

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
LINHA DE PESQUISA: CONSTITUIÇÃO E PROCESSO

MARCELO BARBI GONÇALVES

O Acesso à Justiça na Reforma do Código de Processo Civil

Maceió
2015

Marcelo Barbi Gonçalves

O Acesso à Justiça na Reforma do Código de Processo Civil

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Frederico Dantas

Maceió

2015

Catlogação na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecário Responsável: Valter dos Santos Andrade

G635a Gonçalves, Marcelo Barbi.
 O acesso à justiça na reforma do Código de Processo Civil / Marcelo
 Barbi Gonçalves. – 2015.
 178 f.

Orientador: Frederico Wildson da Silva Dantas.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de
Alagoas. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em
Direito. Maceió, 2015.

Bibliografia: f. 168-178.

1. Processo civil - Brasil. 2. Novo Código de Processo Civil - Brasil.
3. Acesso à justiça. 4. Direito processual. I. Título.

CDU: 347.9(81)



MARCELO BARBI GONÇALVES

"FILTROS PRÉ-PROCESSUAIS DE CONTENÇÃO DA LITIGIOSIDADE PLÚRIMA"

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Beclaute Oliveira Silva

Julgamento: APROVADO Assinatura: Beclaute O. S.

Prof. Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira

Julgamento: APROVADO Assinatura: P. H. N.

Prof. Dr. Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha (UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: Leonardo José Ribeiro

Maceió, 22 de abril de 2015.

RESUMO

O objetivo da dissertação de mestrado é analisar a política judiciária *consequencialista*, preocupada sobretudo com os *efeitos* da crise judiciária, que tem predominado no processo de reforma da Justiça Civil.

A hipótese com a qual se trabalha é *negativa*: a crise do sistema de administração da Justiça no Brasil é, precipuamente, um problema *não-judiciário*. Ou melhor: pré-processual. Dessa forma, cinco campos temáticos foram objeto de estudo: (i) o sistema de administração judiciária; (ii) a formação dos atores jurídicos (juízes, advogados, Ministério Público e procuradorias); (iii) a jurisdição administrativa para o Estado e entes privados que exercem funções tipicamente públicas; (iv) os meios alternativos de resolução de controvérsias; (v) e o modo de processamento da arrecadação tributária.

A reforma do CPC é necessária. Mas é apenas um passo rumo a um efetivo acesso à justiça. A litigiosidade plúrima e complexa é um fenômeno social que não será debelado exclusivamente pelo prisma legislativo.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Reforma. Acesso à justiça. Filtros pré-processuais.

ABSTRACT

The aim of the dissertation is to analyze the consequentialist judicial policy, concerned primarily with the effects of judicial crisis that has prevailed in the Civil Justice Reform process.

The hypothesis with which it works is negative: the crisis of the justice administration system in Brazil is, primarily, that a non-judicial problem. Or rather, pre-procedural. Thus, five thematic fields were subject: (i) the reformulation of the judiciary system; (ii) the training of legal actors (judges, lawyers, prosecutors and attorneys); (iii) the prior exhaustion of administrative procedures in lawsuits against the state and private entities exercising public functions typically; (iv) stimulation of alternative means of dispute resolution; (v) and the processing mode of tax collection.

In this context, the final approval in the Senate, on December 17, 2014, of a new Civil Procedure Code, it is a truly healthy measure. But it's just one of the steps towards effective access to justice. The complex litigation is a social phenomenon that will not be extinguished only by the legislative point of view, why the analysis of the real potential of the new law in the pursuit of a legal protection isonomic, equitable and expeditious is essential.

Key-words: New Civil Procedure Rules. Access to justice. Judicial crisis. Effects.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. É NECESSÁRIA UMA REFORMA GLOBAL DO CPC/73?.....	10
1.1 Transformações na Teoria Geral do Direito com influência na Ciência Processual .	11
1.1.1 <i>A constitucionalização do direito processual</i>	11
1.1.2 A principalização do Direito	13
1.2 Mutações na realidade social com influência no processo.....	17
2. AS CAUSAS PRÉ-PROCESSUAIS DA CRISE JUDICIÁRIA	21
3. A NECESSÁRIA REFORMA DA ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA.....	30
3.1. Conceitos gerais	30
3.2. A contínua oferta de mais do mesmo	31
3.3. A necessidade de valorização da primeira tutela jurisdicional ofertada	35
4. DA FORMAÇÃO DOS ATORES JURÍDICOS	39
4.1 O mito da neutralidade do direito processual	40
4.2 A formação profissional da magistratura	48
4.4 O Ministério Público como agente de transformação social	60
4.5 A Advocacia de Estado e o controle preventivo de legalidade	65
4.5.1 Consultoria Jurídica e o controle preventivo da juridicidade dos atos da administração	66
4.5.2 O Poder Público em juízo.....	70
5. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	75
5.1 Ubiquidade conceitual e equivocidade aplicativa.....	77
5.2 Prévio exaurimento administrativo	82
5.2.1 Conceito	82
5.2.2 Análise do inc. XXXV do art. 5º.....	84
5.2.3 Estudo de caso: as Comissões de Conciliação Prévia na Justiça do Trabalho.....	89
5.2.4 Outras hipóteses de condicionamento	97
5.2.4.1 O Habeas Data e a fase administrativa prévia.....	97
5.2.4.2 Súmula Vinculante e o uso da reclamação condicionado ao esgotamento das vias administrativas.	101

5.2.4.3 O prévio requerimento administrativo para fins previdenciários	103
5.3 Implementação do Contencioso Administrativo	104
5.3.1 Vantagens	115
5.3.1.1 Julgamento técnico	115
5.3.1.2 Eficácia probatória	116
5.3.1.3 Isonomia material	117
6. ADR: VERDADES, ILUSÃO E MÁ-FÉ	121
6.1. O processualista entre o <i>velho</i> e o <i>novo</i>	121
6.2 Barreiras teóricas, culturais e institucionais.....	123
6.3 Meios alternativos no direito objetivo vigente.....	127
6.4 Anverso e reverso dos meios suasórios de resolução de conflitos	129
6.4.1 A justiça informal como remédio para a crise judiciária	130
6.4.2 A face oculta da Justiça consensual	135
6.4.3 Podando os excessos à procura de uma <i>terceira via</i>	141
6.5 Análise do Código projetado: a nova <i>lex mercatoria</i>	146
7. EXECUÇÃO FISCAL	147
7.1 Fotografia geral do processo de execução brasileiro.....	147
7.2 O Projeto de Lei nº. 5.080/2009	151
7.3 Análise dos argumentos contrários aos PL	158
CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS	166
Referências	Erro! Indicador não definido.

O Acesso à Justiça na Reforma do Código de Processo Civil

Introdução

A proposta da dissertação de mestrado é analisar o enfoque dado ao acesso à justiça no Projeto de Reforma do Código de Processo Civil. A tese central do trabalho é que uma reforma estrutural do sistema de administração judiciária deve, necessariamente, passar por uma abordagem macroestrutural. Significa dizer que a crise do Judiciário, evidenciada, entre outras constatações, pela (i) morosidade jurisdicional, (ii) discrepância entre padrões decisórios, (iii) inefetividade das decisões jurisdicionais, (iv) falência do processo de execução e (v) crise de confiança no aparelho jurisdicional, precisa ser enfrentada sob uma perspectiva pré-processual.

O grave quadro de insatisfação perante o Poder Judiciário é notoriamente conhecido. Nunca os índices de confiabilidade na instituição estiveram tão baixos. Em estudo que mede o Índice de Confiança dos Advogados na Justiça (ICAJ/Fundace),¹ a nota em 2014 foi de 30,8 em uma escala de 0 a 100. O resultado é o pior desde 2011, quando a pesquisa começou a ser feita em nível nacional.

Trata-se de um departamento da soberania percebido, no mais das vezes, como conservador, dogmático, privatista e subserviente. Os magistrados, de sua parte, não colhem melhor percepção. São vistos como personagens que, encastelados em gabinetes e insulados do olhar sofrido do jurisdicionado, prestam uma jurisdição divorciada dos anseios sociais. Há uma percepção difusa de que o juiz, graduado sob o pálio de um ensino concebido nos moldes de um modelo normativista, exegético e escolástico, face à sua privilegiada inserção social, não se encontra capacitado para julgar conflitos interclassistas e transgressões de massa envolvendo a coletividade.

¹ Notícia disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-08/confianca-advogados-justica-diminui-menor-2011>. Acesso em: 30.08.2014.

E, a despeito desse grau de insatisfação, nunca se litigou tanto. Trata-se de um fenômeno particular. Se a atividade jurisdicional não atende às expectativas sociais, era de se esperar que o número de demandas arrefecesse. E, contudo, não é isto o que se colhe dos dados obtidos pelo Relatório *Justiça em Números 2014* – relatório publicado em 23.09.2014 pelo Conselho Nacional de Justiça.²

São milhões de ações que abarrotam o Judiciário, chegando-se, ao final de 2013, ao expressivo quantitativo de 95,14 milhões de ações (acervo 4,2% maior em relação a 2012). E, como se sabe, nem todos litigam. Uns, certamente, o fazem mais do que outros.³ Há, ainda, aqueles que são beneficiados pela judicialização do conflito que está subjacente a toda demanda.⁴ Essas constatações não podem ser desconsideradas pelo processualista preocupado com o acesso à justiça. É nesse sentido que se manifesta Mauro Cappelletti, o qual, após registrar que “a temática do acesso é, em nosso tempo, uma nova empostação do pensamento jurídico”, salienta com sua invulgar autoridade que “é também, necessariamente, um programa de reforma, ou seja, busca de modos mais eficazes para superar os obstáculos que se opõem ao acesso ao direito e à justiça”.⁵

Dessa maneira, um efetivo movimento de reforma do processo civil pressupõe incursões no campo pré-processual, sendo imprescindível uma releitura: (i) do sistema de administração judiciária; (ii) da formação dos atores jurídicos (juízes, advogados, Ministério Público e procuradorias); (iii) da jurisdição administrativa para o Estado, concessionárias de

² Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/relatorio_jn2014.pdf. Acesso em: 24.09.2014.

³ Conforme assevera Maria Teresa Sadek: “Resumidamente, pode-se sustentar que o sistema judicial brasileiro nos moldes atuais estimula um paradoxo: *demandas de menos e demanda demais*. Ou seja, de um lado, expressivos setores da população acham-se marginalizados dos serviços judiciais, utilizando-se, cada vez mais, da justiça paralela, governada pela lei do mais forte, certamente menos justa e com altíssima potencialidade de desfazer todo o tecido social. De outro, há os que usufruem em excesso da justiça oficial gozando as vantagens de uma máquina lenta, atravancada e burocratizada.” (Judiciário: mudanças e reformas. *Revista Estudos Avançados* (USP), nº 18 (51), 2004, p. 86).

⁴ Essa constatação não passou despercebida à argúcia de José Carlos Barbosa Moreira, o qual, ao dissertar sobre as falsas proposições que perturbam o raciocínio de quem se interessa pelas causas da morosidade judicial, registra: “Terceiro equívoco: Ambas as partes de qualquer processo aspiram fortemente a um desfecho rápido e se sentem frustradas pelo retardamento. Trata-se de uma das ideias mais falsas entre as que circulam sobre o assunto. Há boas razões para antes supor coisa bem diferente: pelo menos um dos litigantes prefere ver demorar o resultado do pleito. Isso é óbvio no processo penal; mas também ocorre no campo civil, principalmente se a conjuntura econômica torna menos gravoso com o correr do tempo, para o devedor em mora, o desembolso da importância devida” (O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: *Temas de Direito Processual*. 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 372).

⁵ Tutela dos interesses difusos. *Revista Ajuris* nº 33, v. 13, mar/1995, p. 169.

serviço público e entes submetidos à regulação estatal; (iv) dos meios alternativos de resolução de controvérsias; (v) do modo de processamento da arrecadação tributária.

Essas cinco abordagens de verniz extrajudicial não exaurem, certamente, o amplo campo de modificações estruturais necessárias para a reforma do Poder Judiciário. A *dispersão jurisprudencial*,⁶ um dos principais alvos do PCPC, na medida em que acarreta a pulverização de decisões judiciais em sentidos diversos, consubstancia um contundente fator de estímulo à litigância.⁷

O trabalho, então, para evitar que a *dispersão metodológica* contamine o fluxo das ideias, optou pelo seguinte corte epistemológico: enfoque nas causas pré-processuais da litigiosidade.⁸

Não se pode continuar a compactuar com a política judiciária *repressiva, consequencialista e processualista* que vem guiando as reformas da Justiça Civil. O malogro dessa abordagem é evidente: pelo prisma qualitativo, são frequentes as reclamações diante de decisões padronizadas e proferidas à revelia das peculiaridades do caso concreto; pelo quantitativo, segundo o Relatório *Justiça em Números 2014*, o número de processos pendentes passou de 58,9 milhões em 2009 para 66,8 milhões em 2013.

No atual cenário, atingem-se os *efeitos* da crise judiciária, mas se deixam a descoberto as suas *causas*. Firme-se o ponto: sem o estudo preventivo da dimensão externa, que retroalimenta a *cultura judiciária*, ter-se-á como prestação jurisdicional prestada ao cidadão sempre *mais do mesmo*.

6 Sobre o tema, peço vênica para remeter a artigo de minha autoria na qual analiso detalhadamente o impacto da dispersão jurisprudencial na litigiosidade estimulada (O resgate da Súmula 343 do STF: respostas corretas, segurança jurídica e razoável duração das controvérsias. *Revista Dialética de Direito Processual* n° 135, junho/2014, pp. 56 - 74).

7 Com razão Natascha Nascimento Gomes Tostes ao asseverar que: (...) a partir de certo tempo impõe-se, para manutenção da estabilidade da ordem jurídica, que seja guardado um nexo de coerência entre as decisões judiciais sobre a mesma *fattispecie*, sob pena de, conforme já assinalado, estar-se fazendo o Judiciário servir de instrumento de criação de conflitos, e não de pacificador de relações sociais". (Uniformização de jurisprudência. *Revista de Processo* n° 104, out-dez/2001, p. 195).

8 Nessa mesma linha de convicções, Antônio do Passo Cabral: "Pois bem, decerto que os problemas dos órgãos administrativos e do poder Judiciário, que ocasionam a demora nos processos, não são decorrentes de ineficácia normativa ou dogmática de institutos processuais. Em verdade, uma das grandes críticas que se pode fazer ao legislador brasileiro nos últimos anos é pensar que através de reformas processuais, muitas vezes mutilando o CPC e violando direitos fundamentais, resolveria os problemas da inoperância do sistema judicial. Em nosso entender, os problemas decorrem também de questões metajurídicas, por vezes culturais ou sociológicas, e outras de ordem estrutural e de organização administrativa dos Tribunais". (A duração razoável do processo e a gestão do tempo no Projeto de novo Código de Processo Civil. In: Júnior, Antônio Pereira Gaio; Câmara, Alexandre Freitas. *Novo CPC: reflexões e perspectivas*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2014, p. 45/46).

Por essas razões, um ponto central dentro do projeto de reforma do Código de Processo Civil é o seguinte: a sociedade clama pelo aperfeiçoamento da lei adjetiva ou, ao revés, por uma efetiva transformação no acesso à Justiça Civil? Antes, porém, é preciso enfrentar uma indagação logicamente preliminar: a reforma do CPC faz-se necessária?⁹

Que ela é inapta, por si só, para assegurar o acesso à *ordem jurídica justa*¹⁰ é uma premissa básica do trabalho. Concausas multifatoriais que ensejam uma litigiosidade por um lado repetitiva, e, por outro, complexa, não serão enfrentadas com o projeto reformista. Até porque, conforme salienta Arruda Alvim, “o Projeto do Novo Código de Processo Civil não se pretende revolucionário – no sentido de negar a sistemática vigente – mas se propõe, ao contrário, a utilizar de maneira adequada e ordenada o que nela se revela útil aos desígnios contemporâneos do processo civil”.¹¹ Aliás, da própria Exposição de Motivos elaborada pela *Comissão Fux* se depreende essa característica:

Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1.992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência.

O questionamento deve ser respondido, quer me parecer, sob uma perspectiva não de *completude*, senão de *necessariedade*. Ou seja, sem a reforma é possível que a administração judiciária encontre as sendas de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva?

1. É necessária uma reforma global do CPC/73?

⁹ Faz esse questionamento Larissa Clare Pochmann da Silva ao registrar: “Contudo, pode-se ter um questionamento anterior a esse ponto, que merece registro. Muito antes de discutir a estrutura do projeto do novo código de processo civil, será que precisaríamos de um novo código? Será que, de fato, a adequação do direito processual ao neoconstitucionalismo – ou, para utilizar a terminologia de Eduardo Cambi (2007) o neoprocessualismo - se faria apenas com uma nova legislação, ou será necessária uma mudança da verdadeira mudança social e forma de compreender o processo?” (Incidente de Resolução de demandas repetitivas: tutela coletiva ou padronização do processo? In *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, v. 18, nº 32, p. 93 – 114, dez/2011). No sentido da desnecessidade de uma reforma nos termos em que propugnada, a obra de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 55-60.

¹⁰ A conhecida expressão é da lavra de Watanabe (Acesso à justiça e sociedade moderna. In: Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel; _____. *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 135).

¹¹ Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista Forense* nº 412, nov-dez/2010, p. 42. Igualmente, Humberto Dalla Bernardina de Pinho: “Não se trata de uma grande reforma, mas, sim, de um novo Código”. (*A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em: 09.08.2014).

O atual CPC é um diploma do seu tempo. Do seu tempo e de sua dogmática. Mas o Direito e a realidade social mudaram de forma acachapante nos últimos quarenta anos. A Teoria Geral do Direito, sem qualquer hipérbole, foi refundada nas últimas décadas. A doutrina brasileira acompanhou - em parte e com algum atraso - essas mudanças. Dentre as principais - e no que se refere àquelas que se relacionam intimamente com o direito processual - devem ser lembradas as seguintes *rupturas* metodológicas.

1.1 Transformações na Teoria Geral do Direito com influência na Ciência Processual

1.1.1 A *constitucionalização do direito processual*

A interpenetração entre Constituição e Processo, verificada na Europa ocidental no início da segunda metade do século XX¹² - em virtude, precipuamente, da expansão da jurisdição constitucional -, assentou-se no Brasil apenas com a Carta de 1988. Isso porque, em um regime de exceção, onde a legalidade reside em atos institucionais e complementares, não há espaço para o princípio da supremacia da constituição. Conforme afirma o Min. Barroso, as forças militares “mantiveram a Carta em vigor, mas criaram uma normatividade paralela, supraconstitucional”.¹³ À força do canhão se submetia a força do direito.

Apenas há pouco mais de 25 anos, portanto, a Constituição passou a ser considerada como norma formal e substancialmente suprema. A primazia, hoje, não é da lei, senão da Constituição,¹⁴ e a *infiltração* da normatividade supralegal na seara processual pode ser vislumbrada sob duas perspectivas vetoriais complementares.

¹² Ao dissertar sobre a supremacia da lei no Estado Liberal, assim se manifesta Gustavo Zagrebelsky: "L'espressione giuridica di questa egemonia era la legge alla quale, per conseguenza, era riconosciuto il primato tra tutti gli atti giuridici e anche rispetto ai documenti costituzionale di allora" (*Il diritto mite - Legge, diritti, giustizia*, Torino: Ed. Einaudi, 1992, p. 35).

¹³ *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 33.

¹⁴ Após salientar que "o processo civil constitucionalizou-se", a Exposição de motivos do Anteprojeto registra que "A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual". Com a devida vênia, a Comissão incorreu em petição de princípio. Apenas num quadro de baixa normatividade das leis supremas é que se poderia compreender a reiteração, no capítulo 1 (Das Normas Fundamentais do Processo Civil) do Anteprojeto de CPC, de garantias textualmente previstas em sede constitucional. A conformidade com a Lei Maior não decorre de uma rebarbativa reiteração de seus dispositivos, senão de uma adequação axiológica com os seus princípios fundamentais. A previsão de garantias em sede constitucional já não seria o bastante? A repetição não pode tornar ainda mais labiríntico o nosso sistema de recorribilidade extraordinária?

A primeira, com um sentido ascendente, alude ao ingresso na Carta de princípios e regras de natureza eminentemente processuais. É o que parcela da doutrina denomina de *direito constitucional processual*.¹⁵ Outros, como Cândido Rangel Dinamarco, incluem como objeto específico de estudo do *direito processual constitucional* seja o conjunto de princípios e regras, contidos na Constituição, que disciplinam o processo (tutela constitucional das liberdades), seja o “arsenal de meios predispostos pela Constituição para maior efetividade do processo e dos direitos individuais e grupais (jurisdição constitucional das liberdades)”.¹⁶

A diacronia terminológica, para fins do presente estudo, é irrelevante. O que não o é, todavia, é a constatação de que com a Carta de 1988 o processualista, em sua farmacologia, passou a ministrar remédios oriundos não apenas do CPC, como também da Lei Maior. A propósito, recorde-se a previsão constitucional *ab ovo* dos princípios do devido processo legal, juiz natural, publicidade dos atos processuais, proibição de provas ilícitas, bem como dos mandados de injunção e de segurança coletivo e *habeas data*.

Some-se a isso outro fenômeno, de linha vetorial, agora, descendente: a interpretação do alcance, sentido e possibilidades do processo deve se dar à luz da Constituição. Esse sentido importa na necessidade de uma *filtragem constitucional* do processo, o qual deve ser lido com a lente da tábua axiológica fundante da ordem jurídica. De se louvar, portanto, a Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto de Código, pois desde a Exposição de Motivos percebe-se que esteve atenta a essa necessidade:

A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais. (...) O processo há de ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição e de forma a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais.

Nessa mesma linha de intelecção, pode-se dizer, seguindo as pegadas de Arruda Alvim, que “Desde o art. 1º, o Projeto enfatiza o valor fundamental da Constituição, o que representa um enfoque contemporâneo da temática do direito. Valeu-se, portanto, da concepção de que os Códigos devem ser iluminados pelas Constituições”.¹⁷ A tutela jurisdicional, assim, precisa estar adequada ao *modelo constitucional de processo civil*.

¹⁵ Nesse sentido, por todos, Paulo Hamilton Siqueira Júnior (*Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006, p. 38).

¹⁶ *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. p. 55/56.

¹⁷ Op. cit., p. 34.

1.1.2 A principialização do Direito

A segunda *ruptura* que impactou sobremaneira o direito processual alude à constatação de que princípios são espécies de normas. Estas são o gênero, que abrangem princípios e regras. Os estudos de Ronald Dworkin e, após, de Robert Alexy, foram fundamentais para a percepção de que o método subsuntivo não consiste na única forma de se aplicar o direito.

A ascensão normativa dos princípios passou, basicamente, segundo lição de Paulo Bonavides, por três distintos estágios: 1) fase jusnaturalista (“os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, ainda nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa da ideia que inspira os postulados de justiça”); 2) fase positivista (“os princípios entram nos Códigos unicamente como ‘válvula de segurança’, e não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo”); 3) pós-positivismo (“A terceira fase, enfim, corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”).¹⁸

A assunção dos princípios como genuínas normas implica a operacionalidade de um novel método de aplicação do Direito, a saber, o *balanceamento*. O CPC/73, de sua parte, passa ao largo de institutos nodais vinculados à normatividade dos princípios, como sejam a ponderação,¹⁹ cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados,²⁰ proporcionalidade e razoabilidade.²¹

¹⁸ *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, p. 259, 262 e 264.

¹⁹ Art. 499 § 2º do PNCC: No caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da *ponderação* efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

²⁰ Art. 499, § 1º : Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: II – empregar *conceitos jurídicos indeterminados*, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso.

²¹ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a *proporcionalidade*, a *razoabilidade*, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

1.1.3 Civil Law e Common Law

O último fenômeno a que se deve fazer menção relaciona-se à confluência entre os sistemas de *common law* e *civil law*.²² É doutrina corrente que o ordenamento jurídico pátrio é filiado ao *civil law*. Antes de questionar essa afirmação, uma perfunctória distinção entre os sistemas se faz mister.

É bem de ver, em primeiro, que não se deve diferenciar os tradições jurídicas do *common law* e *civil law* com lastro na atuação do Poder Legislativo. Com efeito, hoje esse critério aponta mais uma distinção quantitativa do que qualitativa entre os sistemas. Destaque-se nesse sentido a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, o qual imputa esse raciocínio falacioso àqueles que se manifestam contra a importação do modelo precedencialista aos países filiados ao *civil law*.²³

Uma segunda linha de diferenciação que nos parece equivocada é aquela que identifica os conceitos de *common law* e direito costumeiro. A interconexão entre práticas sociais e *common law* é evidente, mas a relação é de complementaridade, e, não, de superposição. Com efeito, como salienta Gustavo Santana Nogueira:

Antonin Scalia, Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América desde 1986, adverte que a *common law* não é sinônimo de direito costumeiro, ou o reflexo da prática das pessoas, mas sim um direito desenvolvido pelos juízes. Talvez, diz ele, no tempo dos saxões as Cortes pudessem refletir em suas decisões os costumes da época, porém, com o tempo as questões levadas aos Tribunais foram ficando cada vez mais complexas, e não encontravam respostas nos costumes.²⁴

A regra do *stare decisis*, tampouco, é elemento a salvo de controvérsias. Nesse sentido, Cappelletti aduz que: “Uma quarta diferença, muito importante, que em certo sentido resume em si mesma as outras três, encontra-se no fato de que usualmente falta nos países de

²² Sobre a distinção entre os sistemas, peço vênica para fazer remissão a artigo de minha autoria: O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a Magistratura Deitada (*Revista de Processo* n° 222, agosto/2013, p. 221 ss.).

²³ Veja-se a seguinte passagem: “Aliás, considerando-se a batida alegação de que o *stare decisis* existe em decorrência da inação do Legislativo, basta constatar que não há déficit de legislação nos Estados Unidos, sendo descabida a suposição de que o precedente tem força obrigatória por falta de atuação do legislador” (Apresentação. In: *A Força dos Precedentes*. 2ªed. Salvador: Juspodium, 2012, p. 10).

²⁴ *Stare Decisis Et Non Quieta Movere: A Vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 25. Na doutrina norte-americana, Benjamin N. Cardozo: “Sem dúvida, a energia criativa do costume no desenvolvimento da *common law* é hoje menor do que foi nos tempos idos. Mesmo em tempos idos, é muito provável que sua energia tenha sido exagerada por Blackstone e seus seguidores” (*A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 42).

civil law algo semelhante à regra formal do ‘stare decisis’, isto é, o vínculo aos precedentes judiciais. Não desejo dizer com isso que tal falta represente, como não poucos comparativistas têm entendido, o elemento diferenciador fundamental dos sistemas de *civil law* em relação aos de *common Law*”.²⁵

É o *operar normativo* no paradigma das nuances supracitadas que aparta, em verdade, os sistemas, sendo de relevo destacar as palavras de Benjamin N. Cardozo: “A *common law* não segue uma trajetória que parte de verdades preestabelecidas, de validade universal e inflexível, para chegar a conclusões delas derivadas por dedução. Seu método é indutivo, e extrai suas generalizações de proposições particulares”.²⁶

Assim, não é a existência de leis escritas, a *juridicização* dos costumes sociais ou o *stare decisis* que, isoladamente, caracterizam o *common law*, mas sim um *método de aplicação e desenvolvimento do direito* em contraposição àquele manejado nos ordenamentos de raiz romano-germânica.²⁷

Para além desses caracteres distintivos, hoje é inegável a confluência entre os sistemas. Conforme aduz Mauro Cappelletti:

A cultura humana, em quaisquer países, é hoje interdependente; a osmose entre os vários momentos culturais é da mesma forma rápida e plena; e as fontes de informações se encontram também internacionalizadas, o que tornou já concebível qualquer corrente de pensamento, base de qualquer movimento ou transformação inclusive no mundo jurídico, que não seja ao mesmo tempo, de alguma forma, derivação ou causa de outros análogos movimentos ou transformações em outros países. Não é mais verdade, hoje, que as diferenças mais radicais ocorram entre as legislações assim chamadas de *civil law* e *common law*. Os institutos e os princípios fundamentais do direito e do processo civil, inspirados como são em todos os países ditos ocidentais, em ideologias comuns ou análogas, não diferem substancialmente tanto quanto a uma primeira vista poderia parecer; e mesmo no que se refere aos institutos e princípios fundamentais do direito público e especialmente constitucional, em que antigamente ocorria uma nítida contraposição *civil law* – *common law*, os pontos de união se vão multiplicando.²⁸

²⁵ *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 121/122.

²⁶ *Ob. cit.*, p. 12. Mais adiante, afirma: “Em certa medida, no entanto, fomos poupados, em virtude do processo indutivo por meio do qual nosso direito jurisprudencial se desenvolveu, dos males e perigos que são inseparáveis do desenvolvimento do direito com base no *jus scriptum*, mediante um processo de dedução” (p. 30).

²⁷ Entendeu o ponto Patrícia Perrone Campos Mello ao asseverar que “A primazia conferida à jurisprudência, o raciocínio por indução e a metodologia de associação e distinção entre casos adotados pelo *common law*, se oporiam, portanto, ao predomínio da lei, à dedução e ao método interpretativo do *civil law*, diferenciando os dois modelos” (*Precedentes – O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 12).

²⁸ *Processo, Ideologias e Sociedade*. Vol. 2. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. Porto Alegre: Fabris 2010, p. 56.

Com efeito, no que tange ao sistema brasileiro, tradicionalmente reconhecido como filiado à família romano-germânica, é imperiosa a constatação de sua crescente *commonlawização*.²⁹ A abertura do sistema processual para a filosofia *precedencialista* pode ser percebida a partir das seguintes inovações: (i) art. 38 da Lei 8.038/90, autorizando o relator, no STF e STJ, a “negar seguimento” a recurso que contrariar súmula do respectivo Tribunal; (ii) Lei 9.139/95, que modificou o art. 557 do CPC no sentido de autorizar julgamento monocrático em caso de jurisprudência dominante; (iii) Lei 9.756/98, que de novo alterou o caput do art. 557 e lhe introduziu o § 1^a-A, modificou o §3^o do art. 544 e deu um parágrafo único ao art. 120 a fim de autorizar o julgamento monocrático do conflito de competência em caso de jurisprudência dominante; (iv) Lei 10.352/01, que introduziu o § 3^o ao art. 475 com o escopo de dispensar o reexame necessário em caso de conformidade com súmula das cortes de vértice; (v) Lei 11.277/06, que introduziu o art. 285-A a fim de autorizar o julgamento liminar no caso de *precedente do juízo*; (vi) Lei 11.276/06 que incorporou as súmulas impeditivas de recursos no § 1^o do art. 518; (vii) Lei 11.417/06, que implementou as súmulas vinculantes; (viii) Lei 11.418/06, que instalou o sistema de repercussão geral nos artigos 543-A e 543-B; (ix) Lei 11.672/08, que criou os recursos especiais repetitivos no art. 543-C; (x) Lei 12.322/10 que implementou o julgamento monocrático do agravo em RE/Resp se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

Imperativos de isonomia, segurança jurídica, celeridade e confiabilidade no Judiciário estiveram à base dessas reformas legislativas. Aliás, a Exposição de Motivos do Anteprojeto do CPC faz referência textual aos princípios da segurança jurídica³⁰ e da isonomia³¹ como

²⁹ É interessante sublinhar que Sérgio Sérulo da Cunha contesta o senso comum de que o sistema de precedentes assegura uma maior proteção às expectativas: “O sistema de precedentes, de visibilidade e certeza mínimas, é uma teia de arabescos técnicos que torna impossível o conhecimento do direito pelo leigo e alarga a faixa de imprevisibilidade das decisões”. (Nota breve sobre o efeito vinculante. *Revista de Informação Legislativa* n. 129, jan./mar. 1996, p. 10).

³⁰ “Mas talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência. O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta”.

³¹ “Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, *ipso facto*, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma”.

alicerces do novo código. A constatação generalizada é a de que o CPC/73 não atende à necessidade de se garantir uma tutela jurisdicional adequada. Por quê?

Para além das razões já apontadas, não se pode olvidar do *vício de berço* que eiva o CPC/73. Por mais que se retoque a estrutura, o cordão umbilical com uma aplicação do direito formalista, exegética e normativista não foi rompido. Em outros termos: a revolução deve se dar no plano dos pressupostos metodológicos.

Trata-se de um diploma caracterizado por seu viés “individualista, patrimonialista, dominado pela ideologia da liberdade e da segurança jurídica”³² que não corresponde às demandas da litigiosidade contemporânea. Um direito divorciado dos fatos aos quais se aplica. Com uma dimensão histórica, social, econômica e cultural que foi suplantada pelo devir histórico.³³

1.2 Mutações na realidade social com influência no processo

Com efeito, a realidade social, quando da confecção do CPC/73, era outra, a demandar um modelo de processo civil aderente a uma sociedade predominantemente rural, na qual os litígios ainda se concentravam em conflitos intersubjetivos meramente privados. Tratava-se de debelar os tradicionais conflitos cidadão *versus* cidadão e entre este e o Estado. Tinha-se um Judiciário cuja principal função era assegurar o adimplemento negocial, o respeito ao direito de propriedade e às disposições testamentárias. Contrato, propriedade e dimensões econômicas do direito de família: este o núcleo de atuação do Judiciário.³⁴

³² Mitidiero, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo* n° 183, 2010, pp. 165/194.

³³ "Acresça-se a tudo isso que os esquemas processuais tradicionais, ainda que satisfatórios para acudir a um sistema capitalista e burguês, que antepunha face a face os clássicos detentores de interesses individuais, seriam de qualquer modo inadequados para a solução dos conflitos emergentes em uma sociedade de massa, em que despontam interesses metaindividuais (os denominados 'interesses difusos') e interesses economicamente menores, mas que se multiplicam numa estrutura de intensa interação social (as denominadas 'pequenas causas'). E teremos, a completar o quadro angustiante de um Justiça lenta, cara, complicada e burocratizada e inacessível até para os conflitos tradicionais, a pincelada dramática da falta de resposta processual para os conflitos próprios de uma sociedade de massa". (Grinover, Ada Pellegrini. Conciliação e Juizados de Pequenas Causas. In: *Novas Tendências do Direito Processual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 177).

³⁴ Ao dissertar sobre o Poder Judiciário no Estado Liberal, assim se manifesta José Eduardo Faria acerca das suas funções básicas no âmbito da ordem capitalista: "garantir a segurança das expectativas, o cálculo econômico e o jogo do mercado, mediante o reconhecimento, a definição e a regulação da propriedade privada, da livre disposição contratual, dos direitos adquiridos e do princípio do *pacta sunt servanda*". (Apresentação. In: _____ (Org.). *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ed. Ática, 1994, p. 10.). No mesmo sentido, Roger Perrot, aludindo a litígios que versavam sobre "propriedade das terras, contratos comerciais, sucessão, problemas de filiação" (O processo civil francês na véspera do século XXI. *Revista de Processo* n° 91, p. 204).

A superveniência de uma nova realidade sócio-jurídica pode ser visualizada através de diversos prismas. De plano, saliente-se a emergência de uma sociedade de massa na qual o consumo é coletivizado. Nesse mesmo sentido se manifesta Mauro Cappelletti, o qual, após indagar “Qual é a primeira característica da sociedade moderna, contemporânea?”, assim nos responde:

Acredito eu a essa pergunta se pode responder que a sociedade contemporânea se caracteriza pelo fenômeno, muito específico, de massa. Do ponto de vista econômico – olhemos a economia da sociedade industrial – tipicamente a produção é uma produção de massa, não mais uma produção artesanal. Comércio de massa: consumo, tipicamente, de massa. Vivemos, marcadamente, em uma economia cuja preocupação, trabalho, comércio, consumo se caracterizam por esse aspecto massivo.³⁵

De fato, o modelo fordista de produção implicou na inserção no mercado de consumo de setores civis antes marginalizados, de maneira que o fenômeno consumerista ganhou considerável fôlego. E do caráter multitudinário da produção decorre a dimensão coletiva dos conflitos. Perceba-se: a judicialização do consumo é uma decorrência do próprio modelo econômico.

Um defeito em uma escala de produção gera a milhares de consumidores danos decorrentes de uma origem comum. Da mesma forma, e mais uma vez com Cappelletti, pode-se citar a publicidade, típica manifestação da sociedade contemporânea: “Se temos uma fraude publicitária, uma publicidade de má-fé, induzindo ao engano, o dano será de massa e se expandirá sobre milhões de pessoas”.³⁶ São lesões que, como é evidente, não podem ser tratadas da mesma maneira que aquela decorrente da violação de um contrato entre dois particulares em situação de paridade.

Além disso, a compreensão de que o Estado não deve apenas tutelar as liberdades negativas do cidadão importou uma novel forma de intervenção estatal na economia. Direitos de *liberdade* impõem atividades fáticas que expandem a capilaridade do Poder Público.³⁷

³⁵ *Tutela dos interesses difusos...* p. 170.

³⁶ *Ibidem*, p.171.

³⁷ O ponto em destaque foi objeto de observação de Boaventura de Souza Santos ao tratar da eclosão na década de 60 da crise da administração da justiça: “A consolidação do Estado-Providência significou a expansão dos direitos sociais e, através deles, a integração das classes trabalhadoras nos circuitos do consumo anteriormente fora do seu alcance. Esta integração, por sua vez, implicou que os conflitos emergentes dos novos direitos sociais fossem constitutivamente conflitos jurídicos cuja dirimição caberia em princípio aos tribunais. De tudo isto resultou uma explosão de litigiosidade à qual a administração da justiça dificilmente poderia dar resposta. Acresce que esta explosão veio a agravar-se no início da década de 70, ou seja, num período em que a expansão econômica terminava e se iniciava uma recessão que se prolonga até hoje e que, pela sua pertinácia, assume um caráter estrutural. Daí resultou a redução progressiva dos recursos financeiros do Estado e a sua crescente incapacidade para dar cumprimento aos compromissos assistenciais e providenciais assumidos para com as

Prestações positivas (saúde, educação, habitação, segurança social) passam a ser exigidas do Estado. Disso decorre que o Poder Público se encontra agora vinculado a um *facere*, de forma que a sua omissão passa a configurar uma forma de violação dos encargos jurídico-constitucionais que lhe são impostos.³⁸ O descumprimento desse dever, à vista de sua natureza mandamental, acarreta a *judicialização das políticas públicas* que ao Estado caberia espontaneamente adimplir.

Não se pode olvidar, ainda, a emergência de uma Carta Cidadã repleta de promessas emancipatórias num quadro de profundas desigualdades sociais.³⁹ O amadurecimento institucional da população, fruto de um democrático processo constituinte, de um lado, e a desconexão do Poder Público com um aparelho autoritário, de outro, estimularam a aproximação *Estado - sociedade*. A opressão, agora, não se passa mais nos porões do DOI-CODE, senão no mercado de produção e trabalho. Se o Estado deixa de ser o *inimigo* das liberdades para passar a ser seu eficiente promotor, o Judiciário se transforma no último bastião dos valores sociais e da dignidade humana.⁴⁰

classes populares na década anterior. Uma situação que dá pelo nome de crise financeira do Estado e que se foi manifestando nas mais diversas áreas de atividade estatal e que por isso repercutiu também na incapacidade do Estado para expandir os serviços de administração da justiça de modo a criar uma oferta de justiça compatível com a procura entretanto verificada”. (Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo* nº 37, jan-mar/1985, p. 124).

³⁸ Nesse sentido, veja-se o seguinte escólio de Marcos Maselli Gouvêa: “Há algo de novo no acervo das varas de fazenda pública. Ao lado das usuais ações de responsabilidade civil, das revisões de benefícios, dos mandados de segurança em matéria tributária e das desapropriações, assiste-se à recente proliferação de processos em que se objetiva compelir a Administração Pública à realização de prestações positivas, de dar e de fazer, versando os bens jurídicos que a Constituição alinha em sua Ordem Social. Este fenômeno pode ser compreendido como desdobramento de uma paulatina ampliação do espectro de obrigações estatais suscetíveis de controle judicial. Já de longa data o constitucionalismo liberal consagrava a possibilidade de tutela judicial de posições jurídicas de caráter negativo, através de instrumentos processuais especificamente moldados para garantir, com a eficiência e a celeridade necessárias, a fruição dos direitos à vida, à incolumidade física, à liberdade, ao patrimônio e à participação política. Ao longo dos últimos duzentos anos, verificou-se marcante avanço no campo do controle de constitucionalidade e da responsabilidade civil do Estado. Diante desse evoluir, as omissões estatais no campo das prestações positivas ligadas a imperativos sociais e existenciais remanesciam, até a segunda metade do século XX, como o último bastião infenso à onda de juridicização” (O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. In: Garcia, Emerson (Coord.). *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 200).

³⁹ Conforme destaca Ada Pellegrini Grinover, “A ampliação do acesso à justiça, impulsionada pela Constituição de 1988, abriu o Poder Judiciário a um número cada vez maior de pessoas e causas”. (O tratamento dos processos repetitivos. In: Jayme, Fernando Gonzaga; Faria, Juliana Cordeiro de; Lauar, Maria Terra (coords.). *Processo Civil: Novas Tendências – Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 2).

⁴⁰ A esse quadro podem-se agregar as causas citadas por Carlos Henrique Haddad ao dissertar sobre o aumento do volume de processos submetido ao juiz brasileiro: “O contínuo aumento da demanda judicial pode ser explicado por vários fatores. O crescimento da população tem sido incessante nos últimos anos e, com isso, também cresce o número de pessoas dispostas a litigar. Em segundo lugar, a partir da Constituição Federal de 1988, novos direitos foram articulados e o respeito a eles em boa parte dos casos somente é possível por meio do

Eis, em síntese, as profundas alterações pelas quais passou a realidade sócio-jurídica. E, nada obstante isso, o Judiciário permaneceu estático. Não acompanhou os clamores sociais. Continuou aplicando o direito de forma positivista, escolástica, conservadora. E isso, como é evidente acarretou um quadro de insatisfação generalizada com a forma de prestação da tutela jurisdicional. Conclui-se o ponto com a pena sempre segura de Barbosa Moreira:

Há uma consciência difusa, embora nem sempre objetivamente fundamentada, de que ao notável progresso da ciência, e ao próprio grau de aprimoramento já atingido, no Brasil e alhures, pela legislação processual, está longe de correspondência, na proporção desejável, a evolução do nível qualitativo do serviço da Justiça.⁴¹

Judiciário. O terceiro elemento foi o substancial aumento do número de advogados, em razão do correlato incremento do número de faculdades de Direito espalhadas pelos quatro cantos do país. Segundo o Conselheiro do CNJ Jefferson Kravchychyn, em 2011 havia no país 1.240 faculdades de Direito, frequentadas por mais de quatro milhões de estudantes. O maior número de advogados disponíveis significa maior acesso à justiça, especialmente por parcela da população que, anteriormente, não conseguiria obter tais serviços profissionais. A isso se associa a criação de Juizados Especiais, que sequer exigem representação por advogado, o pagamento de taxas ou conhecimento jurídico para postulação em juízo. Na esfera federal, a má gestão governamental, com sucessivos planos econômicos de resultados minguados, mas com impacto generalizante, foi responsável direta pelo ajuizamento de milhões de ações, que buscavam desde a liberação de recursos bloqueados em contas bancárias até a recomposição dos saldos de FGTS” (As causas da morosidade processual. *Revista de Processo* nº 229, março/2014, p. 459).

⁴¹ Efetividade do processo e técnica processual. *Revista de Processo* nº 77, jan.-mar./1995, p. 168.

2. As causas pré-processuais da crise judiciária

A hipótese com a qual aqui se trabalha acerca da crise da Justiça Civil é *negativa*: a crise do sistema de administração da Justiça no Brasil é, precipuamente, um problema *não-judiciário*. Ou melhor: pré-processual. A reforma do CPC é, quer nos parecer, apenas um passo rumo a um efetivo acesso à justiça. Antes de elencar alguns exemplos, deve-se fazer menção a um fato digno de regozijo.

Com efeito, até a criação do Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional nº. 45, promulgada em oito de dezembro de 2004, inexistiam estudos estatísticos que servissem de lastro para a identificação das causas da crise. Reformas eram concebidas, discutidas e aprovadas com base em mera conjectura.

É por essa razão que a atividade de “elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País” (art. 103-B, § 4º, inc. VII, CRFB/1988) deve servir obrigatoriamente de base estatística para o projeto de edição de um novo código de processo civil. Trata-se, é de relevo salientar, de conhecida advertência de Barbosa Moreira, o qual sempre se insurgiu contra projetos reformistas desprovidos de lastro científico:

Em todo o caso, ao menos uma previsão não se afigura temerária. Faltam-nos, repito, dados estatísticos abrangentes e confiáveis sobre a duração de processos. Em regra, os juízos que se emitem não têm outra base senão as impressões colhidas, em hipótese otimística, na experiência pessoal da cada opinante – experiência, ocioso frisar, extremamente variável de caso a caso, além de sujeita a mil distorções impostas pelo filtro da subjetividade. Ainda que, daqui a algum tempo, se modifique o panorama, e passemos a contar com elementos de aferição menos aleatórios, muito dificilmente poderemos saber ao certo em que medida as inovações terão repercutido na prática do foro: toda comparação pressupõe o conhecimento das duas realidades confrontadas, e a nossa ignorância do que ocorre hoje não permitirá qualquer conclusão que aspire a um mínimo de seriedade científica.⁴²

Feito o registro, passa-se agora a analisar os dados colhidos nos últimos anos pelo Conselho Nacional de Justiça. Segundo o relatório *A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário*, de julho de 2011,⁴³ as ações judiciais movidas pelo poder público para a cobrança

⁴² A Emenda Constitucional nº 45 e o processo. In: *Temas de Direito Processual*. 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 36/37.

⁴³ Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_exec_fiscal_dpj.pdf. Acesso em: 17.07.2014.

de impostos, taxas e multas representam grande parte dos processos que tramitam no Judiciário brasileiro. Em 2010, os processos de execução fiscal correspondiam a 32% dos 83,4 milhões de processos em tramitação, totalizando cerca de 27 milhões de processos.

Desses, aproximadamente três quintos vencem a etapa de citação. Apenas 25% conduzem à penhora, mas somente uma sexta parte das penhoras resulta em leilão. Em 47,4% dos processos ocorre pelo menos uma tentativa inexitosa de citação, e em 46,2% das tentativas de citação por AR são exitosas, contra 47,1% das tentativas de citação por oficial de justiça e 53,8% das tentativas de citação por edital.

Em 15% dos casos há penhora de bens, e somente um terço dessas penhoras resulta da apresentação voluntária de bens pelo devedor. Apenas 2,6% das ações de execução fiscal resultam em algum leilão judicial, com ou sem êxito. Do total de processos, o pregão gera recursos suficientes para satisfazer o débito em apenas 0,2% dos casos.

A probabilidade de o executivo fiscal obter êxito ou fracassar é quase idêntica. Em 33,9% dos casos, a baixa ocorre em virtude do pagamento integral da dívida, índice que sobe para 45% nos casos em que houve citação pessoal. A extinção por prescrição ou decadência é o segundo principal motivo de baixa, respondendo por 27,7% dos casos. No universo dos executados que aderem a programas de parcelamento, 64,4% destes cumprem integralmente com as obrigações pactuadas em pelo menos um dos casos. A pesquisa traz duas importantes conclusões: (i) o Poder Judiciário não está aparelhado para lidar com as demandas tributárias; (ii) o combate à morosidade judicial no Brasil deve envolver necessariamente o debate específico sobre os procedimentos de execução fiscal, uma vez que o pleno enfrentamento dessa questão tem potencial de solucionar um dos principais gargalos da Justiça brasileira.

Outro exemplo acerca da hipótese negativa que se vem de expor pode ser extraído do relatório *Cem Maiores Litigantes*, de março de 2011.⁴⁴ Nessa pesquisa, dados foram coletados sobre os maiores litigantes dos tribunais estaduais, federais e do trabalho, referentes a processos que não foram baixados definitivamente até 31 de março de 2010.

Conforme se observa do estudo, o setor público, bancos e telefonia representam 95% do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais. Desses processos, 51% têm como parte ente do setor público, 38% empresa do setor bancário, 6% companhias do setor de telefonia e 5% de outras empresas. O setor público federal e os bancos representam cerca de

⁴⁴ Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em 17.01.2014.

76% do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais, enquanto o setor bancário corresponde a mais da metade do total de processos pertencentes aos 100 maiores litigantes da Justiça Estadual (54%). O setor público, bancos, indústria e telefonia representam 82% do total de processos dos 100 maiores litigantes da Justiça do Trabalho.

A observação do rol dos dez maiores litigantes nacionais, independentemente do ramo da justiça, retrata bem aqueles que têm exigido a intervenção do Judiciário. De acordo com o relatório, o INSS é o maior litigante nacional, com 22,33% dos processos; em segundo lugar, consta a CEF - Caixa Econômica Federal (8,5%); após, a Fazenda Nacional (7,45%); em quarto lugar, a União Federal (6,97%); em seguida, constam o Banco do Brasil S/A e o Estado do Rio Grande do Sul, ambos com 4,24%; em sétimo lugar, o Banco Bradesco S/A (3,84%); após, o Banco Itaú S/A (3,43%); em nono lugar, a Brasil Telecom Celular S/A (3,28%); e, por fim, em décimo, o Banco Finasa S/A (2,19%). Somando o percentual da Administração Pública Direta e Indireta, obtém-se o percentual de 53,73%. As empresas submetidas à regulação do Banco Central, por sua vez, constam em 12,74% das ações cíveis em curso. Ao cabo das contas, chega-se à conclusão que mais de dois terços das demandas em curso significam o retrato quantitativo (i) do acesso à justiça por esses entes (pólo ativo) ou (ii) da sua resistência na implementação espontânea do direito positivo (pólo passivo). Na primeira hipótese, o que se constata é a apropriação do Estado-Juiz pelo Estado-Administração e pelo capital financeiro. Na segunda, denota-se, de um lado, que a Administração Pública tem feito prevalecer o interesse público secundário sobre o primário, e, de outro, que os entes reguladores não têm conseguido frear, mediante o exercício dos poderes fiscalizador, sancionador e normativo, o ímpeto usurário do mercado.

É bem de dizer, ainda, que esses dados referentes ao ano judiciário de 2011 não são uma fotografia isolada da *oligopolização* da prestação jurisdicional pelo Leviatã e pelo empresariado. Podem, com efeito, ser corroborados pela conclusão extraída por José Reinaldo de Lima Lopes a partir de pesquisa realizada por João Piquet Carneiro nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, no ano de 1980,

Nesse estudo, 60% das ações de rito sumaríssimo (hoje, rito sumário) e 68% das execuções foram iniciadas por pessoas jurídicas. Após destacar que há uma “não-democracia” no que diz respeito ao acesso aos tribunais, Lopes salienta que “embora todos os cidadãos estejam obrigados a votar, nem todos podem estar em juízo, de fato. Em outras palavras,

pode-se afirmar que a atual organização da justiça discrimina, porque impede o exercício dos direitos de cidadania”.⁴⁵

Diante dos números expostos, percebe-se que quem está efetivamente se socorrendo do Judiciário não é o cidadão (em seus litígios interprivados), senão a Administração Pública e entes particulares que exercem funções tipicamente estatais. Significa dizer que o Judiciário, poder *contramajoritário* vocacionado a servir àqueles que não encontraram voz nos canais diretos de representação política, vem prestando seus serviços precipuamente a uma casta institucionalmente privilegiada. Em vez, portanto, de ser um instrumento efetivador dos anseios de uma cidadania subjugada, é usado pelo *establishment* com o intuito de protelar o adimplemento de suas obrigações.

Destaque-se que essa apropriação *oligopolista* se verifica também em outras plagas. Em trabalho que se tornou um clássico acerca da *litigation explosion* nos Estados Unidos, Marc Galanter se propôs a questionar o senso comum no sentido de que os norte-americanos possuem uma propensão ao litígio.⁴⁶

Após salientar que, se fosse verdade que os americanos têm um “unappeasable appetite” para o litígio o aumento no número de processos deveria se verificar de forma generalizada, Galanter afirma que apenas alguns setores aumentaram significativamente ao longo dos anos. Assim, *v.g.*, nas Cortes Federais, entre 1975 e 1984, enquanto a categoria *tort filings* teve um acréscimo de 17%, os casos de *products liability* aumentaram 272%.

De outro lado, os casos de *recovery of overpayment* e *social security* recrudesceram, respectivamente, 6.682,7% e 412,9% nesse período, representando, somados, mais de 50% do acréscimo geral de processos. Galanter, a propósito, faz a seguinte observação:

Half of the total increase is accounted for by two giant increases – recovery cases and social security cases. Each is the result of deliberate and calculates official policy: to recover overpayment of veterans’ benefits by litigation and to curtail disability benefits by summarily removing beneficiaries from the rolls.⁴⁷

⁴⁵ A função política do Poder Judiciário. In: Faria, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1994, p. 134 ss.

⁴⁶ “For almost a decade now, there has been increasing concern about the excessive legalization of American society. Many observers are convinced that America has suffered a hypertrophy of its legal institutions – manifested in the presence of too much law, too much lawyers, excessive expenditure on legal services, too much litigation, an obsessively contentious population enthralled with adversary combat, and an intrusive activist judiciary – and a concomitant erosion of community, decline of self-reliance and atrophy of informal self-regulatory mechanisms” (The day after the litigation explosion. 46, *Maryland Law Review* 3 (1986), p. 4/5).

⁴⁷ *Ibidem*, p. 17. A afirmação do autor pode ser corroborada por dados oriundos de outra obra de sua autoria: Why the “haves” come out ahead? Speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review* vol. 9, 1974, p. 106/107.

Galanter arrola, ademais, inúmeras evidências desmistificadoras da tese de que o norte-americano possui uma propensão do ao litígio. Cuida-se de denso estudo, que não pode ser aqui analisado em seus meandros. Destaque-se, porém, a seguinte conclusão idônea a corroborar nossa tese no sentido da apropriação *oligopolista* do Poder Judiciário: “Higher caseloads do not reflect a heightened appetite for adversarial combat; they represent people trying to cope with problems in a given array of remedial alternatives”.⁴⁸

A indagação que deve ser feita, destarte, se relaciona com a aptidão do CPC projetado para estancar o abuso do *consumo judicante* pelo Poder Público e por entes privados que exercem funções tipicamente estatais. É intuitivo que o Estado, concessionárias de serviço público e o setor bancário não podem receber o mesmo tratamento processual de um particular. Um ato de litigância de má-fé, *v.g.*, da parte de um litigante eventual, não gera os efeitos sistêmicos acarretados por uma política adrede forjada para lesar a efetividade da atividade jurisdicional. Disso decorre a necessidade de um juízo de reprovação mais exacerbado sobre os comportamentos daqueles entes mais frequentes nas lides forenses. O raciocínio é linear: quanto maior o consumo do serviço jurisdicional, maiores os padrões de lhanza e boa-fé que devem ser exigidos do consumidor.

Não se pode olvidar, de outro lado, que a falência do Estado Regulador é uma das principais causas da crise do Poder Judiciário. É errônea a premissa de que uma avalanche de ações continuará todo ano a ingressar no Judiciário, de forma que, sob um prisma *consequencialista*, dever-se-ia pensar prioritariamente em como se escoar esse volume de demandas. Não! É fulcral o aperfeiçoamento da atividade disciplinar das agências reguladoras, de maneira a coibir eficazmente os danos em massa oriundos de uma política empresarial desregrada.

Ponto essencial a ser versado refere-se à *instância administrativa de curso forçado* para fins de reforma do processo civil. Esta - é imperioso que já se o diga - não arranha, em absoluto, o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV, CRFB/1988). Mais: revela-se um instrumento valioso a fim de que o cidadão, e não o poder público, seja o principal pólo de atratividade das situações jurídicas processuais.

Para que se tenha na devida linha de perspectiva a importância da jurisdição administrativa, pense-se, *v.g.*, em um caso no qual uma viatura do Exército colida com um

⁴⁸ Ibidem, p. 38.

veículo particular. Todos os elementos probatórios são uníssonos no sentido de que a responsabilidade civil pelo ilícito decorre de responsabilidade do agente estatal. O dano material está comprovado.

Por que exigir que a reparação pecuniária dê-se pela via jurisdicional? A recomposição do ordenamento jurídico não seria mais eficiente e célere se o particular fizesse um requerimento e, após, um valor fosse administrativamente fixado? É claro que subsistiria ao particular a possibilidade de se insurgir contra esse montante, à luz do inc. XXXV do art. 5º. Perceba-se que a obrigatoriedade de o particular dirigir-se antes ao causador do dano nada mais é do que a legítima exigência de que a sua pretensão a um determinado bem da vida seja resistida. E a sua demanda, nos termos aqui propostos, não está, em absoluto, subtraída à apreciação do Poder Judiciário.

Na esteira das lições de Marc Galanter pode-se dizer que os processos não representam exclusivamente a disposição do autor em litigar, como, ainda, retratam a resistência do réu ao pleito daquele:

Filings are not an entirely satisfying measure of litigiousness. Since it is plaintiffs who file, we tend to think of filing as measuring plaintiff propensity to sue. But we know that most disputes are resolved without a filing. A filing represents not only a claim but a refusal by the defendant to satisfy it. Thus, we must be open to the notion that changes in the rate of filing may represent not only changes in plaintiff propensity to claim, but also changes in defendant propensity to resist.⁴⁹

Com efeito, são dois os pilares que sustentam um litígio: disposição do autor para demandar e do réu para resistir.⁵⁰ Na ausência de um dos dois, não há que se falar em processo. Ora, se assim o é, e se é igualmente certo que o setor público é um dos maiores litigantes do Judiciário, nas hipóteses em que figura como réu torna-se cristalino que a obrigatoriedade de prévia submissão às vias administrativas consubstancia fator de contenção de ações sem *interesse-necessidade*. Para tanto, o Estado tem o dever de se estruturar para processar administrativamente os pleitos dos cidadãos. Como não cumpre espontaneamente com seus encargos, deve conceber uma estrutura apta a, às instâncias dos administrados, cumprir com seus deveres.

O esgotamento do procedimento administrativo, nesse passo, desde que estabelecido em termos razoáveis, não é incompatível com nenhum princípio constitucional. Conforme se

⁴⁹ The day after the litigation explosion. 46, *Maryland Law Review* 3 (1986), p. 7.

⁵⁰ À exceção das ações constitutivas necessárias e dos casos de jurisdição voluntária.

extrai de parecer de Ada Pellegrini Grinover acerca submissão prévia às Comissões de Conciliação na Justiça do Trabalho:

visto o interesse de agir por seus indicadores fundamentais - a necessidade de tutela jurisdicional e sua utilidade (ou adequação) -, não haverá necessidade de recorrer às vias jurisdicionais enquanto caminhos alternativos forem ainda capazes de levar à solução espontânea do conflito de interesses: o que se faz, no nosso caso, pela tentativa de conciliação e arbitragem.⁵¹

Essas considerações introdutórias nos levam a concluir que a prestação jurisdicional deve ser repensada sob o enfoque de uma alteração macroestrutural no sistema de acesso à justiça. Não basta, assim, mudar a lei. É exatamente nessa linha de convicções que se manifesta Barbosa Moreira, o qual, após aduzir que sem a identificação dos pontos de estrangulamento, “atira-se a esmo, com o grave risco de investir quixotescamente moinhos de vento, deixando em paz e sossego os verdadeiros inimigos”, ressalta que “nem sequer serão as leis as maiores vilãs da história”.⁵²

Uma reforma efetiva do sistema de acesso à justiça, portanto, passa necessariamente por incursões no campo pré-processual, notadamente sobre uma releitura: (i) do sistema de administração judiciária; (ii) da formação dos atores jurídicos (juízes, advogados, Ministério Público e procuradorias); (iii) da jurisdição administrativa para o Estado, concessionárias de serviço público e entes submetidos à regulação estatal; (iv) dos meios alternativos de resolução de controvérsias; (v) do modo de processamento da arrecadação tributária.

Esses cinco enfoques de matiz extrajudicial não exauzem, decerto, o amplo campo de modificações estruturais necessárias a fim reformar o vigente sistema de prestação jurisdicional. Há, ademais, uma residual parcela de sobreposição em seus âmbitos de atuação. Mas, sem dúvida, as ponderações podem contribuir para que se cesse de combater os *efeitos* da crise judiciária, deixando a descoberto as suas *causas*. Firme-se o ponto: sem o estudo preventivo da dimensão externa, que retroalimenta a *cultura judiciária*, está fadado ao fracasso o projeto de reforma do CPC.

O estudo, portanto, guarda uma marcada aproximação com o que Mauro Cappelletti e Bryant Garth denominaram de terceira onda renovatória do acesso à justiça, ou “novo enfoque de acesso à justiça”, o qual consiste, basicamente, numa proposta de reformulação sistêmica dos meios de solução de conflitos.

⁵¹ A conciliação extrajudicial na Justiça do Trabalho. In: *O Processo em Evolução*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, p. 95.

⁵² Op. cit., p. 31.

Após salientar os progressos na obtenção de reformas da assistência judiciária (primeira onda) e na busca de mecanismos para a representação de interesses difusos (segunda onda), os autores registram que esses movimentos têm uma preocupação comum, a saber, encontrar representação efetiva para interesses antes mal representados. O “novo enfoque de acesso à justiça”, porém, tem alcance muito mais amplo, pois:

Essa ‘terceira onda’ de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos ‘o enfoque do acesso à justiça’ por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.⁵³

A *política judiciária* brasileira, contudo, não se vem pautando por essa diretriz. Seu viés é nitidamente *processual, repressivo e consequencialista*. É por esse motivo que assiste plena razão a Rodolfo de Camargo Mancuso quando adverte que

O *modus procedendi* no manejo da *questão judiciária* tem mantido foco no trato da *consequência* (obsessivo ataque ao acervo de mais de oitenta milhões de processos pendentes, segundo o documento Justiça em Números, do CNJ, veiculado em agosto de 2011), pragmática ‘política’ que, por não enfrentar a *causa*, permite que se vá gravando e expandindo, projetando deletérias externalidades: duração excessiva dos

⁵³ *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 67/68. Entre as diversas manifestações doutrinárias que registram a importância dessa obra para o estudo do acesso à justiça, cite-se, por sua contundência, a seguinte passagem de Flávio Galdino: “Poucas ideias jurídicas têm certidão de nascimento. O acesso à justiça é uma delas. No caso, uma pesquisa rigorosa coordenada nas décadas de 1960 e 1970 pelos professores MAURO CAPPELLETTI e BYRANT GARTH. Esse estudo celebrou-se, exercendo notável influência entre nós e fundando um novo modo de encarar a prestação jurisdicional. (...) “O novo enfoque pretende converter o que seria uma garantia formal do direito de ação em uma garantia substancial de acesso à justiça – entendida como acesso à ordem jurídica justa”. (A evolução das ideias de Acesso à Justiça. In: Sarmento, Daniel; Galdino, Flávio. *Direito Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 448/449). Incidem em crasso erro, nesse ponto, Alexandre Grandi Mandelli e Vinícius Bueno Palermo quando afirmam “Inegável que a ideia de acesso à justiça evoluiu consideravelmente a partir da aludida obra (referem-se ao Acesso à Justiça), contudo, Cappelletti se preocupou eminentemente com a garantia formal do direito de ação, deixando de lado a preocupação com a garantia substancial do acesso à justiça. Ou seja, o autor propôs novos instrumentos de acesso formal à jurisdição, porém não deu um passo adiante no sentido da preocupação com a efetividade material dos interesses dos jurisdicionados. Portanto, por mais que Cappelletti tenha abandonado a bagagem do Estado Liberal quanto à visão individualista do processo, o autor ainda carregava o interesse liberalista de acesso puramente formal à jurisdição”. (Execução de sentenças declaratórias: evolução jurídica de viés econômico e social. *Revista de Processo* n° 232, junho/2014, p. 102). Os autores não se deram, certamente, ao trabalho de se debruçar sobre a obra daquele que pode ser considerado o precursor do movimento de acesso à justiça. Se o tivessem feito, teriam oportunidade de colher a seguinte passagem, entre tantas outras, que ilustram o pensar de Cappelletti: “O movimento de acesso deve ser considerado como elemento central de uma filosofia política assentada sob a ideia fundamental de igualdade, não por uma igualdade meramente formal, no senso de abolição das distinções e privilégios jurídicos dos nascimentos, ou das classes, ou das profissões, mas no sentido de fazer com que esta igualdade seja efetiva, ao menos como igualdade de oportunidades”. (Acesso à justiça e a função do jurista. *Revista de Processo* n° 61, jan.-mar./1991, p 147).

feitos; exasperação das partes, ante a demora, os custos e a imprevisibilidade dos julgamentos; distribuição desigual dos encargos entre os litigantes *habituais* e os *eventuais*; tratamento anti-isonômico aos jurisdicionados, ante a excessiva dispersão jurisprudencial; crescente desconfiança da população na função judicial do Estado; atritos institucionais entre o Judiciário e os outros poderes: com o Executivo, por conta das sucessivas requisições de novos e maiores recursos orçamentários, com o Legislativo, melindrado por um excessivo *ativismo judiciário*, em matérias sujeitas à reserva legal.⁵⁴

O trabalho, portanto, parte da premissa de que uma reforma estrutural do sistema de administração judiciária brasileiro deve, necessariamente, passar por uma abordagem macroestrutural que envolva a análise das causas pré-processuais da litigiosidade plúrima. É a dimensão externa da crise da Justiça, que se passa antes da instauração do litígio, portanto, o foco de atenção trabalho. Analisam-se, dessa maneira, medidas que devem ser tomadas no âmbito extrajudicial para que a crise judiciária possa ser atacada em seu nascedouro.

Não se pode encerrar o tópico sem uma prévia advertência. A Min. Carmen Lúcia asseverou que quanto mais cidadania se outorga no Brasil, mais as instâncias de poder buscam coarctar o acesso ao Judiciário.⁵⁵ O objetivo deste trabalho não é fechar as portas do Judiciário. Pelo contrário. Busca-se racionalizar o modo de prestação da atividade jurisdicional através da compreensão das causas pré-processuais que inundam o Judiciário com demandas que poderiam ser melhor resolvidas em outras esferas.

⁵⁴ *Acesso à Justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 27.

⁵⁵ Eis o escólio: “De resto, mister é que se enfatizem dois pontos que têm sido reiterados em nossa história: o primeiro é aquele que demonstra que sempre que cresce a cidadania ou estendem-se os direitos do cidadão (e o direito de se ter assegurado o acesso à Justiça é uma demonstração da vitalidade da cidadania) no Brasil, e sempre que isso acarreta uma maior efetividade da busca pelo direito, ampliando-se a necessidade de atuação responsável e eficaz do Estado, alega-se uma sobrecarga de serviços que o poder público não teria estrutura para assumir, pelo que se busca restringir esse exercício ao invés de se ampliarem as possibilidades de prestação do serviço jurisdicional pelo Estado. Esse tem sido um triste ponto repetido em nossa história: sempre que cresce a cidadania, e isso implica desempenho igualmente maior por parte do Estado, ao invés de repensar-se o Estado em sua forma de atuação, de modo a alargá-lo para atender à demanda social, procura-se, sempre, manter a mesma estrutura do Estado e (para fazer face à ‘crise’ provocada pelo aumento da demanda) diminuir o cidadão. Isso não é solução de crise. Isso é extermínio de direitos”. (Sobre a Súmula Vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997, p. 62).

3. A necessária reforma da administração judiciária

3.1. Conceitos gerais

O sistema de administração judiciária pode ser compreendido em dois sentidos, um amplo e, outro, mais restrito. De acordo com o primeiro, o sistema judicial pode ser visualizado como o conjunto de normas jurídicas, instituições e pessoas que direta ou indiretamente se relacionam com a prestação jurisdicional. Nessa perspectiva, pode-se dizer que todo e qualquer estudo sobre o Direito se desenvolve sobre o *modo-de-ser* da administração judiciária. É nesse sentido que se deve ler o art. 133 da Constituição Federal de 1988, o qual registra que “O advogado é indispensável à administração da justiça”. É evidente que o intuito da norma é inserir a advocacia numa perspectiva ampla de acesso à justiça, pois, se assim não fora, dir-se-ia meramente que a capacidade postulatória é privativa do advogado.

Cuida-se, sem dúvida, de uma perspectiva *lata*, que insere em seu âmbito uma miríade absolutamente diversificada de objetos de estudo.⁵⁶

Essa forma de abordagem, como é intuitivo, faz com que muito se ganhe em extensão e mais ainda se perca em profundidade. Um conceito que se presta para tudo abranger nada define.

⁵⁶ Para se referir a um conteúdo aproximado, Cláudia Dantas Ferreira da Silva adota o conceito de *política judiciária*, veja-se: “Como política judiciária entende-se a administração da jurisdição no âmbito das opções tomadas pelo poder público para a realização de seus interesses, em um contexto mais amplo. Compreende, assim, a atividade desempenhada pelos constituintes quando da definição das estruturas e competências judiciárias no Estado brasileiro. Ou seja, quando os constituintes debateram e decidiram por qual órgão e de que maneira a jurisdição seria prestada - processo que abrangeu a participação da sociedade, de grupos da magistratura e do Ministério Público, e de advogados públicos e privados -, atuaram organizando e planejando as estruturas e o funcionamento dos serviços necessários à prestação jurisdicional. A organização e o planejamento são atividades inerentes à ação de administrar, o que permite compreender essas ações como formas de administração judiciária, em um sentido muito amplo, contudo. Política judiciária pode ser compreendida, portanto, no contexto das escolhas dos agentes políticos na contínua estruturação e reestruturação do sistema judiciário. Abrange a atuação legislativa na elaboração de normas pertinentes ao sistema judiciário em geral, em especial das normas processuais e, no âmbito de atuação do Judiciário, a jurisprudência em matéria processual construída sob o fundamento último, ainda que não explícito, de tornar mais funcional o sistema judicial. Os atos de política judiciária se efetivam em várias esferas de poder e em vários níveis: em nível constitucional, pelo poder constituinte derivado; em nível legal, por processo legislativo; nos Tribunais, por construção jurisprudencial ou pela normatividade constante de seus regimentos internos. São, assim, exemplos de ações de política judiciária as Emendas Constitucionais n^{os} 3, 22 e 45; as leis processuais, que definem e redefinem instrumentos garantidores de direitos; e a regulamentação da forma de processamento dos feitos nos Tribunais por seus respectivos regimentos internos”. (*Administração judiciária: planejamento estratégico e a reforma do Judiciário brasileiro*. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/8062/administracao-judiciaria>. Acesso em: 07.06.2014).

É por essa razão que o sistema de administração judiciária pode ser vislumbrado sob uma perspectiva estrita, de maneira a abarcar apenas as atividades-meio, ou seja, as formas de concepção, gerenciamento e organização *administrativa* das serventias judiciais.⁵⁷ Será neste sentido que o termo deverá ser compreendido neste trabalho.

Trata-se, assim, de uma definição que enfoca o órgão jurisdicional sob uma perspectiva operacional, sujeito a, nas palavras de Boaventura de Souza Santos, “transformações profundas na concepção e gestão do sistema judicial, apetrechando-o com múltiplas e sofisticadas inovações técnicas que vão da automatização dos ficheiros e arquivos e do processamento automático dos dados ao uso generalizado da tecnologia de vídeo, às técnicas de planejamento e previsão de longo prazo e à elaboração de módulos e de cadeias de decisão que tornem possível a rotinização”.⁵⁸

3.2. A contínua oferta de mais do mesmo

Delimitado o objeto de análise, é chegada a ora de analisar quais são as alternativas e melhorias ao sistema de administração judiciária necessárias para fins de ampliar o acesso à justiça. E, desde logo, a questão referente ao aumento no número de juízes e tribunais vem à tona.

Noticia Boaventura de Souza Santos que, face à crise da justiça, para os magistrados e as associações que os representam, “a solução reside no aumento quantitativo dos recursos disponíveis para o exercício das funções judiciais (mais tribunais, mais juízes, mais funcionários)”.⁵⁹ É no bojo desse viés que deve ser analisada a Emenda Constitucional 73/2013, responsável pela criação de quatro TRFs.

Segundo a referida EC, com jurisdição sobre Paraná, Santa Catarina e Mato Grosso do Sul, o TRF-6 terá Curitiba como sede, enquanto o TRF-7, sediado em Belo Horizonte, terá apenas Minas Gerais como jurisdição. O TRF-8 ficará em Salvador, com jurisdição sobre Bahia e Sergipe, e o da 9ª Região, localizado em Manaus, terá jurisdição sobre o Amazonas,

⁵⁷ “O sentido mais usual para *administração judiciária* é aquele que a considera como a atividade exteriorizada nas ações de planejamento, organização, direção e controle dos serviços administrativos necessários à operacionalizar a prestação jurisdicional. Esses serviços são usualmente denominados atividades-meio e sua administração é, normalmente, delegada a um administrador, o diretor-geral, secretário-geral, diretor de secretaria, diretor da vara ou chefe de gabinete” (Ibidem).

⁵⁸ O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. *Revista Crítica de Ciências Sociais* nº 10, dez./1982, p. 10.

⁵⁹ Ibidem, p. 11.

Acre, Rondônia e Roraima. A referida proposta foi impulsionada e, nos bastidores parlamentares, foi alvo de intenso lobby pelas associações de classe da magistratura. A participação da Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), Associação dos Juízes Federais de Minas Gerais (Ajufemg) e Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), como foi noticiado pelos mais diversos meios de comunicação, foi imprescindível para a sua aprovação.

Cabe analisar, contudo, se a medida conseguirá atingir o objetivo de elevar a eficiência da Justiça Federal ou proporcionar a expansão em seu acesso.

Segundo a Nota Técnica *Custo e eficiência dos novos tribunais regionais federais: uma avaliação da Emenda Constitucional 73*, elaborada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA),⁶⁰ a despesa operacional para manter os novos tribunais seria de R\$ 922 milhões por ano. Isso sem contar os gastos com a construção das novas sedes. Afirma, ainda, que: “o que EC 73 faz é reproduzir ou multiplicar a ineficiência através da criação de novos órgãos, embora seus defensores invoquem o princípio teórico, porém pouco atraente, de que um novo tribunal seria mais eficiente que aquele que lhe deu origem”.

Adiante, na linha da necessidade de prevenção dos litígios mediante análise da dimensão externa ao processo, averba: “Antes de reproduzir ineficiência, ou fazer mais do mesmo a custos elevados, seria essencial diagnosticar causas das disparidades de eficiência entre tribunais, visando reformas na administração judicial que reduzissem o ‘fosso’ entre diferentes tribunais”.

Essa constatação é, ainda, corroborada por análise da Faculdade FGV Direito Rio, coordenada pelo Prof. Ivar A. Hartmann.⁶¹ Segundo se depreende do estudo, para melhorar a eficiência da Justiça, seria mister priorizar a Justiça estadual e a do Trabalho em vez dos Tribunais Regionais Federais.

Assiste razão às pesquisas?

Ora, se o objetivo era melhorar especificamente a Justiça Federal, a necessidade maior seria em outra esfera de atuação, a saber, os Juizados Especiais e as Turmas Recursais. É daqui que, segundo dados do IPEA, brotaram 52% dos novos casos da Justiça Federal. Deveras, a sua expansão, nos últimos anos, deu-se a reboque do avanço do sistema de

⁶⁰ Veja-se: < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/130610_notatecnicadiest06.pdf >. Acesso em: 22.08.2014.

⁶¹ Folha de S. Paulo, p. A6, de 11.6.2013.

pequenas causas (Lei 10.259/01), as quais, como se sabe, não podem ser objeto de recurso aos TRFs. Para esses 52% de processos, portanto, a EC é absolutamente inoperante. São as ações de alçada, com efeito, aquelas que deveriam ter recebido maior prioridade, ao contrário do que foi feito.

Conforme se colhe da pesquisa, as Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais estão mais congestionadas que os TRFs. Na 3ª Região, uma das que serão desafogadas pelos novos tribunais, o TRF recebeu 144 processos novos por servidor em 2011, enquanto as Turmas Recursais, 1.397. Na 4ª Região, outra beneficiada, a taxa de congestionamento (proporção entre processos novos e pendentes e os julgados) nas Turmas Recursais é 50% maior que no TRF-4.

Além disso, a taxa de congestionamento está crescendo nas Turmas Recursais, destaca Hartmann, e caindo nos TRFs: diminuiu 1,68% de 2009 para 2011, enquanto o congestionamento das Recursais subiu 4,31%. Na 2ª Região, caiu 3,62% no TRF e subiu 7,65% nas Recursais. Na 4ª Região, caiu 0,47% no TRF; nas Turmas Recursais, subiu 10,67%.

Mas, se esses 52% de casos novos que são carreados para o âmbito dos Juizados não serão beneficiados, o que dizer do benefício para a Justiça Federal *comum*?

Segundo a Nota Técnica do IPEA, as execuções fiscais representam 42% dos casos novos de primeira instância. Dados referentes à tramitação dessa específica modalidade de processo satisfativo auxiliam na análise do impacto da EC 73 em sua efetividade.

Conforme anteriormente mencionado, aproximadamente três quintos desses processos vencem a etapa de citação. Apenas 25% conduzem à penhora, mas somente uma sexta parte das penhoras resulta em leilão. Em 47,4% dos processos ocorre pelo menos uma tentativa inexitosa de citação, e em 46,2% das tentativas de citação por AR são exitosas, contra 47,1% das tentativas de citação por oficial de justiça e 53,8% das tentativas de citação por edital.

Em 15% dos casos há penhora de bens, e somente um terço dessas penhoras resulta da apresentação voluntária de bens pelo devedor. Apenas 2,6% das ações de execução fiscal resultam em algum leilão judicial, com ou sem êxito. Do total de processos, o pregão gera recursos suficientes para satisfazer o débito em apenas 0,2% dos casos.

Ainda mais relevante são os dados oriundos do estudo *Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal*, também do IPEA,⁶² o qual registra que apenas 13% das sentenças são submetidas à apelação ou reexame necessário, ao passo que apenas 3% dos processos são agravados.

A ilação que se extrai desses dados é palmar: os gargalos residem precipuamente na dificuldade de angularização processual, ausência de bens do executado e, ainda, inaptidão desses para satisfação da integralidade da dívida (fruto, frequentemente, de manobras elisivas). A capilarização da segunda instância não surtirá, portanto, qualquer benefício no processo arrecadatório fiscal, de maneira que, por todos os ângulos que se visualiza a EC 73, ressaí sua inefetividade.

E, nada obstante esses dados, a indicar que os gastos públicos seriam inidôneos para aprimorar a prestação da tutela jurisdicional, criaram-se quatro TRFs. Por quê? Por que não fazê-lo, v. g., nos Juizados Especiais, seu braço emancipatório voltado à expansão dos direitos cívicos? As razões são as mais esconsas. Atendem a todos os interesses, menos os republicanos.

Trata-se, a uma, de criar 60 novos cargos de desembargador federal em uma carreira estagnada, sem progressão funcional além da titularidade. Além disso, para além dos 2.027 cargos concursados, haverá mais 355 em comissão. E, num país invertebrado, com um histórico substancialmente patrimonialista e formalmente estamental, livre nomeação significa poder. Isso, quando não representa arbítrio (e a Resolução nº. 7/2005 do CNJ é prova eloquente do que se vem de expor).⁶³ A três, considere-se que aqueles que não forem promovidos terão possibilidades de remoção inimagináveis no hodierno quadro de estagnação. Não se pode olvidar, por fim, o interesse dos próprios Tribunais Regionais Federais já existentes. Esse fato pode ser constatado pela seguinte observação: no TRF da 4ª

⁶² Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf. Acesso em: 08.08.2014.

⁶³ Nesse ponto, é relevante lançar luzes sobre a pesquisa *Magistrados Brasileiros: caracterização e opiniões*, patrocinada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e coordenada pela Professora Maria Tereza Sadek. Nesse estudo, os entrevistados foram solicitados a se pronunciar sobre a proibição da contratação de parentes para cargos em comissão. A proibição ao nepotismo é rejeitada por 23,8% dos juízes, ao passo que 6,4% disseram-se indiferentes. A diferença significativa entre os entrevistados aparece quando se distribui as respostas por instância de atuação. Os que exercem a função jurisdicional em 1º grau são significativamente mais a favor da proibição de contratação de parentes do que os que atuam em tribunais (71% versus 58,4%). No 2º grau, 31,5% dos entrevistados são a favor do nepotismo, ao passo que 8,1% são indiferentes. Ou seja - e, agora, a conclusão é nossa - de cada 10 (dez) desembargadores, 6 (seis) avaliam que o nepotismo não viola nenhum princípio constitucional. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/PesquisaAMB2005.pdf>. Acesso em: 05.09.2014.

região, que não responderá mais por Paraná e Santa Catarina, pois ficará restrito ao Rio Grande do Sul, a redução do número de casos pendentes será de 46,7%, ou seja, de pouco mais de 80 mil para 37 mil processos. A queda nas taxas de congestionamento será tão abrupta, que o declínio vai resultar em ociosidade: a taxa de congestionamento sai de 29% e vai para -57%. Muito menos trabalho, pois, para aqueles que já estão no sistema.

O grande perdedor é, imediatamente, o sistema de administração da justiça, e, mediamente, o jurisdicionado. A alocação errônea de recursos, em um quadro de escassez orçamentária, gera externalidades negativas manifestas. O Judiciário não precisa de mais julgadores. Precisa, sim, de mais julgadores eficientes, operosos e comprometidos com o interesse público.

O Brasil possui uma média de oito juízes para cada grupo de cem mil habitantes. Está, de acordo com Paulo Tamburini, ex-Conselheiro do CNJ, dentro da média internacional.⁶⁴ O fundamental, ao invés de prosseguir na famigerada equação diádica *mais-processos > mais-juízes*, é investir em (i) informatização dos processos;⁶⁵ (ii) especialização funcional do quadro de servidores; (iii) gestão empresarial das cadeias de decisão (*tabela processual unificada*); (iv) qualificação dos magistrados;⁶⁶ (v) realocação estratégica de recursos orçamentários, patrimoniais e humanos.

Cada qual desses tópicos, por si só, caso aperfeiçoado, possui uma aptidão incomensurável para aperfeiçoar o sistema de administração judiciária. Apenas para que se tenha a exata dimensão do que se vem de expor, uma breve explanação sobre o último item apontado.

3.3. A necessidade valorização da primeira tutela jurisdicional ofertada

⁶⁴ Informação extraída do CONJUR: < <http://www.conjur.com.br/2011-fev-12/media-brasil-oito-juizes-cada-cem-mil-habitantes> >. Acesso em: 22.08.2014.

⁶⁵ Alvissareiro, dessa maneira, o seguinte dado, que se colhe do Relatório *Justiça em Números* de 2013: “Foram gastos com informatização R\$ 2,6 bilhões, sendo que, apesar de esse valor equivaler a apenas 4,5% de todas as despesas da Justiça, ele tem, a cada ano, ocupado mais espaço no orçamento total, com crescimento de 33,9% no último ano”. No Relatório *Justiça em Números* de 2014, o montante diagnosticado é de R\$ 2.723.099.395.

⁶⁶ Veja-se, nesse sentido, disposições benfazejas oriundas da EC 45/04: “aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento” (art. 93, inc. II, “c”); “previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados” (art. 93, inc. IV); “Funcionário junto ao Superior Tribunal de Justiça: I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira (art. 105, parágrafo único).

Dados do *Justiça em Números* de 2014 demonstram que 85,7 milhões de processos se encontram na primeira instância, o que representa um percentual de 90% do quantitativo total. O que um raciocínio lógico recomenda? Quanto mais processos, maior o número de servidores. Mas a justiça (minúscula) não é feita de lógica.

O que se observa, na prática, é que os Tribunais de Justiça e Regionais Federais se apropriam indebitamente dos recursos humanos, patrimoniais e orçamentários da cada braço do Poder Judiciário. Se a inexistência de um regime de eleição perante seus pares contribui para esse retrato de encastelamento é algo que não se pode dizer que sim. Menos ainda que não. Para além de exercícios de conjectura, o que se pode dizer é que, hodiernamente, a gestão administrativa dos Tribunais de segunda instância não tem os interesses da primeira em linha de perspectiva. É nesse sentido que se manifestou o Min. Francisco Falcão do Superior Tribunal de Justiça, ex-corregedor-geral de Justiça, o qual, após contestar o orçamento destinado à primeira instância, já asseverou em entrevista: “Notamos que, em alguns tribunais, há investimentos altíssimos nas sedes, com a construção de verdadeiros palácios e, às vezes, mordomias exacerbadas, em detrimento de uma 1ª instância sucateada”.⁶⁷

De relevo sublinhar que a necessidade de valorização da primeira instância, porta de ingresso do jurisdicionado ao sistema de administração judiciária, é medida que já recebeu apoio da melhor doutrina. Conquanto enfocando o tema sob uma perspectiva processual, e, não pré-processual, como aqui se vem de expor, recorde-se lição de Barbosa Moreira:

Pôr na primeira instância o centro de gravidade do processo é diretriz política muito prestigiada em tempos modernos, e numerosas iniciativas reformadoras levam-na em conta. A rigor, o ideal seria que os litígios fossem resolvidos em termos finais mediante um único julgamento. Razões conhecidas induzem as leis processuais a abrirem a porta a reexames. A multiplicação desmedida dos meios tendentes a propiciá-los, entretanto, acarreta o prolongamento indesejável do feito, aumenta-lhe o custo, favorece a chicana e, em muitos casos, gera para os tribunais superiores excessiva carga de trabalho. Convém, pois, envidar esforços para que as partes se dêem por satisfeitas com a sentença e se abstenham de impugná-la.⁶⁸

A lição merece aplausos. Ora, se um dos objetivos primordiais da reforma do CPC é a redução da morosidade, é evidente que a primeira tutela adjudicada deve ser dotada de

⁶⁷ Informação colhida no jornal Valor Econômico de 21/03/2014. Disponível em: <http://www.valor.com.br/politica/3488508/cnj-fortalece-1#ixzz2wj2xo5Rh>. Acesso em: 06.07.2014.

⁶⁸ Breve notícia sobre o processo civil alemão. In: *Temas de direito processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201.

imediate executividade, como, ainda, o órgão jurisdicional prolator deve ser dotado do aparato humano, técnico, patrimonial e orçamentário para fazê-lo.

Todavia, no projeto de Código de Processo Civil, na versão aprovada pela Câmara dos Deputados, o recurso de apelação permanece dotado de efeito suspensivo automático (art. 1.025) e a sentença, de sua parte, continua a ser mero *rito de passagem*. Nesse quadro, o raciocínio é infaustamente linear: a distribuição da força de trabalho ocorre com primazia na segunda instância, pois é nesta que se presta tutela apta a produzir efeitos no mundo fenomênico. Antes, e considerando que a sentença não incide na realidade social, há mero *projeto de decisão*, de forma que não faz sentido carrear recursos para essa *antessala* da prestação jurisdicional. Não andou bem o CPC projetado ao perder a oportunidade de promover uma alteração na exequibilidade das sentenças.

Há, portanto, uma necessidade premente de se reconfigurar o modo e, mais do que isso, a *extensão* com a qual a oferta judiciária é prestada. Não se pode continuar a pensar que todo jurisdicionado tem o direito subjetivo de percorrer todas as veredas recursais. Urge fincar o ponto: as partes, via de regra, devem se satisfazer com a sentença de primeiro grau.

É evidente que em um cenário de desacordos jurisprudenciais verticais (entre órgãos situados em patamares diversos) e horizontais (dentro do mesmo órgão), há um estímulo endógeno à litigância recursal. Este sistema de *stare (in)decisis* é um ponto que foi enfrentado com acerto pela Comissão de Reforma. Sem embargo desta constatação, é imperioso que se remodele a visão acerca do duplo grau de jurisdição.

A afirmação no sentido de que não se está a tratar de um princípio constitucional, à semelhança do que o fez Maria Fernanda Rossi Ticianelli em obra especificamente voltada ao tema em tela,⁶⁹ é fundamental para que se proporcione, a todos, o acesso à *ordem jurídica justa*. A pleora de recursos em curso no sistema não representa uma resposta adequada ao direito à tutela jurisdicional efetiva previsto no art. 5º, inc. XXXV da CRFB/1988.

O Estado, ao monopolizar a prestação da justiça, tornou-se legítimo devedor do direito de ação. É a assunção desse dever que legitima a vedação ao exercício arbitrário das próprias razões pelas partes (art. 345, CP). O regular desempenho dessa atribuição, entretantes, não

⁶⁹ “Dessa forma, afastando os argumentos dos mais diversos doutrinadores, entendemos que o duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional, sendo, porém, um princípio aplicável ao sistema processual brasileiro, mas que, diante da ausência da característica de garantia, poderá, em algumas situações, ser suprimido, sem, contudo, resultar ofensa aos demais preceitos constitucionais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro” (*Princípio do duplo grau de jurisdição*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 153).

pressupõe uma multiplicidade de respostas jurisdicionais para o mesmo litígio. Não há lógica, desatende ao direito à duração razoável dos processos (art. 5º, inc. LXXVIII, CRFB/1988) e abastarda a função judicante sustentar que o adimplemento do dever de proteção judiciária pressupõe o exercício das faculdades recursais. Fora o raciocínio verdadeiro, é dizer, se a tutela jurisdicional pressupusesse um julgamento colegiado, por que já não começar por essa instância?

Essas razões nos levam a encampar a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso, o qual, após salientar que não há na Constituição nenhuma referência textual à obrigatoriedade do reexame recursal, registra:

Como alternativa à interposição massiva e excessiva de recursos às Cortes Superiores, não caberia, antes e superiormente, atualizar e contextualizar o sentido do duplo grau de jurisdição, imprimindo-lhe um perfil realista e reducionista, por modo a se entender bastante, como regra, a oferta de *uma* decisão singular (sentença) seguida de uma *possível* revisão colegiada local ou regional?⁷⁰

Concluindo o tópico, destaque-se que combater esse quadro em que o primeiro grau consubstancia uma *sala de espera* com menos servidores e recursos que o segundo, em flagrante prejuízo ao acesso à justiça, foi um dos temas do VI Encontro Nacional do Judiciário, em novembro de 2013. Na oportunidade, discutiu-se projeto de resolução do CNJ no sentido de que o número de servidores dos órgãos jurisdicionais seja proporcional ao de processos. A insurgência dos desembargadores, nos bastidores do poder, como era de se esperar, foi intensa. A luta pelo aperfeiçoamento do sistema de administração judiciária, entretentes, há de prevalecer sobre interesses intestinais.

⁷⁰ Op. cit., p. 425.

4. DA FORMAÇÃO DOS ATORES JURÍDICOS

Em um trabalho dirigido a analisar as causas da litigiosidade, é nodal que se estude a formação dos operadores jurídicos. É impossível promover uma discussão séria sobre o direito que não seja, simultaneamente, uma discussão sobre os atores processuais. Se, como se vem de sustentar, há uma relação simbiótica entre as dimensões externa e interna da crise judiciária, é importante que se debruce sobre a forma pela qual juízes, advogados e procuradores são talhados para enfrentar a litigiosidade.⁷¹

Trata-se, agora, de volver luzes sobre a formação dos atores processuais, de modo a indagar, seguindo os passos de José Eduardo Faria, se:

Estarão sendo eles ainda formados na velha tradição normativista-formalista da dogmática jurídica, que se expressa por meio de proposições hipotéticas de dever-ser e cuja preocupação central é a subsunção dos fatos à prescrição legal, valorizando apenas os aspectos lógico-formais do direito positivo e enfatizando somente as questões da validade da norma, da determinação do significado das regras, da integração das lacunas e da eliminação das antinomias? Ou, pelo contrário, já estarão recebendo uma formação capaz de identificar e esclarecer o significado político das profissões jurídicas, possibilitando-lhes assim um distanciamento crítico e uma clara consciência das inúmeras implicações de suas funções em sociedades fortemente marcadas pelo crescente descompasso entre a igualdade jurídico-formal e as desigualdades socioeconômicas?⁷²

Os cursos de direito, deveras, encontram-se ainda arraigados ao método *coimbra* de ensino, lastreados em aulas expositivo-descritivas e com suporte teórico em manuais rebarbativamente palavrosos e gongóricos.⁷³ Os estudantes inserem-se passivamente em um processo *informativo*, mas não *formativo*. As normas jurídicas, por sua vez, são apreendidas como comandos gerais e abstratos fruto da composição parlamentar do conflito de interesses.

⁷¹ Conforme leciona Cappelletti: “O dogmatismo jurídico tem sido uma forma degenerativa do positivismo jurídico que levou não somente a uma simplificação irrealista do direito, no que se refere ao seu aspecto normativo - *jus positum* - descuidando-se assim dos outros não menos essenciais elementos: sujeitos, instituições, procedimentos; mas tem levado também a uma não menos irrealista simplificação dos deveres e das responsabilidades dos juristas, juízes, advogados, estudiosos que, segundo aquela impostação, deveriam limitar-se a um mero asséptico, passivo e mecânico conhecimento e aplicação da norma na vida prática, no ensino e nas análises científicas”. (Acesso à justiça e a função do jurista. *Revista de Processo* nº 61, jan.-mar./1991, p. 144).

⁷² Ordem legal X Mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. In: Faria, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ed. Ática, 1994, p. 96.

⁷³ Conforme aduz Shelma Lombardi de Kato: “O que a universidade pretende? Qual a sua meta, o seu objetivo, no curso de direito? O que se pretende é a formação do profissional apto à absorção no mercado de trabalho e a fazer dinheiro com a profissão. Mas, dadas a má qualidade do ensino e a falta de formação do homem para a vida, até esta finalidade acaba sendo frustrada, na medida em que a decorador de fórmulas legais não é capaz de articular imperativos lógico-abstratos com a complexidade da vida palpante a seu redor”. (A crise do direito e o compromisso da libertação. In: Faria, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ed. Ática, 1994, p. 172).

Trata-se, assim, de ordenamento jurídico exógeno à sociedade, que mal disfarça as contradições sociais, econômicas e culturais subjacentes ao sistema.

Há, ademais, nítida deficiência nas grades curriculares das instituições de ensino superior, notadamente naquelas disciplinas que consubstanciam os principais centros de expansão dos direitos cívicos. É o caso, por exemplo, do direito do consumidor e previdenciário, que não são matérias obrigatórias na maioria dos cursos jurídicos. Sem embargo, à imensa maioria da população brasileira interessa mais o estudo das Leis 8.078/90 e 8.213/91, do que a miríade de bizantinas espécies de testamentos versados no Direito das Sucessões. Ministra-se, portanto, segundo Cappelletti, um “direito abstrato, dogmático, direito das nuvens”.⁷⁴

Percebe-se, assim, um descompasso entre o que é ministrado nas faculdades e aquilo que demandado pela população efetivamente carente do acesso à justiça. O direito ensinado nas universidades é um. O direito judiciário, outro.

4.1 O mito da neutralidade do Direito Processual

O alto percentual acima referido de ações sumárias e executivas propostas por pessoas jurídicas nos conduz a outro ponto, a saber, o viés ideológico do direito processual. Como sentencia Cappelletti: “Não há mais sentido estudar, ou conceber, ou ensinar o direito processual exclusivamente em seus aspectos normativos”.⁷⁵

Trata-se, agora, de analisar o descompasso entre, de um lado, a efetividade da farmacologia individualista lecionada nos cursos jurídicos, e, de outro, a falência do instrumental aderente aos anseios emancipatórios daqueles que tradicionalmente tiveram, na expressão de Boaventura de Souza Santos, seu *direito charneira* agarrotado (“um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais”).⁷⁶

O direito, é essencial que se o diga, não é socialmente asséptico, e o processo, em particular, não é uma instituição meramente técnica.⁷⁷ A ideia fabulosa de que a lei seria a representação da vontade geral não reverbera mais em nenhum jurista sério. A mistificação

⁷⁴ *Tutela dos interesses difusos...*p.172.

⁷⁵ Acesso à justiça e a função do jurista. *Revista de Processo* nº 61, jan.-mar./1991, p. 146.

⁷⁶ *Introdução...*, p. 125.

⁷⁷ Daniel Mitidiero, em *Colaboração no Processo Civil*, desenvolve à p. 26 e ss. crítica a essa assertiva de Alfredo Buzaid registrada na Exposição de Motivos do CPC/73.

legalista e o "absolutismo do Parlamento"⁷⁸ sofreram derrotas, dentre outras causas, devido à crise do sistema de democracia representativa,⁷⁹ *al mercato delle leggi*⁸⁰ e à percepção de que o Judiciário e o Legislativo atuam *coparticipativamente* no processo de produção do direito.⁸¹

A legislação adjetiva é prova inequívoca de que, sob o manto diáfano da pretensão de neutralidade, são empanados os conflitos sócio-econômico-políticos que latejam na realidade.

O entendimento de que todo discurso técnico encobre um discurso ideológico é fundamental para que se compreenda o viés ideológico do processo. Conforme ensina Cappelletti:

Profecias, política e ideologia: o que tudo isso - é cabível a pergunta - tem a ver com o processo civil? Justamente esta pergunta me conduz a um último ponto que eu desejo analisar. Na verdade, o processo civil tem sido, tradicionalmente, considerado um ramo extremamente técnico do direito, o ramo técnico por excelência; e como mera técnica o processo civil tem sido, geralmente, estudado e ensinado. Só muito raramente são analisados os seus fundamentos ideológicos, as suas premissas filosóficas, e seus reflexos político-sociais. Mas para uma análise semelhante é indispensável que o processualista tome conhecimento do fato de que nenhuma técnica jurídica é um fim em si mesmo; e que nenhuma é ideologicamente neutra.⁸²

Quatro exemplos podem ilustrar a linha de exposição do mestre florentino:

- 1) O rol de títulos executivos extrajudiciais previsto no art. 585 do CPC/73⁸³
(acrescido de mais hipóteses pelo art. 800 do CPC projetado na versão aprovada

⁷⁸ A expressão é de Luiz Guilherme Marinoni (*O STJ enquanto corte de precedentes - recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: RT, 2013, p. 69).

⁷⁹ Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto aludem expressamente à " ampla crise da nossa democracia representativa" ao analisar a existência da dificuldade contramajoritária do controle de constitucionalidade. (Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. Rio de Janeiro: *Revista Quaestio Iuris* vol. 06, nº. 02, p. 129).

⁸⁰ Conforme lição de Gustavo Zagrebelsky: "A fianco de queste spiegazioni deve aggiungersi anche la sempre piú marcata contrattualizzazione dei contenuti della legge. L'atto creativo di diritto legislativo è l'esito di un processo politico nel quale operano numerosi soggetti sociali particolari (gruppi di pressione, sindacati, partiti). Il risultato di questo processo a piú voci è per sua natura segnato dai caratteri della occasionalità. Ciascuno degli attori sociali, quando ritiene de aver acquisto una forza sufficiente per spostare a proprio favore i termini dell'accordo, richiede l'approvazione di nuove leggi cha sanciscano il nuovo rapporto di forze. E questa occasionalità à la perfetta contraddizione della generalità e dell'astutezza delle leggi, queste ultime legate a una certa visione razionale del diritto, impermeabile al puro gioco dei rapporti di forza" (op. cit., p. 44)

⁸¹ "O isolamento das atividades de legislação e jurisdição foi rompido a favor de uma relação de colaboração entre essas duas funções estatais" (Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas - Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*, São Paulo: RT, 2013, p. 54).

⁸² *Processo, Ideologias e Sociedade*. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 364.

⁸³ Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais: I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque; II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores; III - os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida; IV - o crédito decorrente de foro e laudêmio; V - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio; VI - o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de

pela Câmara dos Deputados) é uma evidência palmar da importância outorgada à higidez do mercado financeiro. Isso porque, conceder eficácia executiva a um documento possui, entre outras, duas implicações mais relevantes: a primeira reside na supressão, em prol do exequente, da morosa fase certificadora do direito. Como se sabe, no processo sincrético parte-se dos *factos* para o *direito*, ao passo que no de execução parte-se deste para aquele: cita-se e, após, penhora-se. A segunda é a inversão da iniciativa contraditória (princípio da abstração do título executivo), pois caberá ao executado ajuizar uma ação desconstitutiva autônoma para impugnar o crédito do exequente. A inércia, no módulo procedimental satisfativo, corre em desfavor do suposto devedor. É claro que, através de argumentos consequencialistas, pode-se reconduzir a tutela ao sistema financeiro em prol do mutuário. O crédito, assim protegido, afirma-se, ficaria mais barato. Nada obstante esse pensar, não se pode olvidar que imediatamente o maior beneficiário é o banco tomador da letra de câmbio, a empresa de *factoring* e a imobiliária locadora.

- 2) O DL nº. 70, de 21.11.66, que disciplina a execução no regime do Sistema Financeiro de Habitação, autoriza o credor a executar extrajudicialmente o crédito hipotecário. Nesse sistema, a intervenção judicial dá-se para o fim de obter o arrematante a imissão de posse do imóvel que lhe será concedida liminarmente pelo juiz. A defesa do executado, salvo se consistir em prova de pagamento ou consignação anterior ao leilão, será debatida após a imissão de posse. Trata-se, assim, de uma inversão no tempo processual das razões das partes. No regime especial, primazia ao credor. No comum, a satisfação pospõe-se aos embargos. E isso, ressalte-se, dá-se a despeito do direito à moradia (art. 6º, CRFB/1988) subjacente à execução extrajudicial. No regime extravagante, inverteu-se a ordem,

tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial; VII - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; VIII - todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva. A esse rol vocacionado à tutela do sistema creditício, poder-se-iam acrescentar as construções jurisprudenciais encampadas pelo Superior Tribunal de Justiça nas Súmulas 300 (“O instrumento de confissão de dívida, ainda que originário de contrato de abertura de crédito, constitui título executivo extrajudicial”), 299 (“É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito”), 247 (“O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória”) e 384 (“Cabe ação monitória para haver saldo remanescente oriundo de venda extrajudicial de bem alienado fiduciariamente em garantia”).

deu-se prevalência à satisfação do crédito, conferindo-se à defesa do executado não mais condição impeditiva da execução, mas força rescindente. Ora, se a tábua axiológica constitucional outorga caráter de fundamentalidade à habitação, como se reconhecer foros de validade a essa inversão procedimental?⁸⁴

- 3) O DL nº. 911, de 01.10.69, prevê que, nos casos de obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária em garantia, comprovada a mora, o mutuante poderá ingressar com ação de busca e apreensão requerendo que lhe seja imediatamente entregue o bem (art. 3º). No bojo desse procedimento especial, conceder-se-á a liminar à vista da prova do inadimplemento, e, em cinco dias, consolidar-se-ão a propriedade e a posse do bem no patrimônio do credor (art. 4º). É de relevo sublinhar que essa tutela sumaríssima do crédito dá-se apenas na alienação fiduciária em garantia no âmbito do mercado de capitais (art. 8º-A, DL 911/69 c/c art. 66-B da Lei 4.728/65. Para a operação realizada por pessoa física ou jurídica não-bancária, o regime processual é o comum (arts. 1.361 – 1.368-A, CC/02). Por que a disparidade de tratamento? A consolidação prematura da posse e propriedade do bem nas mãos da instituição financeira atende a qual valor constitucional? As respostas, apenas se as tem à luz do viés ideológico do direito.
- 4) A liminar possessória é exemplo de tutela satisfativa que já se concedia muito antes da universalização da tutela antecipada no bojo do procedimento ordinário (Lei 8.952/94). Nunca se precisou utilizar as imprecisas ações cautelares inominadas para que se obtivesse, *initio litis*, a efetivação, no plano fático, da proteção possessória. Esta, porém, tradicionalmente, sempre foi considerada uma forma de *tutela avançada* da propriedade. Manifestação inegável desse fato é a Súmula nº. 487 do STF, a qual previa que “Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for disputada”. Essa abordagem, ainda hoje, é encampada por setores da doutrina. Não se ignora que, a

⁸⁴ A matéria está submetida ao regime da repercussão geral no RE 627.106/PR. O entendimento reiterado do STF, porém, é no sentido de sua conformidade constitucional: “Recurso Extraordinário. Inadmissibilidade. Execução extrajudicial. Decreto-Lei nº 70/66. Recepção pela Constituição Federal de 1988. Jurisprudência assentada. Ausência de razões consistentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte” (AI nº 678.256/SP-AgR, Relator o Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, DJE de 26/3/10).

partir da elaboração das teorias sociológicas da posse, passou-se a reconhecer seu caráter de bem digno de proteção autônoma. Todavia, na práxis, os interditos possessórios foram e são precipuamente manejados por latifundiários (no mais das vezes, improdutivos) face aos movimentos sociais camponeses. Percebe-se, dessa maneira, que a antecipação dos efeitos finais da sentença de mérito sempre foi uma realidade tangível aos detentores da propriedade imóvel, o que, mais uma vez, evidencia que não se deve negligenciar o matiz privatista e liberal dos códigos.

Esboçado, em linhas gerais, o processo individualista, liberal e patrimonialista lecionado nos cursos jurídicos, é hora de analisar a (*in*)efetividade do instrumental viabilizador dos anseios emancipatórios dos excluídos do exercício de seu *direito charneira*.

A legislação processual e a práxis, conforme asseverado, são provas contundentes de que, sob o manto diáfano da pretensão de objetividade, são encobertos os conflitos sócio-econômico-políticos subjacentes à sociedade.

A falência operacional dos institutos processuais direcionados à tutela da liberdade dos carentes de representação democrática pode ser provada por inúmeros exemplos colhidos no foro. Conquanto alguns entendimentos misoneístas já tenham sido superados (e, para aqueles familiarizados com a história eficaz do mandado de injunção, basta citar a linha evolutiva percorrida do MI 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves até o MI 712/PA, Rel. Min. Eros Grau), subjaz ainda na mentalidade do operador jurídico uma principiologia individualista avessa ao reconhecimento dos direitos sociais e de terceira geração.⁸⁵

Prova do que se vem de expor extrai-se da forma como o Direito Processual Coletivo é encarado pelos operadores jurídicos. Destaque-se, de plano, que a maioria dos atores processuais graduou-se à revelia dos embasamentos teóricos do microsistema brasileiro de

⁸⁵ Conforme aduz Celso Fernandes Campilongo: “O processo de ‘institucionalização do conflito’ nas sociedades avançadas apresenta sinais nítidos de exaurimento. A incapacidade de representação dos interesses coletivos pelos canais da democracia representativa e as dificuldades de defesa e garantia dos direitos sociais pelos mecanismos de adjudicação da dogmática jurídica colocam a magistratura diante de um problema sem precedentes: seu instrumento de trabalho, o direito positivo, torna-se um dos principais objetivos do conflito social. Trocando os termos: a ‘institucionalização do conflito’ que tinha um leito tranquilo nos tribunais, na lei e na ordem passa a ser questionada, politizada e transformada em agitado instrumento de expansão da cidadania. Os tribunais deixam de ser a sede de resolução das contendas entre indivíduos e passam a ser uma nova arena de reconhecimento ou negação de direitos sociais. Ainda que os magistrados não desejem tal situação – quer por padrões de formação profissional, quer pela ruptura que a situação provoca no sistema de rotinas e procedimentos jurisdicionais – a politização que as partes (autores e réus), com frequência e conscientemente, imprimem aos processos torna o fato irreversível”. (Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: Faria, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ed. Ática, 1994, p. 117/118).

processos coletivos. E, ainda hoje, a matéria é lecionada como eletiva em diversas instituições de ensino superior. A consequência imediata é que um novo ramo do Direito Processual,⁸⁶ com princípios e institutos fundamentais próprios, continua a ser interpretado, estudado e aplicado como um prolongamento de uma farmacologia “individualista, patrimonialista, dominada pela ideologia da liberdade e da segurança jurídica”.⁸⁷ Trata-se, na conhecida expressão cunhada por Barbosa Moreira, de exercício da *interpretação retrospectiva*, a qual, antes de ser um processo hermenêutico, consiste numa técnica de nulificação do novo.

Uma mirada nas leis, medidas provisórias e ementários de jurisprudência demonstra a antipatia que o Direito Processual Coletivo angariou, respectivamente, por parte do Legislativo, Executivo e Judiciário, tudo a fim de restringir seu âmbito de atuação. Os focos de resistência foram assim elencados por Ada Pellegrini Grinover:

No campo do governo e do Poder Legislativo, vale lembrar, por exemplo, medidas provisórias e leis que excluíram do objeto da ACP as demandas tributárias, que tentaram limitar os efeitos da sentença ao âmbito territorial do juiz, que restringiram a utilização de ações civis públicas por parte das associações – as quais, aliás, necessitam de estímulos para realmente ocuparem o lugar de legitimados ativos que lhes compete. E, no campo jurisdicional, podemos lembrar as posições contrárias à legitimação das defensorias públicas, ao controle difuso de constitucionalidade na ação civil pública, à extração de carta de sentença por parte do beneficiário que não foi parte no processo coletivo, assim como, de um modo geral, a interpretação rígida das normas do processo, sem a necessária flexibilização da técnica processual.⁸⁸⁻⁸⁹

⁸⁶ Nesse sentido, por todos, veja-se o escólio de Ada Pellegrini Grinover: “A análise dos princípios gerais do direito processual, aplicados aos processos coletivos, demonstrou a feição própria e diversa que eles assumem, autorizando a afirmação de que o processo coletivo adapta os princípios gerais às suas particularidades. Mais vistosa ainda é a diferença entre os institutos fundamentais do processo coletivo em comparação com os do individual. Tudo isso autoriza a conclusão a respeito do surgimento e da existência de um novo ramo do Direito Processual, O Direito Processual Coletivo, contando com princípios revisitados e institutos fundamentais próprios e tendo objeto bem definido: a tutela jurisdicional dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos” (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. In: Grinover, Ada Pellegrini; Watanabe, Kazuo; Nery Junior, Nelson (orgs.). Vol. 2. 10^a ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 33).

⁸⁷ Mitidiero, Daniel. *O processualismo...* p. 168.

⁸⁸ Op. cit, p. 34.

⁸⁹ Veja-se, v.g., que a despeito da flagrante inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei 7.347/85, segundo o STJ “foi pacificado, pela Corte Especial o entendimento de que a sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97” (EREsp nº 293.407/SP, Corte Especial, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 07.06.2006). Com idêntico teor, a miríade de julgados colacionados por Theotonio Negrão (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*. 44^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1126. Para uma análise crítica do entendimento, remeta-se, *brevitatis causa*, ao livro de Roberto Carlos Batista *Coisa Julgada nas Ações Cíveis Públicas: Direitos Humanos e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, notadamente o capítulo Limites Subjetivos da Coisa Julgada nas Ações Cíveis Públicas e a Proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais.

Essa constatação reflete a incapacidade dos atores processuais de operar uma técnica processual apta a, na expressão de Watanabe,⁹⁰ *molecularizar* os conflitos de interesses. Demonstra, ainda, que a técnica bem aplicada constitui instrumento precioso a serviço da efetividade. E, por fim, evoca advertência de Barbosa Moreira no sentido de que:

Quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo, desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos. É bem possível que estejamos confundindo com os limites da técnica os da nossa própria incapacidade de dominá-la e de explorar-lhe a fundo as virtualidades. A preocupação com a efetividade deveria levar-nos amiúde a lamentar menos as exigências, reais ou supostas, imputadas á técnica do que a escassa habilidade com que nos servimos dos recursos por ela mesma colocados à nossa disposição.⁹¹

Nesse contexto, não se trata apenas de dar um perfil coletivista ao interesse individual (direitos individuais homogêneos), senão de outorgar tutela a bens que se encontravam carentes de uma via processual apta a lhes dar proteção (direitos difusos e coletivos). A importação de institutos do processo individual ao coletivo, como legitimação, competência, conexão, litispendência, poderes instrutórios e coisa julgada significa o mesmo que, disfarçadamente, estiolar a aptidão eficaz deste último.

Se, conforme afirmado, todo discurso técnico encobre um discurso ideológico, qual a tábua de valores que subjaz à aplicação do Direito Processual Coletivo? Cuida-se de instrumento direcionado ao acolhimento da segunda “onda” do movimento de reforma do acesso à justiça, pois objetiva, nas palavras sempre certeiras de Cappelletti, “bater contra a ‘pobreza organizativa’: a dificuldade para os titulares de interesses difusos de organizar-se como uma frente unitária contra os *mass wrongdoer*”.⁹²

E a práxis demonstra que as ações coletivas foram e têm sido usadas para, entre outras finalidades: (i) desbloqueio de cruzados; (ii) impugnação da política econômica de desestatização; (iii) correção de abuso no valor de mensalidades escolares; (iv) nulidade em contratos vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação; (v) lesão aos contratantes de *leasing*; (vi) tutela dos interesses previdenciários de trabalhadores rurais; (vii) diferença de correção monetária em contas vinculadas ao FGTS; (viii) aquisição de imóveis em loteamentos irregulares; (ix) pagamento em valor inferior ao determinado por lei, pela seguradora, do DPVAT.

⁹⁰ Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 05.07.2014.

⁹¹ Efetividade do processo e técnica processual. *Revista de Processo* nº 77, jan-mar/1995, p. 175.

⁹² Acesso à justiça e a função do jurista. *Revista de Processo* nº 61, jan-mar/1991, p. 152.

Trata-se, portanto, de um ramo do Direito Processual cuja clientela preferencial são os movimentos populares, comunitários e sindicais. Em uma palavra: o cidadão. Que se cuida de uma farmacologia ideológica e teleologicamente antípoda do instrumental técnico-normativo da dogmática jurídica “forjado e sistematizado para mediar as relações de classe e legitimar/mascarar a distribuição desigual do poder econômico, social e político”⁹³ é cristalino.

O desvirtuamento dos institutos e princípios típicos do Processo Coletivo, é preciso dizê-lo, não é uma tomada de posição axiologicamente neutra. Aplicar com maior ou menor amplitude o DL nº. 911/69 é uma escolha preñe de ideologia. O mesmo se passa com o microsistema de tutela coletiva formado pelas Leis 7.347/85 e 8.078/90.

A imparcialidade e a neutralidade não passam de discursos fabulosos fomentados por um dogmatismo empenhado na manutenção do *status quo*.⁹⁴ Na manutenção de um processo civil talhado nos valores do Estado Liberal. Processo este que desconsidera o caráter *interclassista* dos conflitos, os danos de massa e a onipotência do mercado sobre a cidadania. A ficção da *assepsia processual* não é uma ideia ingênua. Trata-se de dissimulada elaboração oriunda dos guardiões de uma técnica processual patrimonialista, individualista e privatista.

O que se observa dessa visão opaca quanto à eficácia do Direito Processual Coletivo, na esteira de José Reinaldo de Lima Lopes e José Eduardo Faria, é que “os quase duzentos anos de legalidade burguesa forjaram escolas de direito que apenas têm servido ao funcionamento das coisas como estão. A reforma do ensino jurídico - ela também tão mal-entendida - só pode ser rediscutida hoje porque se constata a crise entre um saber pseudocientífico e o papel social à espera dos atores jurídicos”.⁹⁵

⁹³ Apresentação. In: Faria, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1994, p. 11.

⁹⁴ Ao traçar as principais características do movimento *Critical Legal Studies*, Ugo Mattei faz as seguintes considerações, que retratam à perfeição o ponto defendido ao longo do texto: “The critique has two major, interrelated, dimensions. First, it views law as a hegemonic system legitimating direct forms of domination: legal rules shape and reproduce hierarchical structures of power (race, class, gender, etc.) by both forging legal identities and affecting the redistribution of social resources. Second, it regards the legal system as an instrument for the legitimization of the *status quo*: (false) legal consciousness is a cluster of beliefs shared by legal actors; it reinforces current power structures by mediating or denying contradictions, creating false necessities, and producing false justifications”. (Comparative Law and Critical Legal Studies. *University of California Hastings College of the Law*, october/2006, p. 819). Disponível em: http://works.bepress.com/ugo_mattei/32. Acesso em: 14.04.2014.

⁹⁵ Pela democratização do Judiciário. In: Faria, José Eduardo (org.) *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1994, p. 165.

4.2 A formação profissional da magistratura

A formação dos operadores jurídicos dentro de um quadro reprodutivo de uma mentalidade legalista, formalista e dogmática gera graves consequências no que diz respeito à aderência da prestação jurisdicional aos anseios sociais.

É evidente que o Judiciário, instância contramajoritária de poder, não é imediatamente responsivo às maiorias populares. O Ibope mensura a legitimidade dos poderes majoritários, não a sua, a qual passa pelo equilíbrio entre a democracia e o constitucionalismo. Trata-se de dois conceitos que quase sempre se retroalimentam, mas que, por vezes, se chocam. Se a democracia pressupõe essencialmente a primazia do princípio majoritário, pode-se dizer que o constitucionalismo assenta-se precipuamente na supremacia dos direitos fundamentais.

É interessante salientar que esse balanceamento recebeu destaque em uma das principais obras de ciência política do século XVIII: “It is of great importance in a republic not only to guard the society against the oppression of its rulers, but to guard one part of the society against the injustice of the other part. Different interests necessarily exist in different classes of citizens. If a majority be united by a common interest, the rights of the minority will be insecure”.⁹⁶ É no pendor dessa relação ocasionalmente conflitual entre democracia e constitucionalismo que se deve situar o Judiciário.

E, cabe indagar, vem o Judiciário desincumbindo-se com retidão do mister que lhe foi acometido?⁹⁷

⁹⁶ Hamilton, Alexandre; Madison, James; Jay, John. In: *The Federalist*. University of Chicago: Britannica, 1952, Artigo 51, p. 164.

⁹⁷ Um esboço histórico acerca da submissão do Judiciário, a despeito de auxiliar a crítica à formação jurídica no Brasil, estenderia em demasia os limites desse trabalho. Por essa razão, cingir-se-á a colacionar esclarecida passagem de José Reinaldo de Lima Lopes: “Os tribunais brasileiros têm sua origem no sistema português de administração da justiça e de administração das colônias entre os séculos XVI e XIX. O sistema era de unificação da justiça com a administração do reino e dos territórios ultramarinos. A justiça era subordinada ao rei; fazer justiça era a primeira tarefa do soberano, dizia-se. (...) A burocratização precoce do reino de Portugal e da América portuguesa determinou algumas coisas em nossa história: a magistratura como carreira hierarquizada, dependente, nos níveis mais altos, do próprio paço real (o Desembargador do Paço era o órgão de cúpula de todo o sistema); a formação social da colônia e do reino favoreceu também um certo convívio entre elites, amalgamando a justiça e a exploração mercantil; a vida do povo, na verdade a vida da grande população de trabalhadores escravos, não era objeto da apreciação da justiça, era matéria para a disciplina dos capitães-donatos. A situação no império continuou em parte semelhante, na medida em que a independência não se fez no Brasil junto com uma revolução burguesa liberal. A separação dos poderes do Estado não foi propriamente pensada e criada para permitir a independência de uns com relação aos outros, mas como racionalização da administração do regime escravocrata e de grandes latifúndios e o desenvolvimento econômico não permitiu que ao longo do século XIX o Brasil conhecesse tudo o que se passava na França, na Inglaterra e em parte em outros países da Europa. (...) Desta forma, quando se chega à República e se consagra a fórmula da tripartição, tomando

A formação escolástica e jurídico-dogmática é evidenciada cristalinamente no período ditatorial. Com efeito, desde 1964 o poder Judiciário em geral, e o Supremo Tribunal Federal em particular, acatara a ruptura da ordem constitucional de 1946. A rigor, o Ato Institucional nº. 5, de 13 de dezembro de 1968, cujo art. 11 previa a exclusão de qualquer apreciação judicial de todos os atos praticados de acordo com este AI e seus Atos Complementares, nem precisaria ter sido editado, segundo José Reinaldo de Lima Lopes,⁹⁸ pois o Judiciário, em sua maioria, aceitou acarneiramente a intromissão de outro poder em sua esfera de atuação.

Evidência de prática jurisdicional ideologicamente autoritária colhe-se, *v. g.*, da *lei da mordaça*, um decreto-lei que instituía a censura prévia de originais de qualquer livro que se quisesse publicar, aprovada no governo Médici (1969-1974). Conquanto manifestamente violadora da liberdade de expressão, o Supremo, instado a se manifestar pelo MDB sobre a questão, julgou no sentido de que não poderia se intrometer nos interesses da revolução.

Não se pode olvidar que a medida de força consistente na aposentadoria compulsória dos Ministros Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva revela a violência praticada contra aqueles que se insurgiram face ao regime de exceção. A arbitrariedade é tanto mais manifesta quando se destaca que foi exercida perante membros da cúpula do Judiciário. Os efeitos deletérios da tirania na separação dos poderes podem ser aquilatados a partir do seguinte ensinamento de Hamilton, Madison e Jay:

But the great security against a gradual concentration of the several powers in the same department, consists in giving to those Who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachments of the others.⁹⁹

Não se pretende, aqui, realizar um juízo retrospectivo acerca de como deveria ter o Judiciário reagido face ao rompimento do regime democrático. O homem, como se sabe, é ele e suas circunstâncias. O julgamento histórico, insulado do contexto sociopolítico da ocasião, requer prudência.

O que passa ao largo desse juízo - e pode e deve ser realizado - é o estudo de como uma formação adestradora influencia um quadro no qual o que caracteriza o Judiciário, segundo Joaquim de Arruda Falcão:

não é uma atitude criativa, autônoma e adaptadora da lei estatal. Ao contrário, o que caracteriza é sua inteira submissão. Ou quase inteira. Quase sempre prevalece

como modelo a Constituição dos Estados Unidos da América, inexistente a tradição de resistência institucional ao poder imperial do Executivo” (op. cit., p. 130).

⁹⁸ Ibidem, p. 128.

⁹⁹ Op. cit., p. 163.

mecânica implementação da lei estatal. Da lei de qualquer estado. Mesmo do Estado autoritário ou ditatorial, quando o legalismo judicial se transforma na idolatria acrítica do poder. Mesmo do poder autoritário. Neutralizando e impedindo que o Judiciário coloque os direitos humanos acima da lei autoritária ou ditatorial. Tudo feito em nome de uma aparentemente libertária tripartição dos poderes e de um neutralismo pseudamente científico do positivismo jurídico-dogmático.¹⁰⁰

A submissão do Judiciário aos poderes que, na linguagem dos *federalistas*, detém o controle da *bolsa* e do *canhão*, é o retrato de um dos mais candentes debates da sociologia jurídica, a saber, aquele que tematiza as articulações do direito com as condições e as estruturas sociais em que opera. A opção - deliberada ou inadvertidamente encampada pelo Judiciário - foi no sentido da adoção do direito como uma *variável dependente*,¹⁰¹ de modo que não se lhe atribui um caráter de ativo promotor de mudanças sociais tanto no domínio material como no da cultura e das mentalidades.

Trata-se, destarte, de uma concepção *passiva* da função judicial, na qual o juiz vê-se como um *técnico de controle social*. Em obra que tem por objeto especificamente a relação dos magistrados com os novos movimentos sociais, José Eduardo Faria assevera que a neutralidade desses atores, conjugada com uma hermenêutica positivista, consubstanciam instrumentos de legitimação de uma concepção específica de ordem e segurança. Veja-se, nesse sentido, a seguinte passagem: “A administração da justiça acaba sendo reduzida deste modo a uma simples ‘administração da lei’ por um poder tido como ‘neutro’, ‘imparcial’ e ‘objetivo’, ficando o intérprete/aplicador convertido num mero técnico do direito positivo”.¹⁰²

A assunção, portanto, de um papel socialmente engajado, a partir do qual o magistrado possua consciência das responsabilidades políticas que lhe incumbem, é fundamental. Se a interpretação jurídica, conforme já registramos em outra oportunidade, deve ser entendida como “a fixação do conteúdo, sentido e alcance possíveis de um texto normativo”, e se o resultado do itinerário hermenêutico será “o estabelecimento de um quadro no qual opções várias são simultaneamente legítimas”,¹⁰³ resulta evidente que a norma aplicada deve ser

¹⁰⁰ Democratização e serviços legais. In: Faria, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1994, p. 149.

¹⁰¹ Para aprofundamento dos conceitos de *variabilidade* dependente e independente, ver Boaventura de Souza Santos (*Introdução à sociologia...*, p. 121/122).

¹⁰² *Justiça e Conflito – Os juízes em face dos novos movimentos sociais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1992, p. 56.

¹⁰³ O resgate da Súmula 343 do STF: respostas corretas, segurança jurídica e razoável duração das controvérsias. *Revista Dialética de Direito Processual* nº 135, junho/2014, p. 64.

aquela apta a reduzir o descompasso entre o programa normativo constitucional e as desigualdades econômico-sociais que grassam na sociedade.

4.3 O papel da advocacia

Ao se ler *Elogio dei giudici. Scritto da um avvocato* de Piero Calamandrei, no qual se elogiam não apenas os magistrados, como também os advogados, percebe-se que, de fato, não se pode falar de um sem referir-se ao outro. É por essa razão que é fundamental a análise da advocacia, na perspectiva de uma reforma do acesso à justiça, já que se trata daquele que, por expressa disposição legal (art. 1º da Lei 8.906/94), detém a privatividade da capacidade postulatória. Considerando que, no sistema brasileiro, (i) vige o princípio da inércia jurisdicional (art. 2º, 128 e 460 do CPC/73), e que (ii) as hipóteses em que se concede a capacidade postulatória aos particulares são quantitativamente insignificantes (art. 791, CLT; art. 9º, Lei 9.099/95; art. 577, CPP; art. 36, CPC), pode-se bem aquilatar a importância do papel da advocacia na prestação da tutela jurisdicional.

Essa fundamentalidade decorre do próprio texto da Constituição de 1988, a qual registra que “O advogado é indispensável à administração da justiça”. Cabe, assim, perquirir qual papel deve exercer esse importante ator processual.

De plano, saliente-se que políticas corporativas interessadas na manutenção de uma *reserva de mercado* são incompatíveis com as altaneiras responsabilidades atribuídas à advocacia. Dois exemplos podem ser evocados.

O primeiro refere-se à resistência advinda da Ordem dos Advogados do Brasil à implantação dos Juizados Especiais em virtude da dispensa do pergaminho universitário para o exercício do direito de ação. Essa postura pode ser evidenciada (i) pelas declarações do Presidente da OAB/SP expostas por ocasião do I Encontro dos Advogados de São Paulo, promovido pela Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil,¹⁰⁴ e, ainda (ii) pela inserção da privatividade da advocacia para fins de postulação perante os Juizados Especiais no art. 1º, inc. I da Lei 8.906/94 (abortada pelo Supremo Tribunal Federal mediante liminar na Adi 1.127/DF).

¹⁰⁴ A informação foi retirada de Rodolfo de Camargo Mancuso (*Acesso à justiça...*p. 149/150).

Ora, o microsistema dos juizados especiais é regido pelos princípios da simplicidade, informalidade, oralidade, celeridade (art. 2º da Lei 9.099/95) e tem por escopo dar vazão à litigiosidade contida nos bolsões de imberbe cidadania. E, se essa é a clientela a que se direciona o sistema das pequenas causas, é evidente que a sua *específica* forma de ingresso no Judiciário deve ser levada em consideração.

Com efeito, para fins de ampliação do acesso à justiça pelas camadas sociais desfavorecidas, não seria suficiente reduzir as taxas judiciárias e deformalizar o procedimento. Tanto serviria aos interesses daqueles que já estão integrados ao sistema.

Ocorre, porém, que não apenas custos econômicos consubstanciam um entrave ao exercício do direito à jurisdição pela população *subintegrada*, sendo de relevo, ainda, fatores culturais e sociais. E, dentre esses, não se pode olvidar o distanciamento entre a nobre classe dos advogados e a patuléia. Não é outro, aliás, o ensinamento de Boaventura de Souza Santos: “Quanto mais baixo é o estrato sócio-econômico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde e como e quando pode contatar o advogado, e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais”.¹⁰⁵

A universalização do *ius postulandi*, assim, não apenas é constitucional, por prestar obséquio ao art. 98 da CRFB/1988, como consubstancia um instrumento legítimo de acesso à justiça pelas camadas mais desfavorecidas.¹⁰⁶

Outra demonstração de condenável corporativismo pelo OAB refere-se à Adi 3.695 ajuizada contra o art. 285-A do CPC, introduzido pela Lei 11.277/06, o qual prevê que:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Trata-se de uma hipótese de improcedência liminar do pedido que tem por escopo atribuir efetividade ao princípio da duração razoável das controvérsias. Antes de analisar o

¹⁰⁵ *Introdução à sociologia...*p. 127.

¹⁰⁶ Em sentido contrário, veja-se Alexandre Freitas Câmara (*Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais. Uma abordagem crítica*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 66).

porquê de a OAB ter-se insurgido contra a inovação legislativa, deve-se clarificar o conteúdo da norma. O esclarecimento se faz imprescindível pois, a bem da verdade, a técnica redacional usada é truncada e fatidicamente apta a estorvar a interpretação do dispositivo.

Deve-se dizer, primeiramente, que a matéria não será *controvertida*. Controvérsia pressupõe colidência de teses, o que não se terá antes da citação. Conforme é de curso conhecimento, *ponto* consiste numa alegação feita pela parte e não impugnada pela outra. *Questão*, por sua vez, é o ponto controvertido. No caso em tela, portanto, leia-se *matéria controvertida* como *ponto*.

O *ponto*, ainda, não precisa ser unicamente de direito. O que se faz imprescindível é que não haja necessidade de dilação probatória, de sorte que se a matéria fática já estiver documentada com a inicial não há óbice à incidência do dispositivo. Pode-se aplicar por analogia, face à identidade de razões, o quanto previsto no inc. I do art. 330 do CPC/73 quanto ao julgamento antecipado da lide (*O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência*).

Quanto à necessidade de que já tenha sido proferida sentença de *total improcedência em outros casos*, é preciso salientar que a improcedência refere-se à sentença a ser julgada, e, não, como poderia se depreender de uma interpretação literal do texto, à sentença-paradigma. É irrelevante que a sentença a ser reproduzida seja de improcedência total, pois o escopo do artigo é que a postulação do autor não seja acolhida em sua integralidade. Aliás, pode acontecer que, para cada pedido do autor, seja colacionada uma sentença de parcial procedência, a qual, quanto àquele específico pedido, tenha julgado-o improcedente. Essa linha de intelecção torna-se cristalina quando se observa a teleologia do instituto, a saber, a cessação liminar da instância. Caso, porém, se prolatasse uma sentença parcial - o que, aliás, parcela da doutrina não admite ao equivocado argumento da incindibilidade do juízo de mérito -, o procedimento não seria abreviado face à necessidade de instrução para análise dos demais pedidos.

A atecnia, porém, não pára por aí. A alusão a *casos idênticos* é manifestamente equivocada, pois, na hipótese de identidade entre os três elementos da ação (partes; pedido; causa de pedir), ter-se-á identidade sincrônica (litispendência) ou diacrônica de ações (coisa julgada), as quais importam em julgamento sem extinção de mérito (art. 267, inc. VI, CPC). A expressão deve ser lida, portanto, como identidade de *fundamentos jurídicos*. Ou seja,

conquanto o pedido seja díspar (e o mediato frequentemente o é), é a dedução de um arsenal argumentativo já refutado pelo juízo que abre ensejo à sentença *prima facie* de improcedência com dispensa de citação do réu.

Essas breves considerações sobre o art. 285-A foram tecidas unicamente para que se clareasse o seu real conteúdo. Esclarecidos os seus termos, pode-se agora indagar: a dispensa de citação antes da sentença de improcedência é inconstitucional? Para a OAB e alguns juristas,¹⁰⁷ sim.

Na ação direta de inconstitucionalidade proposta pela OAB, distribuída para o Min. Cezar Peluso, que não apreciou o pedido de liminar e aplicou o art. 12 da Lei 9.868/99, alega-se lesão aos princípios da isonomia, contraditório, dispositivo e devido processo legal. O Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) não apenas participou do processo pré-legislativo de elaboração do dispositivo, como ingressou como *amicus curiae* na Adi e ofertou um portentoso parecer da lavra do Prof. Cássio Scarpinella Bueno.

A norma, a todas as luzes, é constitucional. Não viola o devido processo legal, em seus sentidos formal e substancial, pois a sentença liminar dá-se apenas no caso de improcedência do pedido, não de procedência. Demais, o princípio não abrange o direito ao percurso da integralidade do procedimento (fases postulatória; saneamento; instrutória; decisória), pois o inc. IV do art. 295 já prevê o indeferimento da inicial com sentença de mérito no caso de prescrição e decadência. E nessa hipótese, que nunca teve sua constitucionalidade contestada, igualmente não há citação.

A reprodução de uma sentença proferida em processo do qual o autor não foi parte não viola o contraditório pois, com ou sem a antecipação do julgamento, sua tese jurídica será apreciada.

O direito de influência é garantido na medida em que a norma pressupõe que a matéria já tenha sido argumentativamente maturada, de maneira que os fundamentos jurídicos do

¹⁰⁷ É o caso de Nelson Nery Junior: "o CPC 285-A é inconstitucional por ferir as garantias da isonomia (CF 5º caput e I), do devido processo legal (CF 5º caput e LIV), do direito de ação (CF 5º XXXV) e do contraditório e ampla defesa (CF 5º LV), bem como o princípio dispositivo, entre outros fundamentos, porque o autor tem o direito de ver efetivada a citação do réu, que pode abrir mão de seu direito de direito e submeter-se à pretensão concordando com o autor, independentemente do precedente jurídico do juízo. Relativamente ao autor, o contraditório significa o direito de demandar e fazer-se ouvir, inclusive produzindo provas e argumentos jurídicos, e não pode ele ser cerceado nesse direito fundamental. De outro lado, o sistema constitucional não autoriza a existência de 'súmula vinculante' do juízo de primeiro grau, impeditiva da discussão do mérito de acordo com o *due process*". (*Princípios do processo na Constituição Federal*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 93).

autor serão enfrentados tal como o seriam caso tivesse que se aguardar o julgamento antecipado da lide (art. 330).

A alegação de que o princípio dispositivo é violado pois o réu poderia reconhecer a procedência do pedido no caso de direitos disponíveis é igualmente equivocada. Ora, como é cediço, a coisa julgada não impede que as partes deliberem sobre o dispositivo sentencial em sentido contrário (a dívida certificada pode ser remida e etc.).

Não se pode olvidar, ademais, que os princípios referidos foram instituídos precipuamente em benefício das partes para que elas não sofressem prejuízo com o exercício arbitrário do poder. Em outros termos: para que não amargassem prejuízos. Significa dizer que, se nenhum dano advier à parte, não há o que se reclamar. É exatamente o que se passa quando o mérito é antecipadamente julgado em favor do réu na hipótese em que sua citação é dispensada, pois isso não lhe traz prejuízo (art. 249, § 2º do CPC).

Nas dobras dos escoteiros argumentos da Adi, contudo, o que se pode divisar é uma tentativa da associação de fazer prevalecer os interesses de seus associados a dano do interesse público. O que, destaque-se, é de se lamentar à vista da história de proteção dos direitos individuais que a OAB ostenta.

O fato nodal para entender a Adi é que a prescindibilidade da citação importa na desnecessidade de contratação de advogado por parte do réu. Como a elaboração das defesas (contestação, reconvenção, exceções, impugnação ao valor da causa) não se dá *pro bono*, a procedência da Adi importa, em virtude do princípio da causalidade (art. 20, CPC), na exacerbação dos custos econômicos do processo. Que estes significam um obstáculo a ser transposto para fins de aperfeiçoamento da prestação judiciária basta recordar a *primeira onda* do movimento de reforma de Cappelletti e Garth: “A mais importante despesa individual para os litigantes consiste, naturalmente, nos honorários advocatícios”.¹⁰⁸

Esses exemplos ilustram, à semelhança do que fizemos ao abordar a responsabilidade política da magistratura, a captura das associações classistas por interesses mesquinhos que apenas contribuem para o quadro de insatisfação perante o serviço jurisdicional.

De outro lado, é fundamental que *de lege ferenda* a OAB tenha uma participação mais efetiva no processo de avaliação pelo Ministério da Educação dos cursos jurídicos. Atualmente existem mais de 1.200 faculdades de direito espalhadas pelo Brasil, frequentadas,

¹⁰⁸ *Acesso à Justiça...*p. 18.

aproximadamente, por 4 milhões de estudantes. À primeira vista, poder-se-ia deixar conduzir pela lógica diádica mais advogados > acesso à justiça. Ledo engano.

Conforme dados do *Estudo Comparado sobre Recursos, Litigiosidade e Produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional* do CNJ,¹⁰⁹ o Brasil possui 330,4 advogados por cem mil habitantes, quase o dobro da média dos países da Europa. É interessante destacar que a Itália, conhecida no mundo forense por sua crise judiciária, possui 332,1 advogados por cem mil habitantes.

Outra linha enfocada pela pesquisa e sobremaneira interessante relaciona-se com o número de advogados por juízes. Dentre todos os países da Europa e da América cujos dados foram colhidos o Brasil ostenta a maior proporção: 39,42 advogados por magistrado.

As principais conclusões do estudo podem ser elencadas: “(i) a acirrada concorrência no mercado de serviços advocatícios e a pouca propensão desses profissionais à realização de conciliações são fatores apontados como responsáveis pelo estímulo à litigância no Brasil”; (ii) “Como a elevada proporção de advogados em relação a magistrados pode indicar que existe elevada propensão ao litígio e relativa incapacidade de fazer frente a essa tendência, analisou-se o coeficiente de correlação entre a proporção de advogados por magistrado e a taxa de congestionamento. Obteve-se como resultado um valor de 61,8%. Isso significa que há relação alta e significativa entre essas duas variáveis. Ou seja, quanto maior o número de advogados por magistrado, maior tende a ser a taxa de congestionamento desses países”.

Esses dados e conclusões, já por si só alarmantes, causam maior assombro quando se tem em linha de perspectiva a qualidade do ensino nas faculdades de Direito. Conquanto esse ponto já tenha sido versado no tópico *A Necessária Reforma da Formação dos Atores Jurídicos*, para o qual se remete, algumas considerações ainda precisam ser feitas.

É relevante voltar as atenções para o estudo *Exame de Ordem em Números*, lançado em fevereiro de 2014 pela OAB em parceria com a FGV Projetos.¹¹⁰ Trata-se de interessante pesquisa que, além de oferecer um panorama da evolução do ensino superior de Direito e do mercado profissional dos advogados, compila uma série de estatísticas de desempenho referentes ao Exame de Ordem.

¹⁰⁹ Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf. Acesso em: 22.08.2014.

¹¹⁰ Disponível em: <http://fgvprojetos.fgv.br/publicacao/exame-de-ordem-em-numeros>. Acesso em: 25.08.2014.

Este, como se sabe, é uma condição necessária à admissão do bacharel no quadro de advogados da OAB. Com as devidas diferenças, avaliações obrigatórias como pré-requisito para a prática profissional é uma prática consolidada nos Estados Unidos, através do *Bar Examination*, e na maioria dos países da União Europeia.

Segundo dados da pesquisa, em 2001 havia 380 cursos de Direito no país. Desses, 13% tinham o Selo OAB Recomenda, que reconhece e premia as instituições de ensino superior e os cursos de Direito e Ciências Jurídicas que atendam aos critérios de excelência, regularidade e qualidade mínima compatíveis com a expectativa da OAB e da sociedade brasileira.

Esse número, em 2011, subiu para 1.210. Um aumento de mais de 200%. A expansão, como é intuitivo, foi capitaneada pela iniciativa privada. Só no ano de 2012, 97,9 mil estudantes se diplomaram nos cursos de graduação. O percentual de cursos com o Selo OAB, porém, caiu para 7%. O índice de aprovação nos Exames piorou. Conclusão: mais advogados no mercado. E de baixa qualificação.

É preciso, portanto, repensar a modo de criação e avaliação dos cursos jurídicos pelo Ministério da Educação. O interesse do *capital* manifesta-se no sentido da desregulação. O Estado não precisaria intervir, normatizar e fiscalizar as instituições de ensino pois as forças do livre-mercado, por si só, já operariam uma seleção natural dos melhores cursos e jogaria para o ostracismo os despreparados. O mercado, nessa mirada, não seria apenas um local de troca de bens e serviços, senão uma entidade onisciente com potencialidade para assegurar os ditames da ordem econômica.

Esta fábula é de uma alegoria tamanha que contra-argumentar, neste passo, representaria um estipêndio ocioso que nos dispensamos de fazê-lo. Passemos, pois, direto ao arremate: os mais lesados com o *pseudoensino* ministrado é o estudante que, ao se graduar, possui dois caminhos: (i) fracassa no Exame e permanece num limbo mercadológico; (ii) logra aprovação e carrega ao Judiciário controvérsias que poderiam ser absorvidas pelos meios consensuais de solução (o que Mancuso denomina de “litigiosidade estimulada”).¹¹¹ Vejamos que sendas são essas.

No primeiro caso, sem a aprovação no Exame - que consiste numa avaliação de aptidões *mínimas* para o reconhecimento da capacidade postulatória - o bacharel vê-se alijado

¹¹¹ Op. cit., p. 149.

do mercado pois não consegue sua inscrição profissional. Sem considerar as danosas consequências de ordem pessoal que decorrem desse limbo, não se podem negligenciar os efeitos no mercado laboral, na medida em que pessoas com terceiro grau completo passam a exercer funções antes ocupadas por aqueles que detinham apenas o ensino médio. É a *pauperização* do direito fundamental ao trabalho (art. 6º, CRFB/1988) em sua faceta mais camuflada.

Face a esse quadro, qual a solução que se pode aventar? Todas, menos aquela inserta no PL 5.749/2013. Pela proposta cria-se a profissão de *paralegal* (bacharel em direito que não tem registro de advogado), o qual poderá exercer as mesmas atividades do estagiário de advocacia pelo prazo de dois anos. Em sua feição originária, não havia limite de tempo. Pois bem.

A *estagiarização* da advocacia não pode ser a forma pela qual a burocracia enfrenta o *estelionato educacional* a que foram submetidos os estudantes. Advogados lidam com vidas, patrimônio e saúde. Bacharéis de primeira e de segunda classe, realmente, apenas se pode compreender em uma sociedade que ainda cultiva o ranço estamental. Mais profícuo, deveras, seria um trabalho rigoroso do MEC na regulação, supervisão e avaliação do ensino superior, o que não vem sendo feito.

No segundo caso, ou seja, quando o estudante formado sob as bases de uma metodologia escolástica, formalista e exegética logra aprovação no Exame de Ordem, as consequências para a crise judiciária são sobremaneira gravosas. Esses profissionais, talhados em um ensino unidisciplinar e autônomo em relação ao meio social, desconhecem as formas de composição consensual das controvérsias. Fomentam, assim, a resolução adjudicada, levando ao Judiciário litígios que melhor seriam acomodados por métodos suasórios.

Dessa forma, desavenças que poderiam ser absorvidas naturalmente pela sociedade são entregues açodadamente ao Judiciário. A tutela jurisdicional, entretantes, não deve ser concedida em caráter *primário*. Razões várias confluem para o caráter *secundário* da jurisdição. Vejamos apenas duas.

A proteção judiciária não pode ser prodigalizada, primeiramente, face ao seu elevado custo para o Estado. Conforme a pesquisa *Estudo Comparado sobre Recursos, Litigiosidade e Produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional* do CNJ,¹¹² a participação

¹¹² Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf. Acesso em: 29.08.2014.

do Judiciário em relação ao PIB total do Brasil é de 1,46%. Considerando-se que a média calculada entre os países da Europa é de 0,18%, conclui-se que a alocação orçamentária em solo pátrio está mais de oito vezes acima desse índice. Segundo o Relatório *Justiça em Números 2014*, do CNJ, em 2013 os gastos com o Poder Judiciário atingiram R\$ 61,6 bilhões. Dessa forma, num cenário de escassez orçamentária, os recursos deveriam ser prioritariamente alocados em prestações *primárias* (saúde, educação, moradia, assistência).

Não se pode olvidar, ainda, que a solução negociada dos conflitos entre as próprias partes é signo de um notável amadurecimento emocional. Pense-se, por exemplo, em uma ação de divórcio na qual não haja disparidade de poder entre as partes. Ora, se os nubentes, conjugando manifestações de autonomia privada, decidiram disciplinar seu regime familiar em comum acordo, por que não exercem essa mesma autonomia da vontade por ocasião da ruptura da *affectio societatis*?

De acordo com Alexandre Araújo Costa, o realismo jurídico americano sugere uma resposta.¹¹³ Inspirados pela psicanálise, autores como Jerome Frank sustentaram que a criança retira sua necessidade de segurança da crença ilimitada na autoridade da pai. A descoberta, porém, da limitação paterna levou o adulto a, inconscientemente, tentar encontrar no Judiciário um sucedâneo daqueles atributos de certeza, firmeza e infalibilidade que se conferem, na infância, à figura paterna.

Se a busca incessante do Judiciário é ou não um comportamento infantil nos falece autoridade para ratificar. O que, todavia, se pode asseverar, na esteira de Mancuso, é que:

A resolução suasória dos conflitos ainda uma externalidade positiva, qual seja, a de *estimular a vera cidadania*, que consiste na busca da solução da pendência entre os próprios interessados, ainda que com um auxílio externo, e, não, no vezo de entregar todo e qualquer conflito, iminente ou já instaurado, em mãos do Estado-juiz, geralmente antes e fora do *ponto de maturação*. Essa *cultura demandista* representa um falacioso exercício de cidadania, na medida em que promove o afastamento entre as partes, acirra os desentendimentos, e estende o conflito a um ponto futuro indefinido, esgarçando o tecido social e sobrecarregando a justiça estatal de controvérsias que, antes e superiormente, poderiam e deveriam resolver-se em modo auto ou heterocompositivo.¹¹⁴

Sem melindres, é chegada a hora de dizer que a solução dos conflitos de forma negociada pode gerar uma significativa retração do mercado de serviços advocatícios, o que justifica a sua pálida imersão no cenário jurídico brasileiro.

¹¹³ Disponível em <http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-v-neopositivismo-juridico/3-o-realismo-juridico>. Acesso em 08.09.2014.

¹¹⁴ Op. cit., p. 59/60.

A uma, porque a solução da controvérsia entre os próprios interessados não pressupõe a capacidade postulatória. Para que se leve a bom termo a autocomposição é preciso abertura para o diálogo, capacidade de negociação, desconsideração do caráter emocional do conflito e bom senso. *Ius postulandi*, não.

A duas, deve-se ter em consideração a advertência de Boaventura de Souza Santos no sentido de que “(...) largos estratos da advocacia organizam e rentabilizam a sua atividade com base na (e não apesar da) demora dos processos)”.¹¹⁵ Significa dizer que não apenas a judicialização interessa ao advogado, como também a morosidade processual. É fato público e notório que uma forma de percepção de honorários é a retribuição periódica pelo “acompanhamento processual”. Trata-se de uma relação jurídica continuativa cujo direito à remuneração tem como fato constitutivo o decurso do tempo. Ou seja, quanto mais o processo retarda, mais o profissional financeiramente se beneficia.

Conclui-se o tópico, assim, no sentido de que o enfrentamento da *cultura demandista* demanda a revisitação do papel social, político e institucional do advogado. Em um ambiente concorrencial composto por profissionais talhados em um ensino escolástico, unidisciplinar, formalista, exegético e normativista não há reforma processual que aperfeiçoe o acesso à justiça.

4.4 O Ministério Público como Agente de Transformação Social

“Um dos maiores legados do processo constituinte brasileiro de 1988 foi a concepção do novo Ministério Público”,¹¹⁶ assim introduz um ensaio a Procuradora Regional da República Geissa de Assis Rodrigues. As transformações pelas quais o MP passou nos últimos 25 anos são gritantes: instituição tradicionalmente vinculada ao Poder Executivo, incumbia-lhe a defesa judicial da União Federal/Estados, bem como a atuação como o *braço* do Estado responsável pela persecução penal.

A Constituição de 1988 dotou o Ministério Público de um novo perfil. Trata-se, agora, de um órgão guardião da Lei Maior, dos seus princípios fundamentais e dos direitos

¹¹⁵ *Introdução à sociologia...*p. 127.

¹¹⁶ Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público: Inquérito Civil Público, Compromisso de Ajustamento de Conduta e Recomendação Leal. In: Farias, Cristiano Chaves de; Alves, Leonardo Barreto Moreira; Rosenvald, Nelson (coords.). *Temas Atuais do Ministério Público. A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 175.

fundamentais. Ou, conforme preceitua o art. 127 da CRFB/1988: *O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.* Exerce, em síntese, a função de tutela da ordem jurídica globalmente considerada.¹¹⁷

Observa-se, portanto, uma sadia mutação na natureza institucional do Ministério Público. É evidente a incompatibilidade dogmática, axiológica e teleológica da defesa processual dos entes federativos com a função de resgate da cidadania para a maioria excluída. A lesão aos direitos difusos e sociais decorre, frequentemente, do Estado, razão pela qual andou bem a Constituição em criar órgãos específicos (Advocacia Geral da União e Procuradorias) para a tutela do Estado em juízo.

Houve, assim, na esteira de Gregório Assagra de Almeida, um deslocamento do Ministério Público:

da *sociedade política*, como órgão repressivo do Estado, para a *sociedade civil*, como legítimo e autêntico defensor da sociedade. Esse deslocamento se justifica por três razões fundamentais. A primeira seria *social*, que se originou com a vocação do Ministério Público para a defesa da *sociedade*: ele assumiu paulatinamente um compromisso com a sociedade no transcorrer de sua evolução histórica. A segunda seria *política*, que foi surgindo com a vocação da instituição para a defesa da *democracia* e das *instituições democráticas*. A terceira seria *jurídica*, que se efetivou com a Constituição de 1988, que lhe concedeu autogestão administrativa, orçamentária e funcional e lhe conferiu várias atribuições para a defesa dos interesses primaciais da sociedade.¹¹⁸

A alteração no perfil institucional do Ministério Público, no sentido de incorporação de um efetivo papel de agente de transformação social, é fundamental para a releitura das potencialidades da instituição. E o exercício pleno das novas atribuições que lhe foram constitucionalmente cometidas pressupõe que seus membros se valham do arsenal de meios que se encontram à sua disposição.

¹¹⁷ De acordo com Carlos Roberto C. Jatahy, essa função de guardião da legalidade “também se caracteriza pela defesa de uma ordem jurídica em que predominam os direitos humanos, manifestando tal viés na defesa dos grupos sociais considerados econômica e socialmente mais débeis e, por tal motivo, merecedores de proteção especial de acordo com o direito social. Assim, passa o Ministério Público a ter um importante papel como instituição mediadora nos conflitos sociais” (20 anos de Constituição: o novo Ministério Público e suas perspectivas no Estado Democrático de Direito. In: Farias, Cristiano Chaves de; Alves, Leonardo Barreto Moreira; Rosenvald, Nelson (coords.). *Temas Atuais do Ministério Público. A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 9).

¹¹⁸ O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: Farias, Cristiano Chaves de; Alves, Leonardo Barreto Moreira; Rosenvald, Nelson (coords.). *Temas Atuais do Ministério Público. A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 27.

Para além das ações em prol dos interesses individuais indisponíveis, dos coletivos em sentido amplo e de sua intervenção como *custos legis*, é preciso que se atuem institutos extrajudiciais que podem, sem sobrecarregar a pletera de demandas judiciais, incrementar o acesso à justiça. Trata-se, aqui, de implementar o inquérito civil público, termo de ajustamento de conduta, recomendações e audiências públicas.

Esses instrumentos viabilizam a configuração de um Ministério Público *resolutivo*, que atua no plano extrajudicial como mediador da conflituosidade social. Suplanta-se, dessa forma, o modelo de Ministério Público *demandista*, o qual ainda prevalece, e que, segundo Gregório Assagra de Almeida, caracteriza-se

pela atuação perante o Poder Judiciário como agente processual, transferindo a esse órgão a resolução de problemas sociais, o que, de certa forma, é desastroso, já que o Judiciário ainda responde muito mal às demandas que envolvam os direitos massificados.¹¹⁹

Essa vocação para agente de transformação social deve ser exercida, porém, em *regime de coparticipação* com as demais instituições públicas e privadas comprometidas com a concretização dos direitos emancipatórios. A pretensão de exercer *monopolisticamente* a tutela dos interesses coletivos não acompanha o movimento universal de reforma do processo civil. A privatividade, o Ministério Público a tem para o exercício da ação penal pública (art. 129, inc. I da CRFB/1988). Não, contudo, para a ação civil pública (129, inc. III da CRFB/1988).

E, assim como denunciemos anteriormente a captura das associações de classe da magistratura e da advocacia por interesses corporativistas, deve-se agora fazer o mesmo com o *Parquet*.

Isso porque é de se lamentar a propositura, pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, de ação direta de inconstitucionalidade contra o inc. II do art. 5º da Lei da 7.347/85, com a redação dada pela Lei 11.488/07, o qual conferiu legitimação à Defensoria Pública para propositura da ação civil pública.

Segundo se colhe da Adi nº. 3.943/DF, alega a associação que a norma impugnada, ao atribuir legitimação à Defensoria Pública para as ações coletivas, afetaria a atribuição do Ministério Público, impedindo-lhe de exercer plenamente as atividades que a Lei Maior lhe confere. Aduz, ainda, que a Defensoria tem como objetivo institucional atender aos necessitados que comprovem, individualmente, carência financeira.

¹¹⁹ Ibidem.

Requeru a CONAMP, assim, a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, ou, subsidiariamente, sua interpretação conforme a Constituição, para que, sem redução de texto, fosse excluída da legitimação a tutela dos interesses difusos, ao argumento de que, por expressa disposição do CDC, seus titulares são pessoas indeterminadas, cuja individualização e identificação é inviável, impossibilitando a aferição de sua carência financeira.

É de relevo destacar que inúmeras teses e dissertações foram escritas nos últimos anos envolvendo essa polêmica. Houve alteração, ainda, no plano normativo. Após a edição da Lei 11.488/07, veio à baila a LC 132/09, a qual, alterando o art. 4º da LC 80/94, previu que são funções institucionais da Defensoria Pública, entre outras:

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal; X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Tendo em vista que o presente tópico visa abordar as causas pré-processuais da crise da justiça civil e a responsabilidade que recai sobre os operadores jurídicos, analisar-se-á apenas a postura institucional manifestada com a Adi 3.943/DF.

Saliente-se, de plano, que no bojo da Adi houve o ingresso como *amicus curiae* da Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADEP, a qual aportou aos autos parecer da lavra da Prof.^a Ada Pellegrini Grinover.¹²⁰ Trata-se de uma peça primorosa, cujas mais importantes considerações serão adiante alinhadas.

O ponto que chama mais atenção aduz com o fato de que a pretensão de exclusividade do Ministério Público, para a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos data de mais de trinta anos.

No XI Seminário Jurídico dos Grupos do Ministério Público do Estado de São Paulo, realizado em 1983, foi aprovada a proposta, formulada por A. M. de Camargo Ferraz, Edis Milaré e Nelson Nery Junior, no sentido da elaboração de um projeto de lei sobre a ação civil pública. Em virtude dos meandros legislativos, foi esse projeto, e não o elaborado pela

¹²⁰ Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4820/Documento10.pdf>. Acesso em: 29.09.2010.

parecerista, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira, que se converteu na Lei 7.347/85.

O resultado, conforme aduz Grinover, “foi uma proposta que resultava no fortalecimento do MP (à época, parte integrante do Poder Executivo), em detrimento da sociedade civil”. Inicialmente, o MP pleiteou a titularidade exclusiva da ACP, com exclusão da legitimação para agir da União, estados, municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista e empresas públicas. Após, pela influência de Nelson Nery Jr. admitiu-se a coparticipação das associações, mas ampliou-se o requisito da pré-constituição de seis meses para um ano. A subtração da titularidade de outros entes públicos foi corrigida pelo Ministério da Justiça ao encaminhar o anteprojeto ao Congresso Nacional. O inquérito civil público, de sua parte, foi aprovado como exclusivo do MP.

Percebe-se, então, que o intuito da Adi é, no âmbito de uma farmacologia direcionada à ampliação da cidadania, garantir uma *reserva de mercado* do MP. Nesse ponto, vale registrar que Cappelletti, em palestra proferida um pouco antes da edição da Lei 7.347/85, mesmo após se dizer surpreendido com a “característica única do MP brasileiro”, vaticinou:

Observem bem: não digo que seria mau se a lei legitimasse, autorizasse, também, o MP, para agir em juízo na tutela dos interesses difusos. Acredito que seria bom se, também, ele pudesse agir nesse campo. Mas não creio boa, acho uma péssima solução a atribuição ao MP do monopólio da titularidade para agir em juízo, em defesa dos interesses difusos, como ocorre em alguns países.¹²¹

De fato, a sistemática de legitimação *concorrente e disjuntiva* é sobremaneira benéfica, pois a ampliação da legitimação à ação civil pública representa poderoso instrumento de acesso à justiça, sendo louvável que a iniciativa das demandas que objetivem a tutela dos interesses coletivos seja ampliada ao maior número possível de *autores ideológicos*. Estendendo-se à legitimação, os direitos metaindividuais serão protegidos com a eficácia demandada por sua fundamentalidade social.

Torna-se nodal, assim, a releitura do termo *necessitados*, utilizado pela Constituição em seu art. 134. Isso porque, na abalizada lição de Grinover:

Existem os necessitados no plano econômico, mas também existem os *necessitados do ponto de vista organizacional*. Ou seja, todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc.

¹²¹ *Tutela dos interesses difusos...*p.176.

É por essas razões que, quando o resultado da ação civil pública puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes o reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública contribui para a ampliação do acesso à justiça de direitos que, tradicionalmente, padecem de uma inegável sub-representação. Aliás, Cappelletti, em texto já diversas vezes citado nessa obra, chamou-os de *interessi in cerca di autore*.¹²²

4.5 A Advocacia de Estado e o Controle Preventivo de Legalidade

As Cartas brasileiras até 1988 não previram a criação de uma carreira exclusiva para a Advocacia de Estado, deixando a cargo do Ministério Público a defesa em juízo dos interesses do erário. Como o *Parquet* tradicionalmente vocacionou-se à atuação como titular da ação penal e fiscal da lei, o patrocínio dos interesses do Estado sempre foi deficitário. Conforme aduzem Cláudio de Castro Panoeiro, Jeane A. Esteves Panoeiro e Rafaella Ramalho Rodrigues:

A inércia do Constituinte trouxe resultados danosos para o Poder Público, em particular para o Poder Executivo, pois, com o alargamento e a especialização das funções do Estado, revelou-se imprescindível a existência de um corpo de advogados capazes de assessorar os administradores e representar o próprio ente público em demandas judiciais de que é parte.¹²³

O que se encontrava enfeixado sob as funções de um único órgão, portanto, cindiu-se. A Constituição Federal de 1988, assim, deliberou por dividir a instituição incumbida da defesa do interesse público: atribuiu às procuradorias a atividade de tutela dos interesses do Estado, ao passo que remanesceu ao Ministério Público, de acordo com Marcus Ronald Carpes, “as competências acusatória e fiscalizadora herdadas do *modelo francês*, a que se acrescentou, a título revitalizador, a tutela dos chamados interesses difusos”.¹²⁴

As procuradorias, porém, não podem funcionar como *escritório particular de advocacia* do administrador público. Trata-se de órgãos de extração constitucional (arts. 131 e 132 da CRFB/1988), que devem exercer uma *Advocacia de Estado* e, não, uma *Advocacia de Governo*. Rommel Macedo, em obra específica acerca da Advocacia-Geral da União, indaga:

¹²² Ibidem, p. 174.

¹²³ Atuação pró-ativa da Fazenda Pública no combate à improbidade administrativa. In: Guedes, Jefferson Carús; Souza, Luciane Moessa de (coords.). *Advocacia de Estado. Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 634.

¹²⁴ Advocacia da União e Estado de Justiça. In: Guedes, Jefferson Carús; Souza, Luciane Moessa de (coords.). *Advocacia de Estado. Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 223.

a) A representação judicial e extrajudicial da União - cujos interesses, por sua própria natureza pública, são indisponíveis - caracteriza-se como uma advocacia em defesa de objetivos tipicamente de Estado ou de governo? b) a consultoria jurídica (entendida como controle preventivo de legalidade e de legitimidade) do Poder Executivo - que deve ser realizada à luz dos princípios da Administração pública inseridos na Constituição Federal, bem como de acordo com as normas constitucionais e infraconstitucionais em geral - representa o exercício de uma advocacia que leva em conta objetivos tipicamente de Estado ou de governo?

E, logo após, assim responde:

À luz do papel de controle de legalidade e de legitimidade desempenhado pela Advocacia-Geral da União, garantidor de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, a resposta a estas indagações se mostra clara: trata-se, em ambos os casos, de uma advocacia do Estado, na medida em que se age na defesa de princípios constitucionais que não se alteram pela simples mudança de governo, nem se submetem aos momentâneos interesses partidários.¹²⁵

Com efeito, a captura das procuradorias pelos governos é antípoda ao controle de juridicidade que a *Advocacia de Estado* deve exercer em suas duas principais atribuições, a saber, a consultoria jurídica e a defesa processual dos interesses primários.

4.5.1 Consultoria Jurídica e o Controle Preventivo da Juridicidade dos Atos da Administração

Na primeira atividade, a advocacia consultiva é instrumento fundamental para a concepção, estruturação e efetivação de políticas públicas à vista do caráter de assessoramento ínsito a essa função. Evita-se, no seu nascedouro, a prática de ilegalidades, de modo que pretensões restitutórias e indenizatórias não são sequer ajuizadas contra o ente federativo. Ocorre, dessa forma, uma benfeza antecipação da *tutela dos direitos* na acepção que Marinoni dá a este termo.¹²⁶ É a própria Estado-Administração, mediante um exercício de profilaxia jurídica, que presta a tutela administrativa aos interesses protegidos pela ordem jurídica, de sorte que o Estado-Juiz não é sequer acionado.

¹²⁵ *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: Ed. LTr, 2008, p. 129 - 131.

¹²⁶ “As normas de direito material que respondem ao dever de proteção do Estado aos direitos fundamentais – normas que protegem o consumidor e o meio ambiente, por exemplo – evidentemente prestam tutela – ou proteção – a esses direitos. É correto dizer, assim, que a mais básica forma e tutela dos direitos é constituída pela própria norma de direito material. A atividade administrativa – nessa mesma linha – também pode contribuir para a prestação de tutela aos direitos. A tutela jurisdicional, portanto, deve ser compreendida somente como uma modalidade de tutela dos direitos. *Ou melhor, a tutela jurisdicional e as tutelas prestadas pela norma de direito material e pela Administração constituem espécies do gênero tutela dos direitos*” (*Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 119).

Conquanto a competência do Advogado de Estado no mister consultivo se concentre na dimensão jurídica da política a ser implementada, assiste razão a Ronny Charles Lopes de Torres quando assevera que “isso não significa que o parecerista deva se alienar em relação a elementos fáticos ou tenha que se omitir cegamente em relação ao mérito administrativo”. Percebe-se, assim, que não apenas um *controle preventivo de juridicidade* pode ser levado a efeito, pois o consultor, ao apresentar as distintas sendas que podem ser percorridas, efetua um “controle do ato administrativo irrazoável, desproporcional ou imoral”.¹²⁷

A assistência jurídica no plano legal e meritório a que se faz referência, portanto, na medida em que norteia preventivamente a prática de atos administrativos, evita o surgimento do conflito cidadão *versus* Estado. Nesse prisma, encampa-se o entendimento de Luciane Moessa de Souza ao afirmar que:

É na consultoria jurídica que reside, a nosso ver, a mais relevante das funções da advocacia pública. E a vislumbramos como mais relevante por uma razão muito simples, já mencionada linhas atrás: *a situação ideal de realização do Direito é o cumprimento espontâneo das normas*.¹²⁸

Essa altaneira atividade de consultoria jurídica, contudo, é atrofiada pela prática institucional das Procuradorias Públicas. As seguintes deficiências - que obsevamos *in loco* no período de exercício do cargo de Advogado da União - podem ser apontadas: (i) diversas Procuradorias Estaduais e Municipais sequer consolidaram suas orientações jurídicas em súmulas, de forma que muitas vezes os entendimentos da instituição não são conhecidos pelos próprios consultores; (ii) quantidade reduzida e de estreita abrangência das súmulas editadas, como é o caso da Advocacia-Geral da União; (iii) disceptação entre o entendimento das assessorias jurídicas e aquele preconizado pelos órgãos incumbidos das atividades de representação judicial, o que conduz a uma incoerência no seio da própria Administração Pública; (iv) divergência entre os enunciados administrativos e a jurisprudência predominante dos Tribunais Superiores.

O último fator elencado, tendo em vista seu elevado potencial de danosidade para a crise judiciária, deve receber algumas considerações.

¹²⁷ A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. In: Guedes, Jefferson Carús; Souza, Luciane Moessa de (coords.). *Advocacia de Estado. Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 151.

¹²⁸ Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. In: Guedes, Jefferson Carús; _____(coords.). *Advocacia de Estado. Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 166.

É acaciano que os enunciados e súmulas administrativos, a fim de que cumpram sua finalidade, devem representar a jurisprudência dominante das cortes de vértice (STF, STJ e TST).¹²⁹

No âmbito federal, o impacto *interna corporis* das súmulas é patente, pois nos termos do § 1º do art. 6º do Ato Regimental nº. 1 da Advocacia-Geral da União, os órgãos de consultoria e assessoramento jurídicos ficam autorizados a reconhecer pedidos administrativos e devem orientar autoridades junto aos quais atuam a deferir administrativamente os pedidos cujos fundamentos estejam em integral consonância com Súmula da AGU. Dessa forma, seria verdadeiramente contraproducente se a Advocacia Pública orientasse a burocracia estatal a agir em desconformidade com as teses assentes no Judiciário.

É preciso, portanto, que primeiramente uma *tese jurídica* se pacifique - seja em sede sumular (vinculante ou persuasiva), recurso extraordinário representativo da controvérsia, recurso especial repetitivo ou qualquer instrumento de uniformização jurisprudencial - para que a Advocacia de Estado consolide orientações administrativamente vinculantes. E a razão para que assim o seja decorre da necessidade de que as teses colidentes estejam devidamente maturadas antes que se uniformize uma diretriz de conduta. Ter-se-ia um grave prejuízo à estabilidade normativa se o *principio jurídico* regrador da controvérsia estivesse à mercê de linhas argumentativas ainda não apreciadas pelos Tribunais.

Essas considerações, conquanto apareçam óbvias, são rotineiramente negligenciadas pelos órgãos de cúpula das Procuradorias Federais, Estaduais e Municipais. Um exemplo, dentre tantos outros que poderiam ser citados, ilustrará o que se vem de expor.

Conforme disposto no inc. XVI do art. 37 Carta Magna, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando, nas hipóteses taxativamente previstas em suas alíneas, houver compatibilidade de horários.

¹²⁹ É nesses termos, aliás, que se manifesta o art. 2º do Ato Regimental nº 1 de 02/07/2008 da Advocacia-Geral da União, o qual dispõe sobre a edição e a aplicação de Súmulas da AGU: As súmulas da AGU representam a consolidação da jurisprudência iterativa dos Tribunais e têm caráter obrigatório para os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Parágrafo único. Entende-se por jurisprudência iterativa dos Tribunais, para os efeitos deste Ato Regimental, as decisões judiciais do Tribunal Pleno ou de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, dos Órgãos Especiais ou das Seções Especializadas dos Tribunais Superiores, ou de ambas as Turmas que as compõem, em suas respectivas áreas de competência, que consagram entendimento repetitivo, unânime ou majoritário, dos seus membros, acerca da interpretação da Constituição ou de lei federal em matérias de interesse da União, suas autarquias e fundações.

De forma a contribuir (?) com a intelecção do inciso, a Advocacia-Geral da União editou o Parecer nº. 145/GQ, de 16.03.1998, o qual fixou o limite máximo de jornada semanal de 60 horas aos servidores públicos. Tendo em vista sua aprovação pelo Presidente da República em 30.03.1998, possui efeitos vinculantes para toda a Administração Pública Federal nos termos do art. 40 da LC 73/93: *Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.*

No entanto, o Judiciário nunca aceitou pacificamente a limitação de 60 horas como sendo um obstáculo, por si só, suficiente para caracterizar uma acumulação de cargos como ilícita.¹³⁰

Isso porque, a Constituição Federal exige *compatibilidade de horários*, o que não se confunde com *jornada de trabalho*. Com efeito, é de conhecimento cursivo que, v. g., um professor com regime de 40 horas não passa 8 horas por dia em sala de aula. Trata-se apenas de apenas um referencial para a demanda que lhe será atribuída pela instituição. Dentro desse tempo, incluem-se atividades de pesquisa, acompanhamento de alunos, direção de grupos pesquisas e outras incumbências relacionadas à docência.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no MS 15.663/DF, Rel. Min. Humberto Martins, j. 03/04/12, entendeu que não é possível obstar o direito à acumulação de cargos previsto na Constituição Federal tão-somente pelo cotejamento da carga horária semanal com os termos do Parecer.¹³¹

O Supremo Tribunal Federal também já se manifestou neste sentido, conforme se depreende do AgR. no RE 633.298/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j.13/12/11. Veja-se a sua ementa:

¹³⁰ No âmbito dos Tribunais Regionais Federais, afastaram expressamente o Parecer nº GQ – 145, os seguintes julgados: TRF 1ª Região, AC 2005.34.00.004019-5/DF, Rel. Des. Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, e-DJF1 25.11.2008; TRF 2ª Região, AMS 20065101001220-5, Rel. Des. Sérgio Schwaitzer, Sétima Turma, DJ 26.10.2006; TRF 2ª Região, AC, 20045101002245-7, Rel. Des. Reis Friede, Sétima Turma, DJ de 25/05/2007. Acolheram o Parecer: TRF 5ª Região, AG128174/SE, Rel. Des.. Luiz Alberto Gurgel de Faria, Terceira Turma, DJE 11/12/2012; TRF 5ª Região AC 545622/CE, Rel. Des. José Maria Lucena, Primeira Turma, DJE 16/11/2012; TRF 5ª Região, AC543286/PE, Rel. Des. Francisco Cavalcanti, Primeira Turma, DJE 06/09/2012

¹³¹ Nesse mesmo sentido, o MS 19.274/DF, j. 13.03.2013, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins e o AgRg no REsp 1.168.979/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, j. 14/12/12. Neste último colhe-se a seguinte passagem: “A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de afastar o Parecer AGU GQ-145/1998, no que tange à limitação da carga horária máxima permitida nos casos em que há acumulação de cargos, na medida em que o referido ato não possui força normativa para regular a matéria”.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. EXISTÊNCIA DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL QUE LIMITA A JORNADA SEMANAL DOS CARGOS A SEREM ACUMULADOS. PREVISÃO QUE NÃO PODE SER OPOSTA COMO IMPEDITIVA AO RECONHECIMENTO DO DIREITO À ACUMULAÇÃO. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS RECONHECIDA PELA CORTE DE ORIGEM. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

É de relevo destacar que, analisando a posição recente do Tribunal de Contas da União, percebe-se que o seu posicionamento se alterou, passando a seguir a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.¹³²

Evidente, portanto, que a manutenção em vigor de um parecer vinculante, com eficácia em todo o território nacional, em contraste com o entendimento do STF, STJ e TCU é mais uma causa pré-processual que fomenta a crise judiciária. Milhares de ações são carreadas ao Judiciário para que este exerça o controle de legalidade sobre ato de um órgão cuja principal função é, ironicamente, a fiscalização preventiva de juridicidade da Administração Pública. Sua revogação, assim, é medida premente que deve ser adotada.

4.5.2 O Poder Público em juízo

Destaque-se, ainda, a relevância inerente à defesa processual dos interesses públicos pela Advocacia de Estado. Nesse campo, é fundamental que o dever do advogado de oferecer o melhor contraditório possível para a defesa do Estado não resvale em uma advocacia de viés procrastinatório dos direitos do administrado.

Toda e qualquer conduta estatal está submetida aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, CRFB/1988), não podendo ser diferente quanto à defesa em juízo do Estado. A Constituição não subtrai o comportamento dos Advogados do Estado ao seu comando, razão pela qual não o pode fazer o intérprete.

O interesse a ser defendido pela Advocacia Pública em juízo está subordinado a esses princípios, devendo, por isso, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

recusar-se o Advogado de Estado a atuar por mero interesse arrecadatário, quando despido de legitimidade; recusar-se a advogar com fins emulatórios; negar-se a recorrer sistematicamente contra jurisprudência pacificada ou apenas com intenções protelatórias; recusar-se a obedecer a ordens hierárquicas que depassem a

¹³² Nesse sentido, os Acórdãos nº 1.176/2014 e nº 1.008/2013 do TCU.

organização burocrática dos serviços para interferirem na condução formal e material dos processos administrativos e judiciais a seu cargo e outras desse jaez.¹³³

Segundo o *I Relatório Supremo em Números - o Múltiplo Supremo*, “O grande usuário da *persona* recursal do STF é o governo”.¹³⁴ Uma das principais causas para essa anomalia, sem dúvida, é a leitura enviesada que rotineiramente se faz do conceito de *indisponibilidade do interesse público*.

Nessa linha de convicções, é preciso salientar que inexistem critérios seguros e confiáveis que apartem bens/direitos indisponíveis daqueles disponíveis. Conforme aduz Jefferson Carús Guedes:

A separação e a classificação dos direitos públicos como indisponíveis e privados como disponíveis não é adequada, pois há interesses públicos disponíveis e interesses privados indisponíveis. Pode-se dizer que, predominantemente, direitos públicos são indisponíveis e direitos privados são disponíveis.¹³⁵

Definir, por conseguinte, quais interesses são públicos e, ainda, quais são indisponíveis é tarefa árdua. À vista do escopo do presente tópico, pode-se utilizar uma definição que se delinea pela *negação*: não será público o interesse que, subjungando a tábua axiológica, os princípios e os direitos subjacentes à Constituição, objetivar apenas a salvaguarda do interesse *particular* do Estado. Conquanto se possa taxá-la de imperfeita ao argumento de que as conceituações devem ser *positivas*, isto é, caracterizadas a partir de elementos intrínsecos, o fato é que, sob um prisma pragmático, atende aos nossos objetivos.

Assim definido o que *é* e o que *não é* interesse público, chega-se à conclusão de que todo interesse, quando for público, será indisponível. E isso por uma razão óbvia: a concretização dos princípios, regras e postulados constitucionais detém primazia em um Estado Democrático de Direito.

Essa proposta traz à colação uma fecunda controvérsia - mais acadêmica do que jurisprudencial - acerca dos conceitos de interesse público *primário* e *secundário*. Essa classificação, com berço na obra *Sistema Istituzionale del diritto amministrativo italiano* de

¹³³ A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade do Estado Democrático de Direito. In: Guedes, Jefferson Carús; Souza, Luciane Moessa de (coords.). *Advocacia de Estado. Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 42.

¹³⁴ Trata-se de publicação da FGV Direito Rio da lavra de Joaquim Falcão, Pablo de Camargo Cerdeira e Diego Werneck Arguelhes. Disponível em: < http://supremoemnumeros.fgv.br/sites/supremoemnumeros.fgv.br/files/attachment/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf >. Acesso em: 04.08.2014.

¹³⁵ Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. In: Guedes, Jefferson Carús; Souza, Luciane Moessa de (coords.). *Advocacia de Estado. Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 249.

Renato Alessi, foi incorporada à gramática brasileira através da pena de Celso Antônio Bandeira de Mello. Nos últimos dez anos, porém, sofreu acerbas críticas, notadamente por constituir base para o princípio da supremacia do interesse público.¹³⁶ Refoge ao nosso tema de estudo adentrar na polêmica. A cavaleiro das críticas que se lhe podem impingir, o *significado* que os *signos* interesses públicos *primário* e *secundário* incorporam, e que já estão disseminados e contribuem sobremaneira para o nosso objetivo.

De forma sintética, pode-se dizer que interesse público *primário* é a razão de ser do Estado, corporificado nos interesses do bem geral, da coletividade. O interesse público *secundário*, por sua vez, pode ser identificado com o interesse do Erário consistente em maximizar os ganhos e minimizar os gastos.

À luz dessa classificação, um caminho a ser trilhado seria aquele no sentido de que caberia à Advocacia de Estado defender apenas o interesse público *secundário*. É essa a posição do Min. Barroso, o qual, após conceituar os termos da distinção, assevera que:

é dela que decorre, por exemplo, a conformação constitucional das esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública. Ao primeiro cabe a defesa do interesse público primário; à segunda, a do interesse público secundário. Aliás, a separação clara dessas duas esferas foi uma importante inovação da Constituição Federal de 1988.¹³⁷

Com a devida vênia, não nos parece que assim o seja. Há dois equívocos nesse raciocínio.

A uma, à Advocacia Pública incumbe tutelar, com o mesmo denodo, ambos os interesses. Aliás, é precipuamente na defesa do *primário* que reside a mais altaneira função das procuradorias. Pense-se, *v.g.*, em uma ação coletiva proposta por uma associação vinculada ao sistema financeiro contra a regulamentação da taxa de juros pelo Banco Central. Ou, ainda, uma ação individual ajuizada por uma empresa concessionária de telefonia em virtude da edição de um marco regulatório favorável ao consumidor. Não se esqueça, ademais, da legitimação das pessoas jurídicas de direito público para, mediante seus procuradores, ingressar com ação de improbidade administrativa contra atos que atentam

¹³⁶ Para maior aprofundamento, veja-se a coletânea organizada por Daniel Sarmento: *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹³⁷ O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: Sarmento, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. XIII.

contra os princípios da Administração Pública. São, todos esses, exemplos inequívocos e rotineiros que podem ser colhidos da atuação de um advogado público.

A duas, a tutela do interesse público *secundário* não se faz sem maiores cautelas. É claro que a sua proteção não é desimportante.¹³⁸ O que importa salientar, porém, é que nem sempre a defesa em juízo do Erário consulta à pauta deontológica que dirige a conduta dos agentes públicos. Isso porque, conforme é pacífico em doutrina, no caso de eventual colidência entre o *primário* e o *secundário*, há de prevalecer aquele.

Ilustre-se o ponto com a prática de um ato ilícito por um agente público, de modo a ensejar a condenação do Estado. Se a responsabilidade civil do Estado for patente, deve o advogado público reconhecer a procedência do pedido¹³⁹ quanto ao *an debeatur*, ainda que se lhe faculte discutir o seu *quantum*. Caso assim não fora, comportar-se-ia o procurador como profissional liberal, olvidando-se que os interesses defendidos na advocacia pública e privada são distintos: para o primeiro, o que importa é a salvaguarda da legalidade constitucional; para o segundo, o lucro.

O procurador que não atenta para essa peculiaridade presta desserviço: (i) ao administrado, que tem sua esfera jurídica de direitos recomposta apenas após o percurso de todo o *iter* processual; (ii) à Administração Pública, a qual, ao procrastinar o reconhecimento da ilicitude, tem sua condenação majorada com juros de mora, correção monetária e despesas sucumbenciais; (iii) ao Poder Judiciário, que se vê compelido a prestar tutela a *direitos evidentes*.

¹³⁸ Conforme salienta o próprio Min. Barroso: “Os recursos financeiros proveem os meios para a realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam”. (Op. cit., p. XIV).

¹³⁹ Não há, com efeito, qualquer incompatibilidade entre a tutela do interesse primário com o instituto do reconhecimento jurídico do pedido quando a Fazenda Pública é ré. De sua parte, o Supremo Tribunal Federal, no Re 253.885/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 04.06.2002, validou reconhecimento jurídico do pedido por parte do Município de Santa Rita do Sapucaí, para fins de reconhecimento do direito à salário, indevidamente retido pela administração anterior. Na doutrina, veja-se a seguinte passagem de Luciane Moessa de Souza: “Assim, a nosso ver, parece evidente que, ao se constatar em um litígio judicial, à luz das provas já produzidas e da legislação pertinente, que o pleito deduzido pelo administrado merece acolhimento, além de existir o dever de reconhecimento do pedido, acompanhado da satisfação imediata do direito, deve o advogado público tomar as seguintes providências: a) verificar se existem outras situações pretéritas semelhantes, levadas ou não a juízo, orientando de ofício a Administração Pública a fazer cessar a violação do direito dos administrados; b) verificar se a conduta ativa ou omissiva do Poder Público que levou à violação pretérita já foi devidamente corrigida, de molde a evitar novos ilícitos futuros; c) caso ainda não tenha sido corrigida, proferir, de ofício, orientação jurídica para que o seja” (Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. In: Guedes, Jefferson Carús; Souza, Luciane Moessa de (coords.). *Advocacia de Estado. Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 182).

É por essa razão que assiste razão à Luciane Moessa de Souza quando afirma que, ao se defender uma conduta ilícita, “o que se está de fato a defender é a supremacia do interesse público secundário ilegítimo (de manter os efeitos do ato ou omissão ilícita) sobre o interesse público primário legítimo, consubstanciado no dever de o Estado respeitar e garantir os direitos de seus cidadãos”.¹⁴⁰

Assim, como se parte da premissa de que no caso de conflito entre os interesses primário e secundário a advocacia pública deve se pautar pelo primeiro, não se pode acompanhar a afirmação do Min. Barroso.

Recorde-se, ademais, que é exatamente a salvaguarda do interesse *primário* que subjaz a inúmeros atos dos órgãos de cúpula da advocacia que autorizam os procuradores que estejam em exercício nos órgãos de representação judicial a reconhecer a procedência do pedido, não contestar, não recorrer e desistir dos recursos já interpostos contra decisões judiciais nos casos de evidência do pedido autoral.¹⁴¹

¹⁴⁰ Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In: Guedes, Jefferson Carús; Souza, Luciane Moessa de (coords.). *Advocacia de Estado. Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 94. Em passagem um tanto quanto contundente, assim se manifesta a autora acerca da visão daqueles que sustentam que à Advocacia Pública incumbiria apenas a proteção do interesse público secundário: “É importante mencionar aqui o argumento de tantos que defendem (não, por certo, em artigos científicos fundamentados, já que se trata de argumento irremediavelmente acoimado do vício da superficialidade, mas sim nos bastidores dos órgãos decisórios) ser missão da Advocacia Pública tão somente a defesa do interesse público secundário (apenas do Estado), ao passo que ao Ministério Público é que caberia, com exclusividade, a defesa do interesse público primário (da sociedade). Para responder-lhes, inspiram-nos as palavras de Marcus Carpes: ‘Não existe, é importante ressaltar, monopólio da defesa do interesse público’. Para este autor, ‘Se é certo que Estado e Sociedade são conceitos diferentes, não é menos correto afirmar que sempre deverá haver compatibilidade dos interesses daquele (interesses públicos secundários) com os da sociedade (interesses primários)’” (pg. 100).

¹⁴¹ Nesse sentido, no âmbito federal: Art. 6º, § 2º do Ato Regimental nº 1 de 02/07/2008 da Advocacia-Geral da União, segundo o qual: “Os membros da Advocacia-Geral da União, Procuradores Federais e Procuradores do Banco Central do Brasil que estejam em exercício nos órgãos de representação judicial da União ou de suas autarquias e fundações ficam autorizados a reconhecer a procedência do pedido, não contestar, não recorrer e desistir dos recursos já interpostos contra decisões judiciais nos casos que estejam em integral consonância com Súmula da AGU; Portaria nº 1642 de 17.11.2010/AGU - Advocacia Geral da União: Art. 1º Os Procuradores Federais em exercício na Adjuntoria de Contencioso da Procuradoria-Geral Federal ficam autorizados a desistir de recursos, nos processos que tramitam no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho - TST, quando houver: I - enunciado de súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do Ato Regimental AGU nº 1, de 2 de julho de 2008; II - súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal; III - questão não prequestionada na forma da Súmula nº 297 do TST; IV - deficiência de traslado em agravo de instrumento segundo as regras da Instrução Normativa TST nº 16, de 15 de maio de 2003; V - recurso de revista ou recurso de embargos com o objetivo de reexame de fatos e provas, na forma da Súmula nº 126 do TST; VI - recurso de revista que não demonstre violação direta à lei ou à Constituição Federal; VII - recurso de revista interposto contra acórdão proferido em agravo de petição, na liquidação de sentença ou em processo incidente na execução, inclusive os embargos de terceiro, sem que tenha sido abordada violação direta à Constituição Federal, na forma da Súmula nº 266 do TST; VIII - recurso de revista interposto contra acórdão regional proferido em agravo de instrumento, na forma da Súmula nº 218 do TST. Art. 2º Os Procuradores Federais em exercício na Adjuntoria de Contencioso da Procuradoria-Geral

5. Contencioso Administrativo

Uma causa pré-processual rotineiramente negligenciada e que precisa ser debatida no seio de uma proposta de aperfeiçoamento do acesso à justiça relaciona-se com o exercício sério, efetivo e tempestivo de uma jurisdição administrativa prévia à ação judicial.

Se for verdade que o cidadão está se socorrendo do Judiciário não em virtude de conflitos vicinais, mas para fazer valer direitos inadimplidos pela Administração Pública,

Federal, nas Procuradorias Regionais Federais, Procuradorias Federais nos Estados, Procuradorias Seccionais Federais e respectivos Escritórios de Representação ficam autorizados a desistir dos recursos interpostos pela União, em trâmite no âmbito do TST ou dos Tribunais Regionais do Trabalho – TRT's, que se enquadrem nos termos previstos na Portaria MF nº 176, de 19 de fevereiro de 2010.

concessionárias de serviços públicos, planos de saúde e setores da iniciativa privada regulados pelo Estado, será preciso repensar o processo civil na forma como praticado.

Essa hipótese nos leva a indagar: o *sistema de jurisdição una*, tal como concebido, vem sendo prestado a benefício da cidadania?

Segundo dados do relatório *Cem Maiores Litigantes* de 2011, do CNJ, o setor público, bancos e telefonia representam 95% do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais. Desses processos, 51% têm como parte ente do setor público, 38% empresa do setor bancário, 6% companhias do setor de telefonia e 5% de outras empresas.

O setor público federal e os bancos representam cerca de 76% do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais, enquanto o setor bancário corresponde a mais da metade do total de processos pertencentes aos 100 maiores litigantes da Justiça Estadual (54%). O setor público (Federal e Estadual), bancos, indústria e telefonia representam 82% do total de processos dos 100 maiores litigantes da Justiça do Trabalho.

A observação do rol dos dez maiores litigantes nacionais, independentemente do ramo da justiça, retrata bem aqueles que ou se têm valido, ou têm exigido a intervenção do Judiciário para a efetivação dos direitos. De acordo com o relatório, o INSS é o maior litigante nacional, com 22,33% dos processos; em segundo lugar, consta a CEF - Caixa Econômica Federal (8,5%); após, a Fazenda Nacional (7,45%); em quarto lugar, a União Federal (6,97%); em seguida, constam o Banco do Brasil S/A e o Estado do Rio Grande do Sul, ambos com 4,24%; em sétimo lugar, o Banco Bradesco S/A (3,84%); após, o Banco Itaú S/A (3,43%); em nono lugar, a Brasil Telecom Celular S/A (3,28%); e, por fim, em décimo, o Banco Finasa S/A (2,19%).

Diante dos dados expostos, conclui-se que o Judiciário, hoje, antes de consubstanciar um *instrumento da cidadania*, retrata um expediente de fins procrastinatórios a serviço da Administração Pública e entidades particulares que prestam funções tipicamente estatais.

Nesse passo, a forma de prestação jurisdicional deve ser repensada sob o enfoque de uma alteração macroestrutural no sistema de acesso à justiça. Não basta, assim, mudar o *processo*. As *causas* da litigiosidade excessiva - e não apenas os seus *efeitos* -, devem ser combatidas.

A implantação de um sistema de contencioso administrativo sério, funcionalmente independente e comprometido com o interesse público é, portanto, um instrumento fundamental para o combate das causas pré-processuais que determinam a crise judiciária.

Sem embargo, leituras açodadas do inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 induziram muitos doutrinadores de tomo a sustentar, peremptoriamente, que inexistente contencioso administrativo no Brasil.¹⁴² A afirmação, assim posta, traz um *equivoco* e um *mito*, que desservem ao programa de reforma do acesso à justiça. Vejamo-los.

5.1 Ubiquidade Conceitual e Equivocidade Aplicativa

Muito já se escreveu sobre a necessidade de precisão terminológica para a boa aplicação do Direito. A Ciência Jurídica é um ramo do saber técnico (o que não se confunde com o isolamento sócio-econômico-cultural preconizado pelo positivismo), que detém uma metodologia e uma gramática operacional próprias.

Dois significados podem ser atribuídos à expressão jurisdição administrativa, de modo que a afirmação *sic et simpliciter* de que a mesma inexistente no Brasil pode levar a equívocos.

Em um primeiro sentido, faz-se alusão ao *sistema de dualidade de jurisdição* (praticado, entre outros países, na França, Itália, Portugal e Espanha), em contraposição ao *sistema de jurisdição una* (que se pode visualizar na Inglaterra, Estados Unidos e América Latina de um modo geral).

No primeiro, adota-se “a figura do administrador-juiz, vedando-se aos órgãos da justiça comum o exame de questões relativas aos atos praticados pela administração pública”.¹⁴³ Nesse sistema, os litígios em que for parte a Administração Pública são apreciados por tribunais integrados na estrutura do Poder Executivo e, conforme salienta Athos Gusmão Carneiro, “esses tribunais decidem com *eficácia vinculativa plena*, i.e, suas decisões *transitam materialmente em julgado*, não podendo a questão ser reexaminada pelo Poder Judiciário”.¹⁴⁴

No segundo, todos os litígios - de natureza privada ou administrativa - são resolvidos pela Justiça comum, é dizer, pelos juízes que integram o Poder Judiciário. Este,

¹⁴² Veja-se, por todos, o escólio de um dos mais festejados manuais de direito constitucional: “A primeira garantia que o texto (inc. XXXV, art. 5º) revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada”. (Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 430).

¹⁴³ Soares, José de Ribamar Barreiros. A justiça administrativa no Direito Comparado. *Revista de Informação Legislativa* nº 152, out./dez. 2001, p. 55.

¹⁴⁴ *Jurisdição e Competência*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 34.

portanto, detém o monopólio da função jurisdicional, não compartilhando-a com órgãos administrativos que exercem, no *sistema de dualidade de jurisdição*, a função jurisdicional sobre conflitos em que a Administração Pública seja parte interessada.

Quando a doutrina afirma, portanto, que não se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada, está-se a referir ao art. 111 da Constituição Federal de 1969, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº. 7,¹⁴⁵ de 13.04.1977:

Art. 110. Os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico, processar-se-ão e julgar-se-ão perante os juízes federais, devendo ser interposto recurso, se couber, para o Tribunal Federal de Recursos.

Art. 111. A lei poderá criar *contencioso administrativo* e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior.

Nesses termos, não há, com efeito, que se falar em justiça administrativa no Brasil. Essa hipótese, inserta no ordenamento jurídico pela EC nº. 7/77, aliás, sequer chegou a ser implantada, de maneira que os litígios decorrentes das relações estatutárias permaneceram sendo julgadas pela Justiça Federal.

Outra acepção, porém, pode ser atribuída para o termo contencioso administrativo. Trata-se, agora, de aludir aos processos de aplicação da lei a fim de composição de interesses entre cidadãos e a Administração Pública levados a efeito no âmbito desta última.

Neste segundo sentido, a Administração julga pretensões que os particulares lhe dirigem, sem, contudo, exercer função jurisdicional. Não há, aqui, o viés substitutivo da jurisdição (*judicium est actum trium personarum*), eis que a Administração é, simultaneamente, parte e interessada. O processo não está condicionado à iniciativa da parte, podendo a Administração instaurar o procedimento de ofício (pense-se num procedimento administrativo disciplinar) Não se forma, ainda, coisa julgada, entendida aqui como imutabilidade da norma jurídica individualizada.¹⁴⁶

¹⁴⁵ O art. 203 não discrepa do sistema de jurisdição una já que encampou um contencioso sem poder jurisdicional. Veja-se que ao final do artigo fez-se expressa referência ao § 4º do 153 da CF/69 (correspondente, em termos, ao atual inc. XXXV do art. 5º): “Poderão ser criados contenciosos administrativos, federais e estaduais, *sem poder jurisdicional*, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive relativas a acidentes do trabalho (Art. 153, § 4º)”.

¹⁴⁶ Conforme registra Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “No entanto, há que se ter em conta que, sendo muito diversas as funções jurisdicional e administrativa, pela forma como nelas atua o Estado, não se pode simplesmente transpor uma noção, como a de coisa julgada, de um ramo, onde tem pleno funcionamento, para outro, em que não se justifica. (...) Portanto, a expressão coisa julgada, no Direito Administrativo, não tem o

Esses caracteres distintivos - à Administração incumbe prover *in re sua*, ao passo que ao Judiciário *in re aliena* -, porém, não empanam a identidade teleológica entre o contencioso administrativo e o judicial, a saber, a atuação da vontade lei ao caso concreto. Os poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, ao exercerem a jurisdição administrativa, não se devem divorciar da *ratio* que subjaz o exercício da sua função típica (judicante, governamental e legislativa). Seria um verdadeiro contrassenso se o Poder Judiciário, *v.g.*, apreciasse um requerimento administrativo com base em referencial normativo outro que não aquele usado para julgar uma ação cível.

O ordenamento jurídico é uno. Não existe uma *Constituição Judiciária* para o contencioso *jurisdicional*, e uma *Administrativa*, a ser aplicada no *administrativo*. Conquanto se possa flertar com a tese no sentido de que, nas sociedades complexas, houve a ruptura com o monopólio da produção estatal do direito e, por conseguinte, há uma pluralidade de ordens jurídicas no mesmo espaço político, nem mesmo a sociologia mais arrojada conceberia a bipolaridade estatal na composição dos conflitos.¹⁴⁷

Fixada a premissa de que o paradigma de normatividade que norteia o exercício da função judicante é o mesmo a ser aplicado pela Administração Pública em seu contencioso, pode-se afirmar que este, correta e eficazmente exercido, consubstancia um eficiente anteparo à miríade de demandas que assolam o Judiciário.

Se é correto, na trilha de Marinoni, que “a tutela jurisdicional e as tutelas prestadas pela norma de direito material e pela Administração constituem espécies do gênero *tutela dos direitos*”,¹⁴⁸ pode-se afirmar com segurança que a *tutela administrativa* antecipa-se àquela prestada jurisdicionalmente, contribuindo não apenas para a recomposição mais célere da ordem jurídica, como, ainda, para o descongestionamento processual. O fomento ao contencioso administrativo, dessa forma, teria a aptidão de reduzir de forma significativa a quantidade de processos que adentram o Poder Judiciário.

Essa proposta, decerto, submete à prova a estratégia que atualmente compõe a *política judiciária* brasileira, focada excessivamente no tratamento dos *efeitos*, e, não, na *causa* da litigiosidade. O enfoque massificado nos processos repetitivos (*out put*) é a tônica dos

mesmo sentido que no Direito Judiciário. Ela significa apenas que a decisão se tornou irretratável pela própria Administração”. (*Direito Administrativo*. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 703).

¹⁴⁷ Para um aprofundamento do tema, veja-se: O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: para um novo senso comum sobre o Poder e o Direito (Santos, Boaventura de Souza. *Revista Crítica de Ciências Sociais* nº 30, junho/1990, p. 17 e ss.).

¹⁴⁸ *Técnica Processual...*p. 119.

movimentos de reforma do processo civil, sem qualquer desvelo no sentido de identificação, tratamento e contenção das causas do *in put* exagerado de processos.

Veja-se, à guisa de exemplo, as seguintes reformas levadas a efeito nos últimos anos, todas, ressalte-se, com o declarado objetivo de aperfeiçoar o acesso à justiça: (i) art. 38 da Lei 8.038/90, autorizando o relator, no STF e STJ, a “negar seguimento” a recurso que contrariar súmula do respectivo Tribunal; (ii) Lei 9.139/95, que modificou o art. 557 do CPC no sentido de autorizar julgamento monocrático em caso de jurisprudência dominante; (iii) Lei 9.756/98, que de novo alterou o caput do art. 557 e lhe introduziu o § 1^a-A, modificou o §3^o do art. 544 e deu um parágrafo único ao art. 120 a fim de autorizar o julgamento monocrático do conflito de competência em caso de jurisprudência dominante; (iv) Lei 10.352/01, que introduziu o § 3^o ao art. 475 com o escopo de dispensar o reexame necessário em caso de conformidade com súmula das cortes de vértice; (v) Lei 11.277/06, que introduziu o art. 285-A a fim de autorizar o julgamento liminar no caso de *precedente do juízo*; (vi) Lei 11.276/06 que incorporou as súmulas impeditivas de recursos no § 1^o do art. 518; (vii) Lei 11.417/06, que implementou as súmulas vinculantes; (viii) Lei 11.418/06, que instalou o sistema de repercussão geral nos artigos 543-A e 543-B; (ix) Lei 11.672/08, que criou os recursos especiais repetitivos no art. 543-C; (x) Lei 12.322/10 que implementou o julgamento monocrático do agravo em RE/Resp caso o acórdão recorrido esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

A estratégia de natureza *quantitativa, processual e repressiva* aqui denunciada foi percebida com acuidade por Rodolfo de Camargo Mancuso ao aduzir que:

O modus procedendi no manejo da questão judiciária tem mantido foco no trato da consequência (obsessivo ataque ao acervo de mais de oitenta milhões de processos pendentes, segundo o documento Justiça em Números, do CNJ, veiculado em agosto de 2011), pragmática ‘política’ que, por não enfrentar a causa, permite que se vá gravando e expandindo, projetando deletérias externalidades: duração excessiva dos feitos; exasperação das partes, ante a demora, os custos e a imprevisibilidade dos julgamentos; distribuição desigual dos encargos entre os litigantes habituais e os eventuais; tratamento anti-isonômico aos jurisdicionados, ante a excessiva dispersão jurisprudencial; crescente desconfiança da população na função judicial do Estado; atritos institucionais entre o Judiciário e os outros poderes: com o Executivo, por conta das sucessivas requisições de novos e maiores recursos orçamentários, com o Legislativo, melindrado por um excessivo ativismo judiciário, em matérias sujeitas à reserva legal.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Acesso à Justiça... p. 27.

Essa nova forma de abordagem do contencioso administrativo, de modo a reconhecer que a Administração Pública tem aptidão para assegurar a *tutela efetiva dos direitos* antecipadamente ao Judiciário, importa em uma releitura do conceito de *interesse processual*.

Se essa condição da ação se configura quando há *necessidade e utilidade* da prestação jurisdicional, é evidente que esta não se fará necessária quando o direito controvertido poderia ter sido submetido ao contencioso administrativo e não o foi. Ou seja, nos conflitos cidadão *versus* Estado (e entes privados que desempenham funções tipicamente públicas) é preciso que a tutela administrativa - mais econômica e tempestiva - seja ofertada antes da jurisdicional.

Há, por assim dizer, uma espécie de *escalada de tutelas*¹⁵⁰ preordenadas à guarnecer a esfera jurídica de direitos dos cidadãos.¹⁵¹

Primeiramente, espera-se que a *norma de direito material* seja apta a garantir o cumprimento espontâneo das obrigações. Esse é o *estado ideal* do Direito: incidência no plano social apenas da *endonorma*, sem necessidade de aplicação da sanção prevista na *perinorma*.

Transgredidas as regras de convivência, ou seja, em um segundo momento, deve-se oportunizar à Administração Pública a prevenção/recomposição da lesão mediante o exercício da *tutela administrativa*.¹⁵² Pense-se, *v.g.*, na retirada de comércio de produtos perecíveis em desconformidade com as regras de vigilância sanitária. Violada a norma de direito material, a mais eficaz forma de restabelecimento do *estado ideal* do Direito dá-se através da *tutela administrativa*. Na esteira das lições de Marc Galanter, pode-se dizer que: “We use law more

¹⁵⁰ Mutuamos a expressão de brilhante obra de Flávio Luiz Yarshell, o qual, contudo, a utiliza para se referir a diverso fenômeno: "Além disso, dizer que tutela jurisdicional é tutela de quem tem razão não significa a aceitação da teoria concretista da ação que, conforme sabido, sujeita a existência desse direito ou poder a uma vontade concreta do direito em favor do autor. é que existe uma progressão ou escalada que vai do ingresso em juízo à obtenção de um provimento favorável que envolve, em ordem crescente, um direito que viabiliza o ingresso, um direito a um pronunciamento sobre o mérito da controvérsia e, finalmente, um direito a um provimento favorável (ou, tutela, no sentido anteriormente exposto)." (*Tutela Jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Ed. DPJ, 2006, p. 26).

¹⁵¹ Conforme ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco: "A tutela jurídica estatal realiza-se em dois planos: o da fixação de preceitos reguladores da convivência e o das atividades destinadas à efetividade desses preceitos". (*Tutela jurisdicional*. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, Vol. 1, p. 363).

¹⁵² "Só finalmente é que o Estado, conhecedor das concretas transgressões a todo o momento perpetradas contras as regras de convivência e não ignorando que as próprias sanções estabelecidas para essas transgressões podem restar sem efetividade se não contarem com um mecanismo de apoio, predispõe *meios de atuação*, pelos quais se dispõe a impor imperativamente a observância das normas (tutela preventiva) e as consequências antes ditadas no plano puramente abstrato (tutela reparatória etc.). Entre esses meios de atuação inclui-se sua própria atividade administrativa e também a tutela jurisdicional" (Ibidem, p. 364)

both in its wholesale and *ex ante* form (legislation and administrative regulation) and in its retail and *ex post* form (litigation)".¹⁵³

E, em última ocasião, a demonstrar a real *necessidade* (condição da ação) da intervenção do Judiciário, prestar-se-ia *tutela jurisdicional*¹⁵⁴ àquele que não teve seu direito efetivado em virtude do comando do direito material e da tutela administrativamente ofertada.

A proposta de condicionar a prestação jurisdicional ao exaurimento da *tutela administrativa* - tornando o Judiciário a última hipótese de um *iter* para a solução de demandas -, requer, antes de uma análise de sua viabilidade prática, um juízo acerca da constitucionalidade da medida.

Analisar-se-á primeiramente, assim, em face de sua antecedência lógica, se a regulamentação do direito de ação, submetendo-o a uma nova condição da ação, viola o inc. XXXV do art. 5º. Esse momento da exposição leva-nos, agora, a enfrentar o que antes denominamos o *mito* do contencioso administrativo.

5.2 Prévio exaurimento administrativo

5.2.1 Conceito

A afirmação de que inexistente contencioso administrativo no Brasil vem acompanhada, à moda de adereço, com aquela que preconiza a inconstitucionalidade do condicionamento do acesso à justiça à prévia exaustão das vias administrativas. Importa salientar, porém, que o

¹⁵³ The day after the litigation explosion. *Maryland Law Review* vol. 46 (1986), p. 14.

¹⁵⁴ Segundo o lapidar conceito de Flávio Luiz Yarshell: "Desde logo, parece não haver dúvida de que a locução *tutela jurisdicional* se presta designar o resultado da atividade jurisdicional - assim considerados os efeitos substanciais (jurídicos e práticos) que o provimento final projeta ou produz sobre dada relação material - em favor do vencedor. Nessa medida, é inegável que a locução *tutela jurisdicional* designa o resultado final do exercício da jurisdição estabelecido em favor de quem tem razão (e assim exclusivamente), isto é, em favor de quem está respaldado no plano material do ordenamento" (Op. cit., p. 24). No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco (Tutela jurisdicional. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, Vol. 1, p. 366, nota de rodapé nº 38). A explanação se faz necessária pois há autorizada doutrina em sentido contrário. Com efeito, Luiz Guilherme Marinoni entende que a tutela jurisdicional é concedida à parte independentemente de respaldo no plano do direito material. Veja-se: "Entretanto, a tutela jurisdicional pode, ou não, prestar a tutela do direito. Há tutela do direito quando a sentença e a decisão interlocutória *reconhecem* o direito material. Isso significa que a tutela jurisdicional engloba a sentença de procedência (que presta tutela do direito) e a sentença de improcedência (que não presta a tutela do direito, embora constitua resposta ao dever do Estado de prestar tutela jurisdicional). Daí já se percebe que a decisão interlocutória e a sentença constituem apenas técnicas para a prestação da tutela do direito. Ou seja, resposta ou tutela jurisdicional há sempre, mas tutela do direito apenas existe no caso em que a processo reconhece o direito, isto é, quando a sentença é de procedência". (*Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 119/120).

sistema de dualidade de jurisdição (não adotado), no qual os órgãos administrativos exercem função tipicamente jurisdicional sobre conflitos de que a Administração seja parte interessada, não se confunde com a possibilidade de estabelecimento de uma fase administrativa obrigatória anterior à ação judicial (pode ser adotado).

A propósito da posição dominante no direito brasileiro, cite-se passagem de renomado *código comentado*: “Prévio esgotamento da via administrativa. Não pode a lei infraconstitucional condicionar o acesso ao Poder Judiciário ao esgotamento da via administrativa, como ocorria no sistema revogado (CF/1967, art. 153 §4º). Não é de acolher-se a alegação da fazenda pública, em ação judicial, de que não foram esgotadas as vias administrativas para obter-se o pronunciamento que se deseja em juízo. (RP 60/224). Apenas quanto às ações relativas à disciplina e às competições desportivas é que o texto constitucional exige, na forma da lei, o esgotamento das instâncias da justiça desportiva (CF 217 §1º)”.¹⁵⁵

É preciso, à guisa de aporte propedêutico, registrar o que significa o prévio exaurimento da via administrativa. Não se trata, é bem de ver, de exigir o percurso obrigatório de todas as instâncias processuais da Administração. É certo que a forma mais evidente de exaustão do procedimento dá-se quando se percorre todos os graus decisórios. O mesmo ocorre, porém, quando se renuncia ao recurso ou seu prazo transcorre *in albis*.

Mal comparando, o esgotamento do *iter* administrativo apresenta delineamentos aproximados com a coisa julgada. Esta, como se sabe, pode se formar tanto no primeiro grau de jurisdição como no Supremo Tribunal Federal. Para a sua formação é irrelevante que a parte tenha recorrido ou se contentado com a primeira decisão. Passa-se o mesmo no processo extrajudicial: consuma-se o procedimento com o percurso de todas as instâncias decisórias, ou, ainda, mediante a manifestação de vontade da parte de não prosseguir em seu pleito.

Escrevendo ao ensejo do tema em tela, José dos Santos Carvalho Filho lecionou que:

Ressaltamos esse aspecto, porque é comum ouvir-se a indagação: é preciso exaurir antes a via administrativa para só depois recorrer-se ao Judiciário? O enfoque para o momento de recorrer ao Judiciário não deve levar em conta o exaurimento da via administrativa, tal como comumente é entendido, mas sim a operatividade ou não do ato ou da conduta administrativa que o interessado pretenda contestar. Se a exaustão ocorrer porque o interessado percorreu efetivamente todas as instâncias, é possível ajuizar a ação porque a decisão final tornou operante a vontade administrativa. Se, por outro lado, o interessado deixou passar em branco o prazo para recorrer, ou se renunciou ao recurso, esse fato também torna operante a vontade administrativa e

¹⁵⁵ Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 128.

possibilita o recurso à esfera judicial. Com isso, é possível concluir que o recurso ao Judiciário sempre será possível quando haja efetiva lesão ou ameaça de lesão ao direito do indivíduo. Desse modo, se se entender a exaustão da via administrativa da forma como demonstramos, podemos responder positivamente à indagação acima: antes da ação judicial é preciso que se tenha exaurido a via administrativa, no sentido de que não pode o interessado prosseguir o seu percurso e que, por isso mesmo, a vontade administrativa se torna operante.¹⁵⁶

Nesse contexto, esvai-se a preocupação frequentemente externada no sentido que o condicionamento do exercício do direito de ação ao prévio exaurimento administrativo poderia importar em denegação da justiça. Ainda que a Administração Pública, de forma canhestra, ofertasse um procedimento labiríntico e truncado, facultar-se-ia ao cidadão a renúncia à esfera extrajudicial, com a possibilidade de, imediatamente, ingressar com a ação.

Valendo-nos da *escalada de tutelas* preordenadas à defesa dos direitos antes exposta, poder-se-ia dizer que a migração da *tutela administrativa* para a *jurisdicional* prescindiria da exaustão de todas as instâncias com aptidão para prestação da primeira.

Poder-se-ia indagar a razão para, num quadro de asoberbamento do Judiciário, não se condicionar o acesso ao último degrau de *tutela* ao percurso de todas as instâncias administrativas. A resposta reside na constatação de que o *sistema de tutelas* é um instrumento a serviço da cidadania, de modo que o administrado deve ser beneficiado e, não, prejudicado pelos instrumentos postos à sua disposição pelo ordenamento para fins de proteger sua esfera jurídica de direitos. E isso porque o Estado não passa de um meio para a persecução dos interesses da coletividade, ou seja, o *telos* de sua ação é sempre a concretização dos valores constitucionais emancipatórios.

5.2.2 Análise do inc. XXXV do art. 5º

Assim conceituado o exaurimento administrativo, é preciso analisar se assiste razão a Nelson Nery ao sustentar que “não pode a lei infraconstitucional condicionar o acesso ao Poder Judiciário ao esgotamento da via administrativa, como ocorria no sistema revogado (CF/1967, art. 153 §4º)”.¹⁵⁷

¹⁵⁶ *Manual de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 773.

¹⁵⁷ *Comentários...*p. 128.

Aqueles que seguem essa linha de pensar fazem-no com lastro no cotejo entre o inc. XXXV do art. 5º da CRFB/1988 com o § 4º do art. 153 da Carta de 1967, com a redação que lhe foi dada pela EC nº. 7/1977. Vejamo-los:

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

Afirma-se, então, à luz de uma interpretação gramatical, que a atual Constituição não prevê mais a possibilidade de que o ingresso em juízo poderá ser condicionado ao esgotamento das vias administrativas. Esse argumento seria corroborado pelo § 1º do art. 217, o qual, quanto às ações relativas à disciplina e às competições desportivas, pressupõe o esgotamento das instâncias da justiça desportiva, bem como pelo § 2º do art. 114, que exige a recusa de participação em negociação ou envolvimento em arbitragem como condição do dissídio coletivo. Pois bem.

Saliente-se, de plano, que a redação do inc. XXXV do art. 5º não é um primor. Percebe-se um avanço no sentido de açambarcar a tutela preventiva (inibitória, cautelar, antecipada), bem como a dos direitos metaindividuais. Mas, sob o prisma da ciência processual, a redação está atrasada há, pelo menos, cinquenta anos.

A redação é um tributo manifesto ao *concretismo* de Wach e Chiovenda, na medida em que pressupõe a lesão/ameaça ao direito para que o pedido seja apreciado. À *apreciação*, porém, basta a *alegação* de ameaça ou lesão a direito. A tutela jurisdicional, sim, é que será concedida, ou não, com base na existência efetiva da lesão/ameaça. São dois, portanto, os planos: o primeiro - que demanda apenas a *afirmação* de lesão/ameaça - é o da *apreciação*;¹⁵⁸ o segundo - e no caso de *efetiva* lesão/ameaça - é o da *tutela*.

Outro ponto que demanda lume é aquele relacionado à *norma jurídica* que está subjacente ao enunciado prescritivo em tela. A dissociação entre *texto* e *norma* é um

¹⁵⁸ Conforme lecionou a Min. Carmen Lúcia: “A apreciação da lesão ou ameaça a direito alegada pela pessoa e encaminhada ao Poder Judiciário não se aperfeiçoa pela única repetição de uma decisão, independentemente do exame e julgamento de razões e fundamentos alegados pela parte. A *apreciação* não é mera referência constitucional, é direito fundamental individual e coletivo” (op. cit., p. 61).

pressuposto metodológico para a aplicação do direito. Algumas considerações, que expusemos de forma analítica em outra obra,¹⁵⁹ serão aqui brevemente alinhavadas.

A *norma* é o resultado do processo interpretativo, de maneira que inexistente uma unidade semântica entre *texto* e *norma*. Um enunciado pode não conter nenhuma *vontade de poder*, como pode, também, conter múltiplas. Para que do dispositivo se chegue à norma é preciso a intermediação do intérprete, o qual exerce uma atividade *constitutiva*. Não desvela, ou declara, portanto, uma prescrição que está subjacente ao texto. Ele constrói a norma a partir de sua pré-compreensão, dos métodos hermenêuticos, das teorias interpretativas, das consequências da decisão e do direito comparado.

Cabe, assim, analisar qual a norma que se pode depreender do inc. XXXV do art. 5º. É interessante destacar que até mesmo a sua denominação é algo um tanto quanto polêmico. Flávio Galdino, ao se debruçar sobre a evolução histórica do conceito de acesso à justiça, afirma que o mesmo fenômeno é designado por pelo menos quatorze expressões, as quais assim compila:

- 1) princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (ou judicial); 2) princípio da universalidade de jurisdição; 3) princípio da indeclinabilidade da jurisdição; 4) princípio da ubiquidade da jurisdição; 5) princípio do acesso à justiça; 6) princípio da acessibilidade ampla; 7) princípio do livre acesso à jurisdição estatal; 8) regra da plenitude do acesso à jurisdição; 9) direito constitucional à jurisdição; 10) princípio da proteção judiciária; 11) princípio da irrecusabilidade da jurisdição; 12) princípio da inevitabilidade da função jurisdicional; 13) princípio da plenitude da função judicante do Estado; 14) princípio da utilidade da jurisdição.¹⁶⁰

A diacronia quanto à designação repete-se, agora com efeitos práticos, quanto ao seu conteúdo e destinatário. Duas inteleções podem ser atribuídas ao texto.

Pela primeira, a norma a ser extraída possui caráter *institucional*, pois objetiva responder aos desmandos do Estado praticados nos regimes de exceção. Seria uma cláusula de salvaguarda contra as arbitrariedades praticadas à época da ditadura, as quais restaram impunes à vista do que preconizava, entre outros dispositivos, o art. 11 do AI nº. 5/1968: *Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.*

¹⁵⁹ O que é isto – pré-compreensão, discricionariedade, alhos e bugalhos. In: Júnior, Marcos Ehrhardt; Silva, Jéssica Aline Caparica da (orgs.). *Hermenêutica Jurídica e Efetivação dos Direitos Sociais – Homenagem a Andreas Krell*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 81 ss.

¹⁶⁰ Op. cit., p. 436/437.

Nessa perspectiva, o inc. XXXV é um comando dirigido ao Legislativo (enfeixado nas mãos do Executivo nos regimes de arbítrio), de modo a conter cada departamento da soberania em sua respectiva esfera de atuação. É essa, *v.g.*, a doutrina de Mancuso:

Dado que a ação, em seu sentido mais preciso, se identifica como o *direito a uma decisão judicial de mérito*, por aí se evidencia a inconsistência de se tentar visualizar o direito de ação no inc. XXXV, cujo enunciado, como antes dito, é precipuamente dirigido ao legislador, prevenindo-o para que se abstenha de subtrair, *a priori*, certos históricos de lesão temida e sofrida à apreciação judicial.¹⁶¹

A segunda forma de se interpretar o dispositivo parte de uma perspectiva *subjetiva*, ou seja, o texto encamparia uma posição jurídica de vantagem garantida aos jurisdicionados. Migra-se, portanto, de um enfoque preocupado com a separação dos poderes para outro centrado no plano da situação individual do jurisdicionado.

É nessa linha que se manifesta Marinoni, para quem o inc. XXXV prevê o *direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*.¹⁶² Se o enfoque passa a ser a tutela, é evidente que o próprio direcionamento do comando se altera: “Como já foi dito, o dever de proteção se dirige contra o *Poder Público*, e não apenas, como se poderia pensar, contra o *legislador*. Se o Estado tem o dever de proteger os direitos, seria incoerente supor que esse dever depende apenas de *ações normativas*”.¹⁶³

Essa controvérsia - que, malgrado fulcral ao estudo do inc. XXXV, pouco se vê debatida -,¹⁶⁴ apenas tangencia o objetivo que nos propusemos, qual seja, a fiscalização de constitucionalidade do prévio exaurimento administrativo como condição da ação. E isso pela seguinte razão: nenhuma das posições nega a possibilidade de o legislador ordinário conformar o direito de ação, delimitando seu conteúdo, alcance e, notadamente, as condições para o seu exercício. A propósito, Ada Pellegrini Grinover manifesta-se no sentido de que “Ao legislador é dado regulamentar o exercício do direito de ação, submetendo-o a condições

¹⁶¹ Op. cit., p. 221.

¹⁶² “O art. 5º, XXXV da CF, afirma que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Jurisdicional lesão ou ameaça a direito’. Entende-se que esta norma garante a todos a direito a uma prestação jurisdicional efetiva”. (*Técnica processual...*, p. 146).

¹⁶³ Op. cit., p. 177. E, mais a frente: “O que falta, porém, é atentar para que, se a técnica processual é imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos, não se pode supor que, diante da omissão do legislador, o juiz nada possa fazer. Isso por uma razão simples: o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional não se volta apenas contra o legislador, mas também se dirige contra o Estado-Juiz” (p. 178).

¹⁶⁴ Faça-se justiça ao texto de Galdino, citado no corpo do presente trabalho, e que busca precisamente enfrentar o ponto.

de exercício, sempre que com isso não fique mutilada ou aniquilada a garantia constitucional”.¹⁶⁵

Se o direito de ação está previsto no inc. XXXV, em outra norma constitucional, ou se é direito fundamental implícito (art. 5º, § 1º), não importa. Qualquer que seja a sua base normativa a possibilidade (antes, o dever) de o legislador lhe traçar os contornos é essencial ao seu próprio exercício. Conforme aduzem Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Como o âmbito da proteção judicial é inequivocamente normativo, não há dúvida de que as providências legislativas básicas que se desenvolvam têm o escopo conferir conformação a esse direito. (...) Em muitos casos a lei fixa requisitos de admissibilidade da ação, e estabelece regras básicas de procedimento.¹⁶⁶

A Constituição Federal não prevê um direito de ação ilimitado, com feições absolutas. O legislador, no exercício da competência que lhe foi constitucionalmente atribuída (art. 22, inc. I), disciplina condições para o regular exercício da ação, pressupostos processuais, regras de competência, prazos, fórmulas preclusivas e isso nunca foi tachado de inconstitucional.

O de que se cuida é que as posições jurídicas de vantagem delineadas em sede constitucional, em virtude de um imperativo lógico de sumariiedade descritiva, recebem nesta sede apenas uma delimitação genérica. Ou seja, a conformação do instituto é delegada ao legislador. Que essa degradação do grau normativo não consubstancia predicado exclusivo do processo em geral, e do direito de ação em particular, é acaciano. Apenas um exemplo. O direito de propriedade está garantido no inc. XXII do art. 5º. Não se discute, porém, a constitucionalidade das normas do Código Civil que o restringem face ao direito de vizinhança. Aliás, é a própria seção I do capítulo V do título II do livro III que prescreve: “Do Uso Anormal da Propriedade”. E por que essa conformação é constitucional? Porque, sem infringir o núcleo do direito de propriedade, salvaguarda outros interesses considerados igualmente relevantes pelo ordenamento jurídico.

Alexandre Freitas Câmara, ressaltando que “A Constituição assegura o acesso ao Judiciário, mas não regulamentou o modo de exercício dessa garantia”, entende que:

Essa tarefa é realizada pelas leis processuais que – segundo importante constitucionalista – podem criar modalidades processuais diversas, com características, pressupostos e consequências próprios. A possibilidade de o legislador ordinário estabelecer limitações à garantia constitucional do poder de

¹⁶⁵ A conciliação extrajudicial na Justiça do Trabalho. In: *O Processo em Evolução*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 96.

¹⁶⁶ *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 492.

ação é reconhecida na medida em que tais limitações sejam justificadas como forma de salvaguardar interesses juridicamente mais relevantes. Tais limitações, todavia, não podem chegar ao ponto de esvaziar o conteúdo da garantia constitucional de acesso a Judiciário.¹⁶⁷

O Supremo Tribunal Federal, a seu turno, já teve oportunidade de se manifestar inúmeras vezes sobre a possibilidade de o legislador conformar o direito de ação desde que não se nulifique a garantia de proteção judicial efetiva.¹⁶⁸ Entre tantos outros exemplos que poderiam ser aventado, pense-se no prazo para a impetração do mandado de segurança.

Os incisos LXIX e LXX do art. 5º não apenas preveem o remédio processual, como ainda lhe definem o objeto (“proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus ou habeas-data”), o destinatário (“quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”) e a *legitimidade ad causam* (alíneas “a” e “b” do inc. LXX). Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal afirmou reiteradamente a constitucionalidade do prazo previsto no art. 18 da Lei 1.533/51 (art. 23 da Lei 12.016/2009).¹⁶⁹

Posto, assim, e assim sumariamente assente, que (i) cabe ao legislador estabelecer os pressupostos para o exercício regular das posições jurídicas de vantagem estabelecidas no plano constitucional, entre as quais se encarta o direito de acesso à justiça; (ii) que a conformação normativa deve ocorrer a fim de proteger outros interesses igualmente relevantes; (iii) e que a limitação, a pretexto de disciplinar o direito de ação, não pode nulificar o núcleo essencial da garantia de proteção judicial efetiva: indaga-se: o prévio exaurimento da fase administrativa viola a Constituição?

5.2.3 Estudo de caso: as Comissões de Conciliação Prévia na Justiça do Trabalho

¹⁶⁷ *Manual do Mandado de Segurança*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 322.

¹⁶⁸ Entre tantos que poderiam ser citados: "O direito de petição, fundado no art. 5º, XXXIV, *a*, da Constituição, não pode ser invocado, genericamente, para exonerar qualquer dos sujeitos processuais do dever de observar as exigências que condicionam o exercício do direito de ação, pois, tratando-se de controvérsia judicial, cumpre respeitar os pressupostos e os requisitos fixados pela legislação processual comum. A mera invocação do direito de petição, por si só, não basta para assegurar à parte interessada o acolhimento da pretensão que deduziu em sede recursal." (AI 258.867-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-9-2000, Segunda Turma, DJ de 2-2-2001); "O direito de petição e a apreciação judicial regem-se por normas processuais de hierarquia ordinária, cuja interpretação não dá margem ao cabimento do recurso extraordinário." (AI 258.910-AgR, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 6-6-2000, Primeira Turma, DJ de 18-8-2000.); "As garantias constitucionais do direito de petição e da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, quando se trata de lesão ou ameaça a direito, reclamam, para o seu exercício, a observância do que preceitua o direito processual (art. 5º, XXXIV, *a*, e XXXV, da CB/1988)." (Pet 4.556-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25-6-2009, Plenário, DJE de 21-8-2009.).

¹⁶⁹ “É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança” (Enunciado nº 632 de sua Súmula de Jurisprudência Dominante).

Até as águas do Rio Jordão estão ao corrente da jurisprudência remansosa do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade do prazo legalmente estabelecido para a impetração do mandado de segurança. Potes de ciência também não são necessários para que se reconheça o prazo de 120 dias como extintivo do *interesse-adequação*,¹⁷⁰ eis que o seu escoamento torna o via processual eleita inadequada. As portas da via especial se fecham, mas permanece a faculdade de uso do procedimento comum (ordinário ou sumário).

Nesse contexto, *pode-se* afirmar que o legislador ordinário criou, *ab ovo*, ou (i) uma condição especial da ação típica para o remédio heroico, ou (ii) remodelou, de forma restritiva, o tradicional *interesse-adequação*. O que *não se pode* sustentar é que o prazo decadencial não afetou o exercício do direito à tutela jurisdicional. A relação jurídica substancial permanece intocável após o prazo, de modo que este não afeta o plano do direito material. É por essa razão que a melhor doutrina caminha no sentido de negar-lhe natureza decadencial. A decadência, como é cediço, extingue o direito potestativo. A extinção de uma via procedimental, a seu turno, é um fenômeno que se passa no plano processual, e não pode ser confundida com a fulminação de um direito potestativo, a qual se dá no âmbito material.

Esse raciocínio é fundamental para que se analise a constitucionalidade de outras medidas adotadas a fim de tutelar outros interesses salvaguardados pelo ordenamento jurídico.

A esse respeito, um legítimo anteparo ao excesso de judicialização verificado na Justiça do Trabalho foi criado com a Lei 9.958/2000, que acrescentou à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT o Título VI-A, com a previsão das Comissões de Conciliação Prévia.¹⁷¹

¹⁷⁰ Conforma leciona Alexandre Freitas Câmara: “O ordenamento considera *inadequada* a utilização da via do mandado de segurança quando o impetrante teve ciência há mais de 120 dias do ato que pretende impugnar”. (*Manual...*p. 324).

¹⁷¹ Art. 1º A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescida do seguinte Título VI-A: DAS COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. Art. 625-A. As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho. Parágrafo único. As Comissões referidas no caput deste artigo poderão ser constituídas por grupos de empresas ou ter caráter intersindical. Art. 625-B. A Comissão instituída no âmbito da empresa será composta de, no mínimo, dois e, no máximo, dez membros, e observará as seguintes normas: I - a metade de seus membros será indicada pelo empregador e a outra metade eleita pelos empregados, em escrutínio secreto, fiscalizado pelo sindicato da categoria profissional; II - haverá na Comissão tantos suplentes quantos forem os representantes titulares; III - o mandato dos seus membros, titulares e suplentes, é de um ano, permitida uma recondução. § 1º É vedada a dispensa dos representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia, titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei. § 2º O representante dos empregados desenvolverá seu trabalho normal na empresa, afastando-

Essas comissões tinham por objetivo fomentar a autocomposição dos conflitos entre empregado *versus* empregador, na medida em que, nos termos do art. 625-D, funcionavam como um filtro, recepcionando os dissensos laborais que, de outro modo, seriam judicializados.

As Comissões de Conciliação Prévia são um exemplo da relação simbiótica que pode haver entre a doutrina e o legislador. Isso porque, a alteração legislativa demonstra que os ensinamentos de Cappelletti e Garth ecoaram em solo pátrio, notadamente aqueles relacionados à terceira onda do movimento de reforma do processo civil: “Os reformadores estão utilizando, cada vez mais, o juízo arbitral, a conciliação e os incentivos econômicos para a solução dos litígios fora dos tribunais”.¹⁷²

Ora, é precisamente nas relações jurídicas continuativas que os meios consensuais de solução de controvérsias devem ser adotados. Nessas hipóteses, em que as partes possuem um vínculo que se protraí no tempo, a resolução adjudicada frequentemente é traumática. Com uma sentença, por vezes, resolve-se a lide jurídica e exaspera-se a sociológica. Nesse tipo de conflituosidade, o processo moldado em termos adversariais, com uma solução do tipo *perde-ou-ganha*, é um desastre para a paz social.

se de suas atividades apenas quando convocado para atuar como conciliador, sendo computado como tempo de trabalho efetivo o despendido nessa atividade. Art. 625-C. A Comissão instituída no âmbito do sindicato terá sua constituição e normas de funcionamento definidas em convenção ou acordo coletivo. Art. 625-D. Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria. § 1º A demanda será formulada por escrito ou reduzida a termo por qualquer dos membros da Comissão, sendo entregue cópia datada e assinada pelo membro aos interessados. § 2º Não prosperando a conciliação, será fornecida ao empregado e ao empregador declaração da tentativa conciliatória frustrada com a descrição de seu objeto, firmada pelos membros da Comissão, que deverá ser juntada à eventual reclamação trabalhista. § 3º Em caso de motivo relevante que impossibilite a observância do procedimento previsto no caput deste artigo, será a circunstância declarada na petição inicial da ação intentada perante a Justiça do Trabalho. § 4º Caso exista, na mesma localidade e para a mesma categoria, Comissão de empresa e Comissão sindical, o interessado optará por uma delas para submeter a sua demanda, sendo competente aquela que primeiro conhecer do pedido. Art. 625-E. Aceita a conciliação, será lavrado termo assinado pelo empregado, pelo empregador ou seu preposto e pelos membros da Comissão, fornecendo-se cópia às partes. Parágrafo único. O termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas. Art. 625-F. As Comissões de Conciliação Prévia têm prazo de dez dias para a realização da sessão de tentativa de conciliação a partir da provocação do interessado. Parágrafo único. Esgotado o prazo sem a realização da sessão, será fornecida, no último dia do prazo, a declaração a que se refere o § 2º do art. 625-D. Art. 625-G. O prazo prescricional será suspenso a partir da provocação da Comissão de Conciliação Prévia, recomeçando a fluir, pelo que lhe resta, a partir da tentativa frustrada de conciliação ou do esgotamento do prazo previsto no art. 625-F. Art. 625-H. Aplicam-se aos Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista em funcionamento ou que vierem a ser criados, no que couber, as disposições previstas neste Título, desde que observados os princípios da paridade e da negociação coletiva na sua constituição."

¹⁷² Op. cit., p. 81.

De se destacar um aspecto fundamental: as CCP possuem composição paritária, de sorte que o risco de exploração do empregado pelo empregador resulta atenuado. Caso assim não fora, e por razões que serão desenvolvidas no capítulo referente aos meios informais de solução de conflitos, a Lei 9.958/2000 seria írrita.

Essas considerações, porém, passaram despercebidas ao Supremo Tribunal Federal. Na Adi 2.160-5/DF, j. 13.05.2009, Rel. Min. Marco Aurélio, concedeu-se liminar para “dar *interpretação conforme* para assentar que as normas inseridas em nossa ordem jurídica pelo art. 1º da Lei nº. 9.958/2000 não encerram obrigatoriedade a fase administrativa, continuando os titulares de direito substancial a terem o acesso imediato ao Judiciário, desprezando a fase que é a revelada pela atuação da Comissão de Conciliação Prévia”. Veja-se a ementa do acórdão:

JUDICIÁRIO – ACESSO – FASE ADMINISTRATIVA – CRIAÇÃO POR LEI ORDINÁRIA – IMPROPRIEDADE. Ao contrário da Constituição Federal de 1967, a atual esgota as situações concretas que condicionam o ingresso em juízo à fase administrativa, não estando alcançados os conflitos subjetivos de interesse. Suspensão cautelar de preceito legal em sentido diverso.

Tendo em vista que o julgado fere diretamente a possibilidade de instituição do exaurimento administrativo como condição da ação, far-se-á um estudo de suas principais passagens.

A Advocacia-Geral da União, ao se manifestar sobre a conformação do direito de ação pelo legislador, observou que o estabelecimento de requisitos razoáveis não fere a Constituição Federal:

Caso esse entendimento pudesse significar que, a teor do inc. XXXV do art. 5º da Constituição, fosse vedado ao legislador estabelecer condições para o acesso ao Judiciário, estariam inviabilizados os institutos da prescrição e da decadência, bem como a aplicação de varias regras de natureza processual, o que não é verdadeiro. O que não se pode, de fato, é estabelecer condições de acesso ao judiciário fora dos limites da razoabilidade. Assim, parece claro que o legislador ordinário poderia, sem lesar o mencionado dispositivo constitucional, condicionar o acesso ao judiciário a prévia e obrigatória negociação extrajudicial.

A Consultoria Jurídica do Ministério do Trabalho prestou informações valiosas, destacando a importância como instrumento de pacificação social e, satelitariamente, redutor do acervo processual:

A versão original do projeto que resultou na lei em comento foi elaborada pelo Tribunal Superior do Trabalho, com base em experiências bem sucedidas das organizações sindicais, que há alguns anos passaram a instituir núcleos ou comissões de conciliação extrajudicial, mediante acordos e convenções coletivas, para solução de impasses resultantes da relação capital – trabalho.

A proposição foi encaminhada ao poder Executivo como parte de um conjunto de projetos elaborados com a finalidade de solucionar a grave situação em que se encontra a Justiça do Trabalho, em face de sua incapacidade para atender ao

gigantesco número de demandas – cerca de dois milhões de novas reclamações anuais que se somam a quase um milhão de ações residuais a cada ano. Registre-se que, a par de desafogar a Justiça do trabalho, as Comissões de Conciliação constituem um mecanismo privilegiado para a autocomposição dos conflitos entre empregado e empregador, e, em consequência, para preservar os contratos de trabalho em curso. Aliás, de já muito esta Pasta vem estimulando a negociação direta entre as partes, por entender que, em qualquer hipótese, a solução negociada é a que melhor consulta as interesse das partes. Inexplicavelmente, ainda existem setores que preferem a heterocomposição dos conflitos, ou seja, a solução judicial à autocomposição.

O Min. Octavio Gallotti, relator originário do acórdão, lavrou sucinto mas preciso voto acerca dos dispositivos:

A garantia insculpida no item XXXV do art. 5º não retira do legislador ordinário a disciplina das condições processuais para o ajuizamento das ações, que tenham por finalidade a racionalização do procedimento – como é a hipótese dos autos – e, não, o escopo de obstruir desarrazoadamente a via do Poder Judiciário. Na primeira dessas alternativas (a de racionalização) não na última (a do arbítrio), se inscreve a edição dos pressupostos processuais contra que se insurgem os autores.

Não foi esse, porém, o entendimento majoritário. Prevaleceu a opinião dissidente do Min. Marco Aurélio no sentido de que o dispositivo “viola a liberdade dos cidadãos de submeterem ao Poder Judiciário a apreciação de suas demandas de natureza trabalhista”.

Sustentou o voto divergente que quando a Constituição quer instituir a fase administrativa como condição de apreciação de uma demanda, o faz expressamente, tal como a propósito da justiça desportiva (art. 217, § 1º) e dissídios coletivos (art. 114, § 2º). Esta tese presidiu a argumentação dos demais votos, e foi assim exposta pelo Min. Marco Aurélio:

Vale dizer que, sob o ângulo constitucional, o livre acesso ao Judiciário sofre uma mitigação e, aí, consubstanciando o preceito respectivo exceção, cabe tão só o empréstimo de interpretação estrita. Destarte, a necessidade de esgotamento da fase administrativa está jungida ao desporto e, mesmo assim, tratando-se de controvérsia a envolver disciplina e competições, sendo que a chamada justiça desportiva há de atuar dentro do prazo máximo de sessenta dias, contados da formalização do processo, proferindo, então, decisão final - § 2º do artigo 217 da Constituição Federal. Também tem-se aberta exceção ao princípio do livre acesso no campo das questões trabalhistas. Entrementes, a norma que versa sobre o tema esta limitada aos chamados dissídios coletivos, às ações coletivas (...).

Segundo o Min. Joaquim Barbosa:

Ou seja, a apreciação da demanda pelo Poder Judiciário somente será viável e possível se não houver acordo na esfera extrajudicial. Há, portanto, a meu sentir, uma séria restrição ao direito de acesso à justiça para os trabalhadores, o que implica ofensa ao art. 5º, XXXV da Constituição.

A mensagem subjacente à argumentação vitoriosa é a seguinte: “As disposições especiais que condicionam o livre acesso à justiça não podem ser generalizadas a fim de

alcançar a cláusula geral da ampla acessibilidade”. Ou: “Normas restritivas devem merecer interpretação estrita”.

Os argumentos impressionam, mas não convencem. Dois equívocos podem ser apontados.

O primeiro consiste no fato de que os artigos 114 § 2º e 217 § 2º não têm o alcance que se lhes pretende dar. A previsão em sede constitucional da condição relacionada à exaustão administrativa não significa que o legislador ordinário não a possa adotar para outras hipóteses. E isso por uma simples razão: esses dispositivos não excepcionam o inc. XXXV do art. 5º.

A tese encampada pelos ministros, levada às suas últimas consequências, acarretaria a existência de *dois direitos constitucionais à jurisdição*. O primeiro, previsto no inc. XXXV do art. 5º, amplo e absoluto, não se submeteria a qualquer conformação legislativa. E o segundo, disciplinado nos artigos 114 § 2º e 217 § 2º, limitado e restrito, eis que condicionado ao prévio exaurimento da fase administrativa.

Percebe-se, assim, que essa posição *toma nuvem por Juno* ao considerar os artigos 114 § 2º e 217 § 2º como uma exceção ao inc. XXXV do art. 5º. O de que se trata, porém, é que naquelas hipóteses o constituinte se subrogou ao legislador e disciplinou matéria que, a rigor, por ser de natureza processual, não seria de sua alçada. Mas isso não subtrai a competência do legislador ordinário para, nos termos do inc. I do art. 22, disciplinar o exercício do direito de ação à vista dos interesses em jogo. Mais: não lhe retira a faculdade de generalizar um *filtro de litigiosidade* que ao próprio constituinte se afigurou legítimo.

O que o dispositivo estabelece é, simplesmente, que o conflito somente será apreciado se, no prazo de dez dias, não houver autocomposição no seio da Comissão de Conciliação Prévia. Não há restrição ao *direito à jurisdição* para os trabalhadores, o que se cogitaria apenas na hipótese de o dissídio ser subtraído à cognição do Judiciário. Estão em *dois planos distintos* a inconstitucional exclusão do acesso e a legítima condição de esgotar-se, antes do ingresso, a *tutela administrativa*. É por isso que o voto mais abalizado foi aquele exposto pelo Min. Cesar Peluso:

Acho que, com o devido respeito, a postura da Corte em restringir a possibilidade de tentativa obrigatória de conciliação está na contramão da história, porque em vários países, hoje, se consagra a obrigatoriedade do recurso às chamadas vias alternativas de resolução de conflitos, até porque o Poder Judiciário – e não é coisa restrita à experiência brasileira, mas fenômeno mais ou menos universal – não tem dado conta suficiente da carga de processos e com isso tem permitido a subsistência de litígios

que são absolutamente contrários à paz social. Em segundo lugar, a mim parece-me também, com o devido respeito, que não há nenhum bloqueio nem impedimento, nem exclusão do recurso à universalidade da jurisdição. O que há é simplesmente tentativa preliminar de conciliar e de resolver pacificamente o conflito, com a vantagem de uma solução não ser imposta autoritariamente, que sempre causa contrafeição, constrangimentos, alguma forma de resistência às decisões do Poder Judiciário. As soluções consensuais são, em todas as medidas, as melhores do ponto de vista social.

O esgotamento das vias administrativas, portanto, desde que estabelecido em termos razoáveis, não é incompatível com nenhum princípio constitucional. Conforme se extrai de parecer de Ada Pellegrini Grinover acerca do Projeto de Lei nº. 3.118/92, que veio a se transformar na Lei 9.958/2000 (tendo apenas esta diminuído o prazo para solução negociada de trinta para dez dias):

O projeto insere-se no generoso filão, muito atual, que visa a revitalizar a conciliação extrajudicial e a arbitragem, como vias alternativas ao processo, capaz de evitá-lo. (...) Ora, é exatamente na categoria do interesse de agir que se inserem as técnicas pelas quais o legislador pode exigir, para o ajuizamento da ação, o esgotamento prévio das vias administrativas, desde que o faça em termos razoáveis. Visto o interesse de agir por seus indicadores fundamentais - a necessidade de tutela jurisdicional e sua utilidade (ou adequação) -, não haverá necessidade de recorrer às vias jurisdicionais enquanto caminhos alternativos forem ainda capazes de levar à solução espontânea do conflito de interesses: o que se faz, no nosso caso, pela tentativa de conciliação e arbitragem (...) Concluo, assim, quanto à constitucionalidade, no sentido da perfeita compatibilidade da proposta com o texto constitucional, mais uma vez realçando a importância social de uma tentativa séria de conciliação extrajudicial, como a pretendida pelo projeto.¹⁷³

O segundo equívoco reside no fato de que, mesmo quando a Constituição Federal se excepciona (o que não é o caso!), ela não impede o legislador ordinário de fazê-lo. Em palavras outras: ainda que fosse válido o argumento de que os artigos 114 § 2º e 217 § 2º consubstanciam exceção ao inc. XXXV do art. 5º, isso não impediria o Poder Legislativo de ampliar o regime de exceção previsto no texto constitucional.

Esse argumento, é importante dizê-lo, foi recentemente enfrentado pelo próprio Supremo Tribunal Federal em um rumoroso julgado. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.330/DF, que contesta o Programa Universidade para Todos (ProUni), cuja discussão concentrava-se sobre a constitucionalidade ou não da reserva de vagas em universidades públicas a partir de critérios raciais e sociais.

Na ação, alegou-se que a política de cotas fere vários preceitos fundamentais da Constituição Federal, como os princípios republicano (artigo 1º, caput) e da dignidade da

¹⁷³ *A conciliação extrajudicial...*p. 95.

pessoa humana (inciso III); repúdio ao racismo (artigo 4º, inciso VIII) e igualdade (artigo 5º, incisos I). Este último é o que nos interessa para ilustração do ponto que propugnamos demonstrar.

A petição inicial afirma que a cláusula geral de igualdade prevista no *caput* do art. 5º da Constituição não pode ser excepcionada pelo legislador. E isso porque quando o Poder Constituinte assim atendeu legítimo, já o fez. Com efeito, a Lei Maior, a par da previsão do princípio isonômico no dispositivo referido, prevê hipóteses de ação afirmativa para as mulheres no inc. XX do art. 7º (*proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei*) e para os portadores de necessidades especiais no inc. VIII do art. 37 (*a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão*).

Dessa forma - ainda segundo a peça impugnativa - a Constituição teria consagrado dois regimes de igualdade jurídica. O primeiro, genérico, previsto no *caput* do art. 5º. E um segundo, direcionado às mulheres e aos deficientes, que excepcionaria o primeiro. Em síntese: as hipóteses de ações afirmativas estabelecidas no texto constitucional, por consubstanciarem uma exceção à isonomia, não poderiam ser estendidas pelo legislador. Pois bem.

O que entenderam os ministros? Que os preceitos que se traduzem em exceções devem receber, segundo o Min. Marco Aurélio, “o empréstimo de interpretação estrita”? Decidiu-se que as cláusulas de exceção previstas no texto da Carta Maior não encerram rol *numerus clausus*, ou seja, o legislador ordinário poderia gestar ações afirmativas outras que não aquelas constitucionalizadas.

Esse raciocínio se aplica, caso se desconsidere nossa afirmação de que não há qualquer contraposição entre os artigos 114 § 2º e 217 § 2º e o inc. XXXV do art. 5º, ao caso das Comissões de Conciliação Prévia.

Um pressuposto de validade do discurso jurídico é que os argumentos expendidos, no caso de similitude de suporte fático, possam ser universalizados. Não foi o que fez o Supremo Tribunal Federal.

De acordo com o princípio da *universalidade* da argumentação jurídica, não pode se utilizar premissas contraditórias em seus julgados: no caso das Comissões de Conciliação Prévia (Adi 2.160-5/DF), o legislador ordinário não pôde ampliar exceções constitucionalmente previstas; no caso das ações afirmativas (Adi 3.330/DF), pôde. Isso, com a devida vênia, não é atividade interpretativa.

5.2.4 Outras hipóteses de condicionamento

5.2.4.1 O Habeas Data e a Fase Administrativa Prévia

De relevo salientar que o condicionamento do ingresso no Judiciário à prévia manifestação da tutela administrativa é uma realidade em nosso ordenamento. E isso porque é doutrina assente que, sem prévia resistência à pretensão, não há *interesse-necessidade* de tutela jurisdicional.

O que está subjacente a esse requisito é a natureza *substitutiva* da prestação jurisdicional, a qual significa que, na hipótese de os interessados não lograrem dirimir consensualmente um litígio, a atividade de composição será substituída pelo Estado. No ponto, escrevem Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco: “Afim, é a existência do conflito de interesses que leva o interessado a dirigir-se ao juiz e a pedir-lhe uma solução; e é precisamente a contraposição dos interesses em conflito que exige a substituição dos sujeitos em conflito pelo Estado”.¹⁷⁴

Recorde-se, assim, da fase administrativa prévia estabelecida no rito da ação de *habeas data*. É interessante dizer que, mesmo antes da edição da Lei nº. 9.507/97 - a qual previu expressamente em seus artigos 2º e 8º a necessidade de o cidadão dirigir-se primeiramente ao banco de dados depositário do registro¹⁷⁵-, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,¹⁷⁶ do Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁷ e do extinto Tribunal Federal de

¹⁷⁴ *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 142.

¹⁷⁵ Art. 2º: O requerimento será apresentado ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados e será deferido ou indeferido no prazo de quarenta e oito horas. Parágrafo único. A decisão será comunicada ao requerente em vinte e quatro horas. Art. 8º: A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda. Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova: I - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão; II - da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou III - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.

¹⁷⁶ EMENTA - HABEAS DATA – NATUREZA JURÍDICA – REGIME DO PODER VISÍVEL COMO PRESSUPOSTO DA ORDEM DEMOCRÁTICA – A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES – SERVIÇO NACIONAL DE INFORMAÇÕES (SNI) – ACESSO NÃO RECUSADO AOS REGISTROS ESTATAIS – AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR – RECURSO IMPROVIDO.

- O acesso ao habeas data pressupõe, dentre outras condições e admissibilidade, a existência de interesse de agir. Ausente o interesse legitimador da ação, torna-se inviável o exercício desse remédio constitucional.

- A prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no habeas data. Sem que se configure situação prévia de pretensão resistida, há carência de ação constitucional do habeas data. (RO HD nº 22-8/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19.09.91).

Recursos¹⁷⁸ era sedimentada quanto à imprescindibilidade da negativa administrativa para se caracterizar a resistência à pretensão.

Para que se tenha uma visão mais cristalina do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema em comento, vela a pena alinhar algumas considerações sobre o RO HD nº. 22-8/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19.09.91.

Nesse caso, o impetrante, no dia seguinte à promulgação da Constituição de 1988, impetrou habeas data no Tribunal Federal de Recursos contra a Secretaria de Assuntos Estratégicos, órgão que sucedeu ao Serviço Nacional de Informação (SNI), a fim de que lhe fosse assegurado o conhecimento de todas as informações relativas a si constantes do arquivo do SNI.

Como os dados colhidos sobre as atividades desenvolvidas pelos cidadãos eram armazenados e mantidos sob sigilo, o impetrante não fez qualquer requerimento administrativo, e ingressou direto com a ação. Cumpre dizer que, à época da impetração, vigia Parecer da Consultoria-Geral da República, da lavra do Dr. Saulo Ramos, aprovado pelo Presidente da República José Sarney, alçando as informações colhidas pelo Serviço Nacional à categoria de indevassáveis.

O Tribunal Federal de Recursos acolheu preliminar de carência de ação ao argumento de que, inexistindo pedido administrativo precedente, não se configuraria o interesse de agir. O impetrante recorreu ordinariamente ao Supremo Tribunal Federal contra essa decisão.

O processo foi distribuído ao Min. Marco Aurélio, o qual em seu voto traz uma importante consideração: “Frise-se, por oportuno, que somente a 11 de outubro, cinco dias após ao ajuizamento da presente demanda, foi publicado novo parecer amenizando o enfoque relativo à intangibilidade das informações, pois passou-se a admitir duas espécies dentre estas

¹⁷⁷ EMENTA – HABEAS DATA – CF, ART. 5º, LXXII, a e b. Para exercer judicialmente o direito postulativo é indispensável a prova de ter o impetrante requerido, na via administrativa, as informações pretendidas. (HD nº 5/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Américo Luz, j. 27.06.89). Veja-se a seguinte passagem do voto condutor: “Filio-me à corrente jurisprudencial prevalecente nesta Corte, de que o exercício do direito assegurado nas alíneas ‘a’ e ‘b’ do inciso LXXII da vigente Constituição Federal exige, como pressuposto, a prova de que a pretensão foi previamente formulada na via administrativa e denegada por ato comissivo ou por omissão”. O Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, pacificou o tema mediante a edição do Enunciado nº 2 de sua Súmula de Jurisprudência Dominante: “Não cabe o habeas data (CF, Art. 5º, LXXII, letra a) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa”.

¹⁷⁸ “O direito de ação relativamente ao Habeas Data nasce da negativa do fornecimento das informações, sendo indispensável a provocação de um ato gerador de conflito para atrair o provimento jurisdicional” (HD nº1, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 02.05.89).

e, segundo as informações do acionado, as relativas ao Impetrante enquadram-se nas de conhecimento vedado porque sigilosas”.

Dois dados são significantes para se analisar a questão concernente ao interesse de agir: (i) quando do ajuizamento da ação, era pacífica a impossibilidade de obter-se, administrativamente, as informações; (ii) a defesa, no mérito, negou o direito de acesso à informação do impetrado pois estas se encartavam dentre as sigilosas.

À vista dessas considerações, o Min. Marco Aurélio prover o recurso, salientando que:

Inegavelmente, mesmo que prevaleça o entendimento a respeito da necessidade de o interessado dirigir-se ao detentor das informações antes de recorrer ao Judiciário – e sobre o tema não se exige, para deslinde do caso, a definição da Corte – surgiu para o Impetrante, com a nova Carta e diante da vigência do citado Parecer normativo, o interesse de agir, pois somente a via do novo remédio heroico poderia alcançar respostas às inúmeras indagações que, ressalta, atordoavam de há muito o respectivo espírito. O referido interesse de recorrer ao derradeiro meio restou evidenciado pela sabença do óbice existente, à época, à obtenção administrativa dos dados pessoais constantes do arquivo do Serviço.

O colegiado, contudo, não encampou este entendimento. Prevaleceu o voto-vista do Min. Celso de Mello, o qual salientou que o habeas data é uma ação civil que:

(...) submete-se aos requisitos de procedibilidade fixados na lei geral – que é o Código de Processo Civil – e que se traduzem nas condições da ação. Impossível, ausente o interesse legitimador da ação, o exercício desse direito público subjetivo. Impõe-se, por isso mesmo, que o autor demonstre a existência de uma pretensão resistida. Esta resistência, que se vê traduzida na ocorrência de obstáculo que impede o gozo de um direito pelo requerente, deve manifestar-se na verificação real, prévia e concreta de um óbice oposto pela parte contrária, em ordem a evidenciar que a invocação da tutela jurisdicional se justifica e se torna necessária em face de impedimento, jurídico ou de fato, que inviabilize a satisfação de uma determinada pretensão de direito material.

O argumento subjacente ao julgado é que sem o prévio inadimplemento (pré-processual) do dever de acolher o requerimento de acesso, retificação e/ou complementação de informações relativas à pessoa do impetrante não se configura regular o exercício do direito de habeas data.

No caso em tela, porém, a defesa dessa posição - absolutamente correta em tese - desconsiderou duas peculiaridades fundamentais do processo.

A primeira é que, à época da propositura da ação, vigia Parecer normativo que obstaculizava o pedido do autor. Ora, por que não se pode considerá-lo como uma forma de resistência à pretensão? A afirmação do Min. Celso de Mello, no sentido que o óbice deve ser “real, prévio e concreto”, com a devida vênia, não é a mais adequada.

Real, sim. Não se pode hipostasiar uma condição da ação, o que configuraria uma fraude à lei processual. Prévio, não. Com efeito, a doutrina é unânime ao afirmar que a ausência inicial de uma condição da ação pode ser supervenientemente suprida. E concreto?

Ora, a resistência pode ser identificada tanto em um ato administrativo individual quanto em um geral, abstrato e impessoal. Sustentar, como o fez o Ministro, que o óbice deve ser concreto importa em desconsiderar que a única diferença entre os atos individuais e os gerais é o seu espectro de destinatários: mais restrito naqueles, e mais amplo nestes. Ambos, porém, e é nodal fincar esse ponto, consubstanciam manifestações de vontade da Administração Pública que podem ser ampliativas ou restritivas de direitos. Nesta segunda hipótese, configura-se a resistência à pretensão.

O segundo ponto de relevo é que, no mérito, a defesa apresentou expressamente uma reserva à pretensão do impetrante. Dessa forma, se carência de ação havia - e não era o caso - ela foi suprida no curso do processo. “Há décadas”, asseverou o Min. Sepúlveda Pertence, “se reconhece que, se a autoridade, chamada para prestar informações, nelas contesta o mérito da pretensão, conhece-se do pedido”.

Veja-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal não apenas ratificou a necessidade de prévio requerimento administrativo em sede de habeas data, como ainda aplicou esse entendimento de forma rigorosa, desconsiderando peculiaridades do caso concreto que afastavam essa exigência.

De outro lado, em sede doutrinária nunca se controverteu acerca desse condicionamento. Ao tratar especificamente do tema, assim pondera o Min. Barroso: “Faltarão interesse de agir se o interessado não houver previamente formulado requerimento ao detentor da informação pretendida”.¹⁷⁹

J. J. Calmon de Passos, de sua parte, sufraga esse entendimento:

O direito à informação de dados pessoais é exercitável diretamente contra a entidade detentora e utilizadora dessas informações. Como qualquer direito subjetivo, autoriza formular-se a pretensão perante aquele a que está obrigado juridicamente. Só o inadimplemento desse dever por quem obrigado justifica a impetração do habeas data. Assim, a prova da recusa, explícita ou implícita (omissão no responder ao pedido de informações ou retardamento no fazê-lo), impõe-se, para que se configure o interesse processual no habeas data. Deve, portanto, preceder ao ajuizamento a solicitação, devidamente formalizada e comprovada, da prestação das informações pessoais desejadas.¹⁸⁰

¹⁷⁹ *O Direito Constitucional e a Efetividade...*p. 273.

¹⁸⁰ *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Constituição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 146. Na mesma linha, José Afonso da Silva (*Curso...*p. 455).

Assim, fixada a legitimidade da fase administrativa prévia no rito do habeas data, por que não se admiti-la no âmbito das Comissões de Conciliação Prévia na Justiça do Trabalho? Existe alguma diferença que justifique a disparidade de tratamento?

Em ambas, fixa-se um curto marco temporal para que o conflito seja consensualmente composto previamente à postulação judicial. Nas Comissões de Conciliação Prévia, o prazo é dez dias. Segundo a Lei 9.507/97, varia entre dez (no caso de acesso às informações) e quinze dias (nas hipóteses de retificação de dados ou anotação nos assentamentos de explicação).

Há, igualmente, nos dois casos, a estipulação de requisito vinculado às condições da ação, especificamente o *interesse-necessidade*. Sem o prévio requerimento, não há exercício regular do habeas data e do dissídio individual, senão abuso do direito de ação. Está-se a tratar, portanto, de incursão do legislador no plano do direito processual a fim de condicionar um direito fundamental.

E, por fim, as Leis 9.507/97 e 9.958/2000 não nulificam o núcleo essencial da garantia de proteção judicial efetiva, pois não excepcionam o princípio da universalidade da jurisdição. A apreciação judicial da *afirmativa* de lesão/ameaça ao direito está assegurada. Para tanto, basta que as partes, consensualmente, não componham o conflito, o que, convenhamos, não é nenhuma restrição desarrazoada.

5.2.4.2 Súmula Vinculante e o uso da reclamação condicionado ao esgotamento das vias administrativas.

Conforme antes salientamos, a exigência da prévia exaustão dos meios consensuais de solução de controvérsias como condição ao regular exercício do direito de ação (*interesse-necessidade* de tutela jurisdicional) não é algo estranho ao nosso ordenamento.

Para além do exemplo do habeas data - cuja fase administrativa prévia é bradada como legítima há mais de 25 anos pela doutrina e jurisprudência das cortes de vértice - pode-se citar ainda o modelo implantado pela Lei 11.417/06, que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. Veja-se o que dispõe § 1º do seu art. 7º: *Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.*

Por aí se vê um expresse condicionamento ao exercício da reclamação ao exaurimento da *tutela administrativa*. Partindo da premissa de que a reclamação detém natureza jurídica de *ação*,¹⁸¹ não se pode sustentar que não pode a lei infraconstitucional condicionar o acesso ao Poder Judiciário ao esgotamento da via administrativa.

O *esgotamento*, conforme antes registrado, não exige o percurso obrigatório de todas as instâncias processuais. Consuma-se o procedimento administrativo com o percurso de todas as instâncias decisórias ou, ainda, mediante a manifestação de vontade da parte de não prosseguir em seu pleito.

Acrescente-se, ademais, que não há qualquer contestação em sede judicial à Lei 11.417/06. Não apenas em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade, mas sequer no controle difuso se tem notícia de impugnação a esse enunciado.

A seu turno, a academia debate profundamente as súmulas vinculantes: sua constitucionalidade, adequação com o modelo romano-germânico, compatibilidade com o princípio da separação de poderes e da independência funcional, entre outros, são temas que ainda estão na ordem do dia.

Poucas linhas - ou nenhuma - porém, são dedicadas ao exame do § 1º do art. 7º. A necessidade de prévia exaustão administrativa como condição ao ajuizamento da reclamação é tema que se encontra à revelia das ponderações doutrinárias. À guisa de exemplo, cite-se obra de Rodolfo de Camargo Mancuso, especificamente voltada ao tema em comento, na qual o autor faz a seguinte ponderação acerca do § 1º do art. 7º em nota de rodapé:

O dispositivo se explica nisso que, enquanto não esgotada a esfera administrativa, não estará cabalmente configurada a *recusa*, pela Autoridade, em aplicar a súmula vinculante, assim como poderá ela ainda retratar-se quanto à sua anterior aplicação indevida (Súmula STF 473; art. 64-A da Lei 9.784/99, inserido pela Lei 11.417/2006); ou seja, enquanto pendente esse contexto, faltaria *interesse* (necessidade mais utilidade) para o manejo da reclamação ao STF. Sem embargo de o direito se ação ser público, abstrato e autônomo, ele não é incondicionado e genérico, mas depende do atendimento de certos requisitos, tanto *positivos* (condições da ação, pressupostos processuais) como *negativos* (ausência de impedimentos, como coisa julgada, litispendência, convenção de arbitragem). Aliás, a própria Constituição Federal traz o precedente dos *litígios de natureza desportiva*,

¹⁸¹ Contra: “A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no art. 5º, XXXIV, da CF.” (ADI 2.212, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 2-10-2003, Plenário, DJ de 14-11-2003.). Sobre o tema e as diversas correntes acerca da natureza jurídica da reclamação, *brevitatis causa*, veja-se: Dantas, Marcelo Navarro Ribeiro. *A reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

que só podem ser judicializados após o esgotamento das instâncias da justiça desportiva (§ 1º do art. 217).¹⁸²

5.2.4.3 O prévio requerimento administrativo para fins previdenciários

A melhor forma de se compreender a importância da *escalada de tutelas* que se vem de expor, bem como sua aptidão para combater a plethora de processos que afogam o Judiciário, dá-se com o prévio requerimento administrativo para fins previdenciários.

Como se sabe, sempre grassou enorme divergência em sede jurisprudencial acerca da necessidade de o cidadão poder ingressar com ação na Justiça para requerer benefício previdenciário sem antes fazer o pedido no Instituto Nacional do Seguro Social.

De um lado, a jurisprudência de ambas as turmas do STF manifestava-se no sentido de afastar a exigência de prévio requerimento como condição de acesso ao Judiciário.¹⁸³ A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, de sua parte, sempre entendeu que sem o requerimento não se vislumbraria lesão/ameaça ao direito do beneficiário.¹⁸⁴

“O fator determinante para o julgamento de um processo não pode ser a sorte ou o azar”, afirmou Eduardo Cambi em conhecido artigo no qual critica a *jurisprudência lotérica*.¹⁸⁵ Não era outra a realidade no Superior Tribunal de Justiça: é possível encontrar fecunda divergência em seu repertório.¹⁸⁶

Saliente-se, ainda, que esta Corte editou o Enunciado nº. 89 de sua Súmula de Jurisprudência Dominante, que dispõe: *A ação acidentária prescinde do exaurimento da via administrativa*. Trata-se, em verdade, de enunciado com teor idêntico àquele de nº. 213 editado pelo extinto Tribunal Federal de Recursos.

¹⁸² *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 398/399, nota de rodapé nº 210.

¹⁸³ AgRg Re 549.238, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. 05.06.2009; AgRg RE 545.214/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. 02.03.2010; AgRg RE 548.676, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. 20.06.2008; AI 525.766, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01.03.2007; RE 486.584, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 20.04.2006; RE 549.055, Rel. Min. Carlos Britto, j. 19.09.2009.

¹⁸⁴ Ver, por todos: Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal n. 200470950080428, Rel. Juíza Sônia Diniz Viana j. 15-3-2006.

¹⁸⁵ Jurisprudência Lotérica. *Revista dos Tribunais* vol. 786, abril/2001, p. 117.

¹⁸⁶ Pela necessidade de prévio requerimento: REsp 1.310.042/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 15/05/2012. Pela desnecessidade: AgRg no AREsp 304.348/SE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, j. 28/05/2013.

O grande equívoco do Superior Tribunal de Justiça, com a devida vênia, foi confundir prévio requerimento administrativo com exaustão de todas as instâncias administrativas. Esse equívoco pode ser observado, entre outros, do AgRg no AREsp 242.008/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 21/03/2013, no qual se aduz que:

É firme o entendimento desta Corte de que a ausência de prévio requerimento administrativo não constitui óbice para que o segurado pleiteie judicialmente a concessão, revisão ou restabelecimento de seu benefício previdenciário. Entendimento outrora consolidado no enunciado 213 da Súmula de jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos, que dispõe: o exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária.

Negado o benefício, não há impedimento ao segurado para que ingresse no Judiciário antes que eventual recurso seja examinado pela autarquia. Mas, antes da manifestação do INSS, já o dissemos *ad nauseam*, não há *interesse-necessidade*.

Em 03.09.2014, o Pleno do Supremo Tribunal Federal julgou o RE 631.240/MG, afetado ao regime de repercussão geral, no qual se analisava se a exigência de prévio requerimento do segurado feriria a garantia de livre acesso ao Judiciário, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

A Corte, em acórdão ainda não publicado, seguiu majoritariamente o voto do Min. Barroso no sentido de que sem pedido administrativo anterior, não fica caracterizada lesão ou ameaça de direito. “Não há como caracterizar lesão ou ameaça de direito sem que tenha havido um prévio requerimento do segurado. O INSS não tem o dever de conceder o benefício de ofício. Para que a parte possa alegar que seu direito foi desrespeitado é preciso que o segurado vá ao INSS e apresente seu pedido”¹⁸⁷, afirmou o ministro.

5.3 Implementação do Contencioso Administrativo

Estabelecida a constitucionalidade da fase administrativa prévia à ação judicial, pode-se agora inventariar algumas propostas direcionadas à solução dos litígios da Fazenda Pública e das pessoas jurídicas de direito privado que exercem funções tipicamente públicas.

¹⁸⁷ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-28/acao-previdenciaria-precedida-pedido-administrativo>. Acesso em: 18.09.2014.

Não há, com efeito, razão para que a *escalada de tutelas* antes aventada não seja observada quando um desses entes é parte na controvérsia. É interessante, a propósito, recordar alguns pontos versados pela Resolução nº. 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, a qual dispõe sobre a *Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário*.

Registre-se, primeiramente, que seus *considerandos* são uma verdadeira bússola interpretativa para que se compreenda a necessidade de que os litigantes contumazes passem por tentativas pré-processuais de solução negociada dos conflitos. Vejamos os principais:

CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa; CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios; CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria (...).

Desses dispositivos emerge cristalina a necessidade de que à *cultura da sentença* se substitua, conforme apontado por Kazuo Watanabe, uma *cultura da pacificação*.¹⁸⁸ E, para que o programa de reforma do acesso à justiça seja levado a bom termo, é imprescindível que o Poder Público seja inserto no epicentro de um movimento de aperfeiçoamento do processo civil. Bem por isso, o art. 8º da Resolução 125/2010 prevê que: “Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, *fazendária, previdenciária*, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e *Fazendários*, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ("Centros"), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão”.

¹⁸⁸Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 05.07.2014.

A *Política Judiciária Nacional*, portanto, ao se referir às causas fazendárias e previdenciárias, insere a Fazenda Pública dentro desse amplo processo de *consensualização* das controvérsias. E não poderia ser diferente, pois, como destacou Ada Pellegrini Grinover:

A grande massa de processos que afluem aos tribunais, elevando sobremaneira o número de demandas e atravancando a administração da justiça, é constituída em grande parte por causas em que se discutem e se reavivam questões repetitivas. A verdadeira vilã da proliferação dos processos repetitivos é a Administração Pública, direta e indireta, responsável por mais de 80% dos recursos pendentes nos tribunais superiores, perante os quais a situação é gravíssima.¹⁸⁹

Essa tendência à *consensualização* manifesta-se por qualquer uma das formas de autocomposição dos conflitos: transação (mútuas concessões), desistência (renúncia do direito por parte do sedizente titular da posição de vantagem) e submissão (reconhecimento da pretensão pelo devedor).

Para que se tenha na devida linha de perspectiva a importância de se estimular a *justiça coexistencial* perante o Poder Público, pense-se, v.g. , em um caso no qual uma viatura do Exército colida com um veículo particular. Todos os elementos probatórios são uníssonos no sentido de que a responsabilidade civil deve ser imputada ao Estado. O dano material está comprovado. Seria possível a submissão?

Sim, absolutamente. Por que exigir que a reparação pecuniária dê-se pela via jurisdicional? A recomposição do ordenamento jurídico não seria mais eficiente e célere se o particular fizesse um mero requerimento e, após, um valor fosse administrativamente fixado? É claro que subsistiria ao particular a possibilidade de se insurgir contra esse montante, à luz do inc. XXXV do art. 5º. Perceba-se que a obrigatoriedade de o particular dirigir-se antes ao causador do dano nada mais é do que a exigência de que a sua pretensão a um determinado bem da vida seja resistida. E a sua demanda, nos termos aqui propostos, não está, em absoluto, subtraída à apreciação do Poder Judiciário.

É de se aplaudir, neste passo, a Lei nº. 10.177/1998, que regula o processo administrativo no Estado de São Paulo. Previu-se uma seção denominada *Do Procedimento de Reparação de Danos*,¹⁹⁰ a qual permite que aquele que pretender, da Administração

¹⁸⁹ O tratamento dos processos repetitivos. In: Jayme, Fernando Gonzaga; Faria, Juliana Cordeiro de; Lauar, Maria Terra (coords.). *Processo Civil: Novas Tendências – Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 1.

¹⁹⁰ Artigo 65 - Aquele que pretender, da Fazenda Pública, ressarcimento por danos causados por agente público, agindo nessa qualidade, poderá requerê-lo administrativamente, observadas as seguintes regras: I - o requerimento será protocolado na Procuradoria Geral do Estado, até 5 (cinco) anos contados do ato ou fato que

Pública Direta ou Indireta, ressarcimento por danos causados por agente público, agindo nessa qualidade, poderá requerê-lo administrativamente à Procuradoria Geral do Estado.

Conquanto o *caput* do art. 65 preveja o termo *poderá*, é errônea a interpretação no sentido de que o dispositivo outorga uma faculdade ao administrado, o qual poderia ingressar diretamente no Judiciário. Não há duas alternativas sincrônicas abertas ao jurisdicionado. A *facultas agendi* refere-se ao exercício do direito patrimonial, e, não, à adequada via para fazê-lo valer.

houver dado causa ao dano; II - o protocolo do requerimento suspende, nos termos da legislação pertinente, a prescrição da ação de responsabilidade contra o Estado, pelo período que durar sua tramitação; III - o requerimento contera os requisitos do artigo 54, devendo trazer indicação precisa do montante atualizado da indenização pretendida, e declaração de que o interessado concorda com as condições contidas neste artigo e no subsequente; IV - o procedimento, dirigido por Procurador do Estado, observará as regras do artigo 55; V - a decisão do requerimento caberá ao Procurador Geral do Estado ou ao dirigente da entidade descentralizada, que recorrerão de ofício ao Governador, nas hipóteses previstas em regulamento; VI - acolhido em definitivo o pedido, total ou parcialmente, será feita, em 15 (quinze) dias, a inscrição, em registro cronológico, do valor atualizado do débito, intimando-se o interessado; VII - a ausência de manifestação expressa do interessado, em 10 (dez) dias, contados da intimação, implicará em concordância com o valor inscrito; caso não concorde com esse valor, o interessado poderá, no mesmo prazo, apresentar desistência, cancelando-se a inscrição e arquivando-se os autos; VIII - os débitos inscritos até 1º de julho serão pagos até o último dia útil do exercício seguinte, à conta de dotação orçamentária específica; IX - o depósito, em conta aberta em favor do interessado, do valor inscrito, atualizado monetariamente até o mês do pagamento, importará em quitação do débito; X - o interessado, mediante prévia notificação à Administração, poderá considerar indeferido seu requerimento caso o pagamento não se realize na forma e no prazo previstos nos incisos VIII e IX. § 1º - Quando o interessado utilizar-se da faculdade prevista nos incisos VII, parte final, e X, perderá qualquer efeito o ato que tiver acolhido o pedido, não se podendo invocá-lo como reconhecimento da responsabilidade administrativa. § 2º - Devidamente autorizado pelo Governador, o Procurador Geral do Estado poderá delegar, no âmbito da Administração centralizada, a competência prevista no inciso V, hipótese em que o delegante tornar-se-á a instância máxima de recurso. Artigo 66 - Nas indenizações pagas nos termos do artigo anterior, não incidirão juros, honorários advocatícios ou qualquer outro acréscimo. Artigo 67 - Na hipótese de condenação definitiva do Estado ao ressarcimento de danos, deverá o fato ser comunicado ao Procurador Geral do Estado, no prazo de 15 (quinze) dias, pelo órgão encarregado de oficiar no feito, sob pena de responsabilidade. Artigo 68 - Recebida a comunicação, o Procurador Geral do Estado, no prazo de 10 (dez) dias, determinará a instauração de procedimento, cuja tramitação obedecerá o disposto na Seção III para apuração de eventual responsabilidade civil de agente público, por culpa ou dolo. Parágrafo único - O Procurador Geral do Estado, de ofício, determinará a instauração do procedimento previsto neste artigo, quando na forma do artigo 65, a Fazenda houver ressarcido extrajudicialmente o particular. Artigo 69 - Concluindo-se pela responsabilidade civil do agente, será ele intimado para, em 30 (trinta) dias, recolher aos cofres públicos o valor do prejuízo suportado pela Fazenda, atualizado monetariamente. Artigo 70 - Vencido, sem o pagamento, o prazo estipulado no artigo anterior, será proposta, de imediato, a respectiva ação judicial para cobrança do débito. Artigo 71 - Aplica-se o disposto nesta Seção às entidades descentralizadas, observada a respectiva estrutura administrativa.

Aquele que se julga lesado por ato administrativo pode ou não querer exercer sua pretensão. Como se trata de direito privado disponível, seu titular terá o arbítrio de efetivá-lo ou não. Dessa forma, o dispositivo não concede uma faculdade, a qual, em verdade, decorre da disponibilidade do direito prevista no plano do direito material. O texto, assim, não atribui uma faculdade de agir, senão a reconhece como oriundo do direito substancial e disciplina a sua forma de efetivação.

De toda sorte, não há como se entender existente o *interesse-necessidade* de uma ação movida contra o Estado de São Paulo se o jurisdicionado não submeter antes sua pretensão à Administração Pública. A apreciação concernente a ressarcimento por danos causados por agente público pressupõe, necessariamente, a fiscalização da existência do binômio processual (necessidade + utilidade), conforme se infere do disposto no artigo 3º do Código de Processo Civil: *Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade*.

O requerimento em tela não consubstancia mero trâmite burocrático, senão impostergável procedimento apto a caracterizar a *necessidade* de tutela jurisdicional. Não deve o Poder Judiciário fazer as vezes da PGE/SP e analisar em primeira mão se o particular faz jus ou não ao que pretende. A uma, porque a atividade jurisdicional detém caráter *secundário*, e, não, primário. A duas, porque há um procedimento administrativo específico para isso junto ao órgão administrativo competente. A três, porque exercer funções atípicas quando não constitucionalmente autorizado importa em violação ao princípio da separação entre os poderes. E, a quatro, porque sem o prévio procedimento a *afirmação* de lesão/ameaça a direito não é minimamente amparada na realidade. Antes disso, o direito de ação é irregularmente exercido, sob pena de os magistrados se substituírem à instância administrativa.

Necessário salientar que o requerimento em tela representa autêntico exercício de *direito de petição*, o qual se encontra previsto em sede constitucional (alínea "a", in. XXXIV, art. 5º) e prescinde de regulamentação para ser exercido. Trata-se, na pena do Min. Celso de Mello, de

instrumento jurídico-constitucional posto à disposição de qualquer interessado – mesmo daqueles destituídos de personalidade jurídica –, com a explícita finalidade de viabilizar a defesa, perante as instituições estatais, de direitos ou valores revestidos tanto de natureza pessoal quanto de significação coletiva.¹⁹¹

¹⁹¹ ADI 1.247-MC, Plenário, j. 17-8-1995.

É evidente que a disciplina normativa do *direito de petição*, com suas fases, forma, tempo e lugar dos atos, instrução probatória, instância decisória e recursal, à semelhança do que se observa no Estado de São Paulo, é sobremaneira valiosa. Não há nenhum óbice, porém, para que, enquanto subsistir o vácuo normativo, seja aplicada supletivamente a legislação geral sobre processo administrativo do ente federativo.

De outro lado, entes privados que exercem função tipicamente pública e que estão submetidos à regulação estatal também devem ser submetidos a um semelhante regime de joiramento preventivo no âmbito do ente regulador.

Inúmeras concessionárias de serviço público, planos de saúde e instituições financeiras, malgrado submetidas aos poderes fiscalizador, sancionador e normativo do Estado, encastelam-se no topo da pirâmide do rol de litigantes. O Relatório *Cem Maiores Litigantes*, do CNJ, já referido anteriormente, é uma prova eloquente do que se vem de expor.

A conclusão é palmar: a falência do Estado Regulador é uma das principais causas da crise da justiça.¹⁹² Não se trata, aqui, de expender um juízo analítico sobre a *reengenharia de Estado* concebida, sob o primado da desestatização, com o intuito de transferência de atividades para o setor privado com ou sem fins lucrativos. O de que se cuida, em verdade, é de constatar que a política regulatória, forjada para normatizar, acompanhar e fiscalizar atividades econômicas de interesse geral não vêm sendo desenvolvidas a contento. O colapso que se vivencia pode ser observado, dentre outras causas, pelas denominadas *zonas cinzentas de regulação e captura*.

A primeira ocorre quando uma atividade econômica implica em interferência direta em diversos ciclos econômicos, de modo que surgem zonas de interseção de atribuições funcionais das entidades reguladoras. E, frequentemente, tais áreas de interseção das competências transformam-se em redutos de conflito, gerando, como consequência, uma *anomia regulatória intersetorial*.

Exemplo paradigmático colhe-se da colisão de atribuições entre o Banco Central e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) acerca da competência para

¹⁹² Conforme destacado pelo Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) João Ricardo dos Santos Costa: "Nada tem sido tão danoso ao cidadão e, ao mesmo tempo, tão pernicioso ao próprio Judiciário quanto a litigância de grandes instituições públicas e privadas, notadamente as que estão submetidas à regulação, como bancos e operadoras de telefonia. Fazendo uso predatório da Justiça e ignorando direitos básicos do cidadão, valem-se do excesso de recursos judiciais. De acordo com levantamento do CNJ, sobre os 20 maiores litigantes do país, mais da metade é composta por instituições bancárias. Do restante, grande parte é composta por entidades do Estado". (O uso predatório da Justiça. In: *Jornal Correio Braziliense* de 28.04.2014, p. 11).

fiscalização do sistema financeiro. Conforme anota Leonardo Vizeu Figueiredo, o BACEN sustentava "ter exclusividade para regular o sistema financeiro, sendo que o CADE defendeu posição diversa, argumentando que sua atividade é complementar, ou seja, os entes analisam os fatos sob ângulos diversos".¹⁹³

O *fenômeno da captura*, de sua parte, segundo Marcos Juruena Villela Souto, "decorre, basicamente, da experiência e do conhecimento técnico dos regulados, que forçarão, sempre, uma regulação que lhes seja mais viável".¹⁹⁴ Destaque-se que essa anomalia não passou despercebida à argúcia de Cappelletti:

Os funcionários dos órgãos públicos estão sempre em contato tanto com as vítimas dos abusos quanto com os causadores, os agentes dos abusos. Ora, o produtor tem, com frequência, a capacidade de captar, psicologicamente, os integrantes desse organismo especializado. Estudiosos, sobretudo norte-americanos, constataram que há grande risco de que os organismos públicos sejam cooptados, e não apenas psicologicamente, perdendo sua eficácia, sua motivação.¹⁹⁵

A agência reguladora tem a finalidade de, com independência, disciplinar e controlar as atividades da prestação de serviço público. Não há exemplo mais palmar do descalabro do que aquele que se passou com a Agência Nacional de Saúde Suplementar. Em 2013, a ANS escolheu para seu diretor o ex-advogado de planos de saúde Elano Rodrigues Figueiredo. Descobriu-se, depois, que em seu currículo apresentado ao Senado Federal essa atividade foi omitida. O que aconteceu? Nada.

A resignação com esse cenário de *desregulação* pode ser depreendida da rotineira obtemperação: uma avalanche de ações continuará todo ano a ingressar no Judiciário, de forma que, sob um prisma *consequencialista*, dever-se-ia pensar prioritariamente em como se escoar esse volume de demandas. Não! Mais eficiente do que dar um tratamento massivo aos processos repetitivos é trabalhar com a *causa* da litigiosidade plúrima. Nodal, portanto, o aperfeiçoamento da atividade disciplinar das agências reguladoras, de modo a coibir eficazmente os danos em massa oriundos de uma política empresarial desregrada.

Uma proposta seria a instituição de um procedimento de conciliação de natureza cogente no âmbito das agências, as quais, de forma independente, técnica e comprometida devem empenhar-se na concretização de uma solução negociada do conflito. Após salientar a

¹⁹³ *Lições de Direito Econômico*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 252.

¹⁹⁴ *Direito Administrativo Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 260.

¹⁹⁵ *Tutela dos interesses difusos...*p. 177.

importância de que órgãos decisórios do Estado estejam revestidos de independência e imparcialidade, destaca Alexandra da Silva Amaral que

desde que observadas certas garantias mínimas, a função judicativa atribuída a órgãos fora da estrutura do Poder Judiciário, como a que se verifica nas agências reguladoras, não ofende o princípio da separação de poderes e pode revelar-se como importante instrumento de acesso à justiça.¹⁹⁶

Não se olvide que as agências são entidades caracterizadas por sua independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira. Tendo em vista, ainda, que a atividade de regulação demanda o exercício do poder de polícia, o STF, na MC/ADi nº. 2.310\DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01.02.2001, decidiu que seu quadro de servidores deve ser composto exclusivamente por servidores ocupantes de cargos públicos. Significa dizer, em síntese, que o vínculo estatutário é uma garantia do cidadão uma vez que o regime de cargo propicia um desempenho imparcial, isento e comprometido apenas com os interesses públicos.

Não há nada de extravagante nessa proposta, eis que o ordenamento jurídico já prevê como atribuição dos entes reguladores a composição dos conflitos entre agentes regulados e consumidores. Apenas à guisa de ilustração, veja-se que a Lei 9.427/96, a qual instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, prevê no inc. V do art. 3º que lhe compete *dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores.*¹⁹⁷

Em sentido semelhante, Marcelo Alves Henrique Pinto Moreira apresenta considerações que se nos afiguram muito úteis:

Uma outra boa e efetiva medida é a do Estado fomentar o exaurimento das vias administrativas, tornando o Judiciário a última hipótese de um *iter* para solução de demandas. Na sede de cada empresa concessionária ou permissionária de serviços públicos poderia haver uma estrutura da respectiva agência reguladora que funcionaria como instância de conciliação de natureza obrigatória, que tentaria solucionar as questões, principalmente as de consumidor, antes do ajuizamento da

¹⁹⁶ A importância de um sistema interno de solução de conflitos nas Agências Reguladoras. In: Greco, Leonardo; Netto, Fernando Gama de Miranda (coords.). *Direito Processual e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 7. Ressalve-se, apenas, que a função decisória exercida pela agência não se confunde com a atividade judicante: pode-se decidir um conflito sem exercer jurisdição, tal como se verifica no âmbito dos conselhos de contribuintes.

¹⁹⁷ Normas semelhantes podem ser observadas no art. 19 da Lei 9.472/97 (ANATEL); art. 20 da Lei 9.478/97 (ANP); art. 20 da Lei 10.233/01 (ANTT e ANTAQ). Semelhante dispositivo se encontra previsto também nas agências estaduais, conforme se observa do art. 4º da Lei 2.686/97, que disciplina a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro.

ação. Em outros casos, poderiam ser criados órgãos arbitrais ou mesmo conciliadores nas sedes de sindicatos, associações e Defensoria Pública, como forma de desafogar o Judiciário, o qual julgaria somente as questões que não lograram êxito nas instâncias administrativas. Estas medidas viabilizam a solução das demandas de forma pacífica e célere, não ofendem os princípios e garantias processuais e permite que o Judiciário trabalhe de forma efetiva.¹⁹⁸

Quais argumentos em sentido contrário poderiam ser suscitados? Dir-se-ia que a proposta não lança luzes à problemática, pois a prática denegatória de direitos apenas migraria da esfera jurisdicional para a administrativa. Mais: a necessidade de submissão dos conflitos previamente às agências apenas retardaria a efetiva realização dos direitos, pois agora o consumidor precisaria percorrer não uma, senão duas vias.

Todos quantos interessados na manutenção do *status quo*, todavia, não podem olvidar que o Estado, concessionárias de serviço público e o setor bancário não podem receber o mesmo tratamento processual de um particular. A resistência manifestamente injustificada por parte de um litigante eventual não gera os efeitos sistêmicos acarretados por uma política institucional adrede forjada para retardar a implementação dos direitos. Disso implica a necessidade de um juízo de reprovação mais exacerbado sobre os comportamentos daqueles entes que mais frequentes as lides forenses. O raciocínio é linear: quanto maior o consumo do serviço jurisdicional, maiores os padrões de lhanza e boa-fé devem ser exigidos do consumidor.

Dessa forma, e tendo em vista a influência de fatores econômicos no comportamento dos litigantes contumazes, o estabelecimento de sanções pecuniárias certamente serviria como um incentivo às conciliações extrajudiciais.

Aportes do direito comparado podem auxiliar a compreensão. Geoffrey C. Hazard Jr. e Michele Taruffo, em obra dedicada ao estudo do processo civil norte-americano, salientam que:

In some states there is also a procedure called settlement offer. Under this procedure, a party may at the pretrial stage make a firm written offer of settlement in a stated amount. If the offer is accepted by the opposing party, settlement results. If not, the party refusing the settlement must pay the offering party's costs of continuing the litigation, including attorneys' fees, unless the refusing party obtains a better result in the trial. Since attorneys' fees ordinarily are not recovered by the prevailing party, this procedure is a strong settlement incentive.¹⁹⁹

¹⁹⁸ A crise do Supremo Tribunal Federal. A repercussão geral e o regime de processamento de recursos idênticos como medidas de solução. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, nº 2180, 20.06.2009. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13004/a-crise-do-supremo-tribunal-federal/1>. Acesso em: 05.07.2014.

¹⁹⁹ *American Civil Procedure – an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993, p. 123.

Cappelletti e Garth, a seu turno, após salientarem que um método para evitar litígios consiste em encorajar acordos pelo uso de estímulos econômicos, registram:

É claro que fatores econômicos tais como os custos do julgamento, os métodos pelos quais esses custos são alocados (incluindo os honorários antecipados), a taxa de inflação e a demora, influenciam a disposição das partes para com a conciliação, mesmo que esses fatores possam afetar diferentemente os diversos tipos de litigantes.²⁰⁰

Ao depois, ilustram a afirmação com “sistema de pagar o julgamento” usado prevalentemente na Inglaterra. De acordo com Cappelletti e Garth, a ideia básica do sistema inglês “é a de apenar o autor que não aceite uma proposta de conciliação oferecida à corte pela outra parte, quando, após o julgamento, se comprove ter sido razoável essa proposta. A penalidade é o pagamento pelo autor dos custos de ambas as partes”.²⁰¹

Ora, é evidente que tanto o sistema norte-americano quanto o inglês não atendem ao programa de reforma do acesso à justiça, pois invertem os termos da equação e favorecem os entes regulados, que são a parte mais forte. O estímulo aos acordos deve se dar precipuamente em face dos litigantes habituais, sob pena de se descongestionar o Judiciário às expensas da cidadania.

Cappelletti e Garth, após criticarem o sistema britânico - “esse método não parece ser promissor em nossa busca por soluções equânimes” -, destacam a superioridade do sistema de mediação de Michigan, pois:

Primeiramente, o sistema de Michigan apena o réu, tanto quanto o autor, por recusar uma proposta razoável de acordo. Em segundo lugar, o sistema de Michigan proporciona uma determinação imparcial, através de especialistas, de um acordo razoável. Isso proporciona a ambas as partes uma estimativa objetiva do valor da causa, remediando, dessa forma, até certo ponto, a falta de experiência do autor.²⁰²

À luz dessas considerações, traçaremos esquematicamente o modelo que poderia ser implantando no âmbito das agências reguladoras brasileiras.

A parte interessada - consumidor ou concessionária de serviços públicos - que se entendesse lesada em sua esfera de direitos, submeteria um requerimento à respectiva agência reguladora concedente. Esta, observando a legislação e, notadamente, o marco regulatório do setor, funcionaria como instância decisória de curso obrigatório.

Após o devido processo administrativo no qual se permitam às partes a produção de provas, a alegação de suas razões e a possibilidade de influir sobre o julgamento, a um

²⁰⁰ *Acesso à justiça...*p. 87/88.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 89.

²⁰² *Ibidem*, p. 90.

colegiado de servidores estáveis e independentes caberia a decisão do requerimento, fixando um valor que entendesse adequado à controvérsia. Se as partes concordassem com o montante, *tollitur quaestio*.²⁰³ E, quem não o fizesse, teria um prazo fixado em lei para impugnação sob pena de conversão da decisão em título executivo extrajudicial.

De plano, recorde-se que a conversibilidade propugnada não é algo estranho ao ordenamento jurídico, bastando mencionar a ação monitória. De outro lado, a formação de título executivo extrajudicial unilateralmente pelo Poder Público também é uma prática aceita à vista da certidão de dívida ativa da Fazenda. Com uma diferença: no modelo a ser implantado, o criador do título não é a mesma parte que se beneficia da sua criação.

Caso qualquer das partes não se conforme, suponha-se que tenha sido fixada a quantia de 100. Surgem, então, duas hipóteses.

Na primeira, a concessionária não se contentou com esse valor e, levado o caso ao Judiciário, este entendeu que o valor correto não é 100, mas um *quantum* superior. Como forma de *coibir* a litigância infundada, a concessionária será condenada em um percentual de 50% em cima da diferença. Assim, se a sentença fixou os danos em 160, na fase de execução a esse montante será somado 50% sobre 60, de forma que o valor total a ser pago ao consumidor será de 190.

Se, porém, a concessionária impugnar a quantia de 100 e, em sede jurisdicional, o valor arbitrado for inferior, nenhuma cominação há de ser aplicada. Como o consumidor se contentou com o valor administrativamente fixado e não acionou o Judiciário a fim de deduzir uma pretensão indevida, não pode ser penalizado. A concessionária, por evidente, como teve seu pedido julgado procedente, também não o pode.

Na segunda hipótese é o consumidor quem não se contentou com esse valor. Submetido o caso à apreciação jurisdicional, entendeu-se que o valor devido não é 100, mas um *quantum* inferior. Como forma de *coibir* a litigância infundada, o consumidor amargará um gravame no percentual de 20% em cima da diferença. Assim, se a sentença fixou os danos em 60, na fase de execução a esse montante será abatido 20% sobre 40, de forma que o valor total a ser pago ao consumidor será de 52.

Se, porém, o consumidor impugnar a quantia de 100 e, em sede jurisdicional, o valor da condenação for superior, nenhuma cominação há de ser aplicada. Como a concessionária

²⁰³ No ponto, aplicar-se-ia preceito semelhante ao inc. IX do art. 65 da Lei nº 10.177/1998/SP, o qual prevê que o recebimento do valor administrativamente fixado “importará em quitação do débito”.

se contentou com o valor administrativamente fixado e não acionou o Judiciário a fim de deduzir uma pretensão indevida, não pode ser penalizada. O consumidor, por evidente, como teve seu pedido julgado procedente, também não o pode.

São inúmeras as vantagens que podem advir dessa proposta. Vejamos, detidamente, as principais.

5.3.1 Vantagens

5.3.1.1 Julgamento técnico

Para além da redução do número de ações em todos os casos em que advier uma composição amigável em sede administrativa (consequência de um tratamento preventivo da litigiosidade plúrima), destaque-se o benefício oriundo do julgamento por parte de um corpo de especialistas versados no campo regulatório submetido à controvérsia.

Como é de conhecimento cursivo, o juiz, via de regra, é um *clínico geral* do Direito. Um dia, atua em uma Vara de Fazenda Pública; outro, em Vara Criminal; remove-se e, então, passa a exercer suas funções em Vara de Juizado; após, ao se titularizar, incumbe-lhe uma Vara de Execução Fiscal. Isso é um fato, e reconhecê-lo não importa em qualquer juízo de desvalor.

Ao cidadão importa tanto ter neurocirurgiões quanto clínicos em um bom hospital. Cada qual, em sua respectiva esfera de atuação, presta o mister que lhe cabe: um, é ótimo para acabar com uma virose; o outro, especialista em operar tumor cerebral.

Passa-se o mesmo com as doenças sociais. Matérias submetidas à intensa regulação devem ser submetidas à apreciação de órgãos especializados que proferiram julgamentos com base em critérios técnicos. O Direito, hodiernamente, não se exaure mais nos códigos, havendo um manancial de regulamentos setoriais que são desconhecidos pelo operador não-especializado. Com propriedade, salienta Carlos Ari Sundfeld que:

As pessoas querem mais: que os conflitos individuais nascidos da aplicação de todos estes planos sejam tratados por entidades imparciais – o que sempre se exigiu dos juízes, a imparcialidade. Mas isto não lhes basta. Os conflitos entre uma indústria poluidora, uma outra indústria que usa água polida lançada no rio e os vizinhos que também a consomem, quer-se que eles sejam julgados por quem entenda do assunto. Não alguém que entenda de direito apenas (isto é, das técnicas da produção e hermenêutica normativa), mas que entenda do problema específico: quem saiba das

dificuldades para compor harmonicamente o conflito, consiga dar a solução mais harmoniosa por equidade, baseando-se em critérios técnicos etc.²⁰⁴

5.3.1.2 Eficácia probatória

Os elementos probatórios produzidos no bojo do procedimento administrativo de composição de controvérsias, de outro lado, podem valer como prova emprestada na esfera jurisdicional, o que aceleraria o trâmite processual.

Com efeito, as provas regulamente produzidas em sede administrativa não precisariam ser repetidas em juízo, pois já submetidas ao contraditório na fase pré-processual. Evidente que eventual alegação de ilicitude não ficaria preclusa. De igual forma, ao magistrado seria facultado reinquirir determinada testemunha, ou solicitar esclarecimentos ao perito. Isso não afasta, porém, a vantagem que adviria das diversas hipóteses em que todo o material instrutório já fora produzido em sede administrativa e que poderia ser carreado aos autos por qualquer das partes.

Destaque-se, ademais, que o Superior Tribunal de Justiça admite a validade de provas administrativamente produzidas para fins de eficácia processual. Veja-se, *v.g.*, que no REsp 1280321/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 06.03.2012, registrou-se que “o inquérito civil possui eficácia probatória relativa para fins de instrução da ação civil pública”.

Ora, se este entendimento vale para o IC, o qual, segundo jurisprudência e doutrina majoritárias,²⁰⁵ não se submete aos princípios da ampla defesa e do contraditório, o que se dizer do contencioso regulatório?

O procedimento administrativo de resolução de controvérsias não detém caráter inquisitivo, comporta o exercício do direito de *ciência, manifestação e influência* (conteúdo contraditório) e será conduzido por terceiro que irá prover *in re aliena*. Não há razão, portanto, para não se admitir a prova emprestada do processo administrativo para o cível.

Se, respeitado o contraditório e a ampla defesa, é pacificamente admitida a utilização, no processo administrativo, de prova emprestada produzida no processo jurisdicional, por que não se admiti-la na hipótese contrária?

²⁰⁴ Introdução às agências reguladoras. In: _____ (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 30.

²⁰⁵ Ver: Geissa de Assis Rodrigues, *op. cit.*, p. 182.

5.3.1.3 Isonomia material

A proposta, ainda, tem o intuito de promover um efetivo nivelamento das partes no plano processual. Como se sabe, o dever de o juiz assegurar aos litigantes igualdade de tratamento, previsto no inc. I do art. 125 do CPC/73 deve ser lido a partir da perspectiva constitucional. Conforme tratamos em ponto anterior, as normas processuais estão submetidas à filtragem constitucional, de modo que não é possível se extrair do dispositivo uma norma divorciada dos valores constitucionais.

É imperioso, assim, que o juiz outorgue às partes uma paridade de armas no processo: a desigualdade fática deve ser compensada com um desnivelamento jurídico. Conforme leciona Cappelletti: “Não basta, portanto, a afirmação de parte do ordenamento jurídico de uma teórica e abstrata igualdade dos cidadãos, diante da lei, quando as partes não estão em grau de utilizar, em paridade de condições, daquele complexo e custoso instrumento de tutela dos direitos que é o processo”.²⁰⁶

A falta de isonomia material dos jurisdicionados possui contundentes reflexos em sua participação em juízo. Isso porque os contendores são representadas em juízo através de advogados. Este atua em nome da parte, e seu comportamento é havido, na maioria dos casos, como comportamento a ela imputável. Barbosa Moreira, com invulgar perspicácia, assim se manifestou sobre a disparidade dos litigantes no plano processual:

Ora, se a atuação dos advogados é, por assim dizer, decisiva para o desfecho do pleito, não há desprezar a possibilidade de que a diferença qualitativa entre o serviço prestado por um deles e o prestado pelo outro redunde numa distorção de perspectiva que tem muito pouco que ver com a situação real das partes no que tange à matéria litigiosa. O litigante munido de maiores recursos, apto a contratar melhor advogado, goza desde logo de vantagem que desequilibra os pratos da famosa balança da Justiça. Nessas condições, sistema que confie plenamente no confronto de lutadores, ao jeito de competição desportiva, com suposto fundamento na idéia de que "as partes" sabem cuidar melhor que ninguém dos próprios interesses - reduzido o juiz ao papel de mero "árbitro" competente apenas para assegurar a observância de certas "regras do jogo" -, é sistema que anui de bom grado em sacrificar as expectativas de equanimidade no altar de uma quimera.²⁰⁷

Na esteira dessas lições, é preciso reconhecer a disparidade que permeia as concessionárias de serviços públicos e os consumidores que se defrontam perante o contencioso regulatório. Para tanto, os estudos de Marc Galanter acerca da distinção entre os

²⁰⁶ *Processo, Ideologias e Sociedade*. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. Porto Alegre: Fabris, 2010, Vol. 2, p. 58.

²⁰⁷ O neoprivatismo no processo civil. In: *Temas de Direito Processual*. 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 100.

litigantes habituais (*repeat players*) e eventuais (*one-shotters*) com lastro na assiduidade com que frequentam as barras do judiciário é fundamental. Vejamos sua classificação:

Because of differences in their size, differences in the state of the law, and differences in their resources, some of the actors in the society have many occasions to utilize the courts (in the broad sense) to make (or defend) claims; others do so only rarely. We might divide our actors into those claimants who have only occasional recourse to the courts (one-shotters or OS) and repeat players (RP) who are engaged in many similar litigations over time.²⁰⁸

Os litigantes eventuais seriam, v.g., as partes em um divórcio, um réu no processo criminal, e o consumidor de serviços públicos. Como litigantes habituais, pense-se no governo, instituições financeiras e concessionárias de serviços públicos.

Uma diferença fundamental entre ambos, segundo Galanter, é o grau de risco a que se submetem em cada processo. Os litigantes habituais, por serem grandes instituições com um grande patrimônio, correm um risco mínimo em cada processo *uti singuli*. Os eventuais, porém, por serem pequenas unidades econômicas ou correm um alto risco no processo *de per se* considerado, ou o valor é tão ínfimo que não vale a pena ingressar no Judiciário.

O ponto alto do seu estudo é aquele no qual, após salientar que “an RP play the litigation game differently from an OS”, Galanter salienta a disparidade de prerrogativas que um RP ostenta. Trata-se de um trabalho de assento e sobremão, mundialmente conhecido, podendo-se destacar as seguintes vantagens elencadas:

- RPs, having done it before, have advance intelligence; they are able to structure the next transaction and build a record. It is the RP who writes the form contract, requires the security deposit, and the like;
- RPs develop expertise and have ready access to specialists. They enjoy economies of scale and have low start-up costs for any case;
- RPs have opportunities to develop facilitative informal relations with institutional incumbents;
- The RP must establish and maintain credibility as a combatant. His interest in his *bargaining reputation* serves as a resource to establish *commitment* to his bargaining positions. With no bargaining reputation to maintain, the OS has more difficulty in convincingly committing himself in bargaining;

²⁰⁸ Why the “haves” come out ahead? Speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review* vol. 9, 1974, p. 97.

- RPs can play the odds. The larger the matter at issue looms for OS, the more likely he is to adopt a minimax strategy (minimize the probability of maximum loss). Assuming that the stakes are relatively smaller for RPs, they can adopt strategies calculated to maximize gain over a long series of cases, even where this involves the risk of maximum loss in some cases;
- RPs can play for rules as well as immediate gains. First, it pays an RP to expend resources in influencing the making of the relevant rules by such methods as lobbying (And his accumulated expertise enables him to do this persuasively);
- RPs can also play for rules in litigation itself, whereas an OS is unlikely to. That is there is a difference in what they regard as a favorable outcome. Because his stake in the immediate outcome are high and because by definition OS is unconcerned with the outcome of similar litigation in the future, OS will have little interest in that element of the outcome which might influence the disposition of the decision-maker next time around. For the RP, on the other hand, anything that will favorably influence the outcomes of future cases is a worthwhile result. The larger the stake for any player and the lower the probability of repeat play, the less likely that he will be concerned with the rules which govern future cases of the same kind;
- RPs, by virtue of experience and expertise, are more likely to be able to discern which rules are likely to *penetrate* and which are likely to remain merely symbolic commitments. RPs may be able to concentrate their resources on rule-changes that are likely to make a tangible difference. They can trade off symbolic defeats for tangible gains.

Em síntese, são essas as principais diferenças, no plano fático, que denotam a disparidade entre os litigantes habituais e os eventuais. Cabe ao Estado, à luz dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil - notadamente a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” (inc. I do art. 3º) e a “erradicação da pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inc. III do art. 3º) - combater essa assimetria de armas.

E, por essa razão, na proposta de instituição de um contencioso administrativo entre as pessoas jurídicas de direito privado que exercem função pública e os consumidores, estabeleceu-se uma desnivelamento jurídico entre ambos.

Em passagem anterior ter-se-á observado que, no caso de insurgência frustrada do litigante habitual, sua condenação seria majorada em 50% sobre a diferença entre o montante fixado pela agência reguladora e aquele judicialmente arbitrado. Para o consumidor, diferentemente, a litigância frustrada acarretaria um decréscimo da condenação em seu favor na magnitude de 20% sobre a diferença.

A disparidade de tratamento nos parece, à vista das ponderações de Galanter, perfeitamente constitucional. Se as partes são diferentes, podem ser diferentemente tratadas. Esse é o conteúdo do princípio da isonomia material. O mais, é empanar sob o manto diáfano de discursos conservadores a nudez crua de uma realidade marcada por contradições sociais e desigualdades econômicas.

Tivemos o esmero, ao longo da obra, de não usar o vocábulo *sanção*. Não nos parece, com efeito, que o exercício do direito de ação face à irresignação quanto ao julgamento administrativo consubstancie, por si só, conduta ilícita. Disso não se deduz a impossibilidade de o ordenamento jurídico agravar a situação daquele que protraí a efetividade de um comando prolatado em seu desfavor. Pense, v.g., no art. 475-J²⁰⁹ e no inc. II do art. 488,²¹⁰ ambos do CPC/73. No mesmo diapasão, veja-se a sucumbência recursal prevista no CPC projetado em sua versão aprovada pela Câmara dos Deputados.²¹¹

Certo, a insatisfação da parte para com as instâncias administrativas não pode ser encarada com um ato contrário ao direito. Mas também não pode ser neutralmente valorada pelo legislador, de forma que é válida a majoração calculada à base da diferença entre os valores fixados.

Perceba-se que, no plano da extrafiscalidade tributária, é exatamente isso que se passa. A conduta do particular visada pelo legislador não é ilícita, pois, se assim o fora, não daria ensejo à tributação nos termos do art. 3º do Código Tributário Nacional. Todavia, como o Estado tem o interesse em desestimulá-la, majora a alíquota do imposto a fim de que os particulares, premidos pela alta tributação, deixem espontaneamente de praticar um determinado comportamento.

A majoração proposta, quer nos parecer, detém natureza jurídica de *meio de coação indireta* vocacionado a atuar sobre a *psique* do jurisdicionado. Busca, assim, instigá-lo a se adequar ao comando decorrente do contencioso administrativo regulatório. Meios coercitivos

²⁰⁹ Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

²¹⁰ A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor: II - depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente.

²¹¹ Art. 85, § 11: O tribunal, ao julgar o recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º. É vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

de semelhante finalidade já se encontram previstos na lei processual e, utilizados no viés propugnado, fomentariam o estímulo à composição dialógica das controvérsias.

6. ADR: verdades, ilusão e má-fé

6.1. O processualista entre o *velho* e o *novo*

Uma das principais novidades do Projeto de Novo Código de Processo Civil em relação ao CPC/73 refere-se à ênfase nos meios alternativos de solução de controvérsias. O paradigma adjudicatório, pelo qual a composição dos conflitos se dá imperativamente por um terceiro imparcial, deixa de ser o remédio exclusivo oferecido pela farmacologia jurídica.²¹²

Litígios são como doenças do corpo social. O estado *fisiológico* do Direito é o cumprimento espontâneo das obrigações. Uma vez verificado o suporte fático, devem as partes da relação jurídica voluntariamente fazer incidir o preceito secundário.²¹³ À exceção de hipóteses que demandam cogente passagem judiciária - cada vez mais infrequentes (pense-se

²¹² Conforme se colhe de sua Exposição de Motivos: "Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz".

²¹³ "Do ponto de vista da lógico-formal, a norma jurídica constitui uma proposição hipotética que, usando-se a linguagem da lógica tradicional, pode ser assim expressada: 'se SF então deve ser P', em que a hipótese (=antecedente) é representada pelo suporte fático (SF) e a tese (=consequente) pelo preceito (P)". (Mello, Marcos Bernardes de Mello. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da Existência*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013).

nos divórcios e inventários consensuais a partir da Lei 11.441/07) -, a situação ideal de realização do Direito é o cumprimento voluntário das normas.

A partir do momento em que as regras de convivência são descumpridas, cogita-se dos meios pelos quais se deve restaurar a ordem jurídica violada.²¹⁴ A não-correspondência entre o *dever-ser* normativo e o *ser* social implica no estado *patológico* do direito. Para correção dessa situação, é necessária a atuação de atividades destinadas à efetividade dos preceitos. Conforme ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco:

O Estado, conhecedor das concretas transgressões a todo o momento perpetradas contras as regras de convivência e não ignorando que as próprias sanções estabelecidas para essas transgressões podem restar sem efetividade se não contarem com um mecanismo de apoio, predispõe *meios de atuação*, pelos quais se dispõe a impor imperativamente a observância das normas (tutela preventiva) e as consequências antes ditadas no plano puramente abstrato (tutela reparatória etc.).²¹⁵

A questão é que esses *meios de atuação* sempre foram envernizados com a pena estatal. À sociedade, isto é, aos próprios contendores, nunca foram oportunizados mecanismos aptos à autocomposição de controvérsias. O cidadão, face à inoperância de meios amigáveis de resolução dos conflitos, via-se perante uma encruzilhada: renunciava à sua posição jurídica de vantagem ou recorria ao Poder Judiciário.

É como se a medicina oferecesse apenas um remédio para tratar a doença do paciente. O problema é que demorava muito para ser atendido pelo médico. A consulta era muito cara. O remédio possuía efeito retardado. Por vezes, sequer funcionava. Pior: criava outra doença.

Esse quadro de insatisfação - que culminou com a inserção da conciliação e da mediação no seio do Projeto de Novo Código de Processo Civil - não é recente. É bem de dizer que há mais de três décadas percebe-se uma constatação difusa na doutrina processualista pátria de que soluções consensuais deveriam estar à disposição dos cidadãos para fins de composição de seus conflitos de interesses.

Deve-se louvar a *Comissão Fux* e os juristas que participaram das discussões nas Casas Legislativas por terem auscultado os anseios sociais e da comunidade jurídica. Um passo importante foi dado. Progressos podem ser diagnosticados. Há problemas de técnica legislativa? Erros teóricos foram cometidos? Poder-se-ia ter avançado mais?

²¹⁴ Esse é, como é intuitivo, um quadro-geral bosquejado sem prejuízo de tutelas preventivas do ilícito (inibitória) e do dano (cautelar).

²¹⁵ Tutela jurisdicional. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, Vol. 1, p. 364.

Mauro Cappelletti, após referenciar as críticas que foram dirigidas ao Projeto de Acesso à Justiça, advertiu que há dois modos de se recusar mudanças: "um é simplesmente dizer não às reformas; o outro - talvez menos ostensivo - é exigir perfeição (o enfoque do tudo-ou-nada)".²¹⁶

Assiste razão, aqui como alhures, ao mestre florentino. É fácil ser engenheiro de obra pronta. O processualista deve estudar o NCPC sob o prisma de suas potencialidades emancipatórias. Cotejando-se o novo e o velho, nem o mais empedernido misoneísta poderá negar, no que diz respeito aos meios consensuais de solução de conflitos, que o avanço foi grande. Cabe ao operador do direito, agora, deslaçar as amarras dogmáticas concebidas à base do modelo de monopólio de jurisdição e permitir que a sociedade, num exercício de cidadania, atue participativamente do processo decisório.

6.2 Barreiras Teóricas, Culturais e Institucionais

Conforme salientado, no Brasil não é nova a percepção de que soluções amigáveis deveriam estar à disposição dos cidadãos para fins de composição de suas controvérsias. Barreiras teóricas, culturais e institucionais precisavam ser superadas para que se avançasse na matéria. Esses obstáculos podem ser visualizados, seguindo os passos de Cappelletti, tanto no plano dos "produtores" do direito quanto no dos "consumidores" do serviço de justiça.²¹⁷

Com efeito, vicejou na doutrina, durante longo período, a tese de que o Estado deteria o *monopólio da função jurisdicional*. A esse propósito, recorde-se o conceito de *jurisdição* de uma das mais festejadas obras de *Teoria Geral do Processo*:

Que ela é uma função do Estado e mesmo monopólio estatal, já foi dito; resta agora, a propósito, dizer que a jurisdição é, ao mesmo tempo, *poder, função e atividade*. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função

²¹⁶ Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo* n° 74, 1994, p. 89, nota de rodapé n° 18.

²¹⁷ "A velha concepção consistia em ver o direito sob a única perspectiva dos 'produtores' e de seu produto: o legislador e a lei, a administração pública e o ato administrativo, o juiz e o provimento judicial. A perspectiva de acesso consiste, ao contrário, em dar prioridade á perspectiva do consumidor do direito a da justiça: o indivíduo, os grupos, a sociedade como um todo, suas necessidades, a instância e aspiração dos indivíduos, grupos e sociedades, os obstáculos que se interpõem entre o direito visto como 'produto' (lei, provimento administrativo, sentença) e a justiça vista como demanda social, aquilo que é justo". (Acesso à justiça e a função do jurista. *Revista de Processo* n° 61, jan-mar/1991, p. 156).

que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).²¹⁸

Partindo dessa premissa, tornou-se lugar-comum a afirmação de que o Estado deteria o monopólio na distribuição de justiça, ou seja, a prestação jurisdicional seria o único modo de compor litígios. Dessa forma, os meios extrajudiciais de solução de controvérsias heterocompositivos (arbitragem) ou autocompositivos (mediação, conciliação, negociação, avaliação neutra de terceiros, processo participativo) acabaram sendo encobertos por uma doutrina adjudicatória oficial.

A premissa desse raciocínio, porém, está equivocada. É bem de ver que dois dos autores da *Teoria Geral do Processo* já reviram suas posições. Ada Pellegrini Grinover, após afirmar que a mediação/conciliação detém natureza *jurisdicional* (o que mais a frente será analisado), salientou que a jurisdição não é mais *poder*, senão *função e atividade*:

Durante muito tempo, negou-se natureza jurisdicional à mediação e conciliação. Claro que isso se deveu ao próprio conceito de *jurisdição* e aos elementos que a definiam, sendo os principais a *lide*, a *substitutividade*, a *coisa julgada*. No entanto, a existência desses elementos oferece dúvidas até em relação ao processo estatal: onde estaria a lide no processo penal? E no processo civil versando sobre direitos indisponíveis? E por que o juiz se substituiria às partes para julgar? Uma coisa são as partes, outra completamente diferente é o juiz. E a coisa julgada, então? Este verdadeiro dogma clássico perdeu seus absolutismo e relevância. Hoje a *preclusão administrativa* faz as vezes da coisa julgada, e há processos judiciais em que a satisfação do direito ocorre sem a coisa julgada (como em diversos procedimentos sumários, na monitória, na estabilização da tutela antecipada, etc.). Chega-se a falar na *relativização ou desconsideração da coisa julgada*, perante o princípio da proporcionalidade. Jurisdição, na atualidade, não é mais poder, mas apenas função e atividade. E, sobretudo, seu maior indicador é o *acesso à Justiça*, estatal ou não.²¹⁹

Cândido Rangel Dinamarco, de sua parte, também passou a entender que o Estado não detém o monopólio estatal de distribuição de justiça, tendo propugnado que:

Constitui tendência moderna o abandono do *fetichismo da jurisdição estatal*, que por muito tempo fechou a mente dos processualistas e os impediu de conhecer e buscar a aperfeiçoamento de outros meios de tutela às pessoas envolvidas em conflitos. Os *meios alternativos* para a solução destes ocupam hoje lugar de muito destaque na preocupação dos processualistas, dos quais vêm recebendo especial ênfase a *conciliação*, a *arbitragem* e, em tempos mais recentes, a *mediação*.²²⁰

²¹⁸ Grinover, Ada Pellegrini; Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 139.

²¹⁹ *Justiça conciliativa*. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?meios-alternativos-de-solucao-de-controversias>. Acesso em: 24.09.2014.

²²⁰ Tutela jurisdicional. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Vol. 1, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 391/392.

Assim é que, nos últimos anos, parcela da doutrina passou a entender que inexistia uma *reserva de mercado* do Estado na distribuição de justiça. Não há uma competição entre Sociedade e Poder Público na oferta de meios aptos ao atendimento dos interesses compositivos dos cidadãos. E nesse sentido que se manifesta Rodolfo de Camargo Mancuso quando adverte que

Não há (ou não há mais) como sustentar qualquer laivo de *monopólio estatal* da distribuição da justiça, no sentido radical que perdurou por décadas, cabendo antes reconhecer que o exercício da *jurisdição* está presente sempre que um agente, órgão ou instância se mostre capaz de prevenir ou compor um conflito em modo justo, tempestivo e sob uma boa relação custo-benefício.²²¹

O de que se cuida é de perceber que, à vista dos *resíduos de litigiosidade social* não solucionados pelos sistemas formais de tutela, a lógica que impera, aqui, é *do quanto mais melhor*. Não há, com efeito, um excesso de canais viabilizadores do acesso à *ordem jurídica justa*,²²² mas sim uma *subrepresentação* dos conflitos nas instâncias auto e heterocompositivas.

Não se pode olvidar, outrossim, a necessidade de se romper com a cultura brasileira do paternalismo estatal, segundo a qual lhe incumbe solucionar todas as pendências sociais. O esgarçamento do tecido social, de um lado, e o engatinhar dos *corpos intermediários* (associações, sindicatos, etc.), de outro, conduzem a uma nefasta dependência estatal no exercício da cidadania.²²³

O jurisdicionado, antes de tentar resolver *sponte propria* o seu conflito canaliza-o para o Judiciário. Esse mau vezo de entregar ao Estado toda e qualquer controvérsia faz com que as partes não se envolvam de modo direto na solução dos conflitos. Sem embargo, os meios alternativos pressupõem uma mentalidade favorável dos cidadãos receptiva a esse modelo de

²²¹ *Acesso à Justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011, p. 393.

²²² A conhecida expressão é da lavra de Watanabe (Acesso à justiça e sociedade moderna. In: Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel; _____. *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 135).

²²³ Conforme ensina Carlos Alberto Carmona: "Faço aqui um alerta: a terminologia tradicional, que as reporta a 'meios alternativos' parece estar sob ataque, na medida em que uma visão mais moderna do tema aponta para meios adequados (ou mais adequados) de solução de litígios, não necessariamente alternativos. Em boa lógica, (e tendo em conta o grau de civilidade que a maior parte das sociedades atingiu neste terceiro milênio), é razoável pensar que as controvérsias tendam a ser resolvidas, num primeiro momento, diretamente pelas partes interessadas (negociação, mediação, conciliação); em caso de fracasso deste diálogo primário (método autocompositivo), recorrerão os conflitantes às fórmulas heterocompositivas (processo estatal, processo arbitral). Sob este enfoque, os métodos verdadeiramente alternativos se solução de controvérsias seriam os heterocompositivos (o processo, seja estatal, seja arbitral), não os autocompositivos (negociação, mediação, conciliação)". (*Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 32/33).

pacificação das controvérsias. Nessa linha de convicções, salientam Humberto Dalla Bernadina de Pinho e Michele Paumgartten que:

Educar a sociedade a resolver seus próprios conflitos ou a escolher o melhor método para resolvê-los é uma tarefa árdua, principalmente quando, por mais que seja frustrante a inoperância dos serviços judiciais, é difícil quebrar um sistema que apesar de opressivo, é confortável porque é conhecido, familiar.²²⁴

Por fim, pode-se recordar o obstáculo decorrente de uma visão preconceituosa dos próprios membros do Poder Judiciário. Os anos de estudo, o elevado grau de dificuldade para ingresso na magistratura, as dificuldades de remoção e/ou promoção fazem-no um refratário aos meios alternativos de solução de controvérsias. Ora, como admitir que alguém que não amargou anos no interior possa exercer a judicatura? A jurisdição, quem a exerce é o juiz!, afirmam.

Nesse ponto, é relevante recordar a interessante pesquisa *Magistrados Brasileiros: caracterização e opiniões*, patrocinada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e coordenada pela Professora Maria Tereza Sadek.²²⁵

No que se refere à agilidade, os entrevistados têm uma percepção bastante crítica do Judiciário. Apenas 9,9% dos magistrados consideram-no, como um todo, "muito bom" e "bom". No extremo oposto, 48,9% avaliam a instituição, quanto à agilidade, como "ruim" e "muito ruim". A avaliação do Judiciário no que se refere às custas retrata que 40,9% dos juízes consideram como "ruim" e "muito ruim" o Judiciário.

Nesse mesmo estudo, 89,8% dos entrevistados consideram que o Poder Judiciário deve ter o monopólio da prestação jurisdicional. De outro lado, 79,6% dos juízes concordam com a afirmação segundo a qual "todas as formas alternativas de solução de conflitos (juiz leigo, juiz de paz, juiz arbitral, comissão de conciliação prévia) devem estar subordinadas ao Poder Judiciário".

Percebe-se, assim, que malgrado cômicos da baixa qualidade do serviço prestado, recusam-se a admitir que outros agentes possam prover os cidadãos com soluções mais econômicas, tempestivas e adequadas. Mais: com respostas que, para além de solucionar o conflito episódico, pacificam os conflitantes. Desfazem a *lide sociológica*.

²²⁴ Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/>. Acesso em: 25.09.2014.

²²⁵ Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/PesquisaAMB2005.pdf>. Acesso em: 25.09.2014.

6.3 Meios alternativos no direito objetivo vigente

Antes de analisar as previsões do NCPC que consagraram os meios alternativos de resolução de controvérsias, vejamos, sumariamente, o evoluir desses institutos no direito positivo. O objetivo do tópico é apontar o caminhar evolutivo das formas suasórias de composição das controvérsias e, não, se debruçar sobre cada uma dessas manifestações.

Delimitando como marco metodológico as disposições exclusivamente cunhadas para a realidade pátria, o primeiro aceno normativo deu-se com a Constituição do Império de 1824, a qual, pioneiramente, previu a arbitragem e a *mediação prévia obrigatória*²²⁶ (o que a Argentina só veio a implantar - exitosamente, destaque-se - em 1995). Destaque-se que, conforme relata Kazuo Watanabe, o modelo não vingou em virtude de conflitos políticos entre os Partidos Liberal e Conservador:

Os historiadores dizem que a figura do juiz de paz foi uma concepção dos liberais contra os conservadores, pois, com essa instituição, procuravam fazer face ao excessivo autoritarismo do Estado. Como todos os conflitos eram solucionados pelos funcionários do Judiciário, o juiz de paz, pessoa eleita pelo povo, portanto, teoricamente de sua confiança, ao atuar, estaria quebrando um pouco do autoritarismo estatal.²²⁷

Posteriormente, com a Consolidação das Leis do Trabalho em 1934, houve a instituição das Juntas de Conciliação e Julgamento, as quais foram extintas pela Emenda Constitucional n.º 24, quando os órgãos trabalhistas de primeiro grau passaram a se chamar Vara do Trabalho.

Com a Lei n.º 7.244/84, que instituiu os "Juizados Especiais de Pequenas Causas", a conciliação passou a ser a mola-mestra do procedimento, tendo o seu art. 2º asseverado que se buscaria, sempre que possível, a conciliação das partes. Conforme leciona Ada Pellegrini Grinover: "A conciliação é buscada incessantemente no processo brasileiro de pequenas

²²⁶ Art. 160. Nas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes. Art. 161. Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum. Art. 162. Para este fim haverá juízes de paz, os quais serão eletivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os vereadores das câmaras. Suas atribuições e distrito serão regulados por lei.

²²⁷ Modalidade de Mediação. In: *Série Cadernos do CEJ* n.º 22, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2011, p. 44.

causas. Pode-se até dizer que constitui a tônica da lei, obstinadamente preocupada em conciliar".²²⁸

A Constituição de 1988 previu, em seu art. 98, inc. I, a criação de juizados especiais, providos por juízes togados e leigos, competentes para a conciliação de causas cíveis de menor complexidade, os quais advieram com as Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais) e 10.259/01 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal). Com a Lei 12.153/09, essa sistemática foi ampliada para fins de abarcar a conciliação das causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios até o valor de 60 salários mínimos.

Em 1994, houve a alvissareira promulgação da Lei 8.952/94, a qual previu como dever do magistrado "tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes" (art. 125, IV), bem como instituiu a conciliação como uma das finalidades da audiência preliminar (art. 331). Na prática, porém, os juízes continuaram saneando por escrito o processo, de forma que o intuito legislativo restou esvaziado.²²⁹

A grande inovação na busca da justiça *coexistencial* ocorreu com a Lei 9.307/96, a qual disciplinou a arbitragem no direito brasileiro. Segundo a doutrina especializada, são duas as principais inovações trazidas por essa lei: (i) a instalação coercitiva da arbitragem no caso de inadimplemento do compromisso arbitral²³⁰ e (ii) a dispensabilidade da homologação judicial do laudo arbitral.²³¹⁻²³²

²²⁸ Conciliação e Juizados de Pequenas Causas. In: *Novas Tendências do Direito Processual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 186.

²²⁹ Esse comportamento foi estimulado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não importa nulidade do processo a não realização da audiência preliminar. Veja-se, por todos: Resp 148.117, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 08.03.05.

²³⁰ Art. 7º: Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

²³¹ Art. 18: 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.

²³² Rafael Bicca Machado, após dizer que a "Lei 9.307/96 'criou' a arbitragem no Brasil", salienta que: "Antes da edição da Lei 9.307/96 o procedimento existente para as arbitragens no Brasil sofria, no mínimo, de dois grandes (e graves) problemas. O primeiro era que a sentença arbitral, isto é, a decisão ofertada pelo árbitro no final do processo, no sistema antigo, tinha de ser previamente homologada pelo Poder Judiciário para que passasse então a ser exigível. Ou seja, depois de transcrito todo o processo arbitral, a parte vencedora tinha necessariamente de ingressar no Poder Judiciário para homologar o resultado de sua vitória na arbitragem. O segundo era que a lei não previa a chamada força vinculante da cláusula compromissória (Lemes, 1996, p. 232). Ou seja, no momento em que o contrato estava sendo assinado, as partes estabeleciam, por meio de uma cláusula compromissória, que as eventuais controvérsias decorrentes daquele instrumento não seriam resolvidas pelo Poder Judiciário, mas sim por um determinado árbitro ou tribunal arbitral. Ocorria, entretanto, que se porventura - quando surgisse um litígio - uma das partes se negasse a dar início à arbitragem, nada podia a outra fazer para

Destaque-se, por fim, a Resolução nº. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, a qual dispõe sobre a *Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário*. Destaque-se que seus *considerandos* são uma bússola interpretativa para que se compreenda, como salientou o artífice da Resolução, a necessidade de que à *cultura da sentença* se substitua a *cultura da pacificação*.²³³ Vejamos os principais dispositivos da lavra de Watanabe:

CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa; CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios; CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria (...).

6.4 Anverso e reverso dos meios suasórios de resolução de conflitos

Não se pode continuar a exposição sem destacar que os métodos suasórios de solução de conflitos intersubjetivos detém uma face oculta. Essa faceta é negligenciada - deliberada ou inadvertidamente - pela quase unanimidade da doutrina pátria que versa sobre os meios resolutivos que não envolvam ou, até mesmo, dispensam a participação do Judiciário.

O discurso corrente é conhecido: face à *explosão da litigiosidade*, uma eficaz saída seria disseminar meios alternativos tais como arbitragem, mediação e conciliação. A justiça informal permitiria uma solução amigável. Aproximaria as partes. Seria menos dispendiosa.

compelir aquele que prometera se submeter ao processo arbitral". (A arbitragem como 'saída' do Poder Judiciário? (Algumas relações entre Direito e Economia com apoio em Albert Hirschman. In: Jobim, Eduardo; Machado, Rafael Bicca (coords). *Arbitragem no Brasil. Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 361).

²³³ Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 05.07.2014.

Mais célere. A decisão se vocacionaria a ser adimplida pois não foi imperativamente imposta pelo Estado-Juiz. É o próprio povo participando da administração da justiça. Com a *participação popular pelo processo*, tributa-se a democracia participativa.

Aplausos. A platéia está embevecida. Os meios alternativos são a panacéia geral.

O jurisdicionado, porém, não é *Alice*, e as mesas de negociação não representam o *país das maravilhas*. A retórica oficial não é falsa. Sem embargo, é extremamente incompleta.

O discurso teórico não pode olvidar que a sociedade brasileira é tisonada por relações de classe que mascaram uma desigual distribuição do poder econômico, social e político. Em relações paritárias, os meios suasórios prestam um ótimo serviço à cidadania. Todavia, o emprego generalizado dos mecanismos alternativos em situações nas quais os conflitos ocorram entre jurisdicionados com poderes estruturalmente desiguais estiola a parte mais fraca. Consumidor e empresa, locador e inquilino, marido e mulher, às mais das vezes, não se tratam com reciprocidade em procedimentos informais. O mediador/conciliador, desprovido dos poderes de *iudicium*, não detém instrumentos para pôr cobro a exploração exercida pela parte mais forte.

Do cotejo desses discursos, aparentemente antitéticos, porém, pode-se chegar a uma solução de compromisso. Não se trata de ser a favor ou *against settlement*, evocando Owen Fiss. O Direito, como a vida em geral, não se afina com *absolutos*. O de que se cuida é de explorar as potencialidades de cada qual dessas abordagens e, equilibrando-as, chegar a um *ponto* ótimo de composição.

6.4.1 A justiça informal como remédio para a crise judiciária

Uma conduta pode ser institucionalmente incentivada por dois motivos. Ou porque ela em si - por qualidade própria - é positivamente valorada pela ordem jurídica ou, ainda, porque ela é axiologicamente neutra, mas gera externalidades que se afinam com interesses tutelados. *Tertium non datur*.

Para melhor visualização do ponto, vejamos algumas manifestações doutrinárias.

Após salientar que "a crescente sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos e a burocratização da justiça trazem relevantes limitações ao exercício da função jurisdicional", aduzem Ana Tereza Palhares Basílio e Joaquim de Paiva Muniz que:

Em um país de dimensões continentais, grande população e quantidade imensa de ações, não basta agilizar o processo judicial, pois se estaria tentando esvaziar esvaziar o mar com um balde. Há que se implementar medidas mais profundas de redução da quantidade de causas. Por isso, tem-se buscado, outrossim, popularizar meios alternativos de solução de conflitos, inspirados muitas vezes em experiências bem sucedidas no exterior, visando desafogar o Poder Judiciário.²³⁴

É nesse sentido, v.g., que se manifestam Eduardo Cambi e Alisson Farinelli:

A conciliação e a utilização de alternativas ao processo civil tradicional deve ser incentivada. Evidenciado que o Poder Judiciário não está em condições de atender a todos os jurisdicionados com rapidez e eficiência, outros meios, mesmo que não estatais, devem ser buscados.²³⁵

Nesse passo, é interessante registrar passagem de entrevista que, em 19.12.2010, o Secretário Nacional da Reforma do Judiciário concedeu à revista Consultor Jurídico. Quando indagado acerca de quais reformas ainda precisavam ser feitas para atacar a morosidade, assim respondeu o Sr. Marivaldo de Castro Pereira que:

Os mais recentes levantamentos do *Justiça em Números* revelaram que houve um aumento de demanda. O Judiciário ganhou muito em produtividade, mas houve um aumento de demanda ainda maior. Isso significa que é fundamental investir na disseminação de meios alternativos para solução de conflitos, como é o caso da mediação e da conciliação.²³⁶

A abordagem francamente majoritária vincula os meios alternativos de resolução dos conflitos com a "crise do Poder Judiciário". Afirma-se, sinteticamente, que a qualidade do serviço jurisdicional é insatisfatória, de sorte que a arbitragem, a mediação e a conciliação mostram-se como alternativas viáveis ao cidadão.

O que se depreende dessa linha de exposição é uma visão *instrumentalizada* dos meios suasórios. Eles estão à serviço da prestação jurisdicional. Servem na medida em que, sendo efetivados, desoneram o Judiciário dessa prestação. Um atua a fim de que o outro não o faça. Ou, conforme leciona Owen Fiss, "the allure of settlement in large part derives from the fact that it avoids the need for a trial".²³⁷ Nessa perspectiva, o apelo à informalização da justiça passa a ser alardeado como recurso para o desafogamento dos acervos processuais. Reside em uma *razão instrumental* o ponto de partida para a promoção dos institutos informais.²³⁸

²³⁴ Projeto de Lei de Mediação Obrigatória e a busca da pacificação social. *Revista de Arbitragem e Mediação* n° 13, abril/2007, p. 38.

²³⁵ Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo* n° 194, abril/2011, p. 281.

²³⁶ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-dez-19/entrevista-marivaldo-pereira-secretario-reforma-judiciario>. Acesso em: 28.09.2014.

²³⁷ Against Settlement, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, may/1984, p. 1.083.

²³⁸ Gabriela Maia Rebouças feriu o ponto com exatidão: "A celeridade é o argumento que, de tão contrastante, acaba por confundir finalidade e consequência. Se pensarmos em acesso à justiça, a finalidade não seria

Antonio Celso Fonseca Pugliese e Bruno Meyerhof Salama adotam uma linha expositiva diversa, uma vez que afirmam que a arbitragem "compete" com o modelo estatal de jurisdição. Ou seja, não haveria a *funcionalização* dos meios informais à serviço do Poder Judiciário pois ambos seriam agentes que disputam pela oferta das atividades de solução de controvérsias.

Após sustentarem que a "dinâmica da relação de oferta e procura pela prestação jurisdicional tem contornos semelhantes à da oferta e procura por produtos e serviços no mercado", aduzem os dois articulistas que:

A competição entre a prestação jurisdicional pública e privada induz, assim, a redução dos custos de transação associados à prestação jurisdicional pelo Estado. Em especial, a competição dá incentivos ao Estado para modernizar a legislação, repelindo normas indesejadas ou menos eficientes e substituindo-as por normas mais adequadas às necessidades da sociedade.²³⁹

Rebuscamos o artigo com toda a atenção e verificamos que sua ideia central, de fato, é que o Estado, de um lado, e as Câmaras Arbitrais, de outro, seriam órgãos em constante competição. Pois bem.

Um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CRFB/1988), com a devida vênia, não é agente econômico. Não presta o serviço jurisdicional com fins lucrativos. Fora essa a sua intenção, não seria retribuído por taxa, a qual, como não se ignora, está submetida ao *princípio da referibilidade*. Aliás, que *player* é esse que, quando o consumidor não pode pagar, trabalha de graça?

Prestando jurisdição, o Estado não almeja *superávit*. Aliás, o direito fundamental à jurisdição, sendo um autêntico *direito de liberdade*, exige variegadas prestações positivas (organizacionais, normativas e materiais). Tivessem os articulistas se interessado, poderiam verificar que, de acordo com o Relatório *Justiça em Números 2014* do Conselho Nacional de Justiça, em 2013 os gastos com o Poder Judiciário atingiram R\$ 61,6 bilhões. Que empresa deficitária!, devem pensar os articulistas.

desafogar, mas garantir direitos, resolver conflitos, harmonizando e pacificando a sociedade. Se o Judiciário consegue dar respostas com qualidade em um tempo adequado, um tempo em que cada vez mais se otimiza a prestação jurisdicional, a celeridade faz do desafogar uma consequência. Mas parece que na ânsia de atingir números, desafogar torna-se a própria finalidade. Para aumentar ainda mais a complexidade e os paradoxos desta questão, não podemos perder de vista que o acesso à justiça, no movimento das ondas renovatórias, ainda está em vias de ampliação, tanto qualitativa quanto quantitativa". (Reflexões sobre esgotamentos e perspectivas de um direito judicialmente organizado: ampliando o acesso à justiça, p. 135) Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3578.pdf>. Acesso em: 28.09.2014.

²³⁹ A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. In: Jobim, Eduardo; Machado, Rafael Bicca (coords). *Arbitragem no Brasil. Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 80/81.

Quem não compreende que o Estado não é um fim em si mesmo, que está à serviço do cidadão e que seus recursos estão dirigidos à persecução do bem comum não consegue compreender que a sua *lógica operacional* é substancialmente distinta daquela do mercado. O Estado presta serviços de transporte urbano em vias deficitárias. E, ao assim proceder, está cumprindo com o dever de "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3º, inc. III, CRFB/1988). Caso esse serviço público fosse disponibilizado para fins de concessão/permissão a iniciativa privada se voluntaria? É evidente que não. E assim o faz porque a sua lógica é lucrativa, e, não, pautada pelo interesse público. O mesmo se passa com a composição dos conflitos.

Os articulistas sustentam que a arbitragem, se comparada com a prestação jurisdicional, é mais ágil. Salientam, ainda, que o árbitro, ao contrário do juiz estatal, "pode ter formação específica em área técnica que interessa diretamente ao objeto da arbitragem",²⁴⁰ concluindo que a especialização dos árbitros gera uma maior qualidade das decisões.

Analisemos esses argumentos. Ou melhor, se a veracidade das premissas autoriza o acerto da conclusão.

Como é de conhecimento cursivo, o juiz, via de regra, é um *clínico geral* do Direito. Um dia, atua em uma Vara de Fazenda Pública; outro, em Vara Criminal; remove-se e, então, passa a exercer suas funções em Vara de Juizado; após, ao se titularizar, incumbe-lhe uma Vara de Execução Fiscal. Isso é um fato e reconhecê-lo não importa em qualquer juízo de desvalor.

Ao cidadão importa tanto ter neurocirurgiões quanto clínicos em um bom hospital. Cada qual, em sua respectiva esfera de atuação, presta o mister que lhe cabe: um, é ótimo para acabar com uma virose; o outro, especialista em operar tumor cerebral.

Neurocirurgiões e clínicos, por acaso, competem?

Passa-se o mesmo com a prestação jurisdicional. Os juízes, por dever de ofício, não são especialistas - para citar o exemplo dos articulistas - em contratos de exploração e transporte de petróleo. Portam na *horizontalidade* o que lhes carece na *verticalidade*. Assim o é e assim deve continuar a sê-lo. Consulta ao interesse público que os juízes conheçam extensivamente todas as matérias, e, não, que tenham "formação específica em área técnica que interessa diretamente ao objeto da arbitragem". Neurocirurgiões disputam mercado com

²⁴⁰ Ibidem, p. 18.

neurocirurgiões, não com clínicos. Por esse argumento, pois, não se chega à conclusão propugnada. Vamos ao próximo.

A agilidade do processo de arbitragem é notória. Também o é a morosidade do jurisdicional. Mas a celeridade é apenas *uma das diversas variáveis* que compõem a equação que sintetiza uma resolução de conflitos afinada com a tábua constitucional.

De plano, registre-se que se contam aos borbotões as hipóteses em que, nos termos do art. 33 da Lei 9.307/96, se propõem ações declaratórias de nulidade da sentença arbitral. Nos termos de seu § 3º, a mesma faculdade pode ser exercida em sede de embargos do devedor. Nesse caso, o processo arbitral, face à duplicação de instâncias, não será costumeiramente mais célere que um iniciado no Judiciário.

Além disso, não se pode olvidar que o procedimento arbitral não comporta sindicabilidade jurisdicional quanto ao mérito. Todavia, qual o custo desse *tradeoff*? Garantias processuais porventura não poderão ser insanavelmente violadas?

A esse propósito, Hermes Marcelo Huck e Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo relatam um interesse julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. No bojo da Ap 0351390-45.2011.8.19.0001, a 6ª Câmara Cível anulou laudo proferido sem que o Tribunal Arbitral tivesse admitido a realização de prova pericial contábil pleiteada pela parte vencida. Segundo Huck e Amadeo, "O Tribunal de Justiça entendeu que, ao negar a realização daquela prova, os árbitros teriam violado o princípio do contraditório".²⁴¹

Essa hipótese evidencia a impostergável necessidade de convivência harmoniosa entre os princípios constitucionais do processo. Celeridade, sim. A todo custo, não. E esse ponto, destaque-se, já foi ventilado, com o brilhantismo que lhe é peculiar, por Barbosa Moreira:

Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quicá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.²⁴²

Superado o imaginoso argumento de *competição* entre os processos arbitral e jurisdicional, deve-se volver agora lume para uma tese realmente atrativa.

²⁴¹ Árbitro: juiz de fato e de direito. *Revista de Mediação e Arbitragem* n° 40, jan.-mar./2014, p. 182.

²⁴² O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo* n° 102, abr.-jun./2001, p. 232.

Doutrina de escol advoga que a disseminação da justiça informal é incentivada em virtude de sua aptidão para promover o *escopo pacificador* da jurisdição. A acomodação dos litígios seria a mola-mestra dos meios alternativos. "Não importa se são ou não fiéis ao direito substancial", afirma Cândido Rangel Dinamarco, para após concluir que "o importante é que sejam aptos a pacificar as pessoas e eliminar seus conflitos, fazendo-lhes justiça".²⁴³

A tese propugna que a concretização do direito objetivo no âmbito dos meios alternativos de resolução de conflitos é meramente accidental, pois

Os meios alternativos não são ligados ao escopo jurídico de atuar a lei (e na prática só ocasionalmente conduzem a isso), mas buscam a pacificação das pessoas e a eliminação de conflitos, o que constitui o escopo magno do próprio sistema de tutela jurisdicional.²⁴⁴

Essa linha de exposição, porém, requer análise sobre ao menos duas considerações. A primeira é que "pacificação das pessoas" e "eliminação de conflitos" podem ser termos antitéticos. Quando se elimina consensualmente um conflito de forma injusta não se está a pacificar ninguém e, com Owen Fiss, pode-se dizer que "Settlement is a truce more than a true reconciliation".²⁴⁵ A segunda é que a subtração do referencial normativo como mecanismo primordial de decisão pode gerar o efeito colateral de acirrar a antijuridicidade. O enfrentamento a essas questões, porém, já nos conduz para as dobras da *outra história* dos meios alternativos.

6.4.2 A face oculta da Justiça consensual

Em 1984, um artigo de Owen Fiss percorreu o mundo acadêmico. Trata-se de umas daquelas raras jóias que importam na abertura de vias exploratórias antes ocultas. Sem qualquer hipérbole, pode-se dizer que dissertar sobre os *ADR* (Alternative Dispute Resolution) à revelia de *Against Settlement*²⁴⁶ faz tanto sentido quanto escrever sobre

²⁴³ Tutela jurisdicional. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, Vol. 1, p. 392.

²⁴⁴ *Ibidem*. No mesmo sentido, Cássio Scarpinella Bueno ao tratar dos meios alternativos de solução de conflitos: "Se é certo que tais técnicas não se valem, necessariamente, da atuação do Estado-juiz, é correto o entendimento que cada um deles representa, em um contexto mais amplo, um método de atingir uma das finalidades mais caras ao direito processual civil - e do próprios Estado - que é a pacificação social". (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria Geral do direito processual civil*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48).

²⁴⁵ *Against Settlement*, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, may/1984, p. 1.075.

²⁴⁶ *Ibidem*.

psicologia sem ter lido Freud, Lacan e Jung. Falar sobre o *realismo mágico* e olvidar García Márquez.

Nesse escrito, Fiss se insurge basicamente contra duas reformas realizadas no *Federal Rules of Civil Procedure*. Saliente-se, desde logo, que o ordenamento jurídico norte-americano - tal como se passava em solo pátrio até a Carta de 1934 - prevê um *condomínio legislativo processual*, isto é, tanto a União quanto Estados podem editar leis sobre processo. Nada obstante isso, na prática - e por variadas razões que aqui não comportam desenvolvimento -, muitos Estados seguem o modelo federal. É nesse sentido que se manifesta Maurice Rosemberg:

Nearly fifty years have passed since the Federal Rules of Civil Procedure were adopted. By any fair appraisal they have represented a major advance in the administration of civil justice in this country. Despite their federal genesis, many states have judged them the best procedural rules anywhere and have adopted them nearly *in toto*, with only the changes necessary to accommodate local circumstances.²⁴⁷

A primeira alteração objetiva a facilitação do acordo no bojo da *pretrial conference*. E a segunda determina que, se o vencedor receber um julgamento menos favorável do que a oferta feita pela outra parte, pagará os honorários advocatícios desta. É interessante perceber que no sistema norte-americano, à diferença do que se passa no Brasil, cada uma das partes arca com os custos de seus procuradores. Os artigos emendados são os seguintes:

Rule 16. Pretrial Conferences; Scheduling; Management

(a) *PURPOSES OF A PRETRIAL CONFERENCE.*

In any action, the court may order the attorneys and any unrepresented parties to appear for one or more pretrial conferences for such purposes as: (...) (5) facilitating settlement.

Rule 68. Offer of Judgment

(d) *PAYING COSTS AFTER AN UNACCEPTED OFFER.*

If the judgment that the offeree finally obtains is not more favorable than the unaccepted offer, the offeree must pay the costs incurred after the offer was made.

Vejam, em um primeiro momento, quais são os argumentos de Fiss, para, após, podados alguns excessos, extrairmos conclusões que podem ser aplicadas à mediação e conciliação instituídas pelo PCPC.

A principal linha argumentativa reside na consideração de que os meios alternativos retratam uma capitulação à sociedade de massas. Ademais, a *justiça* não seria alcançada em seu seio. Para Fiss, os *ADR* representam a versão civil do *plea bargaining*, no qual o consentimento da parte mais frágil é obtido mediante coerção:

²⁴⁷ The Federal Civil Rules After Half a Century. *Maine Law Review* vol. 36, 1984, p. 243.

By viewing the lawsuit as a quarrel between two neighbors, the dispute-resolution story that underlies ADR implicitly asks us to assume a rough equality between the contending parties. It treats settlement as the anticipation of the outcome of trial and assumes that the terms of settlement are simply a product of the parties' predictions of that outcome. In truth, however, settlement is also a function of the resources available to each party to finance the litigation, and those resources are frequently distributed unequally. Many lawsuits do not involve a property dispute between two neighbors, or between AT&T and the government (to update the story), but rather concern a struggle between a member of a racial minority and a municipal police department over alleged brutality, or a claim by a worker against a large corporation over work-related injuries. In these cases, the distribution of financial resources, or the ability of one party to pass along its costs, will invariably infect the bargaining process, and the settlement will be at odds with a conception of justice that seeks to make wealth of the parties irrelevant.²⁴⁸

Fiss aponta três formas pelas quais a disparidade de recursos pode influenciar a negociação: (i) a parte mais frágil frequentemente é uma *hipossuficiente informacional*, de sorte que não lhe é possível antecipar o resultado do julgamento e, por conseguinte, o custo-benefício do acordo; (ii) a parte economicamente necessitada pode necessitar imediatamente da reparação dos danos sofridos, de forma que é induzida a negociar a fim de antecipar o pagamento (essa necessidade é tão premente que é forçada a aceitar uma quantia muito inferior àquela que obteria em sede adjudicatória); e, por fim, (iii) a parte pobre não tem como financiar os custos do litígio, tais como perícia e honorários mensalmente devidos.

Essas disparidades, no âmbito jurisdicional, teriam seus efeitos atenuados em virtude de um sadio ativismo que permitiria aos juízes encetar medidas a fim de diminuir o impacto das desigualdades distributivas. Haveria, de certa forma, o exercício de uma *parcialidade positiva*, a qual, sinteticamente, consiste em compensar desigualdades fáticas entre os litigantes com desnivelamento de tratamento por parte do magistrado. De acordo com Fiss:

There is, moreover, a critical difference between a process like settlement, which is based on bargaining and accepts inequalities of wealth as an integral and legitimate component of the process, and a process like judgment, which knowingly struggles against those inequalities. Judgment aspires to an autonomy from distributional inequalities, and it gathers of its appeal from this aspiration.²⁴⁹

Ponto abordado brilhantemente por Fiss relaciona-se com a *voz autorizativa* do acordo. Por vezes, há uma colisão de interesses entre a parte e seu representante negocial, de maneira que este último pode fazer prevalecer os seus em detrimento dos do primeiro. Assim, advogados podem celebrar acordos que lhe são vantajosos, mas que, na verdade, não consultam os interesses de seu cliente. Da mesma forma, em organizações, "the chief

²⁴⁸ *Against Settlement*, p. 1076.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 1078.

executive officer may settle a suit to prevent embarrassing disclosures about his managerial policies, but such disclosures might well be in the interest of the shareholders".²⁵⁰

No que aduz com a afirmação de Dinamarco no sentido de que a justiça informal é incentivada em virtude de sua aptidão para promover o *escopo pacificador* da jurisdição, Fiss faz interessantes objeções. A finalidade da jurisdição não seria a otimização de fins privados, ou simplesmente assegurar a paz, senão efetivar valores encampados pelo ordenamento jurídico. Ou melhor, o seu escopo maior seria a aplicação desses valores e a conformação da realidade em relação a eles. Em suas palavras:

Civil litigation is an institutional arrangement for using state power to bring a recalcitrant reality closer to our chosen ideals. (...) Although the parties are prepared to live under the terms bargained for, and although such peaceful coexistence may be a necessary precondition of justice, and itself a state of affairs to be valued, it is not justice itself.²⁵¹

Percebe-se, assim um nítido viés *publicístico* na compreensão de Fiss acerca do papel da jurisdição.²⁵² A propósito, diga-se que Fiss, vinte e cinco anos após a publicação de *Against Settlement*, e à vista da repercussão e das críticas que lhe foram dirigidas, ratificou seu posicionamento em *The History of an Idea*. Nessa oportunidade, Fiss, após salientar que "the purpose of adjudication is not the resolution of a dispute, not to produce peace, but rather justice", mais uma vez afirma que:

The bargaining that normally takes place between litigants characterized, as I then assumed, by the pursuit of self-interest, imbalances of material resources, inequalities of information, and strategic behavior has no connection to justice whatsoever. It is obviously not constitutive of justice, nor is it much of an instrument for achieving justice. On occasion, bargaining might produce a just outcome, just as the judicial process might sometimes fail and produce an unjust outcome. But there is no reason to presume that the outcome of the bargaining process—a settlement—is just. All we can presume of a settlement is that it produces peace—often a very fragile and temporary peace—and although peace might be a precondition for the achievement of justice, it is not justice itself.²⁵³

²⁵⁰ Ibidem.

²⁵¹ Ibidem, p. 1089.

²⁵² Veja-se que o embate entre as visões *neoprivatistas* - a expressão é da lavra de Barbosa Moreira (O Neoprivatismo no processo civil. In: *Temas de Direito Processual*. 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87 *passim*) - e publicistas do processo civil não apenas pode ser vislumbrado em sua gênese, como regurgita até hoje.

²⁵³ *The History of an Idea*, 78 *Fordham Law Review*, 2009, p. 1276/1277.

Essas considerações de Fiss ecoaram em diversos juristas de tomo. É o caso de Ugo Mattei, para quem *ADR* seria um mecanismo criado para fins de enfrentar uma *situação de emergência* artificialmente forjada com o intuito de mascarar projetos de dominação.²⁵⁴

Para Mattei, os meios alternativos são apresentados como a cura para a fictícia *explosão da litigiosidade* propagada pelas classes mais abastadas. A esse respeito, é imperioso fazer uma referência parentética a Marc Galanter, autor de um trabalho que se tornou um clássico na literatura acerca da litigiosidade nos Estados Unidos. Em apertada síntese, Galanter se propôs a questionar o senso comum no sentido de que os norte-americanos possuem uma propensão ao litígio.²⁵⁵

Após salientar que, se fosse verdade que os americanos têm um “unappeasable appetite” para o litígio o aumento no número de processos deveria se verificar de forma generalizada, Galanter afirma que apenas alguns setores aumentaram significativamente ao longo dos anos. Assim, *v.g.*, nas Cortes Federais, entre 1975 e 1984, enquanto a categoria *tort filings* teve um acréscimo de 17%, os casos de *products liability* aumentaram 272%.

De outro lado, os casos de *recovery of overpayment* e *social security* recrudesceram, respectivamente, 6.682,7% e 412,9% nesse período, representando, somados, mais de 50% do acréscimo geral de processos. Galanter, a propósito, faz a seguinte observação:

Half of the total increase is accounted for by two giant increases – recovery cases and social security cases. Each is the result of deliberate and calculates official policy: to recover overpayment of veterans’ benefits by litigation and to curtail disability benefits by summarily removing beneficiaries from the rolls.²⁵⁶

Nessa linha de convicções, Mattei sustenta que os entusiastas do *ADR* apresentam-no como uma solução para a *explosão da litigiosidade*. Na verdade, porém, a informalização da justiça está vinculada às tendências neoliberais. Isso porque, a partir dos anos 80, muitos países reduziram os investimentos em acesso à justiça como parte do processo de desmantelamento do Estado do Bem Estar Social.

²⁵⁴ Emergency-Based Predatory Capitalism: The Rule of Law, Alternative Dispute Resolution, and Development. In: Fassin, Didier; Pandolfi, Mariella (orgs.). *Contemporary states of emergency*. New York: Zone Books, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1472370>. Acesso em: 29.09.2014.

²⁵⁵ “For almost a decade now, there has been increasing concern about the excessive legalization of American society. Many observers are convinced that America has suffered a hypertrophy of its legal institutions – manifested in the presence of too much law, too much lawyers, excessive expenditure on legal services, too much litigation, an obsessively contentious population enthralled with adversary combat, and an intrusive activist judiciary – and a concomitant erosion of community, decline of self-reliance and atrophy of informal self-regulatory mechanisms” (The day after the litigation explosion. 46, *Maryland Law Review* 3, 1986, p. 4/5).

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 17. A afirmação do autor pode ser corroborada por dados oriundos de outra obra de sua autoria: Why the “haves” come out ahead? Speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review* vol. 9, 1974, p. 106/107.

Os cortes orçamentários não se restringiram apenas à saúde, educação e moradia. Se o objetivo era o desmantelamento dos direitos que socorrem os mais necessitados, mais eficaz seria garrotear o direito sem o qual não se exercem os demais. Em outras palavras: o direito à proteção jurídica, que Boaventura de Souza Santos denomina de *direito charneira* - “um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais”²⁵⁷ -, foi migalhado:

The demise of the welfare state has produced a decline in the ideal of access to justice for all—the same fate that has happened to access to education, health care, and other services. The irresistible development of ADR thus must be understood in connection with the demise of the welfare state. Ideological hostility to the welfare state, first in the United States and then all over the world, coincides with a new, postmodern phenomenon. As a response to the access to justice problem, the ADR industry promised a huge saving in welfare funds. The access problem was to be solved by denying it exists, with the extra advantage that the nonconformist man or woman loses the right to have a court rule on their case and perhaps can be cured of their unreasonableness and dissent.²⁵⁸

Ora, se os meios alternativos se inserem dentro do projeto neoliberal, é evidente que não estão preocupados com o valor *justiça*. Assim como a *reengenharia do Estado* está associada ao interesse do mercado,²⁵⁹ a privatização da justiça, travestida de composição suasória, atende aos escopos dos detentores de poder. Nas palavras do autor:

ADR systematically favors the stronger economic and political interests against the weaker ones while at the same time effectively taming social dissent and silencing the demand for justice. The emergency here is the impossibility of delivering ordinary public access to justice and the consequent beneficial nature of any kind of private alternative.²⁶⁰

Mattei, em outro seminal ensaio,²⁶¹ destaca que a solução *privatista* importa em fechar as portas da litigância adversarial em favor de uma ideologia da paz social que apenas favorece aqueles que possuem poder de barganha. Com efeito, em situações onde há disparidade de forças, a harmonização do conflito não passa de um arremedo para esvaziar as prateleiras do Judiciário.

²⁵⁷ Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo* nº 37, jan.-mar./1985, p. 125.

²⁵⁸ *Emergency-Based Predatory Capitalism...*p. 17.

²⁵⁹ Mattei elenca quatro ajustes estruturais como cernes dos Structural Adjustment Plans (SAPs) do Banco Mundial e do FMI: "First, let markets freely determine prices while reducing or eliminating all state controls. Second, transfer all resources held by the state to the private sector. Third, reduce the budget of the state as much as possible. And fourth, reform the courts and the bureaucracy in such a way as to facilitate the development of the private sector" (Ibidem, p. 21).

²⁶⁰ Ibidem.

²⁶¹ Access to Justice. A Renewed Global Issue? *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3 (December 2007).

De outro lado, a retirada dos litígios de massa do sistema adjudicatório faz com que os *repeat players*²⁶² não enfrentem as consequências sociais de suas ações. Mattei, após salientar que "the future of access to justice, in the original sense of granting equal opportunities to litigation for the rich and the poor, seem quite grim", afirma que:

The birth of the ADR industry, and the development of a professional class of mediators, not necessarily trained in the law and serving the interests of harmony and non-adversary social control, had transformed *the issue of access to justice, by limiting as much as possible access to courts of law*. This was accomplished by creating an alternative system not based on justice but on harmony and, most importantly, a system that was almost entirely privatized.²⁶³

As críticas, como se percebe, são contundentes. Ao seu lume, poder-se-ia dizer que obviar todo meio alternativo em qualquer modalidade de conflito é a medida mais adequada. O Estado-Juiz seria o melhor prestador do serviço de distribuição de justiça. À consensualidade forjada preferir-se-ia sempre a justa adjudicação.

Quer nos parecer, entretanto, que Fiss e Mattei, de um lado, e Dinamarco e Watanabe, de outro, podem ser conciliados. Para tanto, excessos de ambas as partes devem ser decotados. Não se trata de ser *contra* ou a *favor* dos meios suasórios. Conforme dissemos, o Direito, como a vida em geral, não se afina com *absolutos*.

6.4.3 Podando os excessos à procura de uma *terceira via*

No intuito de conciliar as posições antagônicas, é preciso fixar que a *solução de compromisso* passa pelo *joejamento* dos casos em que arbitragem, mediação, conciliação, negociação, avaliação neutra de terceiros e processo participativo podem ser adotados.

O processo e os meios alternativos de composição devem ter aderência à realidade sócio-jurídica subjacente ao litígio a fim de servir como instrumento de efetivação dos valores constitucionais. Não apenas o direito material (ex: reparação de danos oriundo de inadimplemento contratual) deve ser considerado, como, ainda e precipuamente, o caso concreto (o contrato se passa entre duas multinacionais ou, ao revés, entre uma imobiliária e o comprador).

²⁶²Galanter, Marc. Why the "haves" come out ahead? Speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review* vol. 9, 1974, p. 97.

²⁶³ *Access to Justice...*, p. 3.

Perceba-se que, no primeiro caso, as partes sentam-se paritariamente na mesa de negociações. Não há, evocando as lições de Fiss, *hipossuficiente informacional*, de sorte que a ambas é possível antecipar probabilisticamente o resultado da adjudicação e, por conseguinte, o custo-benefício do acordo. De outro lado, não há uma necessidade premente de reparação dos danos sofridos, de maneira que ambas as partes podem provisionar recursos e aguardar pacientemente o trânsito em julgado. E, por fim, as multinacionais não se veem constrangidas pelos custos do litígio, podendo arcar com onerosas perícias e renomados escritórios de advocacia.

No segundo, conquanto se tenha igualmente uma hipótese de inadimplemento contratual, as assertivas do parágrafo anterior não podem ser reiteradas. Ou melhor, o podem mas apenas para a imobiliária. É aqui que se encontra o *calcanhar de Aquiles* dos meios alternativos de solução de conflitos. Nesse caso, o conflito deve, salvo alguma particularidade da relação jurídica de direito material (imobiliária *versus* construtora), passar pela via adjudicatória. Se o conflito não for solucionado sob o pálio de um *processo civil social* sob a inspiração de Klein, a desigualdade fática vai resultar nem desnivelamento jurídico. E, sem *paridade de armas*, não há processo justo. Conforme ensina Michele Taruffo:

Altrettanto difficile sarebbe ritrovare un giudizio nella decisione di un giudice corrotto, ovvero in quella del giudice che si limitasse a ratificare la vittoria di chi ha più denaro, o di chi prevale in una prova di forza (come accadeva ai tempi del duello giudiziario), o di abilità (come accade nel caso dei peggiori duelli avvocateschi), o di chi gode de uno *status* privilegiato, o di chi è innocente per definizione per meriti politici, e così via elencando.²⁶⁴

É interessante salientar que essa ponderação não passou despercebida ao precursor do movimento de reforma da Justiça civil. Como se sabe, a terceira onda renovatória do acesso à justiça - “novo enfoque de acesso à justiça”²⁶⁵-, consiste, basicamente, numa proposta de reformulação sistêmica dos meios de solução de conflitos, com ênfase nos meios alternativos.

Nada obstante isso, Cappelletti, após salientar que "há situações em que a justiça *conciliatória* (ou coexistencial) é capaz de produzir resultados que, longe de serem de 'segunda classe' são melhores, *ate qualitativamente*, do que os resultados do processo

²⁶⁴ Giudizio: processo, decisione. *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*, Bologna: Ed. Mulino, 2002, p. 168.

²⁶⁵ Essa ‘terceira onda’ de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos ‘o enfoque do acesso à justiça’ por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso" (Cappelletti, Mauro; Garth, Byrant . *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 67/68).

contencioso",²⁶⁶ afirma que isso não ocorre sempre. Exemplifica com os assuntos de direito de família, nos quais o movimento feminista norte-americano afirma que "se atua com frequência de modo bem pouco equitativo para com as mulheres".²⁶⁷

Outro não menos ilustre processualista também se mostrou preocupado com o uso dos meios alternativos no caso de disparidade de poder entre as partes. Com a clareza que lhe é peculiar, Vittorio Denti leciona que:

Esiste infatti il rischio che il ricorso a metodi alternativi impliciti - insieme ad una riduzione dei tempi di soluzione delle liti - anche una riduzione delle garanzie che il processo, pur con i suoi tempi e le sue inefficienze, è in grado di offrire alle parti. Ciò vale in particolare quando queste procedure coinvolgono le cc.dd. parti deboli (consumatori, minoranze, ecc.) le quali, in sede conciliativa, sono maggiormente esposte, rispetto a quanto avviene nel processo giurisdizionale, al rischio di abusi ad opera delle parti dotate di maggior potere contrattuale.²⁶⁸

À luz dessas considerações pode-se afirmar que os meios alternativos devem ser fomentados para as relações conflitantes onde haja uma paridade de armas, sob pena de eliminação de conflitos de forma antagônica aos valores constitucionais. A arbitragem/mediação/conciliação, firme-se o ponto, não podem ser vistos como um instrumento à disposição da parte mais forte mais expropriação de direitos alheios. A esse propósito, recorde-se lição de Boaventura de Souza Santos no sentido de que em Nova Iorque, após a criação do tribunal de habitação destinado a resolver de modo consensual os conflitos entre inquilinos e senhorios, o número de despejos aumentou.²⁶⁹

Dessa forma, não se pode acompanhar Dinamarco quando afirma que não importa se os meios alternativos são ou não fiéis ao direito material. À primeira vista, poder-se-ia imaginar que nas dobras da justiça informal haveria uma espécie de substituição do *juízo de legalidade* por um *juízo de equidade*. Ledo engano.

O de que se trata é de um iníquo desapossamento travestido de consenso nas hipóteses em que há desequilíbrio de poder entre as partes. Escamoteia-se a injustiça com a veste da informalidade, pois um ponto de vista, ao impor um *acordo de adesão*, prevalece sobre o outro.

²⁶⁶ Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo* n° 74, 1994, p. 90.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 91. Em outra passagem, ensina Cappelletti que: "Isso suscita questão básica acerca do emprego generalizado de ADR e procedimentos simplificados: eles podem ser explorados pela parte mais forte sempre que não haja 'paridade de armas' entre os litigantes" (*ibidem*).

²⁶⁸ *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 159.

²⁶⁹ Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo* n° 37, jan-mar/1985, p. 135.

Além disso, a perda do referencial normativo como paradigma decisório gera sérios riscos para a pacificação das pessoas. Se esse escopo já é discutivelmente alcançado para o litigante subjugado, em termos coletivos a informalização da justiça pode fomentar surpreendentemente a violação dos direitos.

Isso porque, se os particulares estão imersos em processos resolutivos à revelia do direito positivo, "a primazia cabe ao acordo interindividual, que pode, inclusive, contraditar o direito geral", conforme salienta Alexandre Veronese.²⁷⁰ Ou seja: o que vai disciplinar o comportamento social não será o direito estatal, senão aquele imposto pelos *repeat players* sob o pálio da consensualidade. Como os acordos em situações de desnivelamento social sempre acarreta uma deflação dos direitos dos *subintegrados*, verifica-se uma "ruptura de padrões mínimos de observância de condutas no cotidiano".²⁷¹

Significa dizer que, à vista da *deslegalização* após o inadimplemento das obrigações, as partes mais fortes serão incentivadas a descumpri-lo a fim de impor a sua *vontade de poder* sobre a outra. Dessa forma, a longa caminhada evolutiva do Direito para um sistema de normas gerais, abstratas e impessoais, no seio de um processo descriterioso de informalização, pode sofrer grave revés.

Para que esse *direito estatal* não prevaleça, portanto, as partes devem estar num plano de igualdade fática. Devem, assim, como se costuma dizer, *falar de igual para igual*.

Feitas essas considerações, pode-se analisar o Projeto de novo Código de processo Civil em sua versão aprovada pela Câmara dos Deputados.

6.5 Análise do Código projetado: a nova *lex mercatoria*

Uma das principais novidades do Projeto de Novo Código de Processo Civil em relação ao CPC/73 refere-se à ênfase nos meios alternativos de solução de controvérsias. O paradigma adjudicatório, pelo qual a composição dos conflitos se dá imperativamente por um terceiro imparcial, deixa de ser o remédio exclusivo oferecido pela farmacologia jurídica. O PNCP, de forma inovadora, após prever que o mediador e o conciliador judicial são auxiliares da justiça (art. 149), dispõe que:

²⁷⁰ Projetos Judiciários de Acesso à Justiça: entre Assistência Social e Serviços Legais. Revista Direito GV v. 3 n. 1, jan.-jun./2007, p. 30.

²⁷¹ Ibidem.

Art. 166. 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.

§ 1º A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º Em casos excepcionais, as audiências ou sessões de conciliação e mediação poderão realizar-se nos próprios juízos, desde que conduzidas por conciliadores e mediadores.

§ 3º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido 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.

§ 4º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Conforme vimos salientando, a aplicação dos meios alternativos não se pode dar de forma descriteriosa. A necessidade de tratamento adequado ao litígio, à vista do equilíbrio de poder entre as partes, parece ter sido desconsiderada.

É fundamental perceber que o critério utilizado pelo legislador para definição dos casos que se submetem à conciliação/mediação foi equivocado. Segundo o PCPC, o conciliador atuaria nos casos em que *não tiver havido vínculo anterior entre as partes*. O mediador, de sua parte, naqueles em que *tiver havido vínculo anterior entre as partes*.

O legislador ignorou em absoluto a discussão que foi noticiada no item anterior. Os meios alternativos, o temos dito *ad nauseam*, não podem ser fomentados para hipóteses em que as partes não estão em situação de paridade. Nesse sentido, saliente-se que Teresa Arruda Alvim Wambier, em caudaloso estudo acerca da mediação no direito comparado, afirma que na Espanha "Some express exclusions are based on the fact that there is 'an initial imbalance in the positions of the parties'. This is considered to happen in criminal, consumer and labour mediation, among others".²⁷²

A fábula de que a informalização detém, sempre, maior aptidão para o *justo*, é de uma alegoria tamanha que contra-argumentar, neste passo, representaria um estipêndio ocioso que nos dispensamos de fazê-lo. Fazemos nossas, portanto, as lições sempre precisas de Grinover:

Mas há um argumento, levantado por Michele Taruffo, que me inquieta: o mediador/conciliador não saberia lidar com conflitos em que há desequilíbrio entre as posições das partes, como sabe fazer o juiz, e isto levaria a acordos injustos, de certa forma impostos à parte mais fraca, com a complacência do terceiro facilitador. A crítica de Michele Taruffo não se baseia em meras hipóteses ou fantasias. A prova

²⁷² Mandatory mediation: Is it the best choice? *Revista de Processo* n° 225, nov./2013, p. 431.

disto está em diversas práticas de mediação/conciliação que se utilizam em nosso país: a conciliação na Justiça do Trabalho é de índole matemática: pediu tanto, aceite 50% e recebe logo. Nas causas previdenciárias, quando o INSS está convencido de que o segurado tem razão, não resolve a questão administrativamente mas vai à conciliação para oferecer 70% da importância devida: outra importância tarifária. E no campo do consumidor, nos assim chamados “mutirões de conciliação”, o credor simplesmente oferece uma proposta fechada, para renegociar a dívida (e o pior é que com isto obtém um título executivo,, que antes da negociação não existia). Os exemplos acima demonstram que, em situações de desequilíbrio, a Justiça conciliativa não funciona, seja ela conduzida pelo juiz ou pelo terceiro-facilitador. Talvez minha conclusão seja drástica demais, mas reafirmo minha posição no sentido de que a almejada pacificação não pode ser buscada a qualquer preço, e se a Justiça conciliativa nada mais é do que um meio de acesso à Justiça, não podem ser admitidas soluções injustas para a parte mais fraca.²⁷³

Nos termos em que se encontra o PCPC, percebe-se que a utilização de alternativas ao processo civil é incentivada porque o Judiciário não está prestando tutela adequada. Como o estado de qualidade do serviço jurisdicional é insatisfatório, a arbitragem, a mediação e a conciliação são incentivadas em função de um fator que lhes é externo.

O que se depreende dessa linha de exposição é que reside em uma *razão instrumental* o ponto de partida para a promoção dos institutos informais. Não é a necessidade de "adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial",²⁷⁴ o que norteia o legislador, senão o escopo de desafogar o Judiciário. Como o mediador e conciliador não detém poderes para coibir a exploração da parte mais frágil, o PCPC, deliberada ou inadvertidamente, institui em pleno século XXI uma nova feição da *lex mercatoria*.

²⁷³ *Justiça conciliativa*. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?meios-alternativos-de-solucao-de-controversias>. Acesso em: 24.09.2014.

²⁷⁴ Marinoni, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 150.

7. Execução fiscal

7.1 Fotografia geral do processo de execução brasileiro

A doutrina, em uníssono, afirma que a sentença condenatória, ao revés dos comandos declaratório e constitutivo, não é autossatisfativa. Significa dizer, em síntese, que atividades materiais, no plano fático, precisam ser realizadas para que seu conteúdo seja atuado praticamente. E essa fase satisfativa, como se sabe, é um dos principais gargalos do processo civil brasileiro. Sói ser sobremaneira difícil impor, no mundo do *ser*, os preceitos abstratamente formulados no mundo do *dever ser*.

Segundo o Relatório *Justiça em Números de 2014*, dos 67 milhões de processos pendentes de julgamento em 2013, 36,3 milhões eram de execução. E desses, 30 milhões de execução de títulos fiscais. Em palavras outras: 40% das ações pendentes de julgamento do

país estão em fase de execução e 82% delas decorrem da ação do Estado na cobrança de dívidas.

Enquanto a taxa de congestionamento geral é de 70,9%, na fase de execução esse percentual sobe para 86%. Analisando apenas as execuções de títulos fiscais, a taxa de congestionamento sobe ainda mais, para 91%. Nesse quadro, não se pode discordar de Watanabe quando aduz que "a execução é sabidamente morosa e constitui o calcanhar de Aquiles da Justiça".²⁷⁵ A propósito, é interessante salientar que essa insatisfação doutrinária também pode ser observada no escólio de Vittorio Denti:

Da lungo tempo e sotto molti aspetti si lamenta l'insufficienza della disciplina della tutela esecutiva. Da un lato, infatti, il processo di espropriazione forzata è appesantito da formalismi che lo rendono inadatto ad una funzione di rapida attuazione dei diritti del creditore; dall'altro lato, l'esecuzione in forma specifica incontra il limite della fungibilità della prestazione del debitore e non si presta all'adempimento forzato di obblighi non patrimoniali (ad esempio, l'obbligo di consegna di minori nell'ambito dei rapporti familiari). Il primo problema richiederebbe riforme nel senso di una deformalizzazione del procedimento espropriativo e di una limitazione degli interventi dell'organo giudiziale, sul modello di ordinamenti stranieri (ad esempio, quello svedese), che hanno affidato ad organo amministrativi, con specifica competenza e organizzazione tecnica, le procedure esecutive".²⁷⁶

Conforme se observa dessas considerações, a inadimplência agrava-se quando a Fazenda Pública é a parte exequente. Segundo o relatório *A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário* do CNJ, em 2011 as ações judiciais movidas pelo poder público para a cobrança de impostos, taxas e multas representavam 32% dos processos que tramitavam no Judiciário brasileiro.

Desses, aproximadamente três quintos vencem a etapa de citação. Apenas 25% conduzem à penhora, mas somente uma sexta parte das penhoras resulta em leilão. Em 47,4% dos processos ocorre pelo menos uma tentativa inexitosa de citação, e em 46,2% das tentativas de citação por AR são exitosas, contra 47,1% das tentativas de citação por oficial de justiça e 53,8% das tentativas de citação por edital.

Em 15% dos casos há penhora de bens, e somente um terço dessas penhoras resulta da apresentação voluntária de bens pelo devedor. Apenas 2,6% das ações de execução fiscal

²⁷⁵ *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 05.07.2014.

²⁷⁶ *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 141.

resultam em algum leilão judicial, com ou sem êxito. Do total de processos, o pregão gera recursos suficientes para satisfazer o débito em apenas 0,2% dos casos.

A probabilidade de o executivo fiscal obter êxito ou fracassar absolutamente é quase idêntica. Em 33,9% dos casos, a baixa ocorre em virtude do pagamento integral da dívida, índice que sobe para 45% nos casos em que houve citação pessoal. A extinção por prescrição ou decadência é o segundo principal motivo de baixa, respondendo por 27,7% dos casos. No universo dos executados que aderem a programas de parcelamento, 64,4% destes cumprem integralmente com as obrigações pactuadas em pelo menos um dos casos.

A pesquisa apresenta, entre outras, duas conclusões fundamentais: (i) o Poder Judiciário não está aparelhado para lidar com as demandas tributárias; (ii) o combate à morosidade judicial no Brasil deve envolver necessariamente o debate específico sobre os procedimentos de execução fiscal, uma vez que o pleno enfrentamento dessa questão tem potencial de solucionar um dos principais gargalos da Justiça brasileira.

O cumprimento de sentenças instituído com a Lei 11.232/05 e a reforma do processo de execução de título executivo extrajudicial, com a Lei 11.382/06, são manifestações claras de um estado de insatisfação com os meios predispostos pelo ordenamento para a satisfação dos direitos. De relevo observar as ponderações do Deputado Luiz Couto, relator do projeto que se converteu na Lei 11.382/06:

O processo de execução não pode ser um instrumento de favorecimento do devedor inadimplente. As regras atuais da execução de quantia pecuniária oferecem meios para o executado furtar-se à constrição judicial, inviabilizando o atendimento da pretensão do exeqüente. A reforma processual não pode, por certo, ir de encontro aos princípios do contraditório e da ampla defesa, mas deve criar mecanismos que estimulem o cumprimento das decisões judiciais e desestimulem o uso de expedientes procrastinatórios. Não há dúvida de que atualmente o sistema serve muito mais a quem não quer cumprir suas obrigações, o que precisa ser modificado. Para a efetividade da tutela jurisdicional, o projeto oferece ao sujeito ativo da relação processual os instrumentos necessários para a obtenção do crédito de forma mais célere e eficaz, reduzindo os percalços hoje enfrentados pelo credor para a satisfação de seu direito.²⁷⁷

Nessa linha de convicções, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS elaborou a pesquisa *As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em matéria fiscal), a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada*

²⁷⁷ Disponível em: <http://murillogutier.com.br/wp-content/uploads/2011/08/LEI-11.382-DE-7-DE-DEZEMBRO-DE-2006-TEXTO-EXPOSICAO-DOS-MOTIVOS-E-HISTORICO.pdf>. Acesso em: 05.07.2014.

*previamente na esfera administrativa,*²⁷⁸ a qual teve por escopo investigar o efeito da duplicidade de instâncias nas relações fisco-contribuinte.

Conforme se colhe do denso estudo, que teve o Professor Cezar Saldanha Souza Junior como pesquisador responsável, as relações Fisco *versus* Contribuinte, conducentes à formalização do crédito tributário, obedecem a um procedimento que assegura ao sujeito passivo da relação tributária uma instância administrativa protetora dos direitos de defesa em um processo administrativo cercado de garantias.

Sem prejuízo dessa instância, garante-se concomitantemente ao contribuinte – no processamento da formalização definitiva do crédito tributário – amplo acesso ao Poder Judiciário. Nesta esfera, o contencioso entre Fisco e Contribuinte, por iniciativa deste último, pode ser encetado *ex novo*. Ademais, a execução do crédito tributário, que depende de iniciativa jurídica do Fisco, só terá eficácia em processo judicial próprio, perante o órgão competente do Poder Judiciário.

Esse “sistema de duplicidade de instâncias”, para a unanimidade dos operadores do direito, não vem funcionando a contento. Os pesquisadores da Faculdade de Direito da UFRGS, na conclusão de seu estudo, apresentaram três propostas visando à melhoria da atuação jurisdicional em relação à matéria tributária:

1ª proposta: Instituir melhorias na Instância Administrativa, exigindo a obrigatoriedade de as questões tributárias e administrativas serem submetidas à apreciação dos organismos julgadores administrativos antes de levadas à jurisdição judicial; declarar a impossibilidade de os órgãos administrativos se absterem de resolver qualquer reclamação recebida; impor à Instância Administrativa prazo para resolver seus processos (possivelmente um ano); realizar a apreciação administrativa por alçadas (pelo valor da contenda, estabelecendo procedimentos processuais sumários e comuns); selecionar os membros julgadores administrativos por concurso público; proibir a *reformatio in pejus* (*os órgãos jurisdicionais administrativos deverão julgar as lides dentro dos limites e das pretensões formuladas pelas partes*) e, por fim, instituir a obrigatoriedade de apreciação de provas praticadas no procedimento administrativo dentro do processo judicial.

2ª proposta: Converter a atual Instância Administrativa Tributária como órgão julgador de 1ª Instância, que faria coisa julgada quanto aos fatos, sendo os eventuais recursos encaminhados aos tribunais judiciais competentes (Tribunais Regionais Federais ou Tribunais de Justiça), a exemplo do modelo americano em que há o direito constitucional ao recurso. Acresce-se que ao órgão jurisdicional caberia apenas a revisão das questões de direito. Para tanto, seria necessário prover os órgãos julgadores administrativos de cargos de vogais administrativos, por via de provimento por concurso público e, a fim de garantir imparcialidade e independência, retirar estes órgãos da hierarquia do Ministério ou das Secretarias da Fazenda.

²⁷⁸ Disponível em: <http://www.niajajuris.org.br/index.php/artigos/462-inter-relacoes-entre-o-processo-administrativo-e-o-judicial>. Acesso em: 27.07.2014.

3ª proposta: Separar as jurisdições, criando dois novos órgãos no Poder Judiciário Brasileiro: 1) Os Tribunais Tributários Federais e Juízes Tributários Federais; e 2) Os Tribunais Tributários e Juízes Tributários dos Estados e do DF e Territórios. A fim de extinguir a duplicidade tornar-se-ia necessário aplicar uma das três ações (a) findar os órgãos julgadores administrativos; (b) transformá-los em órgãos Julgadores de 1ª Instância; ou (c) tornar esta instância administrativa obrigatória com o fim de fortalecê-la. Esta proposta, inspirada nos modelos francês e português, encontra paradigma no modelo da Justiça Eleitoral, que é um Poder Judiciário Administrativo.²⁷⁹

7.2 O Projeto de Lei nº. 5.080/2009

É nesse contexto de propostas de reforma que deve ser analisado o Projeto de Lei nº. 5.080/2009, de autoria do Poder Executivo, o qual altera a Lei nº. 6.830/80 e que traz, entre seus pontos principais, a possibilidade do bloqueio de bens do contribuinte, pela Procuradoria da Fazenda, antes do ajuizamento da ação de execução fiscal. Trata-se da "construção preparatória", esculpida nos artigos 3º e 9º do PL.²⁸⁰

Saliente-se, de plano, que o projeto de lei se apresenta como uma das medidas previstas no chamado 2º Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, o qual tem como um de seus objetivos o "aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos".

O Pacto, em seu item 2.11, prevê a "Revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo" como uma de suas matérias prioritárias. E, de fato, a desjudicialização da execução fiscal é uma eficiente medida para se combater a morosidade judicial.

Dados colhidos da pesquisa *Custo unitário do processo de execução fiscal da União*, elaborada pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA) em 2011,²⁸¹ demonstram

²⁷⁹ Ibidem.

²⁸⁰ Art. 3º: Os atos de construção preparatória e provisória serão praticados pela Fazenda Pública credora, cabendo seu controle ao Poder Judiciário, na forma prevista nesta Lei; Art. 9º: O despacho da autoridade administrativa competente que determinar a notificação, observados os prazos e as hipóteses do art. 5o, também ordenará: I - a efetivação da construção preparatória e a avaliação de bens, respeitada a ordem estabelecida no art. 655 da Lei no 5.869, de 1973, sobre tantos bens e direitos quantos bastem para garantir o débito.

²⁸¹ Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf. Acesso em: 08.08.2014.

que o tempo médio total de tramitação do processo de execução fiscal na Justiça Federal é de 8 anos, 2 meses e 9 dias.

Segundo o estudo, somente a citação do devedor leva cinco anos para ser realizada e a penhora de algum bem, pelo menos mais um ano. Isso significa que apenas a localização do patrimônio do devedor para a satisfação do crédito público, objetivo maior do processo de execução, tem duração média seis anos.

Após salientar que o combate ao acúmulo de processos em estoque a partir de metas produtivistas não é o mais adequado, registra a pesquisa que "Uma gestão com foco em resultados preocupar-se-ia mais com estratégias de localização do executado e de seus bens do que com o mero cumprimento formal das atividades cartorárias que lhes são subjacentes". É imprescindível, portanto, repensar a duplicidade de instâncias, já que o modelo atual apresenta contundentes sinais de esgotamento.

O Projeto de Lei nº. 5.080/2009 parte da correta premissa de que o problema é que o processo é iniciado independentemente da análise da viabilidade da cobrança e sem a indicação de qualquer bem passível de penhora. Conforme destaca Nota Técnica da Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) a respeito do PL em comento:

Quem conhece a realidade da execução fiscal sabe que a paralisação dos processos executivos se deve, ou à falta de citação do devedor que se encontra em lugar incerto e não sabido, ou à ausência de indicação, pelo exequente, de bens penhoráveis.²⁸²

Busca-se, dessa forma, antecipar para a fase administrativa a identificação dos bens penhoráveis. Significa dizer que se a localização e constrição de bens for feita pelas procuradorias antes que as execuções cheguem ao Judiciário, caberá aos juízes apenas efetivamente julgar o conflito de interesses. Procurar bens do devedor, destaque-se, não é atividade privativa da jurisdição.

Autoriza-se, portanto, que a Administração Tributária realize, extrajudicialmente, a constrição preparatória do bem de forma a assegurar sua ulterior penhora na fase judicial. Perceba-se que essa medida é temporalmente provisória, já que, nos termos do art. 13,²⁸³ a

²⁸² *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, nº 23/2008, p. 317.

²⁸³ Art. 13. A Fazenda Pública deverá providenciar o ajuizamento da execução fiscal, ressalvado o disposto no § 1º do art. 17, no prazo de trinta dias, contados da efetivação da primeira constrição. § 1º A petição inicial indicará o juízo a quem é dirigida, o pedido e o requerimento de citação, bem como o valor da causa, que corresponderá ao total da dívida cobrada. § 2º A petição inicial será instruída com a certidão de dívida ativa, o resultado da investigação patrimonial e a relação de todas as constrições preparatórias realizadas, se houver, ou, alternativamente, na ausência de constrição preparatória, a comprovação de que a empresa está em atividade, para fins de penhora do faturamento. § 3º Considera-se positivo o resultado da investigação patrimonial que indicar a existência de relacionamento do devedor com instituições financeiras, para fins de penhora de dinheiro

Fazenda deverá providenciar o ajuizamento da execução fiscal, no prazo de trinta dias, contados da efetivação da primeira constrição.

A Fazenda, assim agindo, efetua apenas um ato de bloqueio do patrimônio do devedor, o qual, porém, apenas será perfectibilizado por ocasião de sua conversão em penhora mediante determinação do juiz. Conquanto o § 4º do art. 13 faça referência à conversão da constrição preparatória em penhora ou arresto, o de que se trata, efetivamente, é de penhora, medida de natureza executiva e, não, cautelar. De acordo com a Nota Técnica da AJUFE:

Transfere-se, assim, à Fazenda Pública a tarefa, cujo caráter é eminentemente administrativo, de localizar e bloquear, provisoriamente, bens destinados à garantia da execução, restando ao juiz, no exercício da jurisdição, decidir, em caráter definitivo, se aquela constrição preparatória deve ou não ser consolidada em penhora, ao determinar a citação.²⁸⁴

Destaque-se, neste ponto, que no Volume II da pesquisa *As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em matéria fiscal), a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa* foram realizados interessantes estudos de direito comparado. Do exame dos modelos jurisdicionais da França, Estados Unidos e Portugal, um ponto merece destaque.

Na parte em que se analisa o sistema português, entrevistou-se o Professor Vasco António Branco Guimarães, e lhe foi feita a seguinte indagação: "Na Pesquisa encaminhada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ –, buscamos evidenciar à sociedade brasileira que a duplicidade entre os Processos Administrativos e os Processos Judiciais – decorrente dos julgamentos sem definitividade da esfera Administrativa – é um erro para o país. Em sua percepção, o modelo de duplicidade de processos acima exposto beneficia, em nada altera ou prejudica o Estado brasileiro? E isso em qual medida?" Da resposta do professor, uma passagem merece relevo: "Dos estudos da Teoria do Estado e da prática de aplicação, sabemos que a Administração e o Judiciário cumprem funções próprias; a questão é saber onde começa e termina a atuação do Judiciário em uma determinada situação tributária".

Possivelmente os confins da atuação do Judiciário devam ser repensados não apenas para questões exclusivamente fiscais, senão para a integralidade da atividade satisfativa.

e aquela que comprovar que a empresa está em atividade, para fins de penhora de faturamento. § 4º A constrição preparatória poderá ser convertida em arresto.

²⁸⁴ Idem, p. 319.

A esse respeito, e ainda tendo como paradigma o modelo executivo português, veja-se que o recente Código de Processo Civil de 26.06.2013 manteve a *desjudicialização* da execução forçada estabelecida no Decreto-Lei n.º 226 de 20 de novembro de 2008.

O objetivo principal é que o juiz passe a intervir apenas nas situações em que exista efetivamente um conflito ou em que a relevância da questão o determine. Para tanto, instituiu-se a figura do *agente de execução*, profissional liberal (advogado ou solicitador) ao qual cabe efetuar, sob controle do juiz, todas as diligências do processo executivo, incluindo citações, notificações e publicações. Veja-se, v.g., o art. 719 do novo Código:

Cabe ao agente de execução efetuar todas as diligências do processo executivo que não estejam atribuídas à secretaria ou sejam da competência do juiz, incluindo, nomeadamente, citações, notificações, publicações, consultas de bases de dados, penhoras e seus registos, liquidações e pagamentos.

As atividades do juiz, assim, passam a ter um caráter subsidiário, não ostentando a proeminência que se observa no modelo pátrio, no qual todos os atos, mesmo os de nítido cunho cartorário, devem passar pelo batismo jurisdicional. Dessa forma, no sistema português haverá intervenção do juiz no caso em que é necessário:

proferir despacho liminar, quando deva ter lugar; julgar a oposição à execução e à penhora, bem como verificar e graduar os créditos; julgar as reclamações de atos e impugnações de decisões do agente de execução; decidir outras questões suscitadas pelo agente de execução, pelas partes ou por terceiros intervenientes (art. 723).

Destaque-se as seguintes considerações de Humberto Theodoro Júnior que, conquanto se refiram ao regime da ação executiva instituído pelo Decreto-Lei n.º 226 de 20 de novembro de 2008, aplicam-se perfeitamente ao novo Código de Processo Civil:

Procurou-se dar aos atos executivos uma ligeireza maior, colocando-os fora da esfera judicial comum onde o desenvolvimento do processo depende fundamentalmente de atuação do juiz. na moderna concepção do direito português, optou-se por deixar o juiz mais longe das atividades executivas. Reservou-se-lhe um tarefa tutelar desempenhada à distância. Sua intervenção não é sistemática e permanente, mas apenas eventual. No exercício dessa função de *tutela e controle*, o juiz interfere no procedimento 'em caso de litígio surgido na pendência da execução' (art. 809, 1-b), ou quando deva proferir em alguns casos despachos liminares sobre atos executivos (arts. 809-1-a, 812 e 812-A), resolver dúvidas (art. 809-1-d), (...).²⁸⁵

Nos termos do *Manual de Perguntas e Respostas sobre a Acção Executiva* da Direcção-Geral da Política de Justiça,²⁸⁶ o agente de execução "tem direito a ser remunerado

²⁸⁵ *Curso de Direito Processual Civil - Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 2.

²⁸⁶ Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/manual-de-perguntas-e/downloadFile/attachedFile_f0/MANUAL.RAE.DGPJ.11.12.2009.pdf?nocache=1260802990.99. Acesso em: 12.09.2014.

pelos atos praticados ou procedimentos realizados até um valor máximo". Além disso, prevê-se o pagamento de uma remuneração adicional que varia em função do valor recuperado ou garantido. Por fim, o valor da remuneração adicional varia também em função da fase processual em que o montante foi recuperado ou garantido, sendo maior quanto mais rapidamente o agente de execução conseguir terminar o processo.²⁸⁷

A *desjudicialização*, ora total, ora parcial da execução forçada, conforme destaca Humberto Theodoro Júnior, "tem sido uma tônica da evolução por que vem passando o direito processual europeu". E, com amparo em José Lebre de Freitas, e após mencionar os sistemas da Suécia, França, Bélgica, Alemanha, Áustria, Holanda e Grécia, leciona que:

Fácil é concluir que o direito europeu moderno, senão elimina a *judicialidade* do cumprimento da sentença, pelo menos reduz profundamente a intervenção judicial na fase de realização da prestação a que o devedor foi condenado. Tal intervenção, quase sempre, se dá nas hipóteses de *litígios* incidentais surgidos no curso do procedimento executivo. Não há uniformidade na eleição dos meios de simplificar e agilizar o procedimento de cumprimento forçado das sentenças entre os países europeus. Há, porém, a preocupação de reduzir, quanto possível, a sua judicialização.²⁸⁸

Trata-se, sem dúvida, de alterações que visam a dar celeridade e efetividade a uma fase processual tradicionalmente menoscabada pela teoria e prática processuais. É provável, aliás, que a falência operacional da execução esteja correlacionada com o negligência teórica em torno do tema.

Não faz muito tempo, questionava-se a natureza jurisdicional do processo satisfativo. Com efeito, durante uma longa quadra histórica entendeu-se que a jurisdição (*jus dicere*) abrangia apenas a fase de certificação dos direitos. No processo de conhecimento, desenvolver-se-iam atividades cognitivas, atos de inteligência a fim de declarar a *vontade*

²⁸⁷ Essa disciplina não se aplica quando a Pública é exequente, nas de alçada e outras hipóteses legalmente previstas no art. 722 do novo Código de Processo Civil: "Desempenho das funções por oficial de justiça 1 — Para além do que se encontre previsto noutras disposições legais, incumbe ao oficial de justiça a realização das diligências próprias da competência do agente de execução: a) Nas execuções em que o Estado seja o exequente; b) Nas execuções em que o Ministério Público represente o exequente; c) Quando o juiz o determine, a requerimento do exequente, fundado na inexistência de agente de execução inscrito na comarca onde pende a execução e na desproporção manifesta dos custos que decorreriam da atuação de agente de execução de outra comarca; d) Quando o juiz o determine, a requerimento do agente de execução, se as diligências executivas implicarem deslocamentos cujos custos se mostrem desproporcionados e não houver agente de execução no local onde deva ter lugar a sua realização; e) Nas execuções de valor não superior ao dobro da alçada do tribunal de 1.ª instância em que sejam exequentes pessoas singulares, e que tenham como objeto créditos não resultantes de uma atividade comercial ou industrial, desde que o solicitem no requerimento executivo e paguem a taxa de justiça devida; f) Nas execuções de valor não superior à alçada da Relação, se o crédito exequendo for de natureza laboral e se o exequente o solicitar no requerimento executivo e pagar a taxa de justiça devida. 2 — Não se aplica o estatuto de agente de execução ao oficial de justiça que realize diligências de execução nos termos do presente artigo.

²⁸⁸ Op. cit., p. 3.

concreta da lei. No de execução, por sua vez, praticar-se-iam atos precipuamente materiais a fim de retirar do patrimônio do executado bens aptos a satisfazer o direito de crédito do exequente.

Até hoje, nos manuais de execução, à vista de uma indevida extensão do *princípio do desfecho único*, debate-se se há mérito neste processo. Aliás, o conceito de *cognição rarefeita* é prova eloquente dessa mentalidade. E isso, destaque-se, mesmo após toda a evolução doutrinária e jurisprudencial em torno da objeção de não-executividade, a qual, hoje, encontra assento na Súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça.²⁸⁹

Não se pode olvidar, ainda, a postura daqueles que defendem a circunscrição do processo executivo aos meios sub-rogatórios. Parcela significativa da doutrina advoga que por execução deve-se entender apenas a atividade que, prescindindo da vontade do executado, invade seu patrimônio e daí retira bens para fins de expropriação. Os meios de coerção, não. A atividade que não conduz diretamente à satisfação do direito, mas que busca incidir sobre a vontade do obrigado para que a tutela do direito seja prestada voluntariamente (mas, decerto, não espontaneamente), essa atividade, afirmam, não deteria natureza executiva. O que seria, contudo, não o dizem.

O que se encontra subjacente a essa postura é negação da maior latitude de poder conferida aos magistrados no âmbito da execução indireta. Como se sabe, as sentenças com executividade intrínseca (art. 461, CPC e art. 84, CDC), rompem com dois paradigmas do processo: a *tipicidade dos meios executivos* e a *adstrição entre o pedido e a sentença*. Quanto ao primeiro, vige o *princípio da concentração do poder executivo*, de forma que ao juiz se concede poder para outorgar, à revelia de previsão legal, a medida executiva mais adequada à situação jurídica de direito material; quanto ao segundo princípio, na lição de Marinoni, "o juiz, diante dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, pode deixar de lado, além do *meio executivo solicitado*, o próprio *pedido mediato*. É claro que esse amplo poder de execução, conferido ao juiz, tem o objetivo de dar *maior flexibilidade* para a concessão da providência e do meio executivo que seja, a um só tempo, realmente capaz de dar tutela ao direito e implique na menor restrição possível á esfera jurídica do réu".²⁹⁰ Esse amplo leque de providências que os

²⁸⁹ "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

²⁹⁰ *Técnica processual...*p. 113.

magistrados podem conceder na fase satisfativa, porém, não se coaduna com as atividades estritamente materiais que sempre foram atribuídas ao processo executivo.

E essas concepções doutrinárias refratárias, se não à efetividade da fase satisfativa, à reformulação de modelos teóricos ultrapassados, como não poderia deixar de ser, refletiu-se na práxis. Num sistema de compensação inconsciente de um equívoco teórico praticado na fase certificativa (*processo civil do autor*), prega-se uma *execução do devedor*. É essa a realidade da execução fiscal praticada no Brasil.

As pesquisas colacionadas ao longo do presente estudo evidenciam a necessidade de se repensar a duplicidade de instâncias, já que o modelo atual apresenta graves sinais de esgotamento.²⁹¹ Conforme se colhe da Exposição de Motivos do Projeto de Lei 5.080/2009:

A proposta ora apresentada orientou-se pela construção de um procedimento que propicie a integração da fase administrativa de cobrança do crédito público com a subsequente fase judicial, evitando a duplicidade de atos e reservando ao exame e atuação do Poder Judiciário apenas as demandas que, sem solução extrajudicial, tenham alguma base patrimonial para a execução forçada.

O de que se trata, assim, é de aprimorar o processo executivo na medida em que se permite a realização da constrição patrimonial e avaliação de bens diretamente pela Administração Tributária.²⁹² E, além disso, a utilização da via judicial somente será admitida se houver efetiva chance de êxito na execução forçada.²⁹³

²⁹¹ Veja-se a seguinte passagem da Exposição de Motivos do PL 5.082/2009 (Lei Geral de Transação Tributária), que integra o pacote de propostas para a reforma tributária: "Hoje se estima, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que a fase administrativa do processo tributário tenha, em média, uma duração de 04 anos para ser concluída e a fase judicial, 12 anos. Esse fato, somado à ineficácia da execução fiscal dos créditos tributários, explica, em boa medida, o fato de que menos de 1% do estoque da dívida ativa da União de R\$ 400 bilhões de reais ingressa nos cofres públicos a cada ano por essa via, sendo que o percentual do ingresso não ultrapassa a dois vírgula cinco por cento do estoque (R\$ 9,6 bilhões de reais de arrecadação em 2006), mesmo com as medidas de parcelamento adotadas (REFIS, PAES e PAEX) e com a incorporação dos depósitos judiciais. O estoque da dívida ativa da União, incluída a da Previdência Social, já alcança a cifra de R\$ 600 bilhões de reais e, uma vez incorporado o que ainda está em litígio administrativo, chega-se à impressionante cifra de R\$ 900 bilhões de reais. Esse número representa 1,5 vezes a arrecadação da União de 2006 e, apenas no âmbito da arrecadação federal, cerca de metade do PIB do país". Com efeito, a inadimplência quanto à dívida ativa da União é prova evidente que o processo vocacionado à sua cobrança não é dotado de efetividade. Veja-se, nesse sentido, o escólio sempre claro de Barbosa Moreira: "Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material" (Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo* nº105, jan.-mar./2002, p. 181).

²⁹² Art. 3º: Os atos de constrição preparatória e provisória serão praticados pela Fazenda Pública credora, cabendo seu controle ao Poder Judiciário, na forma prevista nesta Lei; Art. 9º: O despacho da autoridade administrativa competente que determinar a notificação, observados os prazos e as hipóteses do art. 5o, também

Tendo em vista que a notificação administrativa para pagamento interrompe a prescrição, as procuradorias não precisarão mais, conquanto cientes da improbabilidade de sucesso na cobrança, promover a ação judicial apenas com esse objetivo.

Interessante destacar que a proposta de *desjudicialização* da execução fiscal é parcial, já que a sua inovação reside apenas em autorizar os procuradores de fazendas nacional, estaduais e municipais a penhorar bens antes do ajuizamento das execuções fiscais. As expropriações *liquidativa*²⁹⁴ e *satisfativa*,²⁹⁵ contudo, remanescem no âmbito judicial.

De toda forma, permanece assegurado ao executado, nos termos dos arts. 22 e 25,²⁹⁶ o direito de acesso ao Judiciário a fim de impugnar eventual irregularidade que entenda ter a Administração Tributária incidido ao realizar a constrição preparatória (efetuada antes do ajuizamento da execução fiscal) ou provisória (após o ajuizamento).

7.3 Análise dos argumentos contrários ao PL

ordenará: I - a efetivação da constrição preparatória e a avaliação de bens, respeitada a ordem estabelecida no art. 655 da Lei no 5.869, de 1973, sobre tantos bens e direitos quantos bastem para garantir o débito;

²⁹³ Art. 20: A autoridade administrativa legalmente incumbida de promover a execução fiscal suspenderá o ajuizamento da execução enquanto não forem localizados bens, inclusive dinheiro, renda ou faturamento, sobre os quais possa recair a constrição preparatória. § 1º Decorrido o prazo máximo de um ano contados da notificação de que trata o art. 5º, sem que sejam localizados bens, a autoridade administrativa ordenará, fundamentadamente, o arquivamento dos autos do processo administrativo. § 2º Encontrados que sejam, a qualquer tempo, bens, os autos do processo administrativo serão desarquivados e será dado prosseguimento à cobrança. § 3º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, a autoridade administrativa poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

²⁹⁴ É aquela que visa a transformar em dinheiro o bem encontrado, consumando-se com o ato de alienação do bem. Na pena segura de Cândido Rangel Dinamarco: "O nome de *expropriação liquidativa* vem do fato de que através dela se propiciam recursos financeiros, ou seja, propicia-se a *liquidez de recursos* para a satisfação do crédito". (O pagamento ao credor na execução forçada. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, Vol. 2, p. 1458).

²⁹⁵ Ocorre com a passagem do dinheiro produzido pela *expropriação liquidativa* para o patrimônio do credor. E, mais uma vez com Dinamarco: "Chama-se *expropriação satisfativa* uma vez que se constitui no momento culminante da execução. É satisfazendo o credor e seu crédito deduzido *in executivis* que se realiza o próprio objetivo central do processo executivo". (ibidem).

²⁹⁶ Art. 22. O devedor poderá impugnar os atos praticados pela Fazenda Pública, no prazo de quinze dias, contados da data da ciência, mediante petição nos autos da execução fiscal ou, se esta não houver sido ajuizada, por meio de petição que correrá em apenso aos autos dos embargos à execução, se houver, apresentando pedido fundamentado de sustação ou adequação da constrição preparatória, provisória ou averbação administrativa, enquanto perdurarem seus efeitos. Art. 25. A oposição de embargos não suspende o curso da execução. § 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, em decisão fundamentada, determinar a suspensão da prática dos atos de execução, independentemente de garantia, desde que, sendo relevantes os fundamentos dos embargos, o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

E, nada obstante isso, a OAB-SP, com apoio da Associação Comercial de São Paulo, CNI, Fecomércio e outras entidades empresarias, publicou parecer da lavra de Luiz Flávio Borges D'Urso, Walter Cardoso Henrique, Ives Gandra da Silva Martins, André Ramos Tavares, Luis Eduardo Schoueri e Roque Antonio Carrazza, tachando a proposta legislativa de "absurda".²⁹⁷

Nas críticas formuladas pelo Parecer estão: inconstitucionalidade por afastar o acesso à justiça e o devido processo legal; violação ao direito de propriedade; fim da presunção de inocência; constringões por Oficiais da Fazenda Pública sem interferência do Poder Judiciário; equiparação da fé pública dos Oficiais de Justiça à dos Oficiais da Fazenda Pública, concedendo a estes últimos poderes de arrombamento que sujeitam as medidas a um posterior crivo do Poder Judiciário.

Analisemos os principais argumentos.

A afirmação de que a constringão preparatória viola o devido processo legal é frágil. Perceba-se que o inc. LIV do art. 5º da CFRB/88 não condiciona a privação dos bens ao processo *jurisdicional*. Deve se ler o dispositivo no sentido de garantia ao *procedimento estabelecido em lei*, o qual poderá ser, pois, o administrativo. Com efeito, *processo* não é conceito que se encontra delimitado pelos confins da Ciência Jurídica. A respeito, lecionam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco:

Processo é conceito que transcende ao direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e mesmo não-estatais (processos disciplinares dos partidos políticos ou associações, processos das sociedades mercantis para aumento de capital etc).²⁹⁸

É exatamente no bojo de processos não-estatais que credores hipotecários podem tomar imóveis sem autorização judicial. E, no âmbito de processos não-jurisdicionais, recorde-se o Regulamento Aduaneiro, que sujeita o infrator às penas de perdimento do veículo transportador e da mercadoria transportada. Basta uma singela mirada nos repertórios de jurisprudência da Justiça Federal para que se verifique quantos bens, atualmente, já são expropriados no âmbito administrativo.

²⁹⁷ Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/noticias/2010/02/10/5944/>. Acesso em 29.09.2014.

²⁹⁸ *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 286.

No caso em tela, contudo, sequer há a expropriação de bens, o que nos leva ao argumento de que a proposta fere o direito de propriedade. Essa alegação foi endossada por Eduardo Souto do Nascimento nos seguintes termos:

Em primeiro lugar, frise-se que o direito de propriedade, esculpido no art. 5º, XXII, do Texto Constitucional, foi elevado à cláusula pétrea, sendo direito irretocável de todo cidadão brasileiro, e dentro dessa classe claro encontram-se os contribuintes com débitos inscritos em dívida ativa. Por essa razão, é evidente a agressão ao direito constitucional de propriedade, na medida em que o contribuinte poderá ser privado de todos os seus bens por vontade unilateral da Fazenda e sem qualquer perquirição judicial acerca da validade ou não da cobrança promovida pelo Fisco.²⁹⁹

Com a devida vênia, o equívoco é patente. A indisponibilidade patrimonial não implica perda da titularidade dominial sobre os bens, consubstanciando apenas uma medida instrumental à futura penhora a ser realizada no processo executivo.

Sustentar a inconstitucionalidade da constrição preparatória com esse argumento é negligenciar o regime de liquidação extrajudicial de instituições financeiras praticado pelo Banco Central há mais de quarenta anos. Isso porque, o art. 36 da Lei nº 6.024/76, cuja constitucionalidade é pacificamente admitida pelos tribunais,³⁰⁰ prevê expressamente a decretação de indisponibilidade administrativa dos bens dos administradores das instituições financeiras em intervenção, liquidação extrajudicial ou falência.

Outro argumento suscitado no parecer da OAB-SP e secundado por Eduardo Souto do Nascimento aduz com a violação à separação dos poderes, veja-se: "Cumpra observar que sob a ótica constitucional, temos a prática de atos típicos do Poder Judiciário pelo Poder Executivo, em plena violação ao Princípio da Separação dos Poderes".

Essa objeção será analisada em conjunto com outra suscitada por Hugo de Brito Machado Segundo, o qual, ao sustentar a inconstitucionalidade da execução fiscal administrativa, afirma que:

Dizer que a execução envolve atos 'meramente burocráticos', para com isso retirar a importância da atividade jurisdicional nela desempenhada, é no mínimo equivocado. A jurisdição não está apenas em 'dizer o direito' relativamente à relação jurídica cuja efetividade é reclamada um juízo, mas sobretudo em dizer através de quais meios se pode forçar o apontado devedor a satisfazer a pretensão do credor. Este deseja a satisfação de uma forma, e o devedor de outra, e o juiz há de resolver esse conflito, que, por representar o último estágio da satisfação de um direito subjetivo, envolve, ou pode envolver, o uso da força. Se uma das etapas anteriores pode ser preenchida fora do Judiciário, seja com a arbitragem, seja com a feitura de um contrato, seja

²⁹⁹ Aspectos polêmicos do projeto de lei 5.080/2009. Nova forma de cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2742. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18180/aspectos-polemicos-do-projeto-de-lei-n-5-080-2009>. Acesso em: 27/03/2014.

³⁰⁰ Por todos: REsp 1121719/SP, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, DJe 27/4/2011.

com a assinatura de um título de crédito, ou ainda com a unilateral feita de um lançamento tributário, essa última etapa - que é autêntica jurisdição - seguramente não pode ser levada a cabo à margem do Judiciário.³⁰¹

Conforme vimos salientando, as atividades de localização do devedor e bens penhoráveis não possuem intrínseca natureza jurisdicional. Não compõem a lide. Não atuam a vontade concreta da lei. Não substituem a vontade das partes pela do Estado-Juiz. E, como é acaciano, essa afirmação não infirma a natureza jurisdicional do processo executivo. Significa, apenas, que *determinadas* atividades praticadas em seu bojo não possuem essa propriedade.

Destaque-se, ainda, que há uma nítida tendência evolutiva no processo civil brasileiro no sentido de retirada da esfera privativa do magistrado de atos desprovidos de conteúdo jurisdicional. Assim é que a Lei 8.952/94 previu no § 4º do art. 162 do CPC que *Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários*. A EC 45/2004, de sua parte, acresceu ao art. 93 da Constituição federal o inciso XIV com o seguinte teor: *os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório*.

Não há qualquer cunho decisório nas atividades de localização do devedor e bens penhoráveis, que, na verdade, ostentam caráter nitidamente cartorário. Submeter à reserva de jurisdição a perquirição de bens do devedor, portanto, não possui qualquer amparo na tripartição de poderes.

Nas hipóteses de *litígios* incidentais surgidos no curso do procedimento executivo, aí sim, far-se-á imprescindível a intervenção do Poder Judiciário. Essa hipótese, porém, revela um conflito de interesses entre as partes. Mas, indaga-se o executado detém algum direito a não ser localizado? Tem direito a que uma execução de título dotado de presunção de certeza (art. 3º, Lei 6.830/80), não seja assegurada mediante indisponibilidade dos bens bastantes para a sua satisfação? Não, não tem direito, de forma que as atividades de localização do devedor e bens penhoráveis não é resolutive de pretensões.

Hugo de Brito Machado Segundo, na citação referida, afirma que a fase certificativa do direito pode ser extrajurisdicional, mas não a "última etapa seguramente não pode ser levada a cabo à margem do Judiciário".

³⁰¹ Alguns questionamentos em torno da execução fiscal. In: Martins, Ives Gandra da Silva (coord.). *Execução Fiscal. Pesquisas Tributárias. Nova Série- n. 14*. São Paulo: RT, 2008, p. 288.

O argumento não colhe razão à luz do ordenamento jurídico. Aliás, a potencialidade executiva do PL 5.080/2009 é sobremaneira mais branda do que aquela prevista em diversas legislações setoriais que permitem a realização das expropriações *liquidativa* e *satisfativa* integralmente "à margem do Judiciário".

Conforme já anteriormente abordado, o DL nº. 70, de 21.11.66, que disciplina a execução no regime do Sistema Financeiro de Habitação, autoriza o credor a executar extrajudicialmente o imóvel objeto do crédito hipotecário.³⁰² O DL nº. 911, de 01.10.69, prevê que, nos casos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, no caso de mora, o proprietário fiduciário poderá alienar a terceiros extrajudicialmente o bem objeto da garantia.³⁰³ Recorde-se, ainda, que também nos contratos garantidos por alienação fiduciária de bens imóveis, a excussão do bem gravado pode ser feita independentemente de qualquer

³⁰² Vejam-se os principais dispositivos do DL 70/66 a respeito: Art. 29 As hipotecas a que se referem os artigos 9º e 10 e seus incisos, quando não pagas no vencimento, poderão, à escolha do credor, ser objeto de execução na forma do Código de Processo Civil (artigos 298 e 301) ou deste decreto-lei (artigos 31 a 38). Art. 31. Vencida e não paga a dívida hipotecária, no todo ou em parte, o credor que houver preferido executá-la de acordo com este decreto-lei formalizará ao agente fiduciário a solicitação de execução da dívida, instruindo-a com os seguintes documentos: I - o título da dívida devidamente registrado; II - a indicação discriminada do valor das prestações e encargos não pagos; III - o demonstrativo do saldo devedor discriminando as parcelas relativas a principal, juros, multa e outros encargos contratuais e legais; e IV - cópia dos avisos reclamando pagamento da dívida, expedidos segundo instruções regulamentares relativas ao SFH. § 1º Recebida a solicitação da execução da dívida, o agente fiduciário, nos dez dias subsequentes, promoverá a notificação do devedor, por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, concedendo-lhe o prazo de vinte dias para a purgação da mora. § 2º Quando o devedor se encontrar em lugar incerto ou não sabido, o oficial certificará o fato, cabendo, então, ao agente fiduciário promover a notificação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local, ou noutra de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária. Art. 32. Não acudindo o devedor à purgação do débito, o agente fiduciário estará de pleno direito autorizado a publicar editais e a efetuar no decurso dos 15 (quinze) dias imediatos, o primeiro público leilão do imóvel hipotecado. Art. 37. Uma vez efetivada a alienação do imóvel, de acordo com o artigo 32, será emitida a respectiva carta de arrematação, assinada pelo leiloeiro, pelo credor, pelo agente fiduciário, e por cinco pessoas físicas idôneas, absolutamente capazes, como testemunhas, documento que servirá como título para a transcrição no Registro Geral de Imóveis. § 1º O devedor, se estiver presente ao público leilão, deverá assinar a carta de arrematação que, em caso contrário, conterà necessariamente a constatação de sua ausência ou de sua recusa em subscrevê-la. § 2º Uma vez transcrita no Registro Geral de Imóveis a carta de arrematação, poderá o adquirente requerer ao Juízo competente imissão de posse no imóvel, que lhe será concedida liminarmente, após decorridas as 48 horas mencionadas no parágrafo terceiro deste artigo, sem prejuízo de se prosseguir no feito, em rito ordinário, para o debate das alegações que o devedor porventura aduzir em contestação. § 3º A concessão da medida liminar do parágrafo anterior só será negada se o devedor, citado, comprovar, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, que resgatou ou consignou judicialmente o valor de seu débito, antes da realização do primeiro ou do segundo público leilão.

³⁰³ Art. 2º: No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver.

ação judicial.³⁰⁴⁻³⁰⁵ São, pois, execuções que podem se consumir sem qualquer intervenção do Judiciário, à diferença do quanto propugnado no PL, que prevê apenas uma constituição provisória de bens.

A OAB-SP alega, ainda, que a execução fiscal administrativa violaria o art. 5º, inc. XXXV da CRFB/88 pois o "Estado poderá fazer *sua justiça com as próprias mãos*, sem a intervenção de um juiz natural".³⁰⁶

³⁰⁴ Os artigos que disciplinam o tema em comento são, fundamentalmente, os seguintes: Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário. § 1º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação. § 2º O contrato definirá o prazo de carência após o qual será expedida a intimação. § 3º A intimação far-se-á pessoalmente ao fiduciante, ou ao seu representante legal ou ao procurador regularmente constituído, podendo ser promovida, por solicitação do oficial do Registro de Imóveis, por oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, ou pelo correio, com aviso de recebimento. § 4º Quando o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído se encontrar em outro local, incerto e não sabido, o oficial certificará o fato, cabendo, então, ao oficial do competente Registro de Imóveis promover a intimação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária. § 5º Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalescerá o contrato de alienação fiduciária. § 6º O oficial do Registro de Imóveis, nos três dias seguintes à purgação da mora, entregará ao fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação. § 7º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio. § 8º O fiduciante pode, com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previstos no art. 27. Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel. § 1º Se, no primeiro público leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI do art. 24, será realizado o segundo leilão, nos quinze dias seguintes. § 2º No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais (...).

³⁰⁵ Humberto Theodoro Júnior recorda-nos, para além dessas hipóteses, outros casos: "Há, ainda, exemplos de execução administrativa por Oficial do Registro de Imóveis, no caso de cumprimento forçado de compromissos de venda de imóveis, sempre que se referirem a loteamentos e se acharem acompanhados da prova de quitação do respectivo preço. Em tais casos, o Oficial do Registro Público reconhecerá ao contrato preliminar a força de título hábil para registro definitivo da propriedade do lote adquirido (Lei nº 6.766, de 19.12.1979, art. 26, § 6º). O mesmo se passa quando o compromisso de concluir ou ceder o contrato de promessa de venda é descumprido pelo loteador. Depois de intimado pelo oficial, a requerimento do promissário, e uma vez transcorrido o prazo de 15 dias sem impugnação do promitente, o pré-contrato será registrado e vigorará entre as partes segundo os termos do contrato padrão (Lei 6.766, arts. 27, caput, e 18, VI)". (op. cit., p. 4).

³⁰⁶ O argumento é endossado por Eduardo Souto do Nascimento. Este último faz as seguintes considerações: "Por último, não deve escapar à nossa análise que a Carta Constitucional adotou em seu bojo, expressamente e sem qualquer sombra de dúvidas a seus estudiosos, o modelo jurisdicional de solução de conflitos. Ora, se a própria Constituição apregoa, peremptoriamente, que nenhuma questão será afastada da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV), isso significa que a via eleita constitucionalmente, para sanar os litígios, é justamente a via jurisdicional. A impressão é que o projeto de lei em estudo anda na contramão da toada constitucional, porquanto admite a nefasta possibilidade de que atos de constrição do patrimônio do contribuinte sejam

Ora, o art. 22 do PL 5.080/2009 permite ao devedor impugnar os atos praticados pela Fazenda Pública, apresentando pedido fundamentado de sustação ou adequação da constrição preparatória. Este requerimento está submetido ao regime do efeito suspensivo *open iudicis*. Não há, portanto, qualquer insindicabilidade, de forma que todos os atos praticados pela Administração Tributária estão submetidos à fiscalização jurisdicional.

Violação ao princípio do acesso à justiça haveria caso se excluíssem os atos praticados da Administração Tributária da apreciação do Poder Judiciário. O projeto, ao revés do art. 11 do Ato Institucional n° 5/68, não traz dispositivo excluindo de apreciação judicial os atos praticados de acordo com esta lei.

Bem vistas as coisas, o art. 26 do PL traz disciplina mais favorável ao contribuinte do que o art. 38 da Lei 6.830/80 na medida em que exclui a previsão do depósito preparatório do valor do débito como condição da ação autônoma de impugnação. Conquanto o Supremo Tribunal Federal tenha editado a Súmula Vinculante n° 28³⁰⁷ nesse sentido, sabe-se que bem que nem todos os magistrados estão ao corrente das decisões dos Tribunais Superiores. A consagração legislativa, dessa forma, em boa hora vem para consolidar uma jurisprudência que amplia as vias de acesso ao Judiciário.

Hugo de Brito Machado Segundo chega a dizer que "o contribuinte tem o direito fundamental de ser executado através do Poder Judiciário".³⁰⁸ Com a devida vênua, não há, em sede constitucional, semelhante direito.

O contribuinte não tem essa prerrogativa, assim como não a têm o devedor fiduciário, o promitente vendedor de bens loteados, o mutuário hipotecário e o infrator de regulamento aduaneiro. Por que logo o contribuinte, que tem o Estado como contraparte em sua relação jurídica de direito material, a teria? Instituições financeiras e agentes fiduciários, por alguma razão misteriosa, detêm credibilidade maior do que o Poder Público?

O articulista sustenta que o *direito fundamental à execução jurisdicional* teria *sede materiae* no inc. XXXV do art. 5°. Esse inciso - para além das inúmeras controvérsias que abordamos no tópico referente à sua exegese -, porém, garante que, salvo manifestação das

praticados sem qualquer intervenção jurisdicional, tudo pela via administrativa e ao pleno favor dos interesses fazendários". (op. cit., p. 7).

³⁰⁷ "É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário)".

³⁰⁸ Op. cit., p. 288.

partes em sentido contrário, a *última palavra* sobre um conflito de interesses é do Judiciário. Não a *primeira* palavra.

Levando a posição do tributarista às últimas consequências, como se sustentar a legitimidade da autoexecutoriedade administrativa no exercício do poder de polícia? Nesse caso, a Administração sumariamente *certifica* a violação do direito objetivo e, sem solução de continuidade, recompõe o ordenamento jurídico mediante atos materiais de sub-rogação. O Judiciário remanesce, salvo impugnação por parte do prejudicado, à revelia dessa sistemática. À luz dessas considerações, indaga-se: A destruição de bens alimentícios (que pressupõe o trespasse do direito de propriedade) em desconformidade com as normas de vigilância sanitária, *v.g.*, viola o *direito fundamental à execução jurisdicional*? A apreensão (primeiro ato da cadeia expropriatória) do veículo automotor cujo motorista não possui o licenciamento anual fere o *direito fundamental à execução jurisdicional*?

Por todas essas razões, entende-se que o PL em comento presta um enorme serviço ao projeto de reforma do acesso à justiça, pois descongestiona o Judiciário e viabiliza a efetivação dos créditos do Estado. Augura-se, assim, que os parlamentares, atentos aos clamores por um processo civil efetivo e célere, aprovem, o quanto antes, essa alvissareira proposta de reforma do modelo executivo fiscal.

Considerações conclusivas

No curso do presente trabalho, foram suscitadas e respondidas diversas questões. Em cada capítulo, ademais, conclusões parciais puderam ser extraídas. As respostas e conclusões anteriormente dadas ficam agora endossadas, sendo ocioso reiterar sumariamente as teses opostas.

A academia detém dois papéis fundamentais: desconstrução do *velho* e reconstrução do *novo*. A atividade crítica, que questiona dogmas assentados e práticas enraizadas possui uma enorme importância para fins de sedimentação do conhecimento científico. Sem embargo, quando se advoga o fechamento de determinadas sendas, é preciso que se sugiram outras. A *desconstrução pela desconstrução*, como se sói verificar em uma miríade de obras, pouco acrescenta ao Direito quando não acompanhada por propostas alternativas.

Daí surge a necessidade refundação do *novo*. Horizontes precisam ser anunciados para que sejam alcançados. A sociedade carece de um processo efetivo. Como não se prescinde de um instrumental viabilizador dos direitos, quem investe contra algo que *mal funciona* tem o dever de propor algo que o *faça melhor*.

O mote da dissertação de mestrado foi a intercalação entre essas duas orientações.

A política judiciária *consequencialista e repressiva*, preocupada sobretudo com os *efeitos* da crise judiciária, foi duramente criticada ao longo do trabalho. Os resultados qualitativos e quantitativos têm demonstrado o fracasso dessa linha de abordagem. Para tanto, procurou-se demonstrar, com farta indicação de pesquisas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Faculdade FGV Direito Rio, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), entre outras instituições, que a contínua *oferta de mais do mesmo* tem prestado enorme desserviço à cidadania.

Por outro lado, foram feitas novas propostas para fins de aperfeiçoamento do movimento de reforma da justiça Civil. O enfoque do trabalho centrou-se nas causas pré-processuais da litigiosidade, sem prejuízo de, quando se fez necessário, abordar criticamente dispositivos do Código de Processo Civil vigente e projetado.

A hipótese com a qual se trabalhou é *negativa*: a crise do sistema de administração da Justiça no Brasil é, precipuamente, um problema *não-judiciário*. Ou melhor: pré-processual.

Dessa forma, cinco campos temáticos foram objeto de estudo: *(i)* o sistema de administração judiciária; *(ii)* a formação dos atores jurídicos (juízes, advogados, Ministério Público e procuradorias); *(iii)* a jurisdição administrativa para o Estado e entes privados que exercem funções tipicamente públicas; *(iv)* os meios alternativos de resolução de controvérsias; *(v)* e o modo de processamento da arrecadação tributária.

A reforma do CPC é, conforme salientamos, necessária. Mas é apenas um passo rumo a um efetivo acesso à justiça. A litigiosidade plúrima e complexa é um fenômeno social que não será debelado exclusivamente pelo prisma legislativo. Na vida em geral, e no processo civil em particular, não se deve supor demasiado de si mesmo. O processo tem suas potencialidades. Mas também tem os seus limites. E somente quando se os conhece é que se pode ter a compreensão das perspectivas pré-processuais que o antecedem e devem nortear o estudo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: Farias, Cristiano Chaves de; Alves, Leonardo Barreto Moreira; Rosenvald, Nelson (coords.). *Temas Atuais do Ministério Público. A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALVIM, Arruda. Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista Forense* n°. 412, nov.-dez./2010.

AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; Huck, Hermes Marcelo. Árbitro: juiz de fato e de direito. *Revista de Mediação e Arbitragem* n° 40, jan.-mar./2014.

AMARAL, Alexandra da Silva. A importância de um sistema interno de solução de conflitos nas Agências Reguladoras. In: Greco, Leonardo; Netto, Fernando Gama de Miranda (coords.). *Direito Processual e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. Muniz, Joaquim de Paiva. Projeto de Lei de Mediação Obrigatória e a busca da pacificação social. *Revista de Arbitragem e Mediação* n° 13, abril/2007.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 7ªed. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2003.

_____. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: Sarmiento, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BATISTA, Roberto Carlos. *Coisa Julgada nas Ações Cíveis Públicas: Direitos Humanos e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; Coelho, Inocêncio Mártires; Mendes, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

CABRAL, Antônio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no Projeto de novo Código de Processo Civil. In: Júnior, Antônio Pereira Gaio; Câmara, Alexandre Freitas. *Novo CPC: reflexões e perspectivas*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juízados Especiais Cíveis Estaduais e Federais. Uma abordagem crítica*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Manual do Mandado de Segurança*. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. *Revista dos Tribunais* vol. 786, abril/2001.

_____; Farinelli, Alisson. Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo* n° 194, abril/2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: Faria, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ed. Ática, 1994.

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Precedentes – O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Byrant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____. Acesso à justiça e a função do jurista. *Revista de Processo* n°. 61, jan.-mar./1991.

_____. Juízes Legisladores? Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

_____. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo* n° 74, 1994.

_____. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. Vol. 2. Porto Alegre: Fabris, 2010.

_____. Tutela dos interesses difusos. *Revista Ajuris* n°. 33, v. 13, mar/1995.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARDOZO, Benjamin N. A natureza do processo judicial. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARPES, Marcus Ronald. Advocacia da União e Estado de Justiça. In: Guedes, Jefferson Carús; Souza, Luciane Moessa de (coords.). Advocacia de Estado. *Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COELHO, Inocêncio Mártires; Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, João Ricardo dos Santos. O uso predatório da Justiça. In: *Jornal Correio Braziliense* de 28.04.2014, p. 11.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. Nota breve sobre o efeito vinculante. Brasília: *Revista de Informação Legislativa* n. 129, a. 33, jan./mar. 1996.

DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Vols. 1 e 2. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____; Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. Democratização e serviços legais. In: Faria, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1994.

FARIA, José Eduardo Faria. Apresentação. In: _____(org.). *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ed. Ática, 1994.

_____. *Justiça e Conflito – Os juízes em face dos novos movimentos sociais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1992.

_____. Ordem legal X Mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. In: _____ (org.). *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ed. Ática, 1994.

FARINELLI, Alisson; Cambi, Eduardo. Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo* n° 194, abril/2011.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito, São Paulo, Ed. Atlas, 4ªed., 2003.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FISS, Owen. Against Settlement, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, may/1984.

_____. The History of an Idea, 78 *Fordham Law Review*, 2009.

GALANTER, Marc. The day after the litigation explosion. 46, *Maryland Law Review* 3 (1986).

_____. Why the “haves” come out ahead? Speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review* vol. 9, 1974.

GALDINO, Flávio. A evolução das ideias de Acesso à Justiça. In: Sarmento, Daniel; Galdino, Flávio. *Direito Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

GARTH, Byrant; Cappelletti, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 2002.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. O resgate da Súmula 343 do STF: respostas corretas, segurança jurídica e razoável duração das controvérsias. *Revista Dialética de Direito Processual* n° 135, junho/2014.

_____. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a Magistratura Deitada. *Revista de Processo* n° 222, agosto/2013.

_____. O que é isto – pré-compreensão, discricionariedade, alhos e bugalhos. In: Júnior, Marcos Ehrhardt; Silva, Jéssica Aline Caparica da (orgs.). *Hermenêutica Jurídica e Efetivação dos Direitos Sociais – Homenagem a Andreas Krell*. Curitiba: Juruá, 2014.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. In: Garcia, Emerson (coord.). *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. In: Grinover, Ada Pellegrini; Watanabe, Kazuo; Nery Junior, Nelson (orgs.). Vol. 2. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Justiça conciliativa*. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?meios-alternativos-de-solucao-de-controversias>. Acesso em: 24.09.2014.

_____. *Novas Tendências do Direito Processual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. *O Processo em Evolução*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

_____. Parecer na ADIN n. 3943. Disponível em: http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/cont_eudo/4820/Documento10.pdf. Acesso em: 29.09.2010.

_____. O tratamento dos processos repetitivos. In: Jayme, Fernando Gonzaga; Faria, Juliana Cordeiro de; Lauer, Maria Terra (coords.). *Processo Civil: Novas Tendências – Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____; Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. In: _____.; Souza, Luciane Moessa de (coords.). *Advocacia de Estado. Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

HADDAD, Carlos Henrique. As causas da morosidade processual. *Revista de Processo* n°. 229, março/2014.

HAMILTON, Alexandre; Madison, James; Jay, John. In: *The Federalist*. University of Chicago: Brittanica, 1952.

HAZARD JR, Geoffrey C; Taruffo, Michele. *American Civil Procedure – an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993.

HUCK, Hermes Marcelo; Amadeo, Rodolfo da Costa Manso Real. Árbitro: juiz de fato e de direito. *Revista de Mediação e Arbitragem* n° 40, jan.-mar./2014.

JATAHY, Carlos Roberto C. 20 anos de Constituição: o novo Ministério Público e suas perspectivas no Estado Democrático de Direito. In: Farias, Cristiano Chaves de; Alves, Leonardo Barreto Moreira; Rosenvald, Nelson (coords.). *Temas Atuais do Ministério Público. A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil - Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2010.

_____.; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2003.

JUNIOR, Paulo Hamilton Siqueira. *Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

KATO, Shelma Lombardi de. A crise do direito e o compromisso da libertação. In: Faria, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ed. Ática, 1994.

LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do Poder Judiciário. In: Faria, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1994.

MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: Ed. LTr, 2008.

MACHADO, Rafael Bicca. A arbitragem como 'saída' do Poder Judiciário? (Algumas relações entre Direito e Economia com apoio em Albert Hirschman. In: Jobim, Eduardo; Machado, Rafael Bicca (coords). *Arbitragem no Brasil. Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010.

MANDELLI, Alexandre Grandi; Palermo, Vinícius Bueno. Execução de sentenças declaratórias: evolução jurídica de viés econômico e social. *Revista de Processo* nº. 232, junho/2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade. In: _____. *A Força dos Precedentes*. 2ª ed. Salvador: Ed. Juspodium, 2012.

_____; Mitidiero, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010.

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes - recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2ª ed., 2011.

_____. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013.

MATTEI, Ugo. Access to Justice. A Renewed Global Issue? *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3 (December 2007).

_____. Comparative Law and Critical Legal Studies. *University of California Hastings College of the Law*, october/2006. Disponível em: http://works.bepress.com/ugo_mattei/32. Acesso em: 14.04.2014.

_____. Emergency-Based Predatory Capitalism: The Rule of Law, Alternative Dispute Resolution, and Development. In: Fassin, Didier; Pandolfi, Mariella (orgs.). *Contemporary states of emergency*. New York: Zone Books, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1472370>. Acesso em: 29.09.2014.

MELLO, Marcos Bernardes de Mello. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da Existência*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Cortes Superiores e Cortes Supremas - Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*, São Paulo: RT, 2013.

_____. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo* n° 183, 2010.

_____; Marinoni, Luiz Guilherme. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista de Processo* n°. 77, jan.-mar./1995.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo* n° 102, abr.-jun./2001.

_____. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo* n°105, jan.-mar./2002.

MOREIRA, Marcelo Alves Henrique Pinto. A crise do Supremo Tribunal Federal. A repercussão geral e o regime de processamento de recursos idênticos como medidas de solução. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n°. 2180, 20.06.2009. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13004/a-crise-do-supremo-tribunal-federal/1>. Acesso em: 05.07.2014.

MUNIZ, Joