação.

Nota-se que esse instrumento é muito utilizado e difundido em outros países, principalmente pela experiência internacional observada no Canadá e nos Estados Unidos da América, entretanto, era necessário, trazê-lo para o Brasil e fomentar a cultura das medidas alternativas de resolução de conflito. Desse movimento, ocorreram alguns desdobramentos para chegar ao atual cenário em que o país se encontra.

Sob a presidência da comissão de juristas, o ministro Luís Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, coordenou os trabalhos para elaboração da resolução 125/2010 do CNJ. Tal resolução tinha como objetivo regulamentar os procedimentos da mediação e conciliação judicial e extrajudicial que, no decorrer do tempo, teve forte impacto. Dessa forma, no ano de 2015, surgiu a lei 13.140/2015 que regula a mediação e toda a sua dinâmica de funcionamento.

Dado o cenário de constante crescimento da judicialização das mais diversas demandas, buscam-se outras formas de solução de conflitos para além do judiciário. Assim, leva-se para o debate público essas medidas que, para a população em geral, são pouco conhecidas.

3. CONTEXTO DO JUDICIÁRIO E PROPOSTA DE LEI

3.1 Contexto atual do judiciário

Muito se debate sobre os desafios que o judiciário brasileiro vem enfrentando ano após ano, porém, é preciso trazer os dados para mostrar o contexto enfrentado por todos os servidores e demais profissionais na rotina forense, CONDE (2020). De acordo com os dados da justiça em números do conselho nacional de justiça (2020c), o judiciário conta com um número enorme de processos a serem julgados. O número de processos em trâmite em 2018 foi de 78,7 milhões; em comparativo com os dados do ano de 2017, ocorreu um aumento de 44 mil novas ações.

O judiciário tem, só em primeiro grau de jurisdição, 14.877 unidades. Esse número é a somatória de todas as unidades levando em conta as estaduais, eleitorais, trabalhistas, entre outras.



Figura 2. Total de unidades judiciárias em 2018
Fonte: JUSTIÇA EM NÚMEROS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2020).

Com esse número, é possível constatar que o judiciário conta com uma robusta estrutura. O trabalho desenvolvido em 2018 bateu recordes; os dados mostram, em comparativos com os anos anteriores, que o judiciário pela primeira vez atingiu a marca de 31,9 milhões de processos baixados.

Mesmo com alto grau de produção, dada a cultura da judicialização das diversas demandas, ocorreu um aumento de novos casos.

Outro dado de extrema importância são os números que tratam sobre acordos realizados em fases de execução e de conhecimento, os dados são apresentados por cada tribunal:

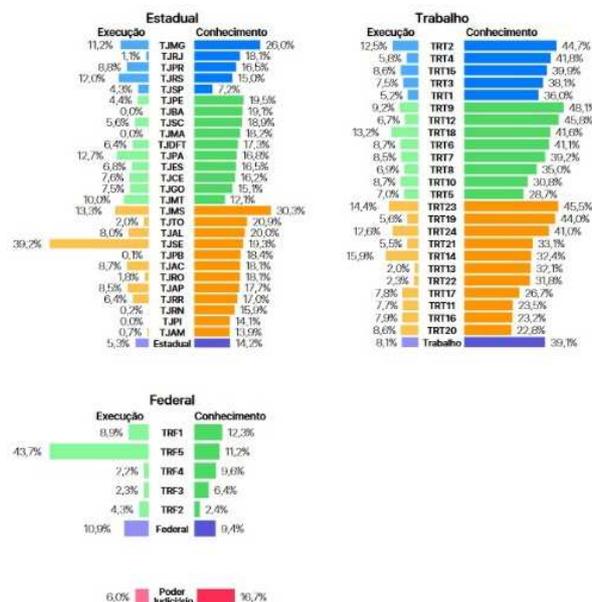


Figura 2. Índice de conciliação em fases de execução e de conhecimento, no primeiro grau, por tribunal

Fonte: JUSTIÇA EM NÚMEROS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2020).

Os dados colhidos pelo CNJ, Justiça em números do conselho nacional de justiça (2020), mostram que no total do judiciário há uma taxa de 16,7% de acordos finalizados a partir de mediação e conciliação. Esse dado é referente ao número de sentenças terminativas de mérito e sentenças homologatórias.

Logo, a cada 100 processos, 16 são resolvidos em um acordo. Com o estímulo da conciliação, é possível ter um aumento de acordos, não só na esfera judicial, como também na esfera extrajudicial por meio das câmaras privadas de mediação e conciliação.

3.2 Projeto de lei 3813/2020

Em 15 de julho de 2020, foi protocolado na câmara dos deputados federais em Brasília-DF o projeto de lei 3813/2020 (2020), o qual trata sobre profundas alterações no processo civil ampliando o papel da mediação e conciliação como caráter obrigatório no processo de busca de solução de litígios. É possível perceber, pelo já citado projeto de lei, que seu texto original precisa passar por alterações, pois existem questões técnicas a serem corrigidas para evitar antinomia, lacunas etc. Feita essa constatação, visto o momento atual do PL, muito provavelmente haverá emendas até chegar ao seu texto final.

O Projeto de Lei tem o potencial de impactar profundamente não só o judiciário, mas a sociedade como um todo, principalmente sob a forma como será tratada a resolução de conflitos, caso o PL seja aprovado. A grande inovação do PL está no art. 7º, § 1º que diz:

"A não comprovação da realização ou da tentativa de realização da sessão extrajudicial de autocomposição configurará, nos termos dos dispositivos contidos no Código de Processo Civil, ausência de condição da ação na modalidade interesse de agir (art. 17), matéria a ser alegada em preliminar de contestação pelo réu (art. 337, inc. XI), cognoscível de ofício pelo Juiz (art. 337, §: 5º), **implicando extinção do processo sem resolução do mérito** (art. 485, inc. VI). (*grifo nossa*)

Esse comando normativo avança na amplitude da aplicação da mediação e conciliação que, em uma análise inicial, equipara-se ao instituto da arbitragem. Esse prevê que, tendo convenção arbitral, obrigatoriamente o caso será discutido pela arbitragem, para, daí sim, poder acionar o judiciário.

No entanto, observando em detalhes o PL, é possível constatar que a legislação vai além. Como dito anteriormente, na arbitragem é necessário ter previsão contratual para que se torne obrigatória a realização de tal procedimento. Portanto, o magistrado não irá analisar o caso se não for realizado o procedimento da arbitragem.

Ademais, em qualquer caso que verse sobre direito patrimonial disponível em matérias cíveis, do consumidor, empresarial e trabalhista, será obrigatório o procedimento de mediação e conciliação.

Nessa perspectiva, é possível perceber a força normativa que a mediação e conciliação ganha, visto que atualmente ela tem um caráter facultativo, sendo uma opção as partes utilizarem ou não desse instrumento.

Nesse novo cenário, ela deixa de ser uma faculdade para se tornar obrigatória, mudando o caminho pelo qual as partes e seus procuradores deverão percorrer para que possam acionar o judiciário.

Pela lógica do conceito multiportas, a mediação e a conciliação são alternativas de caminho a serem seguidos para resolução de conflitos. Com uma possível aprovação do PL, haveria uma alteração do papel da mediação e conciliação de caminho alternativo para obrigatório.

Pode-se observar que o legislador tem objetivos intrínsecos e extrínsecos. Aqueles permitem com o PL a fomentação da cultura da mediação e conciliação, do diálogo, da paz e que foge da litigiosidade. Esses garantem a possibilidade real de desafogar o judiciário. Desta forma, começa-se a conscientizar a população sobre as inúmeras formas possíveis de resolver demandas particulares.

Outra função do projeto é a criação de barreiras para o acesso ao judiciário, já que muito se diz sobre um possível conflito da lei com o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, o qual está encartado no art. 5, XXXV da Constituição Federal. Porém, como também é visto na arbitragem, não existe uma antinomia nesse caso, apenas cria-se uma etapa para ser vencida, para, daí sim, poder a parte acionar o judiciário.

Dados do CNJ, Justiça em números do conselho nacional de justiça (2020), mostram que existe uma tendência que vem aumentando de as partes chegarem a um acordo. Se existe essa tendência dentro do judiciário, fica evidente que esses números poderão refletir no âmbito de sessões particulares. Em outras palavras, cria-se a possibilidade de um aumento de novos acordos na esfera extrajudicial, gerando uma economia grande para o judiciário como um todo. Nesse mesmo sentido, existe um desdobramento que mostra que, além do judiciário, a população também sai ganhando.

O ganho para a sociedade é ter um judiciário célere, que tenha uma prestação jurisdicional efetiva, dentro da lógica inversamente proporcional do quantitativo *versus* qualitativo. Assim, diminuindo a quantidade, ganhasse qualidade.

3.3 Das particularidades do projeto de lei

Como mencionado no tópico anterior, conforme o Projeto de Lei 3813/2020 (2020) em trâmite na Câmara dos Deputados Federais, demandas que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis em matérias cíveis, do consumidor, empresariais e trabalhistas, deverão obrigatoriamente passar por uma sessão extrajudicial de autocomposição. O projeto de lei prevê o cumprimento desse requisito nas ações dos Juizados Especiais.

É colocado que a parte deverá notificar a realização da sessão com 15 dias de antecedência e tal notificação deverá constar todas as informações como data, horário, local e o objeto específico e detalhado a ser debatido. Ainda, o PL prevê que a notificação poderá ser feita por qualquer meio inidôneo, ou seja, abre-se a possibilidade e a facilidade dos atuais meios tecnológicos.

O local será, preferencialmente, no escritório do advogado da parte notificante, mas o notificado poderá recusar se houver justificativa. O PL ainda prevê a possibilidade de a sessão ocorrer pelo meio virtual, também com a obrigatoriedade de as partes estarem acompanhadas de advogado. Esses profissionais não terão impedimento para atuar nesse mesmo caso no âmbito judicial.

Ocorre que a lei coloca que sessões realizadas por câmaras privadas de mediação e conciliação também servem para cumprir esse requisito. Desse modo, os princípios mencionados no PL estão em perfeita sintonia com os princípios da mediação e conciliação.

O resultado da sessão extrajudicial de autocomposição será registrado por uma ata simples, contendo as informações necessárias. Importante frisar que poderão ser agendadas novas sessões caso não se chegue a um consenso na sessão realizada.

O PL ainda prevê situações que poderão ocorrer na tentativa de concretizar a sessão. Observa-se que o notificado poderá tentar usar desse instrumento com caráter protelatório. Dessa forma, caso o notificado não compareça à sessão, tal ausência será registrada em ata, autorizando o notificante a ingressar com a ação judicial por ter cumprido tal requisito.

Os dois pontos principais desse projeto de lei estão no art. 6º e 7º. O artigo 6º diz que chegando em um acordo, o documento que formaliza essa conciliação formará um título executivo extrajudicial. Com isso, percebe-se que a lei está em harmonia com a lei de mediação, como também com o Código de Processo Civil.

Tanto na lei de mediação, quanto no Código de Processo Civil - CPC, informa-se que o termo final da mediação forma um título executivo extrajudicial, segundo disciplina o CPC (2020):

CPC, Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;

XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

Já na lei da Mediação, lei 13.140/2015 (2020), assim é disposta a questão do acordo:

Art. 20. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

Percebe-se com isso que, no descumprimento, a parte poderá executar o acordo, fugindo do processo de conhecimento.

Já no artigo 7º, coloca-se que a ausência da sessão extrajudicial de autocomposição caracterizará ausência de condição da ação pela modalidade interesse de agir. Dessa forma, abre-se o campo normativo para o juiz extinguir o

processo sem resolução do mérito, podendo a parte ingressar novamente com a ação caso tenha cumprido esse requisito da sessão extrajudicial de autocomposição.

Assim, observa-se pela justificativa do PL, que as razões expostas estão em sintonia com o cenário apresentado e enfrentado pelo judiciário.

4. TEORIA INSTITUCIONAL E CULTURA ORGANIZACIONAL

4.1 Teoria institucional

Campbell (2004 p.1) apresenta que as instituições são a base da vida social, pois trata-se da maneira de regular conflitos e assegurar a estabilidade da sociedade. Sem a estabilidade das organizações, a vida fica árdua e caótica. Para Djelic (2010 p.33-34), as instituições podem ser definidas como:

- 1) As "regras do jogo", pois promovem a estabilidade por meio de regras formais e informais;
- 2) Necessita de estabilidade para existir, entendendo que não há instituição sem estabilidade;
- 3) São reflexo da ação humana.

Scott (2003) apresenta três formas de prover estabilidade para a vida social, ou seja, pilares do institucionalismo, de como se dá a formação de instituições. São os pilares: 1) regulativo; 2) normativo; e 3) cultural-cognitivo. Trata-se da chamada análise institucional, de como as instituições emergem.

QUADRO 1 – Pilares da análise institucional

	PILAR		
	Regulativo	Normativo	Cognitivo-cultural
Base de Obediência	Utilidade	Obrigações sociais	<i>Taken for grantedness</i> Entendimentos compartilhados
Base de Ordem	Regras regulativas	Expectativas normativas	<i>Schemas</i> constitutivos
Mecanismos	Coercitiva	Normativa	Mimética
Lógica	Instrumentalidade	Adequação	Ortodoxia
Indicadores	Regras Leis Sansões	Certificação Confiabilidade	Crenças comuns Lógica de ação Compartilhadas
Base de Legitimidade	Legalmente sancionada	Moralmente governada	Compreensível, reconhecível, culturalmente amparada.

FONTE: Scott (2001, p.52) *apud* Guarrido Filho e Costa (2012 p.25).

Para Campbell (2004), o foco da pesquisa institucional nos estudos organizacionais passa por três itens: 1) Problema da mudança institucional / dos padrões de mudança; 2) Mecanismos / processos que explicam a mudança; 3) Ideias / como afetam as mudanças.

Para Campbell (2004 p.5), os institucionalistas debatem a melhor maneira de ocorrer a mudança institucional. Djelic (2010 p.33-34) também aborda a mudança institucional, contextualizando que se dá de forma gradual (incremental). DiMaggio e Powell (1991) acrescentam a isso o processo de isomorfismo, em que as instituições

ficam parecidas, obtendo a mesma forma, partindo de pressões miméticas, normativas e coercitivas. Neste contexto de mudança, a legitimidade é crucial para as organizações na relação com o ambiente. Não se trata apenas de uma relação de troca entre as organizações, mas sim, de compartilhamento de similaridades (SCOTT, 2008 p.435). Tem grande importância neste contexto de mudança o pilar cultural-cognitivo.

4.2 Diferentes visões sobre o conceito de cultura

Em torno do conceito de cultura, surgiu todo o estudo da antropologia. Geertz (2008) contextualiza que há uma grande complexidade em reduzir o conceito sem limitá-lo. Nesta busca de entender essa complexidade, o autor, em sua obra *Espelho para o homem*, traz um conjunto de definições sobre cultura:

QUADRO 2 - Visões de cultura de Clifford Geertz

<p>(1) "o modo de vida global de um povo"; (2) "o legado social que o indivíduo adquire do seu grupo"; (3) "uma forma de pensar, sentir e acreditar"; (4) "uma abstração do comportamento"; (5) "uma teoria, elaborada pelo antropólogo, sobre a forma pela qual um grupo de pessoas se comporta realmente"; (6) "um celeiro de aprendizagem em comum"; (7) "um conjunto de orientações padronizadas para os problemas recorrentes"; (8) "comportamento aprendido"; (9) "um mecanismo para a regulamentação normativa do comportamento"; (10) "um conjunto de técnicas para se ajustar tanto ao ambiente externo como em relação aos outros homens"; (11) "um precipitado da história".</p>

Fonte: Geertz (2008 P.4).

Geertz (2008) apresenta concordância com a visão de Weber: "O homem é um animal amarrado a teias de significados que ele mesmo teceu". Sendo assim, ele assume que a cultura envolve TEAIS e SUAS ANÁLISES. Para Geertz (2008), o ato de PISCAR pode ser visto como um sinal da cultura, dado que essa partícula de comportamento é realizada:

- (1) deliberadamente;
- (2) para alguém;
- (3) para transmitir uma mensagem;
- (4) de acordo com o código socialmente estabelecido e
- (5) sem o consentimento dos demais. Como um sinal conspiratório.

A cultura é pública porque seu significado o é. Cultura consiste em estruturas de significado socialmente estabelecidas. Compreender a cultura de um povo expõe sua normalidade sem reduzir sua particularidade. Um povo se tornar compreensível não acaba com sua particularidade, pois quanto mais entendemos de uma população, mais a acharemos singular.

Quaisquer que sejam, ou onde quer que estejam os sistemas de símbolos, o acesso se dá inspecionando os

acontecimentos e não arrumando entidades abstratas em padrões unificados.

O antropólogo Denys Cuche defende que o conceito de cultura ganhou muito espaço nos Estados Unidos e reforça o pensamento de que cultura não se estuda de forma distante e que é um processo de contínua construção (CUCHE, 1999).

Cuche (1999) apresenta a "cultura e personalidade": uma linha de pensamento que tenta entender o motivo da existência das diferentes personalidades humanas, e que se dá pela existência de diferentes culturas. Cuche (1999) apresenta a contribuição de diferentes teóricos.

QUADRO 3 – Diferentes teóricos e seus pensamentos

Autor	Influência
Ruth Benedict	Discípula de Boas, estudou o que chamou de "tipos culturais". Ela alega que existem certos padrões/configurações culturais, ou seja, um esquema das atividades da vida.
Margaret Maed	Traz a transmissão cultural que entende que o indivíduo recebe sua cultura e como isso forma sua personalidade. Essa compreensão envolve a enculturação, termo usado pelos antropólogos ao ato de um indivíduo ser impregnado pela cultura que o cerca.
Linton e Kardiner	Apresentam a chamada "personalidade básica" que trata de aspectos básicos comuns a todos os membros de um mesmo grupo. Apesar disso, o indivíduo não é depositário passivo de sua cultura.

Fonte: Adaptado de Cuche (1999).

Para Laraia (1986), os antropólogos estão convencidos de que as diferenças genéticas não são determinantes das diferenças culturais. Há um conceito de determinismo geográfico que busca atribuir características culturais de acordo com questões de localidade. Laraia (1986) defende que os antropólogos Boas, Wissler e Kroeber, entre outros, refutam esse determinismo. E ainda ressaltam que é possível ter diversidade cultural em um mesmo ambiente físico. Neste contexto, Laraia (1986) apresenta algumas leituras sobre cultura.

QUADRO 4 – Cultura no estudo de Laraia

Autor(es)	Visões sobre cultura
Taylor	Em 1981, definiu cultura como sendo todo comportamento aprendido, tudo aquilo que dependa da transmissão genética, como diríamos hoje. Essa é uma visão leiga nos dias atuais, quando a transmissão é feita pela genética.
Kroeber	<ul style="list-style-type: none"> • Cultura determina o comportamento do homem; • O homem age de acordo com seus padrões culturais; • A cultura é um meio para a adaptação aos diferentes ambientes ecológicos; • O homem transformou toda terra em seu hábitat;

	<ul style="list-style-type: none"> • Adquirindo cultura, o homem passou a depender muito mais do aprendizado; • O processo da aprendizagem determina a capacidade artística ou profissional; • A cultura é um processo cumulativo; • Os gênios são indivíduos altamente inteligentes.
Sahlis, Harris, Carneiro, Rappaport e Vayda, apresentam divergências sobre a concepção de cultura, mas, concordam que:	<ul style="list-style-type: none"> • Culturas são sistemas que servem para adaptar as comunidades; • Mudança cultural é um processo de adaptação cultural equivalente à seleção natural; • A tecnologia, a economia de subsistência e os elementos da organização social diretamente ligadas à produção constituem o domínio adaptativo da cultura; • Os componentes ideológicos dos sistemas culturais podem ter consequências adaptativas no controle da população.
Ruth Benedict	Entende que a cultura é a lente que o homem usa para ver o mundo. Partindo desta lógica, pode-se compreender o comentário de Laraia que diz que pessoas de culturas diferentes riem de coisas diferentes. E neste ponto, a cultura interfere nas necessidades básicas, pois condiciona o indivíduo. Além disso, a participação do indivíduo em sua cultura é sempre limitada, nenhuma pessoa é capaz de participar de todos os elementos de sua cultura. Houve um tempo em que se admitia a existência de sistemas culturais lógicos e sistemas culturais pré-lógicos, contudo, tal linha de raciocínio não encontrou, por parte das pesquisas, qualquer confirmação empírica. A cultura é dinâmica e o tempo constitui um elemento importante da cultura.

Fonte: adaptado de Laraia (1986).

Para a cientista social Linda Smircich, também não há consenso sobre o significado de cultura e há diferentes conceitos de cultura na antropologia e diferentes conceitos de organização na teoria da organização. Smircich (1983) busca uma comparação entre as teorias culturais e os conceitos de organização, conforme Quadro 2.

QUADRO 5 - Teoria da cultura e teoria organizacional

CONCEITO DE "CULTURA" DA ANROPOLOGIA	TEMAS DE ORGANIZAÇÕES E PESQUISA ADMINISTRATIVA	CONCEITOS DE "ORGANIZAÇÃO" DA TEORIA DA ORGANIZAÇÃO
Cultura é um instrumento servindo às necessidades humanas.	Cultura e administração comparativa	Organizações são instrumentos de realização de tarefas.
Cultura funciona como mecanismo adaptativo e regulatório. Une indivíduos na estrutura social.	Cultura corporativa	Organizações são organismos adaptativos existindo por meio de trocas com o ambiente.

Cultura é um sistema de cognição compartilhada, por meio do significado das regras.	Cognição organizacional	Organizações são compostas de significados subjetivos.
Cultura é um sistema de troca de símbolos e significados.	Simbolismo organizacional	Organizações são padrões simbólicos de discurso.
Cultura é uma projeção da mente universal.	Processo inconsciente e organizações	Formas organizacionais e práticas são manifestações de processos inconscientes.

Fonte: Smircich (1983).

Neste quadro comparativo, Smircich (1983) traz que a cultura e a administração comparativa são baseadas nas variações de gestão e práticas de gestão que transpassam países. Nesta visão, cultura é vista como pano de fundo. Na cultura corporativa entende-se que a organização também é geradora do fenômeno cultura. Isso porque, além de gerar produtos e serviços, as organizações também geram artefatos, rituais, lendas e cerimônias. Assim, a cultura corporativa gera sua própria cultura associando conceitos e processos a sua existência. Estabelecendo a continuidade, o significado e o sentido da realidade, compõem-se uma ordem ou contexto em que se age e existe. A cultura é formada pela mente humana. Na perspectiva simbólica, tanto sociedade quanto cultura são sistemas de compartilhamento de símbolos e significados. Por fim, a cultura também pode ser tratada como um processo inconsciente, e é nessa lógica que Levi-Strauss apresenta a antropologia estruturalista. Nesse sentido, formas organizacionais e práticas são entendidas como projeções inconscientes.

5. REFLEXÕES SOBRE A MUDANÇA DE CULTURA E IMPACTO INSTITUCIONAL DA INOVAÇÃO LEGISLATIVA

O judiciário, como apresentado neste artigo, enfrenta inúmeros desafios. Existe um trabalho constante de aprimoramento para dar efetividade aos princípios constitucionais, como celeridade, duração razoável do processo etc. O investimento tem sido realizado em novas tecnologias, no desenvolvimento profissional dos servidores, na expansão da estrutura física, entre outros. Todavia, há uma forte questão cultural que vai contra todo esse gigantesco esforço que os tribunais têm feito.

A questão cultural exerce uma enorme influência nos números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Tais dados refletem uma sociedade que tem forte litigiosidade expressada pela judicialização da resolução das demandas, das mais simples às mais complexas.

Com o breve contexto histórico, é possível notar que o Brasil tem seguido a tendência internacional, observando a boa prática e a experiência de outros países. Desde o ano de 2006, foram tomadas inúmeras medidas que visam construir uma nova forma de solucionar os conflitos existentes. Começa-se a ouvir, cada vez mais frequentemente, termos como multiportas, autocomposição, conciliação. Passou-se pela formação da resolução 125/2010 do CNJ e da lei 13140/2015 da mediação e

conciliação e, atualmente, há em trâmite o PL 3813/2020 que visa colocar a mediação e conciliação como caminho obrigatório na resolução de conflitos.

Será que estamos à beira de uma grande mudança cultural e de paradigma? Será que estamos prestes a formar uma nova institucionalização da mediação e conciliação? Considerando o conceito de cultura, e sua complexidade, entendendo que ela é socialmente construída, que sua mudança não funciona em curto prazo, talvez esse PL seja parte importante na mudança cultural da forte litigiosidade brasileira. Ao mesmo tempo, esse PL, caso aprovado, pode ser o instrumento da consolidação da institucionalização da mediação e conciliação no Brasil. Isso porque uma das maneiras de se formar uma instituição é pelo mecanismo coercitivo do pilar regulativo, e que poderá alterar drasticamente o modelo atual do caminho de soluções de litígio no país.

Por fim, entendemos que vivemos um momento histórico, de uma possível maturidade jurídica brasileira, com um ganho para a sociedade a partir de um novo mecanismo para redução de ações no judiciário brasileiro. Tal projeto será parte integrante de uma mudança cultural e se institucionalizará como base da justiça no Brasil. Portanto, a mediação e conciliação parece ser o novo paradigma.

6. REFERÊNCIAS

1. BANDEIRA, Regina. Investimentos tecnológico aprimora atividades do judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/investimento-tecnologico-aprimora-atividades-do-judiciario/>, acessado em: 07 de agosto de 2020.
2. CAMPBELL, J. L. Institutional change and globalization. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 1-30.
3. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm, acessado em: 07 de agosto de 2020.
4. CONDE, Felipe Luiz. A crescente judicialização e aumento da influência do judiciário no sistema de saúde. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-18/judicializacao-influencia-judiciario-sistema-saude>, acessado em: 07 de agosto de 2020.
5. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Movimento pela conciliação. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/movimento-pela-conciliacao/>, acessado em: 07 de agosto de 2020a.
6. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Qual a diferença entre conciliação e mediação?. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/qual-a-diferenca-entre-conciliacao-e-mediacao/>, acessado em: 07 de agosto de 2020b.
7. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números do conselho nacional de justiça. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf, acessado em: 07 de agosto de 2020c.
8. CUCHE, Denys. A noção de cultura nas ciências sociais. Bauru, Edusc, 1999.
9. DJELIC, M. L. Institutional perspectives: working towards coherence or irreconcilable diversity. In: MORGAN, G. et al. The Oxford Handbook of Comparative Institutional Analysis. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 15-40.
10. GEERTZ, Cliford J. A interpretação das culturas. Rio de Janeiro, LTC, 2008.
11. GUARIDO FILHO; E. R.; COSTA, M. C. Contabilidade e institucionalismo organizacional: fundamentos e implicações para a pesquisa. Revista de Contabilidade e Controladoria, v. 4, n. 1, p. 20-41, 2012.
12. GREENWOOD, R.; OLIVER, C.; SAHLIN, K.; SUDDABY, R. (Eds.). The sage handbook of organizational institutionalism. Los Angeles: Sage, 2008.
13. LARAIA, Roque de Barros. Cultura: um conceito antropológico. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.
14. LEI 13140/2015. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm, acessado em: 07 de agosto de 2020.
15. LONGO, Samantha mendes; WALDS, Arnaldo de Paula. A mediação nos EUA e no Brasil. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/302296/a-mediacao-nos-eua-e-no-brasil>, acessado em: 07 de agosto de 2020.
16. PROJETO DE LEI 3813/2020. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegracao?jsessionid=24D86B95C07D35DD44DAFC0143DA3CAD.proposicoesWebExterno1?codteor=1913579&filename=Tramitacao-PL+3813/2020, acessado em: 07 de agosto de 2020.
17. RODOVALHO, Thiago. Canadá é um bom exemplo do uso da mediação obrigatório. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-24/thiago-rodovalho-canada-bom-exemplo-mediacao-obrigatoria>, acessado em: 07 de agosto de 2020.
18. SCOTT, W. R. Unpacking institutional arguments. In: POWELL, W. W.; DIMAGGIO, P. J. (Eds.). The new institutionalism in organizational analysis. Chicago: The University of Chicago Press, 1991. p. 164-182.
19. SCOTT, W. R. Institutional carriers: reviewing modes of transporting ideas over time and space and considering their consequences. Industrial and Corporate Change, v. 12, n. 4, p. 879-894, 2003.
20. SCOTT, W. R. Approaching adulthood: the maturing of institutional theory. Theory and Society, v. 37, n. 4, p. 427-442, 2008.
21. SILVA, Reinaldo marques da. As vantagens da mediação nos conflitos empresariais. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/as-vantagens-da-mediacao-nos-conflitos-empresariais/>, acessado em: 07 de agosto de 2020.
22. SMIRCICH, Linda. Conceitos de cultura e análise organizacional. Administrative Science Quarterly, 28, pg. 339-358, 1983.
23. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. Tim reconquista cliente após exitosa conciliação no TJDF. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2014/maio/tim-reconquista-cliente-apos-exitosa-conciliacao-no-tjdft>, acessado em: 07 de agosto de 2020.
24. VIANNA, Rodrigo. Mudança de cultura da judicialização para conciliação é inevitável, afirma especialista em mediação. – entrevista com Rodrigo Vianna. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/253043/mudanca-de-cultura-da-judicializacao-para-conciliacao-e-inevitavel-afirma-especialista-em-mediacao>, acessado em: 07 de agosto de 2020.
25. ZUCKER, L. G. Institutional theories of organization. Annual Review of Sociology, v. 13, 1987, p. 443-464.

EFETIVIDADE DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO JUNTO AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

EFFECTIVENESS OF CONCILIATION AND MEDIATION WITH THE COURT OF JUSTICE OF THE STATE OF PARANÁ

Beatriz Scherpinski Fernandes¹, Cristina Maiko Oishi do Amaral Campos Okuma², Gabriel Cavalcante Cortez³, Pâmela Paulino Gonçalves⁴

O presente artigo científico tem como objetivo analisar a implantação e a efetividade dos métodos alternativos de solução de conflitos – conciliação e mediação – na extensão jurisdicional do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Utiliza-se o método hipotético-dedutivo e o referencial teórico compreendido por legislação e doutrina. Para tanto, conceitua-se os métodos alternativos de solução de conflitos e as espécies mais afeiçoadas à legislação processual civil vigente, mediação e conciliação. Registram-se mecanismos de inovação por parte do TJPR, a saber o Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania na modalidade virtual, na 2ª Instância Judiciária e na Recuperação Empresarial, voltando-se ao público de pequenos e médios empresários. Tecem-se considerações sobre o Programa Justiça no Bairro, ferramenta de solução de conflitos de menor complexidade em funcionamento desde 2003. Ao final, conclui-se que o TJPR contempla de maneira material e processual imposições e recomendações previstas na legislação e em compilados normativos do Conselho Nacional de Justiça para facilitar o acesso à justiça e o trâmite processual, com o incentivo à celebração de acordos pelas partes processuais.

Palavras-chaves: Autocomposição. Conciliação. Mediação.

This scientific article aims to analyze the implementation and effectiveness of alternative methods of conflict resolution - conciliation and mediation - in the jurisdictional extension of the Paraná State Court of Justice (TJPR). The hypothetical-deductive method and the theoretical framework comprised by legislation and doctrine are used. To this end, alternative methods of conflict resolution and the species most affected by the current civil procedural legislation, mediation and conciliation are conceptualized. TJPR innovation mechanisms are registered, namely the Judicial Center for Conflict and Citizenship Solutions in virtual mode, in the 2nd Judiciary Instance and in Business Recovery, targeting the public of small and medium entrepreneurs. Considerations are made about the Justice in the Neighborhood Program, a less complex conflict resolution tool that has been in operation since 2003. In the end, it is concluded that the TJPR contemplates in a material and procedural way the impositions and recommendations provided for in the legislation and in normative compilations of the National Council of Justice to facilitate access to justice and procedural procedures, with the encouragement of the conclusion of agreements by the procedural parties.

Keywords: Self-composition. Conciliation. Mediation.

¹ Acadêmica do 5º ano do curso de Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Estagiária junto à Defensoria Pública do Estado do Paraná (DPE/PR). E-mail: beatriz.s.fernandes@uel.br.

² Advogada. Bacharela em Direito pela Faculdade Pitágoras. Pós-graduanda no curso de pós-graduação "lato sensu" a nível de especialização em Direito Previdenciário, vinculado à UEL. E-mail: cristina.maiko@gmail.com.

³ Acadêmico do 5º ano do curso de Direito pela UEL. Estagiário junto ao Gabinete do Juízo da 2ª Vara Cível, da Fazenda Pública e de Competência Delegada do Foro Regional da Comarca de Cambé/PR, vinculado ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). E-mail: gabrielcortez442@gmail.com.

⁴ Acadêmica do 5º ano do curso de Direito pela UEL. Membro titular do Conselho de Promoção da Igualdade Racial da Prefeitura de Londrina. E-mail: pamgoncalves18@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Os métodos alternativos de solução de conflitos são cada vez mais utilizados pela legislação pátria, sendo a conciliação e a mediação os mais expressivos, e que gradualmente vêm sendo aplicados no âmbito do Poder Judiciário.

Resolver um conflito através da conciliação e da mediação antes mesmo do ajuizamento de uma ação, ou ainda durante o seu processamento é direito das partes e concretiza o princípio do acesso à justiça, além de proporcionar celeridade na resolução.

Será demonstrado no presente trabalho que encontrar a solução dos conflitos através do diálogo, traz benefícios não somente aos envolvidos (que receberão uma resposta mais célere), mas também ao Poder Judiciário, com a consequente redução no número de processos, recursos e execuções de sentenças.

Com a promulgação da Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015) e as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), se abriu um novo campo à ser explorado, o da resolução de conflitos através dos meios consensuais, buscando reduzir os efeitos da crise sofrida pelo judiciário atualmente com um crescente número de demandas e a excessiva morosidade no julgamento das lides, gerando um grande acúmulo de processos no Poder Judiciário.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, os esforços em prol da aplicação de meios alternativos de resolução de conflitos têm se mostrado bastante positivos, inclusive com a implementação de mecanismos diferenciados como os Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), que atuam até mesmo de maneira virtual, em 2ª instância, e em matéria empresarial, além do projeto Justiça no bairro.

Em síntese, busca-se analisar os institutos da conciliação e da mediação como uma alternativa bastante eficaz de garantir o acesso pleno à justiça aliada à celeridade.

2. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os métodos alternativos de solução de conflitos, também chamados de meios adequados de solução de conflitos, através do princípio da celeridade processual, tem como principal objetivo a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, haja vista que as ações judiciais são demasiadamente longas, desgastantes e nem sempre satisfatórias.

Para Tartuce (2016, p. 4), "conflito expressa a crise vivenciada em sentido amplo". Crises podem depender ou não da tutela jurisdicional para serem

resolvidas. Para aquelas abarcadas pela proteção jurídica, as soluções, em muitos casos, podem ser encontradas através de métodos alternativos antes, ou mesmo durante o prosseguimento da lide.

A nova ordem processual reflete uma tendência favorável aos métodos alternativos de solução de conflitos, como por exemplo a Resolução de nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicada em 2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Em 2015, a Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil – CPC) deu ênfase ao instituto da autocomposição e estabeleceu a audiência de conciliação e mediação como procedimento prévio, conforme se extrai nos artigos 3º, § 3º; 139, V; e 165, "caput".

No mesmo ano, foi publicada a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) que trata sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

O interesse do legislador pela temática, pode ser compreendida como uma busca pela desjudicialização e consequente diminuição do volume de trabalho no já sobrecarregado Poder Judiciário.

A autocomposição proporciona celeridade não somente para as partes envolvidas no conflito solucionado através dos métodos adequados, mas também, em sentido amplo, àqueles que não conseguem resolver suas crises sem a provocação do Poder Judiciário, que como consequência da conciliação e mediação, tem uma diminuição em suas demandas.

2.1. Conciliação

O artigo 359 do CPC, dispõe sobre a audiência de instrução e julgamento – em sede de instrução probatória pós saneamento processual – prevê que: "instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem".

Isto é, nas demandas que admitam autocomposição, é dever do magistrado promover, inculir junto às partes os benefícios advindos da conciliação e da mediação, métodos estes que podem ser chamados a qualquer momento durante o tramitar processual.

Com tais ponderações acerca da conciliação, insta salientar os dizeres do artigo 165, § 2º, do CPC, "o conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem".

Conciliação corresponde, portanto, a uma negociação com a participação de um terceiro imparcial, que contribui para fomentar o diálogo, e tem como objetivo o alcance de uma solução, um acordo. Neste método alternativo de solução de conflitos, não há vínculo anterior entre as partes, apenas a relação jurídica que desemboca na formação da demanda.

Para Almeida (2009, p. 90):

Coerente com a proposta de obter acordos entre as partes, a conciliação privilegia a pauta objetiva – a matéria, a substância – que o conflito entre elas produziu. As questões que tenham tutela jurídica e as propostas materiais são foco de especial atenção na conciliação, contexto que estimula os envolvidos a terem, também, nestes temas o objeto de sua atenção, ao aderirem ao instrumento.

Assim, há uma tendência de análise objetiva dos fatos já ocorridos e já abordados na lide.

Na conciliação está presente, ainda, a sugestão do conciliador, para que possa promover a justaposição dos interesses das partes em discussão, as quais podem não evidenciar outras hipóteses para solucionar o litígio, tendo em vista o afã dos fatos ainda presente. Expressa Almeida (2009, p. 88) que:

Há condutas que são esperadas e desejadas na prática de um conciliador e que, para um mediador, têm veto ético. A partir do que está sendo negociado, espera-se que o conciliador ofereça sugestões e propostas de acordo, assim como marcos legais. O acordo construído mediante conciliação tem, portanto, a co-autoria do conciliador e das partes.

Observa-se que a principal característica desse método alternativo de solução de conflitos é a presença do conciliador, direta e objetiva. Pode esse terceiro parcial contribuir na negociação com informações técnicas a respeito do caso concreto, com conhecimento legal sobre a temática e ainda através de sugestões de acordo.

2.2. Mediação

A Lei de Mediação dispõe, em seu artigo 1º, parágrafo único, sobre esse método como "atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia".

Ainda, são abordados na lei supracitada os princípios da imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé, que devem reger a mediação, ante à previsão principiológica prevista no artigo 2º, I a VIII, da Lei nº 13.140/2015, bem como no artigo 166 do CPC.

Apesar de também ter como finalidade a solução do conflito, o procedimento da mediação é diferente da conciliação, conforme estabelece o artigo 165, § 3º, do CPC a mediação far-se-á nos casos em que existir vínculo pré-existente entre os sujeitos processuais.

Enquanto na modalidade anterior o objetivo final é o acordo, na mediação o interesse é de desconstrução dos conflitos. Neste condão, informa Almeida (2009, pp. 88-89).

A Mediação foi pensada de modo a devolver às partes o protagonismo sobre suas vidas no que concerne à solução de suas contendas. Distancia-se do modelo paternalista que fomenta a ideia de que um terceiro, com maior conhecimento ou poder, encarregar-se-á de solucionar desavenças entre aqueles que não conseguirem fazê-lo por conta própria e procura restaurar a capacidade de autoria.

Na mediação, é notável uma maior autonomia dos envolvidos no conflito, além de uma análise mais subjetiva de todo o contexto, pois a formação de relação jurídica anterior entre as partes permite a ampliação de caminhos para pôr fim ao problema instaurado.

Para tanto, é imprescindível o uso ilimitado da comunicação entre os sujeitos processuais presentes na audiência de mediação, a fim de que possa caminhar para a finalização equânime do conflito para os participantes.

A respeito do papel do mediador, informam Veras e Alvim (2012, p. 171) que:

Na mediação, o mediador não deve apresentar soluções ou alternativas para solucionar o conflito ou encerrar a demanda. A proposta é a de uma mudança de paradigma no contexto da resolução de conflitos, buscando atender as demandas de todos os envolvidos na desavença. Quando a mediação é exitosa, acredita-se que ela satisfaz a todos, e é fruto de uma construção comum.

Ainda que de maneiras distintas, não somente a mediação, mas também a conciliação, proporcionam resultados benéficos para as partes e afastam o Poder Judiciário de conflitos que não exigem sua atuação.

Dessa forma, é papel do operador do Direito estimular a prática de métodos alternativos de solução de conflitos, conjugando a formação humanística com a atividade pacificadora dos meios processuais em discussão, dando ensejo à aplicação da chamada justiça multiportas.

Diga-se que o sistema de justiça multiportas relaciona-se com as diferentes maneiras de resolução de conflitos, a depender da matéria abarcada. "A ideia proposta parte do pressuposto de que há vantagens e desvantagens em cada caso específico ao usar um ou outro processo de resolução de disputas, sendo que a existência de várias possibilidades para decisão do

caso concreto se mostra mais razoável e ideal” (RAMIDOFF; BORGES, 2020, pp. 6-7).

Noutro vértice, conciliação e mediação representam os métodos de solução de conflitos em que as partes agem ativamente, aliadas pela figura do conciliador ou mediador, quando envolver ou não vínculo anterior. São espécies mais conhecidas da justiça multiportas, que também contemplam a negociação, a arbitragem etc.

Busca-se, então, em fornecer aos jurisdicionados diferentes técnicas de solução dos conflitos sem limitar à demanda com o ingresso da respectiva ação à vara judicial. Através de métodos ativos, as partes em litígio são conduzidas a explorar as vantagens do consenso, quando possível, de maneira a melhor atender a realidade por elas vivenciada.

3. EFETIVIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

Como já mencionado nos capítulos anteriores, os institutos da mediação e da conciliação buscam a solução de conflitos, e a prevenção de litígios de maneira consensual e pacífica, e com suas aplicações tem-se buscado reduzir os números de processos, recursos e execuções de sentenças. A autocomposição é o método que proporciona maior aproximação da atividade satisfativa com a relação jurídica vivenciada pelas partes.

Neste sentido, em agosto de 2006 o CNJ implantou o Movimento pela Conciliação, que teve por objetivo promover a busca pela solução de conflitos através de acordos. Tal movimento lançou a Semana Nacional de Conciliação, abrangendo anualmente todos os tribunais do país.

Em adendo à Resolução nº 125/2010, o CNJ publicou a Recomendação nº 50/2014, onde orienta sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário durante o período de 2015 a 2020, tendo como meta uma justiça mais acessível, a desjudicialização e o descongestionamento do Poder Judiciário.

Ainda na busca de tornar a utilização dos institutos de conciliação e mediação mais acessíveis, à população o CNJ possibilitou que conciliações e mediações sejam realizadas em Serviços Notariais e de Registro, através do Provimento nº 67/2018, sem prejuízo do disposto na Lei nº 13.140/2015.

No mesmo ano o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná publicou a Instrução Normativa Conjunta nº 01/2018- NUPEMEC/CORREGEDORIA, que orienta sobre os procedimentos de conciliação e mediação nos serviços notariais e de registros no Foro Extrajudicial do Paraná, evidenciando, desta maneira, a preocupação do TJPR em inserir dentro de seu âmbito jurisdicional a ampliação dos métodos alternativos de solução de conflitos.

Recentemente foi publicada a Portaria nº 3.742/2020 – NUPEMEC, a qual permite a utilização de plataforma de comunicação virtual para a prática de audiências judiciais durante o período de suspensão das atividades presenciais em decorrência da pandemia do coronavírus (COVID-19 ou Sars-Cov-2).

4. MECANISMOS DIFERENCIADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

No seio jurisdicional do Tribunal de Justiça Paranaense, existem importantes mecanismos adotados para ensejarem a resolução de conflitos nas mais diversas áreas, incluindo, ainda, direitos disponíveis e indisponíveis, nas peculiaridades que lhes caracterizam.

De início, traz-se ao lume a figura dos Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania, previstos na Resolução nº 125/2010 do CNJ, oportunidade em que grande parte das comarcas paranaenses contam com o auxílio desta ferramenta, a qual busca fomentar o exercício de cidadania das partes para transigir de maneira favorável, sem a interferência do Estado juiz.

Lado outro, importante tecer algumas considerações a respeito do CEJUSC Virtual, do CEJUSC em 2º Grau de Jurisdição, do CEJUSC Empresarial e do Programa Justiça no Bairro, um dos mutirões itinerantes de notável efetividade em demandas menos complexas.

4.1. Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania

O Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) é uma ala especializada do Judiciário voltada para o atendimento ao público, que objetiva a solução consensual de conflitos. Além disso, é encarregada de atender aos cidadãos e orientar estes a realizarem acordos quando as demandas tratarem de direitos disponíveis. O CEJUSC, na execução de sua função institucional, apresenta inúmeros benefícios aos que carecem da tutela jurisdicional, dentre os quais se ressaltam a celeridade e a economia processual, a autonomia de vontade das partes, a eficácia e eficiência sobre a resolução dos conflitos.

Os CEJUSCs são divididos em 03 (Três) setores, sendo eles: o pré-processual, processual e de cidadania. O pré-processual é encarregado da realização das audiências, e tem o objetivo de alcançar a conciliação ou a mediação das ações ainda não ajuizadas, em que as partes comparecem espontaneamente. Destaque-se que a responsabilidade por encaminhar a carta-convite a outra parte é do interessado.

No CEJUSC pré-processual, não se faz necessário o acompanhamento de advogado, ante à inexistência de lide propriamente dita.

Já o setor processual realiza a audiência designada pela vara judicial, após as decisões iniciais e a expedição de citação – artigo 334 do CPC –, como quando a parte credora possui interesse na realização da referida audiência, tendo em vista a preponderância de seu interesse no bojo processual, conforme artigo 797 do Código de Processo Civil.

Todavia, cabe ao magistrado, seja a pedido da parte devedora, seja de ofício – com a prévia intimação das partes a respeito, em atenção ao artigo 10 do CPC – promover, sempre que possível, a autocomposição das partes, considerando o disposto no artigo 139, V, da Lei Adjetiva Civil.

Por fim, o setor da cidadania é o responsável por receber, ouvir e entender as necessidades dos cidadãos, e assim, indicar qual setor mais adequado para a solução de seu problema.

O TJPR tem estimulado a resolução de conflitos por meio da mediação e da conciliação, com o intuito de ano a ano aumentar a aplicação destes institutos. De acordo com informações apresentadas pelo Núcleo de Inteligência da 2ª Vice-Presidência do TJPR, em 2019, nos Juizados Especiais, Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) e Turmas Recursais, mais de 77 mil casos foram acordados, número consideravelmente maior que no ano de 2018.

Neste passo, informa o Tribunal de Justiça Paranaense (2020, "on-line"):

Segundo o levantamento, o índice de consenso é maior nas demandas pré-processuais, ou seja, nos casos atendidos antes do ajuizamento de uma ação: em 2019, mais de 70% destas demandas foram solucionadas com acordo.

Nos atendimentos processuais realizados pelos Juizados Especiais, foram proferidas mais de 58.700 sentenças homologatórias de acordo. Já nas Turmas Recursais, no último ano, o número de acordos realizados aumentou 115%.

Com base nos dados colhidos pelo TJPR, o nível de consenso é maior nas demandas pré-processuais, isto é, nos casos acatados antes do ajuizamento da ação.

No mesmo ano, foram realizados acordos em mais de 70% (setenta por cento) dessas demandas. Já nos atendimentos processuais perante os Juizados Especiais, os números de sentenças homologatórias de acordos chegaram em 58.745, dados esses extraídos do Departamento de Planejamento do TJPR para o cálculo da Meta nº 03 do Conselho Nacional de Justiça.

Não existem dúvidas de que a consolidação dos CEJUSCs colaborou para este resultado positivo nos métodos autocompositivos. O Poder Judiciário do Paraná conta com 133 (cento e trinta e três) Centros em

pleno funcionamento, 2 (dois) em processos de instalações e 4 (quatro) em procedimentos de reestruturações.

Segundo o relatório oriundo da 2ª Vice Presidência do TJPR (2020, "on-line"), em 2019 foram realizadas 60.190 (sessenta mil e cento e noventa) audiências junto aos CEJUSCs, sendo elas subdividas em 56.977 (cinquenta e seis mil e novecentos e setenta e sete) processuais e 3.213 (três mil e duzentos e treze) pré-processuais.

O gráfico abaixo demonstra a importância dos CEJUSCs para a desjudicialização e economia processual. É possível também identificar na ilustração o aumento dos números de audiências realizadas pelos centros, além dos acordos homologados no ano de 2019.



Figura 1. Audiências e conciliações realizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no ano de 2019.

Fonte: PARANÁ, 2020a.

Também foi realizado um estudo comparativo pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná entre os anos de 2018 e 2019, em que se tem cristalino o aumento dos números de audiências realizadas pelas CEJUSCs, significativo percentual de acordos homologados e crescimento nas audiências de conciliação.

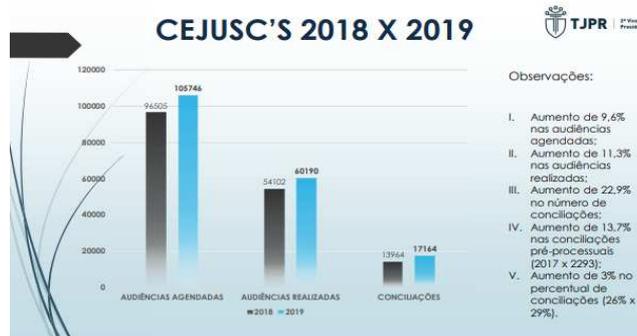


Figura 2. CEJUSCs 2018 x 2019.

Fonte: PARANÁ, 2020a.

Observações:

- I. Aumento de 9,4% nas audiências agendadas;
- II. Aumento de 11,3% nas audiências realizadas;
- III. Aumento de 22,9% no número de conciliações;
- IV. Aumento de 13,7% nas conciliações pré-processuais (2017 x 2293);
- V. Aumento de 3% no percentual de conciliações (26% x 29%).

Neste diapasão, Igor Citeli Fajardo Castro (2016, p. 347) afirma para que os Centros Judiciários de Solução de Conflitos sejam "utilizados à exaustão por todos que pleiteiam perante o Poder Judiciário uma resposta para o direito afirmado e contra afirmado", e que a Justiça Especializada desfrute, inclusive, os

Juizados Especiais Cíveis, os quais também já somam evidentes quantidades de processos.

Em outras palavras, o autor supra enfatiza que os cidadãos devem ter em mente que a conciliação e a mediação não se restringem apenas à obrigatoriedade imposta pelo processo judicial na fase inaugural. Valendo-se da previsão processual e sendo permitida a ampliação inclusive para o momento pré-processual, o emprego dos métodos aludidos deve ser feito ativamente.

É evidente a importância do CEJUSC para sociedade, uma vez que foi instituído com o objetivo de uma pacificação social, com métodos que até recentemente eram considerados alternativos ao processo judicial, e que hoje são espécies integrantes do sistema multiportas. Neste, a atividade jurisdicional exercida pelo juiz, terceiro interessado que impõe a decisão do conflito, não é mais a única capaz de colocar fim ao litígio, pois para cada tipo de litígio existe uma forma de solução que melhor se adequa ao caso concreto.

Doravante, deixando de ser o Judiciário um lugar de julgamento para ser um local em que as disputas serão resolvidas satisfatoriamente, em tempo reduzido, e com menores possibilidades de não cumprimento do que foi acordado, os litigantes sentirão mais segurança em utilizar estes métodos alternativos, pois em muitos casos a decisão judicial colocava fim ao processo, mas não acabava com o conflito em si. Se existe um acordo onde ambos os atores do processo se sintam satisfeitos, o litígio chega ao fim.

4.2. Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania Virtual

O artigo 334, § 7º, do CPC informa que “a audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da Lei”. Na mesma direção está o artigo 46 da Lei de Mediação, em que “a mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo”.

Neste sentido, visando dar acompanhamento às novas realidades virtuais, fomentando atuação jurisdicional de maneira mais efetiva, célere e econômica, em 14 de julho de 2020 houve o lançamento do CEJUSC Virtual pelo TJPR, com o intuito de atender cidadãos que queiram buscar a solução de seu conflito de forma consensual nas áreas cível ou empresarial (PARANÁ, 2020d, “*on-line*”).

Inicialmente tal proposta veio acalentar as audiências de conciliação inaugurais até então suspensas devido à pandemia da COVID-19, conforme artigos 1º, § 1º; e 6º, ambos do Decreto Judiciário nº 172/2020 do TJPR. Todavia, houve a edição dos Decretos Judiciários nº 400 e 401, que tratam sobre a realização gradativa das audiências presenciais e semipresenciais

a partir de 16 de setembro de 2019, sendo respeitado o protocolo sanitário, a vontade das partes e a necessidade e urgência do ato processual.

O acesso à justiça vem acompanhando com passos largos as inovações tecnológicas, e as adaptando conforme as necessidades de novos meios de celebração de avenças judiciais. Acerca disto, apresentam Souza Netto, Fogaça e Garcel (2020, pp. 7-8):

Diante da pandemia do coronavírus, a ampliação da realização eletrônica da audiência preliminar torna-se imprescindível à manutenção do efetivo acesso à ordem jurídica, já que as partes que possuem acesso aos meios digitais, conhecendo minimamente as ferramentas necessárias e possuindo interesse mútuo, deverão ter à sua disposição a possibilidade de realização eletrônica da audiência inaugural. [...].

Para garantir o acesso contínuo à justiça em meio ao isolamento social, se faz necessária a introdução dos modelos de tribunais remotos, audiências realizadas por meio do telefone, vídeo, por meio do Skype, Zoom e WhatsApp, por exemplo, e em papel, por intermédio da submissão de artigos, dentre outras diversas técnicas que podem ser desenvolvidas.

O objetivo principal do CEJUSC Virtual é promover o acesso à justiça, evitar a judicialização de causas de menor complexidade e aumentar a produtividade dos servidores, sem qualquer contato presencial com os envolvidos.

Tanto a conciliação quanto a mediação são considerados institutos jurídicos processuais informais e flexíveis, que possibilitam o emprego de meios alternativos ao procedimento e à necessidade das partes.

Em contrapartida, colaciona-se a crítica de Pablo Cortés (*apud* SOUZA NETTO; FOGAÇA; GARCEL, 2020, p. 6), em que o distanciamento físico entre as partes “dificulta a identificação das formas não-verbais de comunicação, como as expressões faciais e a linguagem do corpo para atenuar estas desvantagens, como a videoconferência”. Em respeito ao pensamento apresentado, tem-se que melhoramentos virtuais serão adquiridos com a prática forense, de modo que, no momento atual, quer pela pandemia da COVID-19, quer pela implementação de novos meios tecnológicos, a utilização de videoconferência confere praticidade e agilidade ao processo. Sistemas, instrumentos e conexão via “Internet” paulatinamente serão melhorados, minimizando interferências e obstáculos ao acesso à justiça virtual.

A possibilidade das audiências em ambientes virtuais junto aos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (e analogicamente aos Juizados Especiais da Fazenda Pública, quando for transigível, disponível o direito discutido) está prevista na Lei nº 13.994/2020, a qual

insere o § 2º no artigo 22 e altera a redação do artigo 23, ambos da Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), em que poderão realizar suas audiências de conciliação em ambientes virtuais, através das tecnologias de transmissão de imagem e som.

Desta forma, ressalta-se o teor dos artigos 22 e 23 da Lei nº 9.099/1995, que disciplina a designação de audiência de conciliação presencial e não presencial, por analogia às formas virtuais ou semipresenciais.

Torna-se patente, portanto, a necessidade da utilização de aplicativos de troca de mensagens eletrônicas na realização de audiências virtuais de conciliação e mediação, as quais vem sendo instituída em diversos Tribunais pelo país por conta da crise sanitária gerada pela COVID-19.

Neste segmento, deveras salutar a iniciativa pioneira do TJPR ao determinar a utilização do aplicativo "WhatsApp" como método válido de intimação em todos os Juizados Especiais, previsto pela Instrução Normativa Conjunta nº 01/2017 – CCJ e 2VP, garantindo, assim, a facilitação do acesso à justiça e a aproximação do Judiciário com os novos mecanismos tecnológicos de transmissão de informações, com a consequente celeridade, economia e simplicidade dos atos processuais.

4.3. Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania em 2º Grau de Jurisdição

Sem embargo, outra importante inovação existente no TJPR é o CEJUSC atuante na segunda instância judiciária, seja no plano das Câmaras Cíveis e Criminais, seja junto às Turmas Recursais, ou auxiliando outras Comarcas onde ainda não há CEJUSCs instalados.

Em atuação desde dezembro de 2008, são submetidas causas de maior recorrência e possibilidade de acordo antes mesmo do julgamento dos recursos protocolados, tais como ações envolvendo a regularização de loteamentos entre particulares, demandas consumeristas, revisionais de negócios jurídicos bancários, atrasos de voos etc.

Sob este prisma,

Desde julho de 2009 o Centro de Conciliação e Cidadania do 2º grau já realizou 39 mutirões, com 5382 audiências realizadas e 2913 processos extintos por acordo, num percentual de aproveitamento de 54,12%.

Esse índice de acordo poderá aumentar, pois o Centro de Conciliação e Cidadania do 2º grau conta hoje com 17 conciliadores voluntários, a maioria magistrados aposentados que se dedicam a causa porque realmente acreditam na conciliação como a melhor forma de resolver um conflito (PARANÁ, 2019]b, "on-line").

O diferencial no CEJUSC em segunda instância está em quem figura como conciliador, pois muitos dos voluntários são magistrados aposentados, que possuem experiência em diversas áreas do direito, possibilitando uma maior aproximação na resolução do conflito entre as partes através da mediação ou da conciliação. Além do mais, as pautas são mais extensas, vinculando ações de uma mesma recorrente com causas de pedir semelhantes.

4.4. Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania Empresarial

Em meio à crise perpetrada pela Sars-CoV-2, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná desenvolve pesquisas relacionadas à resolução de conflitos por meio de acordos, ainda em fase pré-processual, envolvendo empresários individuais e sociedades empresárias.

Com este intuito, busca-se reduzir os impactos econômicos causados pela crise instaurada pela pandemia. Objetiva-se, pois, viabilizar a manutenção da atividade empresarial e a geração de empregos e renda, em prol do princípio da função social da empresa, consoante previsão no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005. Também há previsão no mesmo sentido com o Enunciado nº 45 da I Jornada de Prevenção e Soluções Extrajudicial de Litígios e com a orientação proveniente da Recomendação nº 58/2019 do CNJ, cuja disposição consiste em incutir nos magistrados julgadores de recuperações judiciais a viabilização de audiências de conciliação e mediação.

Em comentários a respeito do objetivo primordial, foi aprovado no dia 15 de abril pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Paraná (NUPEMEC-PR), presidido pelo 2º Vice-Presidente do TJPR, por meio do Sistema Eletrônico de Informações (SEI) nº 0010956-04.2020.8.16.6000, o primeiro CEJUSC Empresarial do TJPR, pioneiro na iniciativa. Os reflexos causados pela COVID-19 no cenário econômico repercutem no presente e no futuro próximo, de modo que as crises perpassadas pelas empresas impactarão em maior ou menor grau a realidade local.

Este conjunto de ações resultou na criação do CEJUSC Recuperação Empresarial, com o intuito de evitar a recuperação judicial instantânea e a convalidação em falência posteriormente. O CEJUSC Empresarial representa importante ferramenta na manutenção da atividade econômica, da empregabilidade e sustento de empregados e suas famílias.

A primeira Comarca a ser beneficiada com tal iniciativa é de Francisco Beltrão/PR.

O propósito é utilizar a política de autocomposição para auxiliar grandes, médios e pequenos empresários a evitarem a falência com

a possibilidade de renegociar seus débitos por meio de audiências de conciliação ou mediação com seus credores.

Dessa maneira, o novo centro pretende auxiliar a superação das crises dos agentes que operam no mercado, atendendo pessoas físicas ou jurídicas que desenvolvam atividades importantes para a sociedade e que precisem de apoio para a recuperação financeira (PARANÁ, 2020g, "online").

A preocupação é de evitar que pequenos e médios empresários decretem falência, pois tal consequência negativa impactaria seriamente a renda de diversas famílias e da comunidade local, ante à ligação de todos através da cadeia produtiva-consumerista.

As ações de recuperação judicial e extrajudicial em curso poderão fazer frente ao novo método em fase de implementação definitiva. Ou seja, durante o tramitar destes processos, o magistrado pode incentivar a designação de audiência para que, por meio da autocomposição, empregador, credores, empregados e demais sujeitos envolvidos possam estabelecer prazos, valores, parâmetros palpáveis com o intuito de promover a efetividade de suas pretensões. Aliás, o papel do magistrado nestas ações é de fundamental importância, visto que poderá designar a audiência, com a prévia intimação das partes, em atenção aos artigos 9º e 10 do CPC, sendo vedada a decisão surpresa.

Além de visar o prosseguimento do feito, afastando-se impugnações de créditos, por exemplo, o uso da mediação nos conflitos empresariais de recuperação judicial e extrajudicial facilitaria a negociação e um consequente acordo.

Souza Netto, Montescio e Garcel (2019, p. 10) dissertam acerca das possibilidades de implementação da mediação judicial nos processos de recuperação judicial e extrajudicial, seja a requerimento das partes, do Ministério Público ou de ofício, com a prévia intimação das partes:

Assim sendo, a mediação pode ser implementada nas seguintes hipóteses envolvendo os incidentes de verificação de crédito, permitindo que devedor e credores cheguem a um acordo quanto ao valor do crédito e escolham um dos critérios legalmente aceitos para atribuição de valores aos bens gravados com direito real de garantia, [...].

No mesmo sentido, para auxiliar na negociação de um plano de recuperação judicial, aumentando suas chances de aprovação pela Assembleia Geral de Credores sem a necessidade de sucessivas suspensões da assembleia, para que devedor e credores possam pactuar, em conjunto, nos casos de consolidação processual, se haverá também consolidação substancial, com o intuito de solucionar disputas entre os sócios/acionistas do devedor.

[...].

Por sua vez é vedada a utilização da mediação acerca da classificação dos créditos.

Quanto às empresas em dificuldades financeiras sem ajuizamento das demandas pertinentes, estas poderão valer-se do CEJUSC Empresarial pré-processual, com a demonstração da situação de vulnerabilidade financeira das atividades desenvolvidas, com a posterior comunicação aos credores para comparecimento na audiência de conciliação ou mediação, sendo prescindível a presença de advogado.

Os empresários que estejam em crise e que, em tese, poderiam ser submetidos à recuperação judicial, extrajudicial ou falência, poderão utilizar o CEJUSC pré-processual antes da abertura do processo. O proprietário da empresa deverá:

- demonstrar sua condição de agente econômico em crise econômico-financeira;
- juntar evidências de que não está falido e de que exerce uma atividade regular há mais de dois anos;
- indicar que não se beneficiou da recuperação judicial há mais de cinco anos.

Após a realização e efetivação do pedido, os credores serão comunicados da intenção negocial do empresário e convidados a participarem de uma negociação. As tratativas podem ocorrer por qualquer meio de comunicação remoto, ou de maneira presencial. Não é necessário contar com a representação de advogados para utilizar os serviços do CEJUSC Recuperação Empresarial **na modalidade pré-processual**.

Após a resolução do conflito, o ajuste será homologado por sentença do Juiz responsável (ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO BRASIL – ANOREG, 2020, "online").

Munidos de tais documentos, as sessões de conciliação e mediação contarão com a presença dos credores e do representante da empresa, a fim de renegociar, repactuar dívidas, valores, prazos, em prol da manutenção da atividade empresarial.

4.5. Justiça no Bairro

Por fim, merecem ser tecidas considerações sobre o Projeto Justiça no Bairro, criado pelo Decreto Judiciário nº 39/2003. Esclarece o artigo 2º da mencionada espécie normativa que a função deste núcleo itinerante é o de "atender as pessoas economicamente carentes, assim consideradas na forma da Lei Federal nº 1.060/50, para a homologação judicial de acordos relativos à matéria de competência das Varas de Família".

Isto é, o Justiça no Bairro foi criado inicialmente para resolver conflitos propriamente ligados à Vara de Família, quais sejam habilitação de casamento, alteração de regime de bens, reconheci-

mento e dissolução de união estável, guarda, visitação, filiação, dentre outras.

Contudo, a prática fez com que outras demandas fossem inseridas a fim de beneficiar o acesso à justiça pelos litigantes hipossuficientes financeiramente, que possuem causas que versem sobre questões de menor complexidade, garantindo rapidez e efetividade no curso processual e na atividade satisfativa. Atualmente o Programa Justiça no Bairro promove além de regularizações de ações familiares, ações de tutela e curatela; perícias menos complexas e simplificadas relacionadas às causas previdenciárias, inclusive as de competência delegada, ao recebimento de seguro por Danos Pessoais por Veículos Automotores Terrestres (DPVAT); atestados de insanidade mental para fins de internação compulsória e até executivos fiscais para parcelamento de débitos fazendários.

Para a realização deste programa, conta-se com o auxílio de voluntários dos Núcleos de Práticas Jurídicas das Faculdades locais; estabelecimentos que cedem espaços; e servidores do Poder Judiciário e do Ministério Público Estadual local para apreciação das matérias inseridas previamente.

Segundo relatório disponibilizado pelo sítio eletrônico do Programa, em 2019 foram registrados "1.457.119 (um milhão, quatrocentos e cinquenta e sete mil e cento e dezenove) atendimentos; 80.890 (oitenta mil e oitocentos e noventa) audiências; 10.015 (dez mil e quinze) perícias médicas; 3.629 (três mil e seiscentos e vinte e nove) casamentos coletivos em mais de 183 (cento e oitenta e três) municípios atendidos" (PARANÁ, 2019, p. 10).

Levando-se em consideração os números acima, verifica-se que o Mutirão Justiça no Bairro representa importante papel perante à população paranaense economicamente carente para fins de solução de conflitos, possibilitando a obtenção de acordos e regularizações de situações de fato e de direito, dispensando, todavia, a presença de advogado, uma vez que as informações são repassadas didaticamente aos interessados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, pode-se afirmar que os métodos alternativos de solução de conflitos configuram a nova realidade do Poder Judiciário brasileiro, pois representam a chamada justiça multiportas, ocasião em que as partes possuem pleno acesso à justiça, passando de meros espectadores para protagonistas, celebrando acordos e resolvendo entre si as demandas instauradas. Pode ocorrer, ainda a autocomposição de maneira pré-processual, sem a intervenção de advogado, já que não há lide propriamente dita. Os efeitos do acordo obtido

equivalem à formação do título executivo judicial, ante ao valor da sentença homologatória.

Para tanto, o Judiciário Paranaense recorre à conciliação e à mediação para fazer frente às causas de família e outras de menor complexidade, no sentido de exercer a cidadania das partes, celebrando acordos que melhor lhes aproveite.

Com este engajamento, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná tem promovido mecanismos de expansão dos métodos alternativos de solução de conflitos, em busca da cristalização da norma jurídica e das recomendações do Conselho Nacional de Justiça.

Destaca-se a atuação positiva de projetos como os CEJUSCs presencial, em 1ª e 2ª instâncias judiciárias, Recuperação Empresarial e virtual, ante aos novos ditames requeridos pela pandemia da COVID-19, a qual aumentou os conflitos e tornou preocupante a situação econômica de pequenas e médias empresas. Com isso, o intuito é de que os empresários afetados pela crise possam celebrar transações, aditivos, acordos, com seus credores e evitar o pedido de recuperação extrajudicial, judicial ou decretar falência, tendo em vista a função social que exercem perante a comunidade.

No mais, é de se destacar a atuação do Projeto Justiça no Bairro, de caráter itinerante, presente na realidade forense paranaense desde 2003. Demandas familiares, disposições referentes ao seguro DPVAT, previdenciárias, curatelas, perícias simples e até executivos fiscais são objetos de mutirões que contam com voluntários para atender a população hipossuficiente economicamente, nos quais a conciliação e a mediação são empregadas constantemente.

Desta forma, os números de 2018 e 2019 evidenciam a importância e a relevância dos métodos alternativos de solução de conflitos no cenário jurisdicional do TJPR, pois promove um acesso à justiça dinâmico, eficiente e cidadão.

6. REFERÊNCIAS

1. Almeida, Tania. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: *Mediação de Conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Casella; Paulo Borba; Souza, Luciane Moessa de (coord.). Belo Horizonte: Forum, 2009.
2. Associação dos Notários e Registrados do Brasil. TJ/PR – "CEJUSC Recuperação Empresarial" é implantado na comarca de Francisco Beltrão. ANOREG, 2020. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2020/05/06/tj-pr-cejusc-recuperacao-empresarial-e-implantado-na-comarca-de-francisco-beltrao/>. Acesso em: 2 ago. 2020.
3. Brasil. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul. 2020.

4. Brasil. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília: DF, Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 4 ago. 2020.
5. Brasil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília: DF, Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 4 jul. 2020.
6. Brasil. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: DF, Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 2 ago. 2020.
7. Brasil. Lei nº 13.994, de 24 de abril de 2020. Altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Brasília: DF, Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13994.htm. Acesso em: 4 ago. 2020.
8. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Movimento pela Conciliação reúne coordenadores de todo o País. CNJ, 3 out. 2006. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/movimento-pela-concilia-recoordenadores-de-todo-o-pa/>. Acesso em: 30 jul. 2020.
9. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>. Acesso em: 2 ago. 2020.
10. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 50, de 8 de maio de 2014. Recomenda aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento Permanente pela Conciliação. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/recomendacao_50_08052014_09052014145015.pdf. Acesso em: 1 ago. 2020.
11. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 67, de 26 de março de 2018. Dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2532>. Acesso em 30 jul. 2020.
12. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 58, de 22 de outubro de 2019. Recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>. Acesso em: 2 ago. 2020.
13. Brasil. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Prevenção e Soluções Extrajudicial de Litígios. Enunciado nº 45. A mediação e conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em casos de superendividamento, observadas as restrições legais. Brasília, 22 e 23 ago. 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/setembro/cjf-publica-integra-dos-87-enunciados-aprovados-na-i-jornada-prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>. Acesso em: 1 ago. 2020.
14. Castro; Igor Citeli Fajardo. A criação dos centros judiciários de solução consensual de conflitos pelo novo CPC e sua influência e implicações na Lei 9.099/1995 – Juizados Especiais Cíveis. In: Redondo, Bruno Garcia; Santos, Welder Queiroz dos; Silva, Augusto Vinícius Fonseca e; Valladares, Leandro Carlos Pereira. Repercussões do Novo CPC: vol.7: Juizados Especiais. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 7.
15. Paraná. Justiça no Bairro. Relatório 2019 Programa Justiça no Bairro: a coletividade fazenda a diferença. 2019. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1JpitWf0Bmb-yeAdtnikLPRzNF1yg2My5/view>. Acesso em: 5 ago. 2020.
16. Paraná. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Decreto Judiciário nº 39, de 25 de março de 2003. TJPR, 2003. Disponível em: https://4778b72a-2435-48de-a8b5-bf0448d0d753.filesusr.com/ugd/5c42ca_1b53007c4ff1493782e1ceaa64b9399a.pdf. Acesso em: 7 ago. 2020.
17. Paraná. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Instrução Normativa Conjunta nº 01/2017 – CCJ e 2VP. 15 fev. 2017. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/1924875/a-+Instru%C3%A7%C3%A3o+Normativa+Conjunta+n%C2%BA+01-2017+-CGJ+E+2%C2%AA+VP/08d3f35b-e3c1-4254-9419-6957ce02e64d?version=1.0>. Acesso em 5 ago. 2020.
18. Paraná. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Instrução Normativa Conjunta nº 01/2018 – NUPEMEC/Corregedoria. Dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro paranaenses. TJPR, 2018. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa_atos/publico/ajax_concursos.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f2b7ceb871026f5b6255a7d27a0e224798bf440087b6b30641a2fb19108057b53eef286ec70184c6e. Acesso em: 2 ago. 2020.
19. Paraná. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. TJPR finalizou mais de 77 mil processos por meio da mediação e da conciliação, em 2019. TJPR, 6 fev. 2020a. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lkl/content/id/31569444. Acesso em: 04 de agosto de 2020.
20. Paraná. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. CEJUSC do 2º grau. TJPR, 201[9]b. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/home?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%2F&_101_assetEntryId=5835794&_101_type=content&_101_groupId=18319&_101_urlTitle=cejusc-do-2-grau&inheritRedirect=true. Acesso em: 3 ago. 2020.
21. Paraná. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relatório do Núcleo de Inteligência da 2ª Vice Presidência – Desembargador José Laurindo de Souza Netto Juiz Auxiliar Dr. Anderson Ricardo Fogaça. TJPR, 6 fev. 2020b. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/31092698/Relat%20de%20Intelig%C3%ancia%20da%202%C2%AA%20Vice%20Presid%C3%ancia%20-%20Desembargador%20Jos%C3%A9%20Laurindo%20de%20Souza%20Netto%20Juiz%20Auxiliar%20Dr.%20Anderson%20Ricardo%20Foga%C3%A7a>

C3%B3rio+autocomposicao/6ab6abad-20ed-789a-8981-6a5cbe3cb669. Acesso em: 04 de agosto de 2020.

22. Paraná. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Decreto Judiciário nº 172, de 20 de março de 2020. Dispõe sobre a prevenção à pandemia da COVID-19 no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Paraná em substituição ao Decreto Judiciário nº 161/2020-D.M. TJPR, 2020c. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/32915431/DEC_JU_D_172_2020_DM.pdf.pdf/19557fc2-d2c4-2fcf-116d-1d69d58bf48f. Acesso em: 2 ago. 2020.

23. Paraná. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. TJPR lança novo CEJUSC Virtual. TJPR, 14 jul. 2020d. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKI/content/tjpr-lanca-novo-cejusc-virtual/18319?inheritRedirect=false. Acesso em: 27 jul. 2020.

24. Paraná. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Decreto Judiciário nº 400, de 5 de agosto de 2020. Estabelece regras para a realização de audiências em primeiro e segundo grau de jurisdição durante o período em que perdurar o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo 06/2020 do Congresso Nacional. TJPR, 2020e. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/39145058/DECRET_O+400-2020+-+AUDI%C3%A7%C3%80NCIAS-assinado.pdf/2104d0f7-b18a-14f8-fe76-5fc0e6f6c4ab. Acesso em 6 ago. 2020.

25. Paraná. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Decreto Judiciário nº 401, de 5 de agosto de 2020. Dispõe sobre a retomada gradual das atividades presenciais de magistrados, servidores, estagiários e empregados terceirizados, em seus locais de trabalho, no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Paraná e dá outras providências. TJPR, 2020f. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/39145058/DECRET_O+401-2020+-+RETOMADA-assinado.pdf/e81a7841-9d7b-03f7-caa8-694614db7b0b. Acesso em: 6 ago. 2020.

26. Paraná. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Projeto do TJPR é citado em recomendação do CNJ. Conselho Nacional de Justiça sugere aos tribunais a criação de mecanismos que auxiliem demandas empresariais, como já acontece no Paraná. TJPR, 2020g. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKI/content/id/38554613. Acesso em: 3 ago. 2020.

27. Paraná. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. SEI Nº 0010956-04.2020.8.16.6000 – Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Cidadania – NUPEMEC. Aprovação de projeto com a consequente criação de um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC para atuação na área de recuperação empresarial. TJPR, 2020h. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/Orienta%C3%A7%C3%A3o-trib.-Voto-favor%C3%A1vel-pela-instala%C3%A7%C3%A3o-de-CEJUSC-voltado-para-Recupera%C3%A7%C3%B5es-Empresariais.-TJPR.pdf>. Acesso em: 3 ago 2020.

28. Paraná. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Portaria nº 3.742/2020 – NUPEMEC. Dispõe sobre o procedimento para realização de sessões de conciliação/ mediação por intermédio de ferramentas virtuais/digitais de comunicação e sua homologação, no âmbito dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos – CEJUSC's do Estado do Paraná e dá outras providências. 2020i. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents>

/18319/33666028/NUPEMEC+CEJUSC/5f598e6c-3dac-c4f3-55d1-12f900bedd0b. Acesso em: 4 ago. 2020.

29. Perpetuo, Rafael Silva; Miranda, Vanessa Diniz Mendonça; Nabhan, Francine A. Rodante Ferrari; Araújo. Jakeline Nogueira Pinto de. Os métodos adequados de solução de conflitos: mediação e conciliação. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-FD-SBC_v.24_n.2.01.pdf. Acesso em: 4 ago. 2020.

30. Ramidoff, Mário Luiz; Borges, Wilian Roque. Teoria do Tribunal Multiportas: aplicação da mediação no direito brasileiro. Revista Gralha Azul, n. 1, v. 1, pp. 5-12, ago./set. 2020. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/37152323/REVISTA+GRALHA+AZUL+-+EDI%C3%87%C3%830+1+-+AGO-SET-2020.pdf/24644ed7-def9-3691-404b-85b66319d72a>. Acesso em: 15 outo. 2020.

31. Souza, Luciane Moessa de Souza. Resolução Consensual De Conflitos Coletivos Envolvendo Políticas Públicas. Brasília: FUB, 2014.

32. Souza Netto, Jose Laurindo; Montescio, Horácio; Garcel, Adriane. A Mediação Judicial como instrumento efetivo no processamento e julgamento dos processos de recuperação e insolvência empresarial. Administração de Empresas em Revista, v. 2, n. 16, 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/4047revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/4037/371372353>. DOI: <http://dx.doi.org/10.21902/AdminRev.2316-7548.v2i16.4047>.

33. Souza Netto, José Laurindo; Fogaça, Anderson Ricardo; Garcel, Adriane. Métodos autocompositivos e as novas tecnologias em tempos de COVID-19: online dispute resolution – ODR. Revista Relações Internacionais no Mundo Atual, v. 1, n. 26, 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3989/371372311>. e-ISSN: 2316-2880. DOI: <http://dx.doi.org/10.21902/Revrima.v2i27.3989>.

34. Tartuce, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis. 3 ed. Rio de Janeiro: Método, 2016.

35. Vasconcelos, Carlos Eduardo de. Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. 4. ed. São Paulo: Método, 2015.

36. Veras, Cristiana Vianna; Alvim, Joaquim Leonel de Rezende. Transformações no ensino do direito: algumas possibilidades de abordagem teórica/prática da relação entre mediação e prática jurídica. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7876acb66640bad4>. Acesso em 3 ago. 2020.

A MEDIAÇÃO NA GRADUAÇÃO DOS MEDIADORES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

MEDIATION, A ANALYSIS INTO THE MEDIATORS GRADUATION WITHIN THE PARANÁ STATE COURT OF JUSTICE

Isabele Dellê Volpe¹

Com o advento da Resolução nº 125/2010-CNJ, da Lei nº 13.140/2015 e do Código de Processo Civil de 2015, a mediação como método consensual de resolução de conflitos foi incorporada pelo direito brasileiro. A Lei de Mediação exige que o mediador seja formado em curso superior há pelo menos dois anos. Neste trabalho, será analisada a mediação, apresentando seu conceito e a sua regulamentação no Brasil. Após, será feito um levantamento dos mediadores cadastrados junto ao Tribunal de Justiça do Paraná, com formação em Direito, para, em seguida, perquirir por meio de questionários se durante a graduação tiveram algum contato com a mediação. Pretende-se verificar se na graduação em Direito dos mediadores pesquisados houve a abordagem da mediação, de que forma ela foi abordada e se houve alguma diferença na abordagem dentre aqueles formados antes e depois da vigência do Código de Processo Civil de 2015. Verificou-se que o ensino da mediação na graduação em Direito dos mediadores cadastrados no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná foi, até 2015, bastante insuficiente, apresentando maior abordagem a partir de 2015. Contudo, observou-se que mesmo após a vigência do CPC/2015 a ênfase da graduação em Direito da maior parte dos mediadores pesquisados foi centrada no litígio, além da abordagem da mediação precipuamente como um método de diminuição de demandas no Poder Judiciário.

Palavras-chave: Graduação. Mediação. Mediadores. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

With the arrival of the Resolution no. 125/2010-CNJ, Law no. 13.140/2015 and the Civil Procedure Code of 2015, mediation as a consensual method of conflict resolution was incorporated into Brazilian law. The mediation law requires that the mediator be graduated at least two years. In this article, mediation will be analyzed, in order to present its concept and its regulation in Brazil. A survey will take place, targeting mediators registered within the Paraná Court of Justice, with training in law, to clarify if they had any contact with mediation during graduation. It is intended to verify whether in the law degree of the surveyed mediators there was any contact with mediation, in what way it was engaged and if there were significant differences between the approaches, before and after the validity of the Civil Procedure Code of 2015. It was found that the teaching of mediation in the law degree of the mediators registered with the Paraná State Court of Justice was, until 2015, quite insufficient, presenting a greater approach from 2015. However, it was observed that even after the effectiveness of CPC/2015 the emphasis of the graduation in Law of most of the researched mediators was centered on litigation, besides the approach of mediation precipuously as a method of reducing demands in the Judiciary.

Keywords: Graduation. Mediation. Mediators. Paraná State Court of Justice.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Estagiária de Direito no Wambier, Yamasaki, Bevervanço & Lobo Advogados. E-mail: isabelevolpe@gmail.com

*Pesquisa realizada no âmbito do Programa de Iniciação Científica da Universidade Federal do Paraná, referente ao edital de 2019, sob a orientação da Prof^ª. Dr^ª. Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz.

1. INTRODUÇÃO

Transcorrido mais de quatro anos da vigência do Código de Processo Civil de 2015, é corrente no meio jurídico o ensino da legislação processual como grande incentivadora dos métodos consensuais de resolução de conflitos, sobretudo em razão da redação do art. 3º do diploma processual, o qual impinge um dever, e não apenas uma recomendação, para os juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público estimularem os métodos de solução consensual de conflitos.

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, conjugada com a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e com o Código de Processo Civil de 2015, constituem um *"minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos"* (GRINOVER, 2016), sendo que os três instrumentos normativos apresentam compatibilidades e incompatibilidades entre si.

De outro vértice, tratando-se a Lei de Mediação de lei posterior e mais específica, esta traz em seu bojo, dentre outros, o requisito da graduação há pelo menos dois anos para a efetiva atuação como mediador judicial, exigência que não consta no novo Código de Processo Civil. Todavia, apesar da notória estranheza que tal requisito pode causar, compartilhada por Grinover ao sustentar que se trata de medida irrazoável em virtude dos fundamentos das técnicas de mediação e da existência de excelentes mediadores que não cumprem tal requisito, a verdade é que, tratando-se de lei posterior mais específica, esta deverá ser observada naquilo que dispuser de maneira diversa, ou que não constar no CPC, lei mais genérica (GRINOVER, 2016).

A restrição da graduação há dois anos, por outro lado, não se mostra adequada para incidir na atuação dos conciliadores, em razão de tal restrição constar no instrumento normativo que disciplina tão somente a mediação, e pela clara distinção entre a atividade do conciliador e do mediador, sendo a daquele em regra mais simples por não haver um relacionamento anterior entre as partes submetidas à conciliação, nos termos estabelecidos pelo próprio CPC/2015 no art. 165, §§2º e 3º (MARQUES, 2017, p. 162).

Dito isso, o presente trabalho tem por objeto os mediadores judiciais, submetidos, portanto, à restrição da graduação há dois anos para a sua atuação na mediação, promovendo-se um recorte para os mediadores atuantes nos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSC's) e Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Pretende-se perquirir se durante a graduação em Direito os mediadores pesquisados tiveram algum contato com a mediação, bem como se houve uma diferença de abordagem da mediação na graduação dos mediadores formados antes e após a vigência do CPC/2015, capaz de justificar, por essa razão, a exigência de graduação em curso superior pela Lei de Mediação.

Com isso, para além da análise proposta no presente trabalho, cujo universo será bastante limitado em razão da própria limitação da autora deste artigo, pretende-se incentivar e complementar, naquilo que for possível concluir dos resultados obtidos, a pesquisa sobre o ensino da mediação não apenas nos cursos de graduação em Direito de

Curitiba ou do Paraná, mas também do ensino da mediação em outros cursos de graduação, como psicologia, economia, administração, assistência social, dentre outros, nas demais regiões do Brasil. O presente trabalho se inspira em iniciativas como o estudo promovido pelo Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça, de coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Maria Tereza Sadek, Kazuo Watanabe, e outros, o qual buscou definir as diretrizes para boas práticas de mediação em cada região do Brasil (GRINOVER *et al*, 2014).

Já se demonstrou que a garantia constitucional do acesso à justiça não se concretiza de maneira satisfatória apenas com a apreciação estatal dos conflitos existentes na sociedade, tendo em vista que, para além de eventual ineficácia do Poder Judiciário, a sua morosidade também tem como causa a crise no próprio modelo de Estado, o qual, no meio de uma sociedade desigual, tornou o Judiciário o protagonista para a efetivação dos direitos garantidos na Constituição Federal (PONCIANO, 2007, p. 214).

Diante disso, é premente o desenvolvimento e aperfeiçoamento dos métodos consensuais de solução de conflitos não apenas como instrumento a favor da diminuição de demandas no Poder Judiciário, mas como método eficaz e personalizado das disputas passíveis de solução pela composição entre as partes envolvidas, tal qual o modelo de *tribunais multiportas* norte-americano, naquilo que intenta.

Sendo assim, num primeiro momento será traçado um breve panorama acerca da mediação no Brasil e sua positivação no ordenamento jurídico pátrio.

Após, será apresentada a metodologia utilizada para a obtenção e análise dos resultados, bem como o questionário aplicado aos mediadores pesquisados.

Num terceiro momento, serão apresentados os resultados obtidos com o levantamento da formação acadêmica dos mediadores atuantes na 1ª Seção Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Na sequência, serão demonstrados os resultados obtidos através dos questionários aplicados aos mediadores contendo questões acerca da abordagem da mediação durante a graduação em Direito.

2. A POSITIVAÇÃO DA MEDIAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS NO DIREITO BRASILEIRO

De acordo com Ada Pellegrini Grinover, a mediação é regulada no Brasil por meio da Resolução nº 125/2010 do CNJ, da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), bem como o Código de Processo Civil (GRINOVER, 2016), sendo que, quanto à capacitação dos mediadores, não é prevista uma formação acadêmica específica, mas tão somente a conclusão de ensino superior há pelo menos dois anos (art. 11 da Lei 13.140/2015).

Assim, conforme Grinover, a mediação pode ser conceituada como um método alternativo de solução de conflitos em que um terceiro imparcial auxilia as partes a retomarem o diálogo entre si, através da busca do real interesse de cada parte em conflito, utilizando-se de técnicas próprias que permitem a criação de opções pelas próprias partes para a solução do conflito (GRINOVER, 2016).

Como método alternativo de resolução de conflitos, a mediação, dentre os outros métodos, ganhou

destaque sobretudo com o advento do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei de Mediação, esta considerada o marco legal da mediação, segundo Fernanda Tartuce (2016). O CPC/2015, por sua vez, passou a compelir os magistrados, advogados e jurisdicionados a pensarem a respeito dos métodos consensuais, seja com sua designação no trâmite processual pelo magistrado, seja pela obrigatoriedade da manifestação expressa das partes em sua petição inicial acerca da opção ou não pela audiência de mediação (art. 3º, §3º e 319, VII, do CPC).

A obrigatoriedade e institucionalização da mediação, por outro lado, não passou imune às críticas, sendo válido e merecedor de reflexão a opinião no sentido de que a obrigatoriedade das sessões de mediação nos processos judiciais viola o princípio da autonomia da vontade, a qual se fundamenta na "*liberdade de poder decidir se e quando será estabelecida a mediação, segundo seus interesses e acordo de vontades*" (PINHO & PAUMGARTTEN, 2013, p. 194).

A mediação no Brasil sofreu influência dos movimentos norte-americanos (FALECK & TARTUCE), de forma que também nos Estados Unidos a mediação se constitui de um dos diversos métodos que podem ser aplicados para uma resolução alternativa das disputas, fora do monopólio judicial (MUNIZ & SILVA, 2018, p. 291). Contudo, no modelo norte-americano se verifica uma preocupação voltada mais para uma resolução adequada e efetiva do conflito, ao invés de tão somente um "desafogamento" do Judiciário. Isto é, segundo Tânia Lobo Muniz e Marcos Claro da Silva, em artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, a mediação, em sua natureza, visa um tratamento personalizado dos conflitos, levando em conta as suas especificidades e o relacionamento existente entre as partes, fazendo com que a diminuição no número de processos levados ao Judiciário seja uma consequência secundária. Nesse sentido:

Assim, o objetivo primordial dos meios alternativos de solução de conflitos não é solucionar a crise de morosidade pela qual o Poder Judiciário vem passando, com a mencionada possibilidade de redução dos processos, mas sim oferecer às partes meios efetivos e adequados à solução de seus conflitos de interesse, assegurando o acesso à justiça de forma mais ampla (MUNIZ & SILVA, 2018, p. 295).

O Conselho Nacional de Justiça, ao editar um Manual de Mediação Judicial (2016), assevera que o processo judicial e os métodos consensuais ou alternativos de resolução de conflitos constituem um "sistema pluriprocessual", no qual a escolha do método de resolução mais adequado para lide deverá levar em conta o custo (financeiro e emocional), celeridade, a preservação dos relacionamentos, confidencialidade, flexibilidade de procedimento, a exequibilidade da solução, cumprimento espontâneo do resultado e os recursos.

Diante disso, Fernanda Tartuce (2016) assevera que a efetividade da mediação irá depender da reeducação do sistema judiciário como um todo, no sentido de apresentar aos magistrados, servidores, advogados e sociedade o diferencial dos métodos alternativos de soluções de

conflitos, seu funcionamento e seu objetivo para as lides, visando esforços mútuos e colaborativos. Nesse sentido, em outra obra de sua autoria, Tartuce (2018, p. 10) vai afirmar que, no Brasil, as partes em conflito e seus advogados não estão dispostos a observar instrumentos extrajudiciais para a resolução das disputas, fazendo-se necessária a substituição da cultura da sentença pela da pacificação.

Contudo, tendo em vista que o Código de Processo Civil de 2015 prevê, aos menos nos procedimentos comuns, a obrigatoriedade das partes de se manifestarem acerca da opção ou não pela audiência de mediação ou conciliação, bem como o dever do Estado, dos magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público em promover e estimular a solução consensual dos conflitos, além da exigência da Lei de Mediação no sentido do mediador ser formado há dois anos em curso superior, denota-se que na formação acadêmica dos operadores do Direito, precipuamente, e ao menos a partir de 2015, o ensino e a capacitação para a solução consensual dos conflitos é fundamental para a efetividade e desenvolvimento do mandamento processual civil. Nesse sentido, pertinente a citação de Fernanda Tartuce (2016, p. 497), ao abordar o pensamento de Michelle Tonon Barbado:

[...] pelas características intrínsecas à mediação, que tem aspectos inovadores e interdisciplinares, não há como concluir que seu autêntico desenvolvimento irá se concretizar com a mera institucionalização pelo direito positivo no plano estritamente jurídico-legal.

Nessa esteira, a permanência de uma formação jurídica conservadora ou centrada no litígio vai de encontro aos princípios basilares da mediação e dos métodos consensuais de resolução de conflitos, os quais exigem uma nova perspectiva do Direito e da justiça pelo profissional do Direito, mais voltada ao diálogo, à escuta ativa, e tolerante à interdisciplinaridade no sistema jurídico (SALES & CHAVES, 2014, p. 257).

Todavia, com base no pensamento de Tartuce (2016), a valorização dada pelo sistema jurídico brasileiro às leis escritas pode alavancar o ensino e a prática da mediação, uma vez que agora está positivada em pelo menos três instrumentos normativos, sendo um deles legislação específica sobre a mediação (Lei nº 13.140/2015). Nesse sentido, portanto, é a proposta desta pesquisa, visando analisar de que forma se deu a abordagem da mediação durante a graduação em Direito dos mediadores atuantes nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e/ou nos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

3. MATERIAIS E MÉTODOS

No presente trabalho foi realizada pesquisa bibliográfica no que tange ao conceito da mediação, seu objetivo e as normas que a regulamentam no Brasil, fazendo-se breve comparação com a prática da mediação nos Estados Unidos.

Ainda, foi realizada uma análise qualitativa e quantitativa, consistente no levantamento dos mediadores cadastrados junto ao sistema CAJU (Cadastro de Auxiliares

da Justiça) do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná realizando-se um filtro para aqueles que atuam nos Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Juizados Especiais, e que fossem formados em Direito. Para realizar tal levantamento, foram analisados os cadastros tão somente dos mediadores atuantes na 1ª Seção Judiciária do Estado do Paraná, a qual abrange a cidade de Curitiba e região metropolitana. Na 1ª Seção Judiciária constam 45 (quarenta e cinco) mediadores cadastrados, sendo que 37 (trinta e sete) são formados em Direito.

Após esse levantamento inicial, do qual foram elaborados gráficos para a apresentação dos dados coletados, os quais serão apresentados no próximo tópico, foi enviado um questionário online ao e-mail disponibilizado pelos mediadores no sistema CAJU, selecionando os profissionais atuantes em todas as seções judiciárias do Estado do Paraná com formação em Direito, os quais totalizaram 87 (oitenta e sete) mediadores formados em Direito e cadastrados no CAJU/TJPR. Desses, 22 (vinte e dois) mediadores responderam ao questionário enviado por e-mail.

O questionário foi elaborado na plataforma *survia*, preservando o anonimato dos pesquisados, contendo 11 (onze) questões, sendo duas subjetivas e nove objetivas:

Pergunta 01: Informe o ano em que concluiu a graduação em Direito.

Pergunta 02: Informe a instituição em que cursou a graduação em Direito.

Pergunta 03: O(a) senhor(a) possui inscrição na OAB?

Sugestões de resposta: Sim. Não.

Pergunta 04: O(a) senhor(a) exerce outra profissão, simultaneamente com a atividade de mediador?

Sugestões de resposta: Atuo apenas como mediador(a). Além de mediador(a), sou advogado(a). Além de mediador(a), sou juiz(a). Além de mediador(a), sou professor(a). Além de mediador(a), sou servidor(a) público (técnico judiciário, analista, etc.). Outra.

Pergunta 05: Durante a sua graduação em Direito, a mediação foi abordada:

Sugestões de resposta: Em uma disciplina obrigatória. Em uma disciplina optativa. Em uma disciplina obrigatória e também era oferecida disciplina optativa sobre a mediação. Não foi abordada. Outra.

Pergunta 06: No caso da mediação ter sido abordada em uma disciplina obrigatória na sua graduação, avalie a forma em foi abordada:

Sugestões de resposta: A mediação foi tema de breves comentários durante as aulas. A mediação foi o assunto de uma ou duas aulas inteiras. A mediação foi o assunto de mais de duas aulas inteiras. Outra.

Pergunta 07: Na sua concepção, durante o curso de graduação em Direito a ênfase do ensino era nos métodos alternativos de solução de conflitos ou no litígio?

Sugestões de resposta: Métodos alternativos ou consensuais de solução de conflitos. Litígio. Equilíbrio entre o ensino de métodos alternativos/consensuais de solução de conflitos e o litígio. Outra.

Pergunta 08: Durante a sua graduação em Direito, a mediação foi abordada como:

Sugestões de resposta: Principalmente como um método que visa a diminuição das ações judiciais no Poder Judiciário. Principalmente como um método que visa oferecer uma solução personalizada e mais eficaz para cada conflito, de acordo com suas especificidades. Todas as alternativas. Não foi abordada. Outra.

Pergunta 09: Na instituição em que cursou a graduação em Direito havia algum grupo de pesquisa sobre mediação ou sobre métodos alternativos/consensuais de solução de conflitos?

Sugestões de resposta: Sim. Não. Outra.

Pergunta 10: O seu interesse em atuar como mediador teve origem:

Sugestões de resposta: Na graduação em Direito. Em um estágio. Em uma experiência profissional. Em um evento. Em um curso de pós-graduação. Em um contato com um mediador/audiência de mediação. Outra.

Pergunta 11: De um modo geral, o(a) senhor(a) avalia o ensino da mediação em sua graduação em Direito como:

Sugestões de resposta: Excelente. Razoável. Insuficiente. Péssimo. Outra.

O questionário permaneceu ativo para a coleta de respostas no período de 24 a 28/06/2020, data em que se promoveu a reunião das respostas individuais para a formulação de gráficos, os quais demonstram a porcentagem das respostas selecionadas pelos pesquisados em cada uma das perguntas do questionário, como se demonstrará a seguir.

4. LEVANTAMENTO DA FORMAÇÃO ACADÊMICA DOS MEDIADORES DA 1ª SEÇÃO JUDICIÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

Por meio do sistema CAJU (Cadastro de Auxiliares da Justiça) do Tribunal de Justiça do Paraná, verificou-se que na 1ª Seção Judiciária do Paraná, a qual corresponde à Cidade de Curitiba e região metropolitana, estão cadastrados 45 (quarenta e cinco) mediadores junto aos CEJUSC's e Juizados Especiais. Optou-se por filtrar os mediadores lotados nesses locais por dois fatores: preferência por uma delimitação do universo a ser pesquisado aos CEJUSC's, uma vez que a criação desses centros também foi determinada pelo Código de Processo Civil de 2015 para a realização das audiências de conciliação e mediação (art. 165, CPC), e, no caso dos Juizados Especiais, em virtude da própria natureza dos conflitos submetidos ao seu procedimento, tratando-se, em regra, de conflitos de baixa complexidade, e favoráveis à solução consensual.

Assim, obteve-se o seguinte resultado quanto à formação acadêmica dos 45 (quarenta e cinco) mediadores cadastrados no sistema CAJU do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, lotados nos CEJUSC's e/ou Juizados Especiais da 1ª Seção Judiciária:

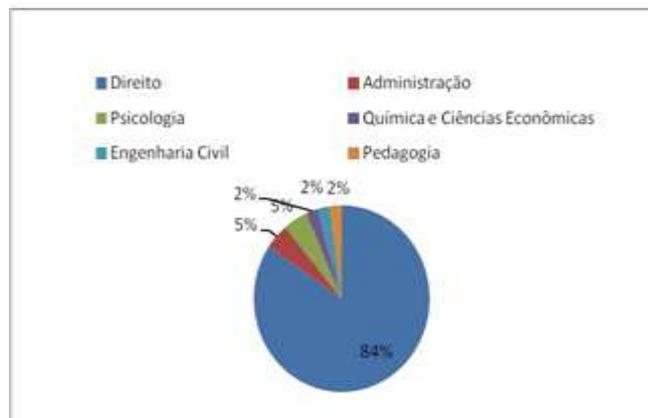


Gráfico 01. Formação acadêmica dos mediadores
Fonte: Elaboração própria

Dos dados acima apresentados se denota que 84% dos mediadores atuantes nos CEJUSC e Juizados Especiais da 1ª Seção Judiciária do Paraná possuem graduação em Direito, seguido pelo total de 10% com formação em Psicologia, ou Administração, tendo a presença, ainda, de graduados em cursos como Engenharia Civil, Química e Pedagogia, na porcentagem de 2%. Tal dado ressalta que a graduação em Direito é responsável pela formação e pelo primeiro contato de grande parte dos profissionais que conduzirão as audiências de mediação, razão pela qual a adequada abordagem e ensino da mediação na grade curricular da graduação em Direito se faz imprescindível.

O ensino da mediação nos cursos de graduação em Psicologia e Administração também se mostra relevante, tendo em vista que, apesar de em número consideravelmente menor em relação aos graduados em Direito, numa amostragem maior a presença de graduados nesses cursos pode se tornar significativa.

Quanto ao ano de formação no curso de graduação em Direito, obteve-se o seguinte resultado:

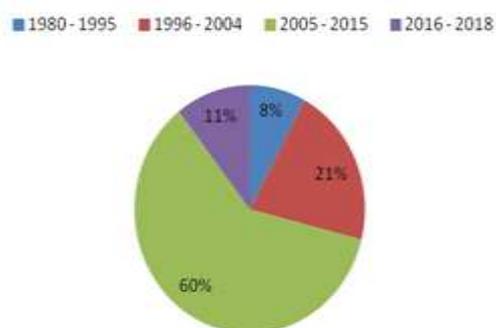


Gráfico 02. Ano de formação em Direito
Fonte: Elaboração própria

Do gráfico acima se denota que 60% dos mediadores pesquisados no presente trabalho concluíram a graduação em Direito entre 2005 e 2015, tratando-se do período imediatamente após as reformas de 2004/2005 no

Código de Processo Civil de 1973, ocorridas através da Emenda Constitucional 45/2004, a qual inseriu no texto constitucional, dentre outros dispositivos, o direito à razoável duração do processo, bem como as Leis n.ºs 11.187 e 11.232 de 2005, as quais promoveram, respectivamente, alterações na sistemática dos recursos de agravo de instrumento e retido, e o estabelecimento da fase de cumprimento de sentença no processo de conhecimento (BUZANELLO, 2013). Além do mais, depreende-se que em tal período já se discutia o projeto do novo Código de Processo Civil, sendo que em 2015 surge o Código atual, com vigência a partir de 2016.

Nessa esteira, verifica-se que a maioria dos mediadores pesquisados concluiu a graduação nas ondas reformistas do Código de Processo Civil, em época marcada pela valorização e posituação do direito à razoável duração do processo, desencadeando uma série de alterações na legislação processual a fim de obter maior celeridade e efetividade no trâmite processual. Considerando que os métodos alternativos de resolução de conflitos se tratam de um mecanismo que visa a efetividade do direito à razoável duração do processo, a presença de número significativo de mediadores com formação em Direito nessa época de intensas reformas processuais pode-se explicar em virtude desse objetivo intrínseco das mediações dentro das ações judiciais.

Por outro lado, denota-se que dos mediadores pesquisados, apenas 11% concluíram a graduação em Direito entre 2016 e 2018, período de início da vigência do Código de Processo Civil atual, o qual passou a incorporar as mediações e conciliações no trâmite processual, e a estabelecer como um dever dos magistrados, advogados e partes o estímulo e a manifestação da opção pelas audiências de conciliação e mediação.

Ainda quanto à formação acadêmica, verificou-se que a maior parte dos mediadores com graduação em Direito cursou também algum curso de especialização na área:

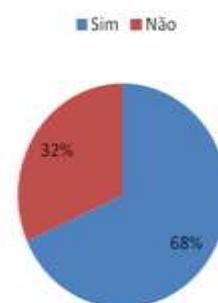


Gráfico 03. Mediadores com especialização em área do Direito
Fonte: Elaboração própria

Dentre os mediadores formados em Direito e que cursaram algum curso de pós-graduação, obteve-se o seguinte resultado quanto aos cursos cursados:

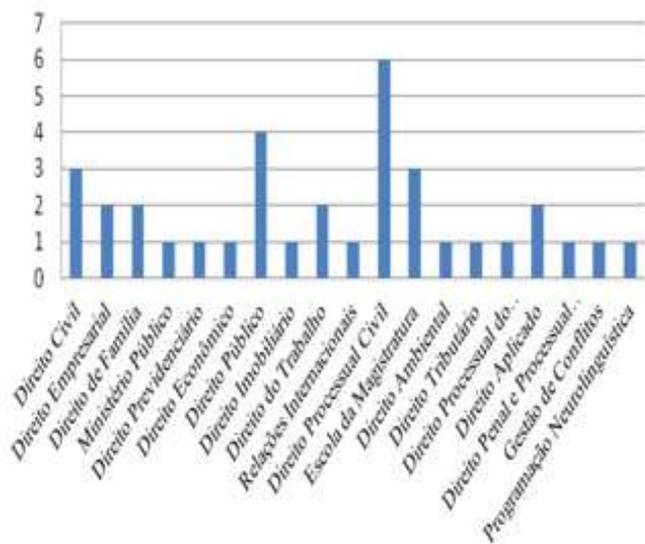


Gráfico 04. Cursos de pós-graduação dos mediadores
Fonte: Elaboração própria

Do gráfico acima se observa que não há homogeneidade entre os cursos de pós-graduação cursados pelos mediadores pesquisados, existindo, contudo, uma maior ocorrência na área do direito processual civil e direito público. Destaca-se a ocorrência de mediadores com pós-graduação em Gestão de Conflitos e Programação Neurolinguística, não obstante se tratar de porcentagem mínima. Contudo, não se pode ignorar que, por força de lei, todos os mediadores devem estar devidamente capacitados, receberem atualizações periódicas acerca das técnicas e dos fundamentos da mediação, independentemente de eventual curso de pós-graduação concluído pelo mediador.

As especializações cursadas pelos mediadores podem auxiliar em eventual triagem dos conflitos em que atuarão como terceiros facilitadores, tendo em vista que as demandas poderão ser distribuídas para o mediador que possui uma formação mais específica e relacionada à natureza do conflito que será mediado. Nesse sentido, a heterogeneidade dos cursos de pós-graduação entre os mediadores pode ser um fator positivo, a ser explorado precipuamente pelos coordenadores dos CEJUSC's.

Nada obstante, através dos questionários *online* enviados aos emails informados pelos mediadores junto ao sistema CAJU do TJPR, intentou-se obter dados acerca do contato obtido com a mediação durante a graduação dos mediadores pesquisados, a fim de analisar se há diferença na abordagem da mediação nos cursos de graduação em Direito antes e depois da vigência da Lei de Mediação e do CPC/2015.

4.1. Ensino da Mediação na Graduação dos Mediadores Cadastrados no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

A fim de obter dados sobre o ensino da mediação na graduação dos mediadores formados em Direito e cadastrados no sistema CAJU do TJPR, os questionários foram enviados para o e-mail dos 87 (oitenta e sete) mediadores formados em Direito, atuantes nas seções judiciárias do Paraná. Obteve-se o retorno de 22 (vinte e dois) mediadores, cujos resultados se apresentará a seguir.

■ 1976-1999 ■ 2000-2005 ■ 2006-2010 ■ 2011-2015 ■ 2015-2018

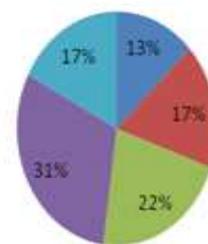


Gráfico 05. Ano de formação informado pelos mediadores pesquisados

Fonte: Elaboração própria

Dos mediadores que responderam ao questionário *online* enviado por e-mail no período de 24 a 28 de junho de 2020, infere-se do gráfico acima que 31% concluiu a graduação em Direito entre 2011 e 2015, período que antecedeu a vigência do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei de Mediação. Em segundo lugar, têm-se os mediadores formados entre 2006 e 2010, período das reformas de 2004/2005 no CPC de 1973, marcadas pelas iniciativas de impulsionamento da duração razoável do processo, conforme já mencionado alhures.

Dos dados acima apresentados se denota que os resultados se assemelham aos dos mediadores cadastrados apenas na 1ª Seção Judiciária do Paraná, analisados no tópico anterior, demonstrando que a maioria dos mediadores atuantes nos CEJUSC's e Juizados Especiais do TJPR concluíram a graduação já nas reformas do CPC de 1973 e na iminência da publicação e vigência do CPC de 2015. Por outro lado, depreende-se que em terceiro lugar já se encontram aqueles com formação no ano de publicação, ou na vigência do CPC atual, na porcentagem de 17% com formação entre 2015 e 2018.

Dos mediadores que responderam ao questionário, verificou-se que parcela majoritária possui inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, sendo que a maior parte também atua como advogado, simultaneamente com as atividades de mediador, conforme gráficos abaixo:

O(a) senhor(a) possui inscrição na OAB?

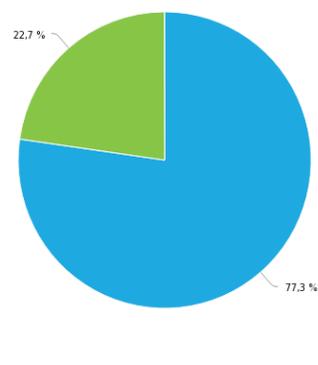


Gráfico 06. Mediadores com inscrição na OAB

Fonte: Elaboração própria

O(a) senhor(a) exerce outra profissão, simultaneamente com a atividade de mediador?

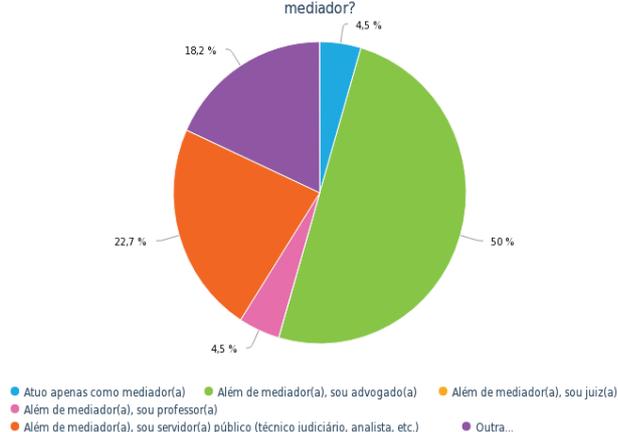


Gráfico 07. Atividades dos Mediadores

Fonte: Elaboração própria

Do gráfico acima se denota que 50% dos mediadores entrevistados atuam também como advogado, seguidos por aqueles que ocupam cargos públicos como técnico judiciário, analista, e etc (22,7%). Estes resultados apontam para a experiência obtida por esses profissionais durante o seu exercício profissional, tendo em vista que a prevalência de advogados e servidores públicos no quadro de mediadores do TJPR pode ter relação com o dia-a-dia desses profissionais no trato com o público e seus clientes, relação que muitas vezes evidencia o descontentamento dos jurisdicionados com as soluções e os andamentos prestados pelo aparelho estatal em suas lides, conscientizando seus causídicos e servidores à necessidade e funcionalidade dos métodos consensuais de solução de conflitos. Tal hipótese se extrai do número de entrevistados que afirma que o interesse em atuar como mediador se deu por uma experiência profissional:

O seu interesse em atuar como mediador teve origem:

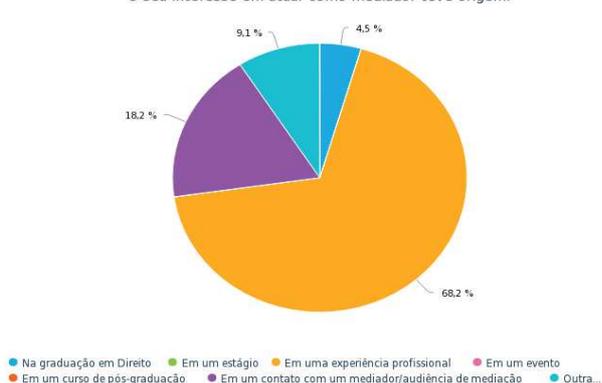


Gráfico 08. Origem do interesse em atuar como mediador

Fonte: Elaboração própria

Depreende-se que 68,2% dos entrevistados passaram a ter interesse em atuar como mediador a partir de uma experiência profissional, seguida daqueles que se interessaram a partir de um contato com um mediador, ou uma audiência de conciliação (18,2%). Por outro lado, vislumbra-se que apenas 4,5% dos mediadores entrevistados passaram a ter interesse pela mediação durante a graduação em Direito. Esta baixa porcentagem de interesse na mediação a partir da graduação em Direito pode indicar uma abordagem insuficiente da mediação na grade

curricular e/ou uma ênfase não direcionada para os métodos consensuais de solução de conflitos. A abordagem da mediação na graduação em Direito foi questionada aos mediadores entrevistados, gerando o seguinte resultado:

Durante a sua graduação em Direito, a mediação foi abordada:

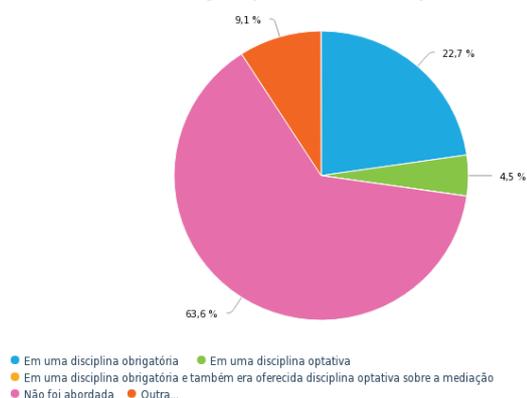


Gráfico 09. Abordagem da mediação na graduação em Direito

Fonte: Elaboração própria

Do gráfico acima salta aos olhos a alta porcentagem de entrevistados que afirmou que a mediação não foi abordada durante a graduação em Direito, constituindo 63,6% dos mediadores pesquisados.

Não se pode olvidar que alguns dos mediadores entrevistados concluiu a graduação antes dos anos 2000, de forma que os métodos consensuais de solução de conflitos eram pouco ou quase nada enfatizados em sala de aula. No entanto, verificou-se no presente trabalho que a maior parcela dos entrevistados concluiu a graduação entre 2005 e 2015, período marcado pelas ondas reformistas no CPC de 1973, e pelo noticiado advento do CPC de 2015.

A esse respeito vale lembrar, ainda, que a Resolução n° 125 do CNJ foi editada já em 2010, sem significar, pelo visto, um destaque maior para a mediação na sala de aula.

Ao perquirir os mediadores pesquisados sobre a ênfase adotada pelas instituições de ensino em que cursaram a graduação em Direito, se voltada ao litígio, aos métodos consensuais de resolução de conflitos ou ao equilíbrio entre essas duas abordagens, obteve-se o seguinte resultado:

Na sua concepção, durante o curso de graduação em Direito a ênfase do ensino era nos métodos alternativos de solução de conflitos ou no litígio?

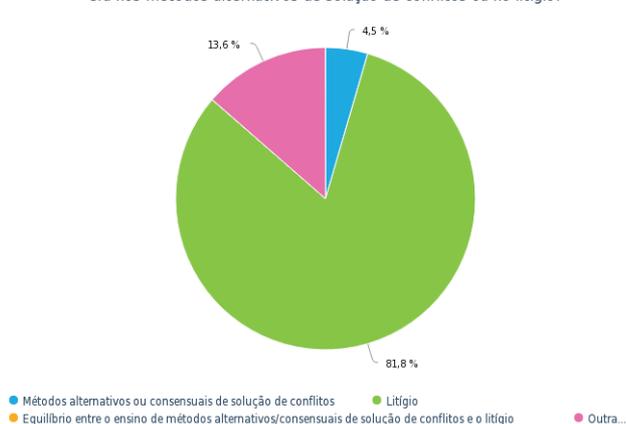


Gráfico 11. Ênfase do ensino na graduação em Direito

Fonte: Elaboração própria

Depreende-se que 81,8% dos entrevistados avaliam a ênfase da sua graduação em Direito como voltada ao litígio, contra apenas 4,5% que afirmam que a graduação enfatizou os métodos consensuais de solução de conflitos.

Em relação aos objetivos da mediação, quando ensinada durante a graduação em Direito, observou-se o seguinte resultado:

Durante a sua graduação em Direito, a mediação foi abordada como:



Gráfico 12. Ensino dos objetivos da mediação

Fonte: Elaboração própria

Do gráfico acima se denota que, além da alta porcentagem de entrevistados que não tiveram o ensino da mediação durante a graduação (68,2%), consta em segundo lugar o ensino da mediação como, principalmente, um método que visa a diminuição das ações judiciais no Poder Judiciário, contra apenas 9,1% dos entrevistados que afirmaram que uma solução personalizada e eficaz foi mencionada como um dos objetivos da mediação.

Por fim, promovendo-se um filtro para abordar tão somente as respostas dos mediadores formados a partir de 2015, a fim de perquirir se há alguma mudança nos resultados apontados até então, verificou-se que 75% possui inscrição na OAB, 50% ocupa cargo público (técnico judiciário, analista, etc), enquanto os outros 50% são também advogados:

O(a) senhor(a) possui inscrição na OAB?

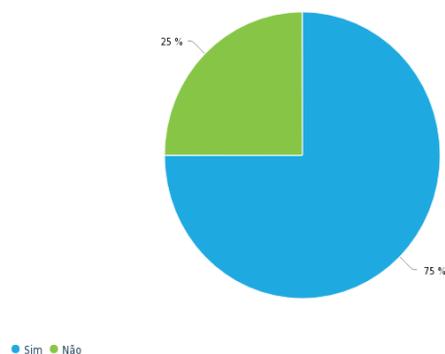


Gráfico 13. Mediadores formados a partir de 2015 com inscrição na OAB

Fonte: Elaboração própria

O(a) senhor(a) exerce outra profissão, simultaneamente com a atividade de mediador?

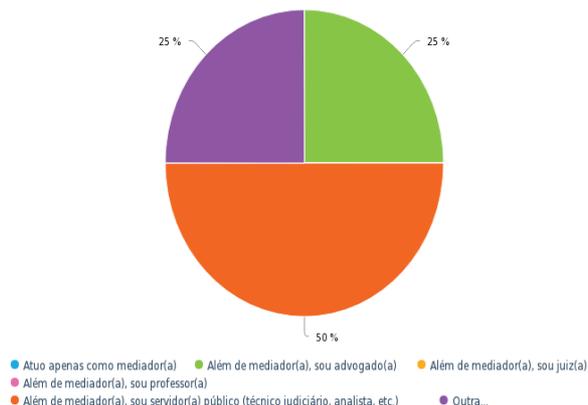


Gráfico 14. Atividades dos mediadores formados a partir de 2015

Fonte: Elaboração própria

Destaca-se que dentre os mediadores formados a partir de 2015, 100% afirmou que a mediação foi abordada em uma disciplina obrigatória, sendo que 50% afirmou que a mediação foi assunto de uma ou mais de duas aulas inteiras dentro dessa disciplina obrigatória:

Durante a sua graduação em Direito, a mediação foi abordada:

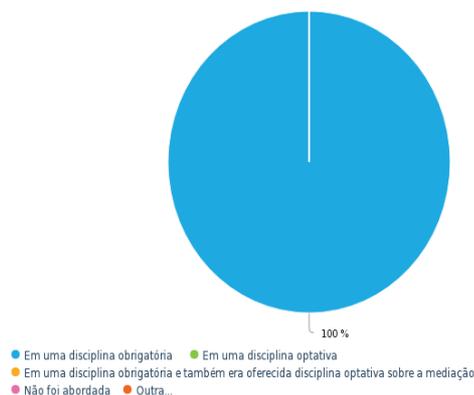


Gráfico 15. Abordagem da mediação na graduação dos mediadores formados a partir de 2015

Fonte: Elaboração própria

No caso da mediação ter sido abordada em uma disciplina obrigatória na sua graduação, avalie a forma em foi abordada:

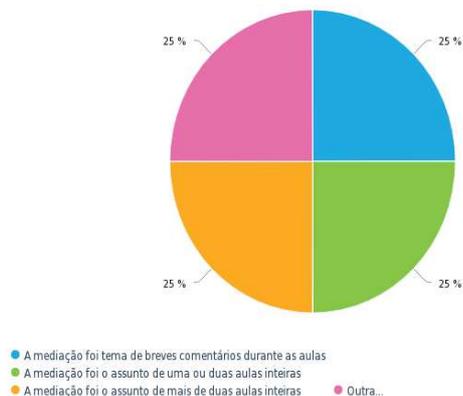


Gráfico 16. Forma de abordagem da mediação na graduação dos mediadores formados a partir de 2015

Fonte: Elaboração própria

Por outro lado, 100% dos entrevistados com formação a partir de 2015 afirmou que a ênfase da graduação em Direito ainda foi no litígio, e 50% afirmou que a mediação foi abordada como um método que visa, principalmente, a diminuição de demandas no Poder Judiciário:

Na sua concepção, durante o curso de graduação em Direito a ênfase do ensino era nos métodos alternativos de solução de conflitos ou no litígio?

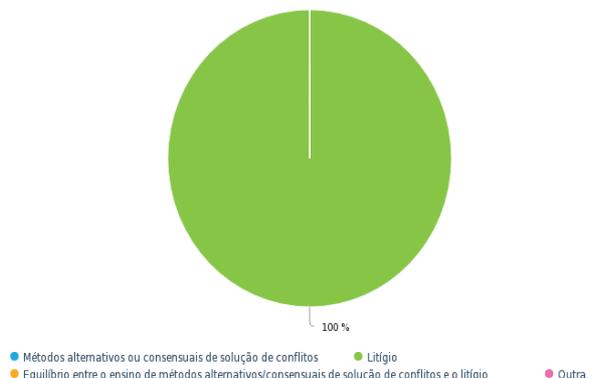


Gráfico 17. Ênfase da graduação em Direito dos mediadores formados a partir de 2015

Fonte: Elaboração própria

Durante a sua graduação em Direito, a mediação foi abordada como:



Gráfico 18. Ensino do objetivo da mediação na graduação dos mediadores formados a partir de 2015

Fonte: Elaboração própria

Ainda, 75% dos entrevistados com formação a partir de 2015 sustentou que o interesse em atuar como mediador teve origem em uma experiência profissional, enquanto que 25% afirmou que o interesse adveio da graduação em Direito:

O seu interesse em atuar como mediador teve origem:



Gráfico 19. Origem do interesse pela mediação nos mediadores formados a partir de 2015

Fonte: Elaboração própria

Vislumbra-se dos gráficos acima que a despeito da significativa melhora na abordagem da mediação na graduação em Direito dos mediadores formados a partir de 2015, através do ensino em disciplinas obrigatórias e com duração de uma ou mais aulas inteiras dedicadas ao assunto, a formação desses mediadores ainda foi centrada no litígio, com a abordagem da mediação como um método de diminuição de demandas no Poder Judiciário. Ademais, verificou-se uma baixa porcentagem de mediadores formados a partir de 2015 que afirmaram que o interesse em atuar como mediador adveio da graduação em Direito (25%), em face dos 75% que afirmaram que o interesse teve origem em uma experiência profissional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a mediação e os métodos consensuais de resolução de conflitos deram o pontapé inicial para a positivação e regulamentação da autocomposição no ordenamento jurídico brasileiro (MARQUES, 2017, p. 169), culminando na edição da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e no Código de Processo Civil de 2015.

Uma vez regulada por Lei, espera-se que o ensino dos métodos consensuais de resolução de conflitos, precipuamente a mediação, ganhem maior espaço nas grades curriculares das graduações e pós-graduações em Direito, sobretudo pela cultura positivista do sistema jurídico brasileiro.

O ensino adequado da mediação na graduação em Direito e em outros cursos poderia justificar a restrição imposta pela Lei de Mediação, em seu art. 11, ao exigir a formação em curso superior há pelo menos dois anos para a atuação como mediador judicial, o qual será responsável por conduzir as audiências em que há um relacionamento preexistente entre as partes, constituindo, em regra, conflitos mais complexos, com o objetivo de pacificação.

Dos dados coletados do Cadastro de Auxiliares da Justiça do TJPR, observou-se que a maior parcela dos mediadores são formados em Direito, exercendo a advocacia simultaneamente com a mediação judicial. Ainda, a maior

porcentagem dos mediadores atuantes no TJPR concluiu a graduação entre 2005 e 2015, período marcado pelas reformas no CPC de 1973 e pelo iminente advento do CPC de 2015, além da publicação da Lei de Mediação em 2015.

Todavia, verificou-se que na graduação dos mediadores formados em Direito até 2015, mais de 50% afirmaram que a mediação não foi abordada durante as disciplinas, e 81,8% responderam que a ênfase do ensino na graduação em Direito era aplicada ao litígio.

Por outro lado, verificou-se que na graduação em Direito dos mediadores formados a partir de 2015, houve um avanço no ensino da mediação, tendo em vista que 100% dos entrevistados afirmou que o método foi abordado em uma disciplina obrigatória, enquanto que 50% afirmou que a mediação foi tema de mais de duas aulas inteiras. Contudo, verificou-se que mesmo com uma maior abordagem da mediação dentre os entrevistados com formação a partir de 2015, o litígio continua sendo a ênfase do ensino (100%), além da permanência do enfoque na função instrumental da mediação para a diminuição das demandas judiciais no Poder Judiciário, ao invés do enfoque na solução eficaz e personalizada para as lides (50%).

Diante de todo o exposto, foi possível observar, mesmo na amostragem limitada da presente pesquisa, que o ensino da mediação na graduação em Direito dos mediadores cadastrados no TJPR foi, até 2015, bastante insuficiente, apresentando melhora a partir de 2015, tendo em vista a abordagem em disciplinas obrigatórias e reservando aulas inteiras para a sua discussão.

No entanto, verificou-se que, ao menos nesses primeiros anos após a vigência do CPC de 2015, a cultura da litigância permanece prevalecendo na formação dos novos juristas. Ainda, observou-se que o enfoque do ensino dos métodos consensuais de conflitos ainda tem sido a mera diminuição de demandas no Poder Judiciário, o que deveria ser tido enquanto efeito secundário do tratamento personalizado e eficaz das lides submetidas aos métodos consensuais.

Isso posto, pode-se concluir que a exigência de formação em curso superior há pelo menos dois anos não se mostra lógica e razoável se fundamentada em eventual formação obtida pelo mediador durante a sua graduação, uma vez que, conforme demonstrado, o ensino dos métodos consensuais de resolução de conflitos ainda carece de aperfeiçoamento e desenvolvimento, a fim de consolidar a mediação no ordenamento jurídico brasileiro com a observância de sua verdadeira essência e funcionalidade, qual seja, a concretização e ampliação da garantia constitucional do acesso à justiça.

Em que pese o presente trabalho se restringir aos mediadores com formação em Direito, para fins de delimitação da análise, a pesquisa acerca da abordagem da mediação nos demais cursos de graduação também é relevante, mormente quando a Lei de Mediação não exige a formação em Direito para a atuação como mediador, bastando a conclusão de curso superior há pelo menos dois anos. Cursos como Psicologia, Economia, Administração podem oferecer disciplinas e especializações relevantes para a área da mediação.

REFERÊNCIAS

1. AZEVEDO, A. G. (org.). Manual de mediação judicial. 6. ed. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2016. 392 p.
2. BUZANELLO, G. M. Os objetivos do novo CPC e as alterações trazidas com a terceira onda de reforma e a valorização da jurisprudência. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37691/os-objetivos-do-novo-cpc-e-as-alteracoes-trazidas-com-a-terceira-onda-de-reforma-e-a-valorizacao-da-jurisprudencia>. Acesso em 24 mar. 2020.
3. FALECK, D.; TARTUCE, F. Introdução histórica e modelos de mediação. Disponível em: www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em 15 mar. 2020.
4. GRINOVER, A. P.; SADEK, M. T.; WATANABE, K. (coord.). Estudo qualitativo sobre boas práticas de mediação no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, Cejus, 2014.
5. GRINOVER, A. P. O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidade e incompatibilidades. Publicações da Escola AGU, Brasília, v. 8, p. 15-36, jan./mar. 2016.
6. MARQUES, H. C. Os conciliadores e mediadores judiciais como auxiliares da justiça (art. 149 do CPC). Revista FONAMEC, Rio de Janeiro, v.1, n. 1, p. 157-170, mai. 2017.
7. MUNIZ, T. L.; SILVA, M. C. O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos. Rev. Fac. Direito Univ. Fed. Rio Gd. Sul, Porto Alegre, n. 39, vol. esp., p. 288-311, dez. 2018.
8. PINHO, H. D. B.; PAUMGARTTEN, M. P. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação. REDP, Rio de Janeiro, v. 11, n. 11, p. 184-216, 2013.
9. PONCIANO, V. L. F. Morosidade do poder judiciário: prioridades para a reforma. Scientia Juris, Londrina, v. 11, p. 209-226, 2007.
10. SALES, L. M. M.; CHAVES, E. C. C. Mediação e conciliação judicial: a importância da capacitação e de seus desafios. Sequência, Florianópolis, n. 69, p. 255-280, dez. 2014.
11. TARTUCE, F. Mediação de conflitos: proposta de emenda constitucional e tentativas consensuais prévias à jurisdição. Rev. magister direito civ. process. civ., Porto Alegre, n. 82, p. 05-21, jan./fev. 2018.
12. _____. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. Rev. Processo, São Paulo, v. 41, n. 258, pp. 495-516, 2016.
13. Barbado MT. Reflexões sobre a institucionalização da mediação no direito positivo brasileiro. In: De Azevedo, A. G. (org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. p. 206.

ALIENAÇÃO PARENTAL E A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA AO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

PARENTAL ALIENATION AND MEDIATION AS AN INSTRUMENT OF THE FUNDAMENTAL RIGHT OF FAMILY - LIFE OR COEXISTENCE - GUARANTEE

Alessandra Cristina Kszan Pancera¹, Roberta Sandoval França Nogaroli²

O presente artigo propõe-se a observar o instituto da alienação parental não apenas na sua perspectiva dogmática positivista, mas com os olhos voltados à perspectiva comportamental a ele inerente. É, ontologicamente, no comportamento da criança e do adolescente alienado que o artigo se desenvolve e que encontra suas bases de sustentação. No contexto brasileiro, a aprovação da Lei nº. 12.318/2010 trouxe luz ao instituto, funcionando como mecanismo de eficácia do Princípio Constitucional insculpido no Art. 227 da Constituição Federal Brasileira, garantindo a primazia da convivência familiar saudável. Se, para além disso, a edição da Lei possibilitou amplo debate sobre o tema e permitiu a sua necessária oxigenação, de outro lado, a banalização do instituto permitiu a ocorrência de abusos estruturais que, ainda, nos dias de hoje, trazem injustiças. O presente estudo pretende, então, a partir do diálogo com outros métodos, explicar que o uso exclusivo do poder judiciário no enfrentamento das questões relativas à alienação parental não permite o máximo aproveitamento do instituto, uma vez que não é capaz de atuar profundamente na origem do conflito causador do drama familiar. A mediação contribui decisivamente para a restauração do diálogo e para o autorreconhecimento de cada um dos atores da relação parental. A resposta empírica verificada é não somente a solução, em grande medida, nos casos postos, mas, a diminuição da renovação do conflito.

Palavras-chave: Alienação Parental. Convivência Familiar. Direito Fundamental. Mediação.

This article proposes to observe the institute of parental alienation not only in its positivist dogmatic perspective, but also with its eyes turned to the behavioral perspective inherent to it. It is ontologically in the behavior of the alienated child and adolescent that the article develops and finds its support bases. In the Brazilian context, the approval of Law Statement no. 12.318/2010 brought light to the institute, functioning as a mechanism for the effectiveness of the Constitutional Principle inscribed in Art. 227 of the Brazilian Federal Constitution, guaranteeing the primacy of healthy family life. If, in addition, the edition of that Law allowed a wide debate on the subject and its necessary oxygenation, on the other hand, the trivialization of the institute allowed structural abuses to occur, which, even today, bring perennial injustices. The present study intends, then, from the dialogue with other methods, to explain that the exclusive use of the judiciary power in facing issues related to parental alienation does not allow the maximum use of the institute, since it is not able to act deeply in the origin the conflict that caused the family drama. Mediation contributes decisively to the restoration of the dialogue of consequence the self-recognition of each of the actors in the parental relationship. The verified empirical response is not only the solution to a large extent in the cases presented, but also the reduction of the renewal of the conflict.

Keywords: Parental Alienation. Family living. Fundamental right. Mediation.

¹ Alessandra C. K. Pancera é advogada, sócia de Trevisan & Pancera Advogados, especialista em Direito Civil, Empresarial e Direito de Família pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e mestranda em Psicologia Forense pela Universidade Tuiuti do Paraná. Mediadora certificada pelo IMAP, IMAB e CNJ, membro da Comissão de Mediação da OAB/PR, com endereço de e-mail: alessandra@trevisanepancera.adv.br.

² Roberta Sandoval França é Advogada, sócia de Sandoval França Sociedade Unipessoal de Advocacia, especialista em Direito Privado pela UFPR. Mestranda em Direito Constitucional – linha de pesquisa Jurisdição e Processo na Contemporaneidade, pelo PPGDUinter. Mediadora certificada pelo IMAP, IMAB e CNJ. Membro da 1ª. COFEPRO e da Comissão de Mediação da OAB/PR. Com endereço de e-mail: robertafr@terra.com.br.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo nasceu da necessidade de se demonstrar que o direito fundamental da convivência familiar é melhor alcançado se o instituto da alienação parental puder ser enfrentado não a partir da aplicação da Lei 12.318/2010, mas através do diálogo do direito com outro método de resolução de conflito, como, por exemplo, a mediação.

O problema verificado a partir da leitura atenta da doutrina clássica é o de demonstrar que apenas a aplicação da norma vigente não garante a plenitude do instituto da alienação parental porque não instrumentaliza a plena convivência familiar. E a razão não está na ausência de legitimidade da Lei, visto que, de fato e não raras vezes, serve para frear injustiças. Todavia, o enfrentamento do tema, a partir do método de resolução consensual de conflito eleito, permite e assegura efetividade ao fundamento constitucional da convivência familiar.

Deste modo o artigo é atual e de grande relevância, uma vez que tanto a mediação quanto a Lei da alienação parental são objeto de debate institucional pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário. O presente artigo foi, portanto, confeccionado a quatro mãos, tendo as pesquisadoras seguindo os critérios de pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa e está dividido em quatro seções que tem por escopo facilitar o entendimento e apresentar de forma concisa os elementos mais relevantes sobre metodologia da pesquisa científica utilizados.

Por fim, importa dizer que, metodologicamente, se fez uso, também, da análise de dados fornecidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná quanto ao desempenho de seus CEJUSCs para fomentar as conclusões expostas ao final deste artigo.

2. NOÇÕES INICIAIS SOBRE A ALIENAÇÃO PARENTAL

A separação de um casal pode trazer impactos significativos para os filhos que, muitas vezes, sentem-se sóz, perdidos e com um profundo sentimento de culpa pela separação de seus pais. Sentimentos de raiva, medo, fobia, responsabilidade, perda da identidade, solidão, conflito de lealdade, doenças somáticas (dores de cabeça e estômago, por exemplo), alteração na performance escolar e alinhamento com um dos genitores, dentre outros, são bastante comuns entre as crianças e adolescentes no período pós-divórcio (WALLERSTEIN; KELLY, 1976).

Na maioria dos casos, entretanto, após um período de ajustamento necessário, estas emoções acabam sendo acomodadas sem que haja maiores danos para eles e para a família como um todo. Kopetski (1988 apud MONTEZUMA, PEREIRA e NETO, 2019) afirma que sintomas de desgaste emocional são percebidos em quase todas as crianças que passam por um processo de divórcio, mas que, com a regularização da convivência, a tendência é de que haja uma dissipação desses sintomas.

Contudo, há um percentual significativo de crianças e adolescentes que, por alguma disfunção, mesmo após um período significativo de tempo da separação de seus pais, passam a apresentar evidências de consolidação de padrões depressivos, angústias e sentimentos conflituosos em relação a um dos genitores.

Wallerstein e Kelly (1976) foram os primeiros a observarem e a chamarem a atenção aos inúmeros problemas que poderiam ser enfrentados pelos filhos no pós-divórcio. Eles perceberam que algumas destas crianças, após um período de aceitação do divórcio, voltavam a uma relativa estabilidade emocional, enquanto outras seguiam desajustadas e com sérios problemas psicológicos e até mesmo físicos.

Para entender as razões desses desajustes que acometiam muitos dos chamados "filhos do divórcio", Johnston e Kelly (2004) afirmam que inúmeros estudos sequenciais àquele produzido por Wallerstein e Kelly, em 1976, acabaram sendo concebidos, dentre eles, o idealizado por Richard Gardner em meados da década de 1980.

Gardner, um psiquiatra forense americano e professor da Universidade de Columbia, em Nova Iorque, estudioso do comportamento das crianças e adolescentes, especialmente dos que estavam envolvidos em processos de disputa de custódia, ganhou bastante notoriedade ao publicar, em 1985, um estudo introduzindo o conceito de Síndrome de Alienação Parental, nomenclatura que acabou sendo disseminada mundialmente. Segundo ele, muitas crianças e adolescentes envolvidos em disputas de guarda/custódia apresentavam perturbações mentais que comprometiam o seu relacionamento com um dos genitores em razão da conduta alienante do outro.

Gardner entendia que esse fenômeno seria uma verdadeira síndrome, pois existiriam tanto sinais caracterizadores da alienação quanto outros sintomas bem específicos. Assim, conceituou a Síndrome de Alienação Parental como "o distúrbio que acometeria crianças envolvidas em disputas de custódia que ficavam obcecadas com a depreciação e crítica em relação a um dos genitores, de forma exagerada e injustificada" (GARDNER, 1985, p. 1). Isto, segundo ele, dar-se-ia em razão da combinação de doutrinação do genitor alienante e de contribuições da própria criança (GARDNER, 2001).

Ao cunhar esses comportamentos como uma síndrome, Gardner afirmava que a sua principal causa seria o comportamento do genitor alienante, cujas atitudes poderiam implicar desde uma mera "lavagem cerebral" a outros abusos provocados por fatores conscientes, subconscientes e inconscientes por parte dele em relação ao outro, no sentido de desqualificá-lo. Para referido autor, o comportamento de rejeição das crianças dar-se-ia em função das atitudes perpetradas pelo genitor alienador, com quem a criança passava a alinhar um comportamento de fidelidade absoluta (GARDNER, 1985).

Em seus estudos, Gardner chegou a classificar oito sintomas primários decorrentes da alienação, sendo eles: 1) campanha de difamação contra o genitor alienado; 2) racionalizações fracas, absurdas ou frívolas para a depreciação; 3) falta de ambivalência no tratamento familiar; 4) o fenômeno do pensador independente (a criança afirma que ela mesma formulou a sua opinião contra o genitor alienado); 5) apoio reflexivo do pai alienante no conflito parental; 6) ausência de culpa sobre a crueldade perpetrada em relação ao genitor alienado; 7) cenários emprestados ou encenações encomendadas, de modo que a criança incorpora cenas alheias às suas lembranças; 8) propagação da animosidade para a família alargada e amigos do genitor alienado.

Além destes, apresentou outros diferenciais que poderiam ser levados em consideração para o diagnóstico, como a dificuldade de transição no momento da visitação, o comportamento da criança/adolescente durante a visitação, o vínculo da criança/adolescente com o alienador e o vínculo que existia com o pai alienado antes da alienação.

Com base nestes sintomas, Gardner classificou a Síndrome de Alienação Parental em três níveis: leve, moderada e grave, indicando, para cada qual, o respectivo tratamento.

Nos casos leves, em que a convivência estivesse ocorrendo regularmente, sem necessidade de imposições judiciais, Gardner dizia que não seria o caso de alteração da guarda/convivência. Contudo, nos casos moderados e graves, acabou propondo soluções que foram consideradas, até mesmo à época, um tanto quanto polêmicas.

De acordo com Gardner (2001), em casos moderados leves, desde que a convivência com o genitor alienado estivesse ocorrendo normalmente, a criança/adolescente deveria permanecer com o genitor alienante, sendo, no entanto, necessária a imposição de uma "terapia especial à família", com base em ameaças de sanções caso houvesse falha no cumprimento do cronograma de visitação.

Quando, entretanto, a alienação estivesse num patamar moderado grave, que ocorreria quando o genitor alienador, embora permitisse que a convivência do filho com o alienado ocorresse, fosse bastante resistente a ela, Gardner (2001) recomendava a alteração da guarda dos menores como um modo de reduzir a sintomatologia. Para o autor, sem a remoção das crianças alienadas do lar alienador, qualquer tratamento psicoterápico não surtiria efeito.

Já, nos casos graves, em que as crianças já estivessem envoltas em um quadro de perturbação psíquica significativa e recusassem qualquer contato com o genitor alienado, Gardner (2001) propunha um programa de transição em que elas seriam retiradas da casa do genitor alienador e colocadas em lares transitórios e, a partir de então, seriam inseridas aos poucos na residência do genitor alienado.

Conforme Gardner (1985), a única solução para a interrupção do processo patológico decorrente da Síndrome de Alienação Parental nos casos moderados graves e graves seria o afastamento da criança ou adolescente do genitor alienante. Seria necessário um período de descompressão para que a criança alienada tivesse condições de restabelecer o contato com o genitor alienado, sem a contaminação do outro que fez a lavagem cerebral. E a retomada desta convivência somente poderia ocorrer de forma muito gradual, criteriosa e com o devido monitoramento. Além disso e se necessário fosse, recomendava a imposição de medidas coercitivas, ameaçadoras e/ou punitivas, que incluiriam multas, retenção dos filhos, prisão domiciliar e até o encarceramento.

A proposta de Gardner, tanto pelo diagnóstico atribuído como Síndrome quanto ao tratamento prescrito, foi alvo de muita crítica de estudiosos tanto à época quanto ainda hoje. Johnston & Kelly (2004) criticaram-no abertamente, apontando uma série de inconsistências aos seus estudos. Publicaram um comentário ao seu trabalho intitulado "Rejoinder to Gardner's 'Commentary on Kelly and

Johnston's 'The Alienated Child: A Reformulation of Parental Alienation Syndrome'". Afirmavam que não havia evidências empíricas à proposta de Gardner para a inclusão desse diagnóstico como categoria psiquiátrica do DSM, já que sua teoria não atendia às exigências da Associação Americana de Psiquiatria para incluí-lo como síndrome (para que o diagnóstico fosse incluído como síndrome, segundo a Associação de Psiquiatria, seria necessário o aparecimento de um conjunto de sintomas que pudessem caracterizar uma doença reconhecida e empiricamente verificada). E mais, diziam que a teoria de Gardner focava-se exclusivamente na figura do agente alienador, desconsiderando o papel de outros agentes e fatores que poderiam implicar no comportamento das crianças/adolescentes, inclusive a possibilidade de que tal decorresse em razão de alguma forma de proteção.

Quanto ao tratamento proposto por Gardner para a Síndrome de Alienação Parental com o emprego de ameaças de sanções judiciais, transferência ordenada da guarda, imposição de lar de transição, etc., Johnston e Kelly (2004, p. 4) afirmam que seria uma verdadeira "licença para tirania" ou que, no mínimo, poderia acarretar "abuso de poder e violação dos direitos civis dos clientes".

A proposta de Gardner para que a alienação parental fosse incluída como Síndrome, vale mencionar, nunca foi validada pela Associação Americana de Psiquiatria, jamais tendo sido aceita para o DSM-V nem para a Classificação Internacional de Doenças (CID). No entanto, esse debate acabou espalhando-se mundialmente e hoje há uma verdadeira confusão sobre qual seria a melhor nomenclatura, se alienação parental ou síndrome de alienação parental.

Para Navarro de Oliveira (2015), a Alienação Parental seria o comportamento de um dos genitores com o intuito de desconstituir o outro ao filho. Já a Síndrome de Alienação Parental seria a sintomatologia apresentada pela criança (efeitos emocionais e comportamentais), decorrentes deste processo de desqualificação perpetrado por um dos pais em relação ao outro.

Não obstante, entretanto, as propostas de Gardner terem gerado grande polêmica, o fato é que seus estudos e publicações chamaram atenção a um tema bastante delicado. Isso fez com que outros estudiosos se debruçassem na compreensão do problema. Para Kelly e Johnston (2001), críticos ferrenhos às ideias de Gardner, poderia haver outras explicações e/ou fatores para o fato de uma criança e/ou adolescente rejeitar um dos genitores, não apenas a ideia unidimensional proposta por Gardner, de que apenas o comportamento alienante de um deles seria o principal responsável. Eles citam fatores como: a idade e o nível de desenvolvimento dos envolvidos; as atitudes dos pais (de ambos ou de só um deles); novos relacionamentos; o próprio contexto litigioso do processo de custódia/guarda; falta de habilidades parentais; violência doméstica, dentre outros.

O debate possibilitou que não mais se fechassem os olhos para um problema que fazia parte da realidade de muitas famílias que iam à Justiça pelo direito de terem uma convivência saudável com seus filhos, os quais enfrentavam quadros emocionais devastadores e reclamavam a necessária intervenção do Poder Judiciário.

3. A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR NO ÂMBITO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

3.1. O Contexto Brasileiro

Apesar desse embate polêmico envolvendo o tema, se síndrome, ou não, se os fatores para sua caracterização seriam uni ou multidimensionais, o fato é que, especialmente, a partir dos estudos de Gardner, a alienação parental passou a ser um tema muito estudado e pesquisado, principalmente em razão das transformações da sociedade.

Mudanças estruturais como a inserção da mulher no mercado de trabalho, o abandono do modelo patriarcal de família, a facilitação do divórcio e a participação dos homens nos cuidados com seus filhos, dentre outros fatores, acarretaram um aumento no número de conflitos entre os ex-casais. Estes passaram a disputar a guarda e a pleitear o direito de conviverem com seus filhos. E aí, o tema que trata da alienação parental passou a despertar atenção, desafiando o Poder Judiciário a dar respostas e soluções.

E foi justamente nesse contexto que, no Brasil, foi aprovada de forma unânime a Lei nº 12.318/2010, em 26 de agosto de 2010, que trata do tema alienação parental. Essa lei surgiu como um mecanismo à preservação das famílias e para garantir que crianças e adolescentes tivessem uma convivência familiar saudável, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal. O Projeto de Lei nº 4053/08, que a antecedeu, propunha, em sua exposição de motivos, "coibir todo ato atentatório à perfeita formação e higidez psicológica e emocional dos filhos de pais separados ou divorciados", e prover ferramentas específicas que permitissem a intervenção judicial para lidar com a alienação parental e para "proteção do pleno exercício da paternidade".

A lei, evidentemente, ganhou destaque significativo no ambiente jurídico e sua publicação foi comemorada como uma verdadeira conquista da sociedade na proteção da convivência familiar. Conceituou alienação parental, trouxe exemplos de atos alienadores, propôs medidas para coibição e estabeleceu, em seu artigo 3º, que:

"[...] a prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança e do adolescentes a uma convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda".

Embora essa lei tenha possibilitado que se trouxesse à tona uma discussão importante acerca do papel dos genitores na formação dos filhos, acabou ensejando com a sua aplicação uma série de injustiças. Isto porque, segundo Leal (2017), houve uma banalização do instituto, passando-se a atribuir a qualquer ato de repulsa por parte da criança ou adolescente em face do genitor que não detinha sua guarda como um ato de alienação parental, desconsiderando outros fatores que poderiam estar envolvidos para justificar esta recusa. E, por conta dessa banalização e inadequação na

aplicação da lei e do instituto, aqueles que deveriam ser protegidos acabaram tendo seus direitos fundamentais prejudicados.

3.2. Fatores Multidimensionais da Recusa da Criança e os Mecanismos para Melhor Avaliação das Questões

Para Gomide e Matos (2016), na linha apontada por Johnston e Kelly (2004), vários comportamentos podem levar uma criança a evitar o genitor, desde uma alienação parental efetivamente, mas também a baixa qualidade parental, alcoolismo, drogadição, temperamento violento, doenças psicológicas de um dos genitores, abusos, dentre outros fatores. Leal também aponta outro fator que contribuiria para o afastamento da criança. Para ela, também, "a forma como o alienado contribuiu para sua própria alienação, gerando a situação de conflito e distanciamento da criança" (LEAL, 2017, p.49) deve ser considerada e analisada, pois a ausência injustificada e prolongada do genitor seriam, nesse contexto, um fator importante para determinadas atitudes.

Vários são, portanto, os fatores que poderiam contribuir para o afastamento da criança de um dos genitores, não apenas a alienação parental. Claro, esta existe, é fato e é uma realidade sombria que causa sérios prejuízos emocionais na criança e na família como um todo, deixando com sequelas irreparáveis.

A alienação parental, segundo dispõe o artigo 2º da Lei 12.318/2010, é:

"[...] a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este, pode ocorrer de várias formas".

Em consonância com o estabelecido na Lei, a campanha de desqualificação perpetrada por um dos genitores em relação ao outro de forma ostensiva ou velada; a obstaculização do exercício parental em contatos com o filho; a obstrução da convivência familiar; a omissão em prestar informações importantes sobre o filho ao outro genitor (questões médicas, escolares, endereços); a mudança de domicílio com o objetivo de dificultar a convivência; a apresentação de falsas denúncias para obstar a convivência, dentre tantos outros atos perpetrados pelo alienante com o objetivo de afastar a criança do outro genitor (alienado) precisam da devida resposta judicial.

Observa-se que as razões para a ocorrência da alienação parental são inúmeras. Montezuma, Pereira e Melo (2019) mencionam que podem ir desde a incapacidade de aceitação da ruptura, tentativas de manutenção do relacionamento por meio do conflito, vingança, ciúmes, culpa, novos relacionamentos do outro cônjuge, prolongados litígios e até mesmo patologias individuais. Além disso, Lass (2013 apud Gomide e Matos, 2016) complementa que algumas desordens de personalidade presentes entre as genitoras alienadoras, como, por exemplo, paranoide, narcísica e antissocial, podem contribuir para a ocorrência da alienação.

Para Johnston e Kelly (2004, p. 5), a "alienação parental é uma forma de controle psicológico ou parenta-

lidade intrusiva”, cujos resultados ainda são largamente desconhecidos, por isso, o importante é que os motivos pelos quais uma criança evita um dos genitores sejam avaliados e adequadamente identificados para que não se venha a imputar um comportamento como alienador quando, eventualmente, poderia ser, por exemplo, um comportamento protetor. O que se deve analisar, segundo Gomide e Matos (2016), é se há uma razão real para essa rejeição da criança decorrente, por exemplo, de negligência, abuso físico ou sexual, abandono, violência doméstica, ou se seria mesmo o caso de alienação parental. Apenas descobrindo-se as razões do afastamento é que será possível buscar as soluções para o problema, impedindo-se, com isso, que crianças e adolescentes indefesos possam ser expostos a riscos de quaisquer ordens.

E, para que se possa aferir tais circunstâncias, uma importante fonte de auxílio seria o adequado diagnóstico da questão. A lei de alienação parental, neste contexto, prevê, em seu art. 5º, a necessária realização de avaliação biopsicológica ou biopsicossocial. Este é um passo do processo importantíssimo, pois se for realizado adequadamente, poderá aproximar-se de um diagnóstico mais conclusivo acerca das razões pelas quais uma criança estaria negando-se ao convívio com o seu genitor, evitando-se, assim, a eventual aplicação inadequada da lei.

Além dessas avaliações que, especialmente nos processos de alienação parental, deveriam ser realizadas com a celeridade que o tema merece, sendo um dos primeiros atos processuais, outros mecanismos também poderão ser de grande auxílio no entendimento das razões pelas quais uma determinada criança ou adolescente age desta ou daquela forma, recusando-se ao contato com seu genitor ou responsável. E a mediação, neste contexto, pode ser também um importante instrumento de pacificação.

3.3. O Processo Judicial como Elemento Agravante da Alienação Parental

Sejam quais forem as razões decorrentes da recusa da criança ao contato com o pai, o que não se pode permitir é que, além de todas elas, o processo judicial seja um elemento a mais para gravar a situação. Gardner (1985) já mencionava que a extensão dos conflitos judiciais em processos acabava sendo mais um trauma psicológico, embora, eventualmente, este pudesse ser um problema evitado. Madaleno e Madaleno (2019, p. 29) acrescentam que esse é um fenômeno que “geralmente tem seu início a partir de disputas judiciais pela guarda dos filhos”, o que faz com que “sentimentos de traição, rejeição, abandono e angústia” sejam despertados nas partes.

Para Lund (apud LEAL, 2017, p. 55),

[...] um diálogo e uma negociação precoce podem ser instrumentos importantes para propiciar o contato da criança com o genitor alienado, já que o distanciamento deste pode gerar fobias e ansiedades para a criança diante do contato com o genitor.

Isto, evidentemente, naqueles casos possíveis e em que não houver violação à integridade dos envolvidos.

Oliveira e Brito (2013, p. 87), reforçando a ideia de que o processo judicial pode ser instrumento de

escalonamento dos conflitos, afirmam que a “judicialização do viver” permite que conflitos familiares e mudanças acarretadas pelo divórcio acabem sendo caracterizados como alienação parental, deixando-se de buscar “redes de serviços que apoiem as famílias e incentivem a participação dos pais nos cuidados dos filhos, em especial nas situações de litígio conjugal”.

Desta forma, tem-se que, especialmente nos casos envolvendo alienação parental, medidas rápidas e eficientes podem auxiliar a conter um escalonamento desmedido dos conflitos. Como afirma Gimenez (2017, p. 51),

[...] a agilidade nas decisões judiciais é fator primordial para se evitar, minimizar ou corrigir a prática de alienação parental. O tempo é o maior aliado do alienador, eis que depois de instalada a alienação, muito árdua se torna a tarefa de sua reversão.

É nesse contexto que os métodos adequados de solução de conflitos, como a conciliação e especialmente a mediação, podem funcionar como instrumentos à readequação da convivência familiar, eis que podem auxiliar na construção de um diálogo e na recuperação de laços. Tais instrumentos podem, inclusive, contribuir nos inúmeros casos de autoalienação, colaborando para que o distanciamento entre genitores e seus filhos não se tornem barreiras insuperáveis ou demasiadamente traumáticas para os envolvidos.

3.4. A Mediação como Instrumento de Garantia ao Direito Fundamental à Convivência Familiar

Considerando as peculiaridades da alienação parental, bem como a necessidade de proteção constitucional do menor tutelado, enquanto direito fundamental de que tratam os artigos 226 e 227 da Constituição Federal, entende-se razoável buscar meios eficazes e políticas que assegurem o menor dano possível. E, nesse sentido, escapa ao judiciário a possibilidade de pronta resolução do problema. Isto porque, não raras vezes, o litígio não constrói laços e nem mesmo restaura relações. Ao contrário, traz apenas aparente eficácia que se deteriora com o tempo porque, no conflito, a causa imediata pode ser judicialmente resolvida, mas a mediata não.

A causa do conflito continua subjacente, não tratada, não esquecida e acarretando sérios danos a todos os envolvidos. Nas questões de Família, especialmente naquelas que se constituem verdadeiros dramas familiares, não há vencedores e nem mesmo vencidos. Todos perdem.

O Direito, enquanto dimensão de reconhecimento, é relacional e normativo e somente pode reconhecer como pessoas aquelas “com capacidade para exercer direitos se reconhecermos que somos iguais” (ALMEIDA, 2019, p. 72).

Nesse sentido, a mediação familiar é método de solução pacífica de conflito que mais atende aos interesses realmente determinantes do dilema familiar. A solução perpassa pelo fortalecimento dos vínculos familiares que não se esgotam no colapso das relações conjugais ou afetivas. Ela não somente é opção conciliatória, mas é prioritariamente, opção pelo diálogo, pela reflexão e que visa à conversão do conflito. É um método que pretende superar

a perspectiva do litígio para alcançar a transformação positiva das relações inerentes ao ambiente familiar.

A solução da lide processual não tem relevância extrema, já que a pacificação social advém do diálogo de todas as vertentes que compõem o conflito, desde as mais remotas até aquelas que sobressaem aos olhos. Como na parábola do iceberg, enxergar o que vai acima da linha da água é fácil tarefa. O problema se põe quando se pretende reconhecer o que se encontra abaixo dela.

Desta forma, o método propõe alcançar uma solução verdadeira e real que implica a aceitação e a voluntariedade das partes. Estas, ao sentirem-se integrantes na tomada de decisão, comprometem-se verdadeiramente com o resultado daquilo que soberanamente acordaram. Consequentemente, com a estabilização das relações, procura garantir pela via indireta a observância dos preceitos constitucionais fundamentais de convivência familiar.

Na perspectiva da alienação parental, a mediação é instrumento poderoso de pacificação social, já que, muitas vezes, o conflito é baseado em questões de vingança perpetrada pelos adultos envolvidos, sem qualquer consideração ao desenvolvimento saudável das crianças, ou mesmo com o reconhecimento dos seus direitos fundamentais. E, neste contexto, a tomada de decisão por um terceiro, estranho à relação conflituosa, não trará, senão, o acirramento da espiral de conflito.

Gardner, em 1985, já dizia que o crescimento da mediação traria novo norte para os casos de alienação parental e seria o futuro para os processos envolvendo dissolução de uniões, pois permitiria a satisfação dos interesses dos envolvidos, sem as desvantagens do processo judicial litigioso. Afirmava que existiam boas razões para acreditar que esta se tornaria a maneira mais comum de lidar com as disputas envolvendo questões familiares e que, no futuro, as pessoas perceberiam as demandas litigiosas como verdadeiras "insanidades nacionais". Nas palavras do autor, "a mediação é a esperança do futuro para pais divorciados e há boas razões para acreditar que esta esperança será realizada" (GARDNER, 1985, p. 9).

A mediação propõe-se a ser um método de restabelecimento da comunicação entre as partes. Exige esforços e a percepção de um diálogo consistente permanente, que, se estimulado e acolhido pela sociedade como meio adequado e eficaz de resolução de litígios afetos às relações familiares trará não apenas a diminuição das demandas, mas a melhora da condição biopsicossocial da sociedade

Nazareth (2005) conceitua a Mediação como:

[...] um método de condução de conflitos, voluntário e sigiloso, aplicado por um terceiro neutro e especialmente treinado, cujo objetivo é restabelecer a comunicação entre as pessoas que se encontram em um impasse, ajudando-as a chegar a um acordo.

Para autora, o objetivo é:

[...] facilitar o diálogo, colaborar com as pessoas e ajudá-las a comunicar suas necessidades, esclarecendo seus interesses, estabelecendo

limites e possibilidades para cada um, tendo sempre em vista as implicações de cada tomada de decisão a curto, médio e longo prazo.

Não se trata de ver a mediação apenas como parte de um processo judicial, embora a experiência da mediação judicial surta relevante papel na dinâmica judiciária, mas, também, como um método extrajudicial de solução de conflitos que possibilita às partes, a verdadeira justiça.

Leal (2017, p. 56) afirma que a mediação representa "um instrumento para a efetivação da família democrática, considerando e integrando os sujeitos envolvidos no conflito". Para autora, a mediação pode auxiliar de maneiras incontáveis as partes envolvidas, seja promovendo o consenso e aproximando interesses, seja buscando alternativas menos traumáticas para os envolvidos, evitando-se assim, a imposição de medidas coativas. De igual modo, quando se está diante de uma autoalienação, a mediação possibilita a compreensão do momento vivenciado pelas partes, uma melhor avaliação da situação, a condução do diálogo e a construção conjunta de um caminho que atenda aos interesses e as necessidades das crianças e adolescentes com a reconstrução da convivência familiar.

A Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi, em suas falas, refere-se à mediação como justiça doce (E, de fato, ela é) (BRAGA NETO, 2017, p. 10). O mediador não julga, não sugere e nem mesmo aconselha, apenas, através de suas técnicas de restabelecimento lógico cooperativo e não adversarial da comunicação, confere sentido positivo ao conflito. Essa transformação do conflito permite que as próprias partes encontrem uma solução que até então desconheciam.

Como se vê, a mediação é capaz de garantir eficácia à dignidade da pessoa humana; ao melhor interesse da criança e do adolescente; à solidariedade; à liberdade e afetividade não enquanto meros princípios constitucionais, mas, como direitos fundamentais assegurados a todos os cidadãos.

A experiência do TJPR, capitaneado pela 2ª. Vice-Presidência do referido órgão, demonstra panorama apropriado da eficácia dos métodos autocompositivos em geral (SOUZA NETTO; FOGAÇA, 2019). Tal assertiva é verificada do relatório do núcleo de inteligência do TJPR que comprova que ano 2019 foram realizadas nos CEJUSC's 60.190 audiências de conciliação e mediação, sendo 56.977 processuais e 3.213 pré-processuais. E destas, 17.164 resultaram em conciliações, distribuídas em 14.871 processuais e 2.293 pré-processuais. Isto revelou um aumento de 13,5% no número de acordos realizados em comparação com os havidos no ano anterior, o que demonstra que o instrumento tem sido cada vez mais efetivo.

No mesmo sentido é a experiência observada no Núcleo de Conciliação das varas de família e sucessões de Curitiba, que no segundo semestre de 2018, através da análise de suas pesquisas de satisfação, obteve a indicação de que "97,05% dos usuários afirmaram que sua participação e iniciativa na resolução das questões foi entre satisfatória e muito satisfatória, sentindo-se responsáveis e envolvidos na tomada das decisões. Por sua vez, 85,29% dos usuários afirmaram que a comunicação estabelecida durante a sessão de mediação foi muito boa ou boa. Ademais, 88,23% dos participantes afirmaram que a abordagem das questões

durante a sessão de mediação foi ampla, transcendendo o nível superficial das posições, para alcançar os interesses reais e as necessidades humanas a eles interligadas. Por fim, 88,24% afirmaram que os resultados alcançados com a mediação foram muito satisfatórios ou satisfatórios.” (Carias de Araújo 2018-2019)

Entretanto, isso não significa dizer que a mediação nos casos familiaristas deva ser institucionalizada. Significa dizer que o método é hábil ao seu propósito e que garante olhar eficiente e humanizado à causa familiar, olhar esse que destoa da atividade judiciária, no entanto, é capaz de assegurar em melhor medida a paz social.

A experiência prática da atividade profissional do advogado familiarista nas lidas diárias indica que, com a mediação familiar, o princípio do menor dano possível é encontrado. Assim, o conflito tende a arrefecer-se mais rapidamente porque os atores podem reconhecer as suas deficiências e o quanto as mágoas do passado podem ter influenciado nas dinâmicas familiares atuais. Também, é por meio da escuta atenta que poderão perceber o lugar do outro e o lugar da prole. Então, por meio desse processo poderá haver, em maior escala, o respeito à convivência familiar saudável.

4. CONCLUSÃO

Assim, para que se possa garantir o direito constitucional à convivência familiar e a preservação do melhor interesse da criança e do adolescente impõe-se a utilização de ferramentas hábeis à promoção de tal direito. Não basta que se tenha uma norma para que se realize o anseio da sociedade. Não basta que se tenha um judiciário atuante para que abusos e injustiças não sejam cometidos diariamente. A alienação parental encontra especial atenção porque é onde os maiores abusos, os danos mais drásticos e mais difíceis de serem reparados são encontrados. A constatação da sua ocorrência reclama urgência tanto quanto a sua reprovabilidade, mesmo que se saiba que só a necessária observância do devido processo legal não socorre às vítimas, neste caso. Daí a necessidade de adotar outros métodos que sirvam mais eficazmente para reconhecer e frear a sanha destrutiva da alienação parental.

A lei de alienação parental é uma conquista da sociedade e dos pais e mães antes alijados da convivência familiar saudável, pois trouxe à tona o tema do abuso ao exercício da guarda e do direito constitucional à convivência familiar. Por outro lado, verificou-se que não foi capaz de evitar o esfacelamento das relações familiares e a destruição de vínculos importantes ao desenvolvimento saudável de tantas crianças e adolescentes. Tampouco, a atuação exclusiva do poder judiciário será capaz de mitigar os efeitos das práticas alienadoras, seja por conta da natural demora de tramitação do feito ou mesmo pela inexistência de ferramentas institucionais hábeis ao encargo. Isso, porque a origem do conflito não tem natureza jurídica e não pode ser resolvida só pela norma – embora seja essencial a responsabilização dos atores. Fato é que o litígio surge antes no comportamento humano. Por isso, precisa, coerentemente, ser tratado por um método que possibilite a transformação do conflito negativo em positivo, permitindo o autorreconhecimento, e a voluntariedade, e que conduza as partes a decidirem o futuro e que este, sabendo que o ontem

já ficou para trás e não pode ser mudado, só depende delas mesmas.

Assim, a mediação, com a força de suas técnicas, poderá permitir um pronto atendimento das necessidades sociais. Também poderá ser realizada independentemente de qualquer procedimento judicial, o que garantirá agilidade à solução do conflito. Na mediação o conceito do ganha-ganha realiza-se sem que qualquer das partes tenha a sensação de obrigatoriedade de cumprimento de uma decisão, mas possibilita a certeza da necessidade de colaboração com sua própria opção, com aquilo que livremente decidiu viver.

5. REFERÊNCIAS

1. ALMEIDA, G.A. Mediação e o reconhecimento da pessoa. São Paulo: CLA Cultural, 2019.
2. BRAGA NETO, A. Mediação: uma experiência brasileira. São Paulo: CLA Cultural, 2017.
3. BRASIL. Lei n. 12.318/2010. Brasília: Presidência da República, Subchefia para assuntos jurídicos, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm.
4. BRASIL. Projeto de Lei nº 498/2018. Brasília: Senado Federal, 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7893728&ts=1594018351598&disposition=inline>.
5. CARIAS DE ARAUJO, André. E-paraná judiciário | vol. 5 nº 10, ago. 2018/jan. 2019. <https://www.tjpr.jus.br/docum ents/13302/5936733/e-parana+judiciario+n.+10/d7a3c384-addd-b31c-6353-a225099c2393>
6. GARDNER, R. Should courts order PAS children to visit/reside with the alienated parent: a follow-up study. *The American Journal of Forensic Psychology*, v. 9, n. 3, p. 61-106, 2001. Disponível em: <http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard01a.htm>.
7. GARDNER, R. Recent trends in divorce and custody. *Academy Forum*, v. 29, n. 2, 1985. Disponível em: www.fact.on.ca.
8. GIMENEZ, A. Alienação parental: sete anos de lei. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, v. 21, p. 45-59, 2017.
9. GOMIDE, P.I.C.; MATOS, A.C.H. Diálogos interdisciplinares acerca da alienação parental. In: GOMIDE, P.I.C.; STAUT JR, S.S. (orgs.). *Introdução à psicologia Forense*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 101-20.
10. GOMIDE, P.I.C.; CAMARGO, E.B.; FERNANDES, M.G. Analysis of the psychometric properties of a parental alienation scale. *Paidéia, Ribeirão Preto*, v. 26, n. 65, p. 291-98, 2016. <https://doi.org/10.1590/1982-43272665201602>.
11. JOHNSTON, J.; KELLY, J. Rejoinder to Gardner's "commentary on Kelly and Johnston's 'the alienated child: a reformulation of parental alienation syndrome'". *Family Court Review*, v. 42, n. 4, p. 622-28, 2004. Doi: 10.1111/j.174-1617.2004.tb01328.x.
12. KELLY, J.B.; JOHNSTON, J.R. The alienated child: a reformulation of parental alienation syndrome. *Family Court Review*, v. 39, n. 3, p. 249-66, 2001. Doi: 10.1111/j.174-1617.2001.tb00609.x.
13. LEAL, L.T. Exercício abusivo da autoridade parental sob a perspectiva da democratização da família: uma análise crítica da alienação parental e da autoalienação parental.

Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, v. 24, p. 39-61, 2017.

14. MADALENO, R. Inocência Corrompida. Disponível em: <https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/inocencia-corrompida>.

15. MADALENO, A.C.C. e MADALENO, R. Síndrome de alienação parental: importância da detecção: aspectos legais e processuais. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

16. MONTEZUMA, M.A.; PEREIRA, R.C.; MELO, E.M. Alienação parental, um termo controverso. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, v. 32, p. 95-149, 2019.

17. NAZARETH, E.R. Guia de mediação familiar: aspectos psicológicos. In: APASE (org.). Mediação familiar. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 11-25.

18. OLIVEIRA, A.L. N. Alienação Parental e suas implicações no contexto legal. In: Alienação parental e família contemporânea: um estudo psicossocial. Organização de Álvaro de Oliveira Neto, Maria Emília Miranda de Queiroz e Andreia Calçada; coordenação, Maria Quitéria Lustosa de Sousa, Recife: FBV /Devry, 2015.

19. OLIVEIRA, C.F.B.; BRITO, L.M.T. Judicialização da vida na contemporaneidade. Psicol. Cienc. Prof., Brasília, v. 33, p. 78-89, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932013000500009&lng=pt&nrm=iso.

20. SOUZA NETTO, J.L.; FOGAÇA, A.R. Relatório do núcleo de inteligência. Brasília: TJPR, 2019. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/17189635/RELAT%C3%A9RIO+2%C2%AA+VICE-PRESID%C3%AANCIA+2019.pdf/ef0d34a4-0bee-e2d3-d626-455f4caf3d19>.

21. WALLERSTEIN, J.S.; KELLY, J.B. The effects of parental divorce. American Journal of Orthopsychiatry, v. 46, p. 256-69, 1976. Doi: 10.1111/j.1939-0025.1976.tb00926.x.

A RESSIGNIFICAÇÃO DO DANO MORAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE A VIOLAÇÃO ESTATAL DO DIREITO À PRIVACIDADE

José Sebastião Fagundes Cunha¹, Osmar Gomes Junior², Thierry Chozem Zamboni Kotinda³

O presente trabalho tem o escopo de instigar a aplicação do instituto da responsabilidade civil por violação ao direito fundamental de personalidade em situações de manifesta ilegalidade na persecução criminal mediante busca pessoal imotivada. Propõe-se a desassociar o equivocado fundamento de que o dano moral se configura a partir de abalos psíquicos ou desgostos emocionais, que, de fato, configura-se pela simples violação de quaisquer dos direitos da personalidade. Ao final, são tratados os requisitos constitucionais para a realização da busca pessoal prevista no artigo 244 do Código de Processo Penal, bem como as suas consequências quando a obtenção da prova é realizada de forma imotivada.

Palavras-chave: DANO MORAL. DIREITOS DA PERSONALIDADE. REPARAÇÃO CIVIL.

This work aims to instigate the application of the civil liability institute for violation of the fundamental right of personality in situations of manifest illegality in criminal prosecution through unmotivated personal search. It is proposed to disassociate the mistaken ground that moral damage is configured from psychological shocks or emotional disgust, which, in fact, is configured by the simple violation of any of the rights of the personality. In the end, we study the constitutional requirements for conducting the personal search provided for in article 244 of the Code of Criminal Procedure, as well as its consequences when obtaining evidence is carried out without reason.

Keywords: CIVIL REPAIR. MORAL DAMAGE. RIGHTS OF THE PERSONALITY.

¹ Pós-PhD pela Universidade de Coimbra, Desembargador do TJPR – Presidente da 3ª Câmara Cível (Tributário), Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual, Professor Visitante do Programa de Mestrado e Doutorado da UENP.

² Chefe de Gabinete de Desembargador, Pós-graduado em Direito Empresarial Contemporâneo pelo Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais. Secretário de Eventos do Instituto Paranaense de Direito Processual.

³ Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Professor Universitário, Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário UniBrasil, Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná.

1. INTRODUÇÃO

O respeitabilíssimo movimento doutrinário de "constitucionalização do direito" (SCHIER, 2014) já não é novidade dentre a doutrina contemporânea, mormente entre os estudiosos do direito civil.

Com efeito, a partir da promulgação da Constituição em 1988, o sistema constitucional não mais se identificou como um sistema fechado, cujo critério de validade de normas e das relações sociais é vinculado à subsunção destas às interpretações pré-constituídas sobre as normas positivadas.

Isso porque a função hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana positivado na Constituição de 1988 tornou o sistema positivista de regras insuficiente, eis que a práxis de referido fundamento demanda do interprete "conciliar o texto constitucional com uma prática constitucional adequada" (FREIRE JÚNIOR, 2005).

A interpretação do Direito Constitucional "vivo" (MALISKA, 2001) é constante e exige do interprete ponderação para "para dar conta de responder às questões que se apresentam nas plurais e complexas sociedades contemporâneas de maneira coerente e limitada não mais no texto, mas no conjunto de princípios que reflete a moralidade de sua comunidade" (BARBOZA, 2014).

Desse modo, não é permitido mais aos operadores do Direito o exame isolado das diferentes disciplinas jurídicas.

Se o princípio da dignidade da pessoa humana ecoa por todo o ordenamento jurídico, a hermenêutica que nos parece melhor atender aos anseios da contemporaneidade demanda o estudo do Direito em sua integridade, permeada pela comunicabilidade de seus variados seguimentos.

O presente artigo almeja instigar a aplicação do instituto da responsabilidade civil por violação ao direito fundamental de personalidade em situações de manifesta ilegalidade na persecução criminal mediante busca pessoal imotivada.

Na primeira parte deste artigo, abordar-se-á a manifestação do supracitado fundamento da República, enquanto manifestação dos direitos da personalidade, desassociando o equivocadamente fundamento de que o dano moral se configura a partir de abalos psíquicos ou desgostos emocionais, enquanto, de fato, configura-se pela simples violação dos direitos da personalidade.

Na sequência, será traçado um panorama sobre a responsabilidade civil por lesões a direitos de personalidade, em especial pela autuação do Estado enquanto autoridade responsável pela persecução criminal.

Por fim, tratará o presente artigo dos requisitos constitucionais para a realização da busca pessoal prevista no artigo 244 do Código de Processo Penal, bem como as suas consequências quando realizada de forma imotivada.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR LESÃO À DIREITO DE PERSONALIDADE. UMA NOVEL RESSIGNIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Preliminarmente, cumpre-se destacar que por muitos anos, o estudo da personalidade civil foi limitado à mera perspectiva de um ente, personalizado ou não, ter a capacidade civil de ser titular de relações jurídicas.

Somente com o advento da Constituição de 1988 é que o estudo da personalidade ganhou novas proporções.

Os direitos de personalidade, enquanto atributos de um indivíduo, reclama, na dinâmica constitucionalizada, proteção especial, porquanto "estão, inexoravelmente, unidos ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como garantia para a preservação de sua dignidade". (FARIAS; ROSENVALD, 2014)

Com efeito, a tutela constitucional dos direitos da personalidade, tais como a honra, o nome, a imagem em sua tríade retrato, imagem e voz, a integridade física, psíquica, fisiológica, a privacidade, a intimidade, a vida... são direitos que, uma vez assegurados, consubstanciam condições indispensáveis à materialização da dignidade da pessoa humana.

Nesse íterim, alude a doutrina reunida junto ao Centro de Estudos Judiciários na IV Jornada de Direito Civil:

IV Jornada de Direito Civil, Enunciado 274: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

IV Jornada de Direito Civil, Enunciado 286: Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos.

Desse modo, à luz do art. 12 do Código Civil, a tutela dos direitos da personalidade pode tanto ser preventiva quanto repressiva, sem prejuízo do direito de outras sanções previstas em lei, sendo assegurado a reclamação de eventuais reparações por perdas e danos.

A tutela preventiva é aquela que advém de uma tutela jurisdicional adequada à um conflito, manifestada, substancialmente, com fulcro no dever dos agentes estatais investidos na função jurisdicional de, nos termos do art. 139, inciso IC: "determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária".

Já a tutela repressiva, ou a posterior, é aquela que trata de pretensão reparatória por um direito já violado.

Vale destacar a doutrina do Professor Cavaliere (CAVALIERI, 2012) no sentido de que, por mais pobre ou humilde que seja uma pessoa, ainda que desprovida de formação cultural ou destituída de consciência, enquanto ser humano, é detentora de um conjunto de bens integrantes da sua personalidade, mais precioso que o patrimônio, ou seja, a sua dignidade humana (artigo 1º, III, CF), privilégio não apenas dos ricos, cultos ou poderosos, mas de toda a sociedade.

Enquanto o dano de natureza material pode ser mensurável, o dano imaterial é de difícil, quiçá, impossível demonstração.

Diante da ausência de definição legislativa sobre o que é "dano moral", tanto a doutrina quando alguns precedentes judiciais, construíram um ideário, quiçá equivocadamente, sobre o instituto corresponder a um abalo

psicológico, agressão emocional, dor, sofrimento, angústia ou qualquer outra percepção sensorial incomensurável no processo.

Cite-se, exemplificativamente, o caso relatado no Informativo de Jurisprudência nº 544/2014 do Superior Tribunal de Justiça que abaixo colaciona-se:

DIREITO CIVIL. METODOLOGIA DE FIXAÇÃO DE DANOS MORAIS DEVIDOS A PARENTES DE VÍTIMAS DE DANO MORTE NA HIPÓTESE DE NÚCLEOS FAMILIARES COM DIFERENTE NÚMERO DE MEMBROS. (...) s. Dentre essas perspectivas, tem-se o caso específico de falecimento de um parente próximo - como a morte do esposo, do companheiro ou do pai. Nesse caso, o dano experimentado pelo ofendido qualifica-se como dano psíquico, conceituado como o distúrbio ou perturbação causado à pessoa através de sensações anímicas desagradáveis, em que a pessoa é atingida na sua parte interior, anímica ou psíquica, através de inúmeras sensações dolorosas e importunantes, como, por exemplo, a ansiedade, a angústia, o sofrimento, a tristeza, o vazio, o medo, a insegurança, o desolamento e outros. A reparabilidade do dano moral possui função meramente satisfatória, que objetiva a suavização de um pesar, insuscetível de restituição ao statu quo ante. A justa indenização, portanto, norteia-se por um juízo de ponderação, formulado pelo julgador, entre a dor suportada pelos familiares e a capacidade econômica de ambas as partes - além da seleção de um critério substancialmente equânime.

Destarte, a doutrina contemporânea caminha para a superação daquela supracitada visão subjetivista. Nesse sentido, destaca-se o Enunciado nº 444 do Conselho de Estudos da Justiça Federal, aprovado na V Jornada de Direito Civil:

V Jornada, Enunciado 445: O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento.

Atenta à realidade da vida, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 506.437/SP com lúdima clareza decidiu que "não se cogita da prova acerca da existência de dano decorrente da violação aos direitos da personalidade, dentre eles a intimidade, imagem, honra e reputação, já que, na espécie, o dano é presumido pela simples violação ao bem jurídico tutelado".

Nessa esteira, resta evidente que a exegese dos direitos que emanam das cláusulas pétreas inseridas no artigo 5º da Constituição Federal, deve ser a mais ampla possível, considerando-os apenas como rol exemplificativo. Tanto assim o é, que o Código Civil Brasileiro ampliou expressamente este rol, introduzindo o livro próprio Dos Direitos da Personalidade no qual protege não só os valores da intimidade, vida privada, honra e imagem, mas também o corpo, o nome, o pseudônimo, a divulgação de escrito e a manifestação da palavra (GUNTHER, ZORNIG, 2003)

Com efeito, o dano moral advindo da violação de algum dos direitos de personalidade dispensa prova de prejuízo físico, psíquico, emocional, sofrimento, ou qualquer angústia, eis que o dano é presumido, ínsito na violação.

Modernamente, fala-se do chamado dano presumido in re ipsa, ou seja, dano ínsito na violação do

direito de personalidade, o que, processual e secundariamente, independe de prova.

Confira-se, a despeito, a jurisprudência destacada dos informativos do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicabilidade do dano in re ipsa, nos Informativos de Jurisprudência nº 678/2020 (dano moral coletivo em razão da exploração de jogo de azar ilegal); 660/2020 (dano moral pela ausência de comunicação acerca da disponibilização/comercialização de informações pessoais em bancos de dados do consumidor); 657/2019 (dano moral pela constatação de violência doméstica e familiar); 619/2018 (dano moral pelo uso indevido da marca de empresa).

Portanto, "Dano Moral" parece-nos ser melhor conceituado como resultado de toda conduta, comissiva ou omissiva que cause lesão ao patrimônio moral de toda e qualquer pessoa, natural ou jurídica, compreendido o patrimônio moral enquanto algum dos direitos de personalidade da pessoa natural ou jurídica, tais como, exemplificativamente, a honra, o nome, a imagem, a reputação, a intimidade, integridade física e fisiológica, os valores espirituais, as ideologias, a paz íntima e a vida nos seus múltiplos aspectos.

Vide, a propósito, casos de menção normativa que corroboram o direito à reparação civil por ofensa moral, diretamente relacionada a violação de algum dos Direitos da Personalidade, nada versando o legislador sobre variações emocionais de quem tenha um direito de personalidade violado. Cite-se, por exemplo:

CRF/88, Art. 5º, V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

CRF/88, Art. 5º, X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Nesse mesmo sentido, citem-se paradigmáticos precedentes do Superior Tribunal de Justiça em que o direito a indenização por dano moral fora reconhecido sem a existência de qualquer subjetivismo emocional, mas atrelada a simples violação de um direito de personalidade: AgInt no AREsp 1541932/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 01/06/2020; REsp 1497313/PI, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/02/2017; REsp 1243699/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/06/2016.

Inclusive, na jurisprudência consolidada, frise-se que na Súmula 403/STJ é expressamente escusada a demonstração de prejuízo pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

À guisa de conclusão, cite-se, ainda, que a Súmula 227/STJ, ao reconhecer que "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral" demonstra, também, que qualquer pessoa pode sofrer lesão a um direito de personalidade, independente da aptidão subjetiva de experimentar sentimento, dor ou angústia, observada, notadamente, as limitações fáticas à tutela dos direitos de personalidade a estes entes de existência fictícia.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Sabidamente, o direito brasileiro adota a teoria do risco administrativo, segundo a qual a responsabilidade do Estado é objetiva – fundada na desnecessidade de o lesado provar a existência da culpa do agente ou, em sentido estrito, do serviço (MEIRELLES, 2003).

Para o reconhecimento do dever de indenizar, nessa esteira, bastam: (a) a ocorrência de fato administrativo, assim considerado como qualquer conduta comissiva ou omissiva específica, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuível ao poder público; (b) o dano decorrente da atividade administrativa; (c) a existência de nexo de causalidade adequado entre aquele fato e esse dano.

Assim, a Constituição Federal é expressa no sentido de que o ente estatal somente responde pelos danos que seus agentes causarem caso estejam eles na condição de personificação do Estado (artigo 37, § 6º).

No mesmo sentido, o art. 43 do Código Civil pontua a responsabilidade da administração pública por atos dos seus agentes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Observe-se de plano, também, que o Direito Administrativo Brasileiro adota, como regra, a teoria da causalidade adequada, segundo a qual a administração pública deve reparar os particulares que sofram prejuízos diretamente atrelados a sua conduta.

Confira-se, a respeito, o leading case sobre o exame do nexo de causalidade adequado, direto e imediato da responsabilidade extracontratual do poder público, examinado pelo Supremo Tribunal Federal em 1992 em voto de relatoria do Eminentíssimo Ministro Moreira Alves (STF – RE 130.764 – Moreira Alves).

Ainda sobre a Teoria da Causalidade Adequada, pertinente citar o precedente destacado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.198.829-MS, de Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 5/10/2010, e destacado no Informativo de Jurisprudência nº 450/2010:

"(...) Para o Min. Relator (...) relativamente ao elemento normativo do nexo causal, em matéria de responsabilidade civil, no Direito pátrio, vigora o princípio da causalidade adequada, podendo ele ser decomposto em duas partes: a primeira (decorrente, a contrario sensu, dos arts. 159 do CC/1916 e 927 do CC/2002, que fixam a indispensabilidade do nexo causal), segundo a qual ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa; e a segunda (advinda dos arts. 1.060 do CC/1916 e 403 do CC/2002, que determinam o conteúdo e os limites do nexo causal), segundo a qual somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso. (...) Precedentes citados do STF: RE 130.764-PR, DJ 7/8/1992; do STJ: REsp 858.511-DF, DJe 15/9/2008. REsp 1.198.829-MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 5/10/2010.

Ainda, paralelamente a teoria do risco administrativo, vigora no ordenamento jurídico, também a teoria do risco integral do poder público, segundo a qual o Estado assume a posição de garantidor universal em razão da relevância de casos ou periculosidade que determinadas

atividades, tais como: o dano por atividade nuclear; o dano ambiental; os danos advindos de crimes ocorridos à bordo de aeronaves e o dano avindo de ato terrorista.

4. BALIZAMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA A REALIZAÇÃO DA BUSCA PESSOAL PREVISTA NO ART. 244 DO CPP

O artigo 244 do Código de Processo Penal prevê o poder-dever instrumental (CARVALHO, 2018) dos agentes investidos na função de promoção da segurança pública em promover a busca pessoal independente de mandado em duas distintas situações: primus, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito; e secundus quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. (CAMPOS, 2018.)

Diz a norma:

CPP, Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Frise-se, ainda, que na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a busca veicular equipara-se à busca pessoal, salvo nos casos em que o veículo é utilizado para moradia, como é o caso de cabines de caminhão, barcos, trailers. (STJ, HC 216437, Sexta Turma, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 20/9/2012 – Informativo nº 505/2012).

Sobre referido meio de obtenção de prova, comenta a doutrina:

"Busca pessoal sem mandado – Havendo suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida não faz sentido que o agente busque, antes um mandado judicial a fim de submeter a revista pessoal, para proceder a apreensão da arma. Imagine se no final de semana, durante a madrugada, se um policial, ao se deparar com pessoa portando um revólver, tivesse obtido mandado judicial a fim de apreender objeto. Das duas uma: ou seria obrigatória a liberação do sujeito frustrando, assim, a diligência ou ele permaneceria e ilegalmente preso, por horas, até que providenciada a ordem judicial." (SANCHES; PINTO, 2018)

Não obstante, referido poder de lesão de um direito de personalidade – qual seja, a privacidade do indivíduo e de seus bens – não é discricionário aos agentes de segurança pública. A busca pessoal é instrumento excepcional e que somente se legitima como exercício regular de direito quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Sobre a busca pessoal, leciona o professor Renato Brasileiro de Lima:

"Busca pessoal: envolve não apenas o corpo do suspeito, mas também suas roupas, pertences móveis que esteja carregando (ex.: mochilas), bem como veículos, salvo

neste último caso, quando o veículo for destinado à habitação (v.g., trailers residenciais) há duas espécies de buscas pessoais: a) busca pessoal por razões de segurança: (...); b) busca pessoal de natureza processual penal: regulamentada pelo art. 244 do CPP, deve ser determinada quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação e o objetos falsificados ou de contrafeitos, armas e munições, objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu, apreender cartas abertas destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento de seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato, assim como qualquer outro elemento de convicção." (LIMA, 2017)

Como dito, o instrumento persecutório da busca pessoal, enquanto manifestação de um poder instrumental da administração pública, é condicionado à requisitos objetivos de se identificar a existência de fundada suspeita de ocultação de elementos informativos para a instrução da ação penal.

Com razão, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é uníssona ao condicionar a licitude da busca pessoal à existência de "fundada suspeita", fundamentadamente:

EMENTA: HABEAS CORPUS. (...) A "fundada suspeita", prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. (...) Habeas corpus deferido para determinar-se o arquivamento do Termo. (HC 81305, Relator: Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 13/11/2001.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. IMPUGNAÇÃO SUFICIENTE. RECONSIDERAÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA VEICULAR. FUNDADA SUSPEITA. AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS. PARÂMETROS UNICAMENTE SUBJETIVOS. AFIRMAÇÕES GENÉRICAS. ACUSADO JÁ CONHECIDO NA GUARNIÇÃO POLICIAL. DENÚNCIAS DE USUÁRIOS NÃO OFICIALIZADAS. NOTÍCIAS DE QUE O AUTOMÓVEL ERA UTILIZADO PARA A PRÁTICA DO CRIME. VIOLAÇÃO AO ART. 240, § 2º DO CPP. OCORRÊNCIA. PROVAS ILÍCITAS. ABSOLVIÇÃO. AGRAVO PROVIDO. 1. (...) 5. Não tendo havido a indicação sobre a instauração de procedimento investigatório prévio ou de que, no momento da abordagem, havia dado concreto sobre a existência de fundada suspeita a autorizar a busca veicular, verifica-se a ocorrência de ilegalidade, estando ausente de razoabilidade considerar que, por si só, meros parâmetros subjetivos, embasados em presunções ou suposições, advindas de denúncias de usuários não oficializadas, enquadrem-se na excepcionalidade da revista pessoal. 6. Se não amparada pela legislação a revista pessoal realizada pelos agentes de segurança, vislumbra-se a ilicitude da prova, e, nos termos do art. 157 do CPP, deve ser desentranhado dos autos o termo de busca e apreensão das drogas, além dos laudos preliminares e de constatação da droga referentes à busca pessoal realizada no veículo do acusado. Consequentemente, afasta-se a prova de existência do fato, nos termos do art. 386, II, do CPP. 7.

(...) (AgRg no AREsp 1689512/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18/08/2020)

Com razão, referidos preceitos não poderiam ser diferentes.

Inequivocamente, na sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal os direitos e garantias individuais não têm poder absoluto, na medida em que encontram limites nos demais direitos e garantias também albergados na Constituição.

Confira-se aclamado precedente:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16-9-1999).

Destarte, em que pese o direito de personalidade à privacidade possa, em justa medida, ser restringido pelo direito à segurança pública previsto no art. 144 da Carta Constitucional, a atuação dos agentes de segurança pública para a colheita da prova prevista no artigo 244 do CPP, sem qualquer reserva prévia de jurisdição, não se confunde com salvo conduto para atuação discricionariamente imotivada, violadora de direitos fundamentais da personalidade e, diga-se, mediante a usurpação da respeitabilidade do serviço de segurança pública para satisfazer pretensão ilegítima.

Nesta esteira, evidencia-se que a realização de busca pessoal imotivada, a nosso ver, impõe à pessoa uma situação de constrangimento pessoal que viola a sua personalidade de forma direta, sendo desnecessário qualquer prova de dor ou sofrimento físico ou psicológico nesse sentido, mas apenas a prova do dano.

Isso porque afeta não apenas a esfera da subjetividade do indivíduo, mas também o seu plano valorativo na sociedade em que repercutiram os efeitos da violação imotivada (BITTAR, 2015).

Pondere-se que entendimento diverso esvaziaria o direito à privacidade e à intimidade de sua condição fundamental perante agentes estatais, criando indevida prerrogativa irretocável das autoridades de segurança pública de violarem direitos fundamentais, mormente quando referida violação prescinde de reserva de jurisdição, sob a mera arguição genérica de desconfiança que justifique anseios subjetivos não passíveis de controle pelas autoridades competentes.

5. EXAME JURISPRUDENCIAL

Em recente oportunidade, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná foi provocada ao exame do pedido indenizatório formulado por jurisdicionado nos autos de apelação cível nº 0004457-97.2019.8.16.0031 que, sem qualquer motivação prévia, foi alvo da ação estatal dos agentes de segurança pública de busca pessoal em veículo automotor, com fulcro no art. 144 do CPP, supostamente em meio a operação policial.

Constava do caderno processual, em breve síntese, que a parte apelante estava em seu local de trabalho quando se deparou com quatro policiais revistando seu veículo, sob a alegação de que este seria clonado. Salientou, contudo, que o automóvel fora adquirido regularmente, e que, apesar disso, seu veículo ficou ilegalmente retido por 14 (quatorze) dias. Durante a referida atuação policial, o Autor teve a privacidade seu veículo e domicílio violados, de modo cordial, pelos agentes de segurança pública.

A controvérsia trazida ao exame do Poder Judiciário cingia-se ao exame da pretensão indenizatória em razão dos fatos noticiados na petição inicial.

Por maioria de votos, prevaleceu o entendimento na Corte Revisora, sob o exame das informações e provas coligidas aos autos, que a diligência prevista no artigo 244 do CPP ocorreu à revelia de fundada desconfiança que autorizasse a medida extraordinária de violação da privacidade do jurisdicionado.

Naquela ocasião, ponderou-se das informações prestadas pela Autoridade Policial por intermédio dos autos de Inquérito Policial, bem como dos agentes de segurança que atuaram na busca pessoal do requerente, que não havia qualquer indício prévio que justificasse a restrição do direito fundamental.

Sucinto estudo de precedentes jurisdicionais demonstra que o caso em tela é inaugural dentre as Câmaras Cíveis especializadas no julgamento de matérias correlatas à disciplina de Direito Público.

Nada obstante, guardam-se dos repositórios de jurisprudência nacional o expressivo caso de violação ocorrido no Colégio Estadual Albert Sabin, no Estado de Goiás, em que cerca de 200 alunos com idade entre 14 (quatorze) e 15 (quinze) anos, com a aquiescência da diretora e das coordenadoras pedagógicas da escola, o que, inclusive, foi amplamente divulgado pela mídia nacional, foram submetidos à revista pessoal que consistiu em impor aos jovens que erguessem a camiseta à altura do pescoço e abajassem as calças/bermudas e a cueca até a altura dos joelhos, ocasião em que também foram alvo, por parte dos policiais militares, de chacotas e outros gracejos a respeito dos seus órgãos genitais.

Destarte, referida situação de abuso de direito deu ensejo a pretensão indenizatória em face da administração pública. A propósito, Cf. REsp 1657339/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/06/2017.

Com efeito, não se pode ignorar que referida conduta, ressalvado o melhor juízo, também encontrou guarida na genérica motivação do direito fundamental no imperativo constitucional de promoção da segurança pública e que os agentes da segurança atuam sob o pálio do cumprimento do exercício regular de um direito, arguições

estas que, de fato, jamais encontraram proteção nos tribunais pátrios.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assertivamente, Zygmunt Bauman descreveu o paradoxo da sociedade contemporânea tomada pela insegurança, ao afirmar que: "vivemos indubitavelmente em algumas das sociedades mais seguras que já existiram, e, no entanto, ao contrário de evidências objetivas, nós – as pessoas mais mimadas e paparicados de todas – nos sentimos mais ameaçados, inseguros e atemorizados, mais inclinados ao pânico e mais apaixonados por tudo que se refere à segurança e proteção do que as pessoas da maioria das sociedades que se tem registro." (BAUMAN, 2008)

O sentimento de insegurança, no entanto, não é recente. O medo de convivência com a desconformidade cultural de um comportamento desconhecido ou conhecidamente reprovável, em tempos distantes, legitimou a utilização de mais variadas e severas sanções intimidatórias que reafirmassem, ora o vigor da vingança divina, ora o vigor da vingança privada, e ora o vigor estatal da vingança pública – *ius puniendi* (BITENCOURT, 2014).

Desde a antiguidade, a coerção penal sempre gozou, culturalmente, de grande apreço popular, confiando-se no temor da repressão ao pecado, na justiça espiritual de uma correição exemplar, além da justa à reparação do ofendido e de prestação de serviço à sociedade.

Na contramão, no entanto, da construção de uma sociedade mazelada pela lei de talião e de desproporcionais sistemas penais regidos por governos despóticos, o Direito Penal e o Direito Processual Penal se reinventaram, desde as revoluções do século XVIII, como instrumentos de garantias legais do investigado e acusado em reação aos abusos estatais dos agentes de segurança pública na expiação da persecução penal (MORO, 2014).

Se, de fato, "as ideias culturais mudam com o mundo sobre o qual refletem" (EAGLETON, 2005), as normas jurídicas contemporâneas nada mais são do que o resultado de uma complexa equação composta por indeterminadas influências socioculturais coordenadas em sucessivas cadeias de intersecções individuais e coletivas.

Sob essa premissa, apura-se da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o diálogo dicotômico entre punitivismo e o garantismo.

De um lado, vemos o sabido anseio social pelo aprimoramento dos instrumentos assecuratórios do direito social à segurança pública, hoje insculpido no artigo 144 da Constituição da República de 1988, bem como o apego ao aperfeiçoamento dos mandados constitucionais de criminalização à guisa de coibir situações de proteção ineficiente ou insuficiente de bens jurídicos.

Sob outro viés, a Carta Magna também versa sobre direitos e garantias que ainda são objeto de controvérsias nos Tribunais Superiores, tais como a presunção de inocência, a identidade física do juiz, o direito ao silêncio, a vedação da tortura, etc.

Destarte, "o fim de prover à segurança tutelando bens jurídicos é o que marca um limite racional à aspiração ética do direito penal" (ZAFFARONI, 2013).

Desse modo, ainda que sob as vestes da promoção do direito fundamental à segurança pública, a atividade

estatal não é isenta do dever constitucional de promover a persecução criminal em estrita observância dos direitos e garantias dos investigados e acusados.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.
2. BAUMAN, ZYGMUNT: Medo líquido. Rio de Janeiro, Zahar, 2008.
3. BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. São Paulo: Saraiva, 2015.
4. BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
5. Campos, Walfredo Cunha. Curso Completo de Processo Penal. Salvador: JusPodvm, 2018.
6. CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 5. ed. rev. atual. Salvador: JusPodvm, 2018.
7. CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
8. EAGLETON, Terry. Depois da Teoria: um olhar sobre os estudos culturais e o pós-modernismo. OLIVEIRA, Maria Lúcia (Trad.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
9. FARIAS, Cristiano chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB. v.1. Salvador: JusPodivm, 2014
10. FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: RT, 2005.
11. GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG. Aplicação do novo código civil ao direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2003.
12. LÉVI-STRAUSS, Claude. A Antropologia Diante dos Problemas do Mundo Moderno. OLENDER, Maurice (apres.). D'AGUIAR, Rosa Freire (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
13. LIMA, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal Comentado. 2. ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2017
14. MALISKA, Marcos Augusto. Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich. Curitiba, Juruá, 2001.
15. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 28. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.
16. MORO, Sérgio Fernando. Direitos fundamentais contra o crime. In: Clève, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais. v.1. São Paulo: RT, 2014.
17. SANCHES, Rogério; Pinto, Ronaldo Batista. Código de Processo Penal e Lei de Execução pena Comentados artigo por artigos. Salvador: Juspodiv, 2018.
18. SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: Clève, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais. v.1. São Paulo: RT, 2014.
19. ZAFARONI, Raul Eugênio. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 10. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2013.

TEXTOS DE OPINIÃO

O CONFLITO COMO INSTRUMENTO PARA PAZ

CONFLICT AS AN INSTRUMENT FOR PEACE

Vergilio E. Floriani Jr.¹

A cultura da paz não prescreve a ausência do conflito. Os conflitos são e seguirão sendo a força propulsora da evolução. Uma visão monista da oposição demonstra que os polos unidos em um corpo formam um sistema estável e autopoietico que busca naturalmente sua homeostase. Os conflitos são degenerativos ou generativos. Se tomarmos a relação conflituosa como o objeto da mediação, daremos ênfase a uma solução primária das oposições. Tomar o indivíduo como matéria prima de uma mudança, gera a possibilidade de uma crise ser produtiva e a solução ser profunda. O produto de uma disputa generativa são indivíduos fortalecidos, uma transformação da relação conflituosa e a construção da paz.

Palavras-chave: Conflito. Cultura da Paz. Mediação. Transformação.

The culture of peace does not prescribe the absence of conflict. Conflicts are and will continue to be the driving force of evolution. A monist view of opposition demonstrates that poles united in a body form a stable and autopoietic system that naturally seeks its homeostasis. Conflicts can be degenerative or generative. If we take conflict as the object of mediation, we will emphasize a primary solution of opposition. Taking the individual as the raw material of a change, generates the possibility of a conflict being productive and the solution being profound. The product of a generative conflict is strengthened individuals, a transformation of the conflicting relationship itself and the construction of peace.

Keywords: Conflict. Culture of Peace. Mediation. Transformation.

¹ Mediador – IMAB 1998 e ESA-PR 2020, Especialista em Direito Empresarial PUC-PR, Advogado. E-mail: vergilio@docv.com.br

Ao olharmos para uma cultura de paz somos provocados a responder se paz é a ausência de conflito.

A discórdia faz parte da natureza e nós, humanos, estamos sujeitos a esta mesma ordem natural.

Os conflitos foram e seguirão sendo a força propulsora da evolução eussocial (WILSON, 2013), que nos tornaram o que somos e nos tornarão o que viermos a ser.

Na visão elicítiva o conflito é essencial à vida, um sistema produtivo de mudança e evolução.

Contudo, com frequência as crises que chegam à mediação lidam com uma força competitiva e destrutiva, em que o sistema busca solução por sua desintegração e pela perda de algo.

Ali a desavença é a própria expressão da limitação ou do excesso de capacidade do indivíduo ou do grupo, o que aporta à relação dissonâncias e impasses que perpetuam a oposição.

Como limitação, tomamos que a oposição conflituosa é, em sua essência, a manifestação de uma inquietação, de um transtorno (unsettlement) e de uma deficiência de recursos biopsicossociais que limitam ou incapacitam a resposta do indivíduo ou de seu grupo à problemática apresentada.

Como excesso, tomamos que a oposição conflituosa é, essencialmente, o exercício abusivo da forma, da força, das capacidades e potências, de um indivíduo ou de seu grupo, a fim de conduzir a resposta à problemática em seu favor.

Patologias, transtornos mentais, traumas, engramas, memórias culturais e memórias epigenéticas e uma complexidades de fatores sociais, políticos, ambientais e energéticos, podem informar as limitações e excessos, ditando a compatibilidade do indivíduo para se vincular em uma relação colidente, ainda que sem consciência plena do fato.

A crise, a partir dessas relações de autonomia e capacidade reduzida ou abusiva, tende a se estabelecer em canais que reforçam a ideia de oposição, dando ao fenômeno da polaridade um senso de separação que impede a conciliação e produção, sugerindo que o desfecho deva ser a aniquilação ou subjugação do que não representa a solução proposta por um dos lados.

Esse aspecto cíclico e de retroalimentação de uma relação conflituosa é bem descrito por SUARES, (1996):

O conflito é conduzido pelas partes a partir das interações geradas entre eles, o que leva muitas vezes a aumentar o conflito, sentindo-se as partes "aprisionadas" pelas próprias interações que elas geram. A crua lei de Deutsch sobre as relações sociais, diz:

'que as características do processo e os efeitos produzidos por um tipo dado de relação social, também tende a produzir este tipo de relação social'.
(SUARES, 1996, p.75-76)

Este mecanismo de looping enfraquece e desacredita as partes que, em fadiga e sem recursos em seu repertório de experiências, assumem que a solução última será uma espécie de poison pill ou aniquilação, em que, seja

pelo martírio de si mesmo (perda) ou pela eliminação do outro (vitória), a discórdia deverá se encerrar.

São soluções, que podem ser degenerativas ou não, mas que com muita frequência propõe dissolver as relações, ampliando as chances de tornar o objeto da 'vitória' amargo para os envolvidos, fazendo persistir o sentimento de frustração, inquietação e sofrimento.

A ordem da vida não faz juízo de valor sobre o resultado de uma crise relacional, porém, podemos assumir que os sistemas autopoieticos (MATURANA e VARELA, 2003, p. 68) sempre tendem, em sua autorregulação, a um equilíbrio e, portanto, movem-se para uma homeostase dinâmica (DIETRICH, 2014), apesar do desfecho poder significar perdas ao próprio sistema.

Isso seria o suficiente para aceitar que todos os resultados decorrentes de uma disputa servem e devem ser reconhecidos como legítimos.

Contudo, caminhando em direção a uma cultura de paz, o que se deseja é que as desavenças possam ser uma oportunidade integrativa para os indivíduos envolvidos, os fortalecendo perante a vida e os emancipando para tomada de decisões construtivas e generativas.

Espera-se, nesse caminho, que o indivíduo adquira experiência para colocar o seu sistema, como um todo, em posição de maior autonomia e autorregulação, permitindo a aquisição de competências e capacidades para a sobrevivência e progresso, com ganhos de respeito à si mesmo, à alteridade e à diversidade, o que chamo de emancipação.

Assim, ao eleger um caminho que possa transformar os indivíduos e seus sistemas de modo construtivo, o que se quer é o aprimoramento das relações e a felicidade, significativamente: o alcance da paz.

A mediação trata de ser o catalizador de uma possível transformação em direção à essa paz: em que o destrutivo se torna produtivo, em que com integração do indivíduo, todo o sistema venha a evoluir.

"Uma estrutura transformativa salienta o desafio de como colocar fim a alguma coisa que não se deseja e como construir algo desejado". (LEDERACH, 2012, p.54).

O indivíduo é a matéria-prima da solução para esta dimensão do mediar, vez que, por ser partícula elementar do sistema em crise, é nele que vive a potência da mudança.

E, aqui, a percepção e acolhimento das verdades e fenômenos trazidos pelas partes, se torna instrumento de tomada de consciência e transformação individual e coletiva. Por isso, o refinamento da percepção do mediador deve ser suficiente para reconhecer as limitações e excessos de cada agente de forma a incluí-los no processo dialógico dos envolvidos, permitindo que eles mesmos tomem consciência de serem capazes de mudar os padrões de relação.

Com este olhar integrativo, passamos a compreender os polos como aspectos de um sistema total, sem separação, ampliando o campo de solução para entender como os envolvidos podem colaborar para a criação de uma nova saída.

As relações conflituosas deveriam, assim, ser tomadas como unidades monistas em que os polos não existem em oposição, mas em integração. Olhando desse modo as relações (ressonantes ou dissonantes) formam unidades sistêmicas de polos integrados como: vítima-

agressor; devedor-credor; pai-filho; mãe-filho; grupo-indivíduo; invasor-invadido; autor-usurpador e assim por diante.

Metaforicamente, tal como um ímã que quando partido conserva suas propriedades e manifesta suas polaridades nos novos corpos separados, um conflito que se resolve sem transformar a relação e, em certa medida, as pessoas que o ensejaram, tende a se perpetuar e multiplicar-se.

É por esse caminho que o processo de mediação se afasta de olhar a desavença objetiva (as posições e os interesses) para olhar os indivíduos, suas limitações e excessos, como motores de uma crise.

Por isso, quando a mediação já alcança essa meta mínima de colocar os indivíduos ao centro, como participantes de um sistema uno que não encontrou recursos para aprimorar a relação, novas possibilidades se abrem para a solução.

Quando os opostos são percebidos como um, a discórdia se funde em concórdia, as batalhas tornam-se danças e os antigos inimigos tornam-se amantes.

Estaremos, então, em posição de fazer amizade com todo o nosso universo, não apenas com uma metade dele. (WILBER, 2011, p. 29)

Assim, concluo que a mediação é um campo de segurança e validação, em que os envolvidos devem se fortalecer em um processo de descoberta e cocriação, construindo novas vias de comunicação e solução, de modo mais eficiente e generativo, podendo apropriar-se de um novo fazer e de uma nova capacidade que os emancipe das limitações ou excessos experimentados anteriormente.

Para isso, o mediador deve assumir sua função de parte-catalizadora e oferecer aos envolvidos sendo ajuda em uma jornada de autodescoberta de suas potencialidades, favorecendo um olhar holístico e consciente, que permita validar cada indivíduo do sistema para que encontre os novos elementos para construção de soluções para o objeto do conflito, mas sobretudo para a transformação de si mesmos.

Feito isso, os conflitos passam a ser instrumentos para a construção da paz.

REFERÊNCIAS

1. Wilson EO. A conquista social da Terra. São Paulo (SP): Companhia das Letras; 2013.
2. Suares M. Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas. Buenos Aires (AR): Paidós; 1996.
3. R. Maturana H., Varela F. De máquinas y seres vivos: Autopoiesis: La organización de lo vivo. Buenos Aires (AR): Lumen; 2003.
4. Dietrich W. (2014). "A Brief Introduction to Transrational Peace Research and Elicitive Conflict Transformation" [online article]. Journal of Conflictology. Vol. 5, Iss. 2, pp. 48-57. Campus for Peace, UOC. [acesso em 25/09/2020]. Disponível em <http://www.uoc.edu/ojs/index.php/journal-of-conflictology/article/view/vol5iss2-dietrich/vol5iss2-dietrich-en> DOI: <http://dx.doi.org/10.7238/joc.v5i2.1940> ISSN 2013-8857
5. Lederach JP. Transformação de Conflitos. São Paulo (SP): Palas Athena; 2012.

6. Wilber K. No boundary: Eastern and western approaches to personal growth. Boston (US): Shambala; 2011.



@2vicetjpr



2ª Vice-Presidência TJPR



2ª Vice-Presidência do TJPR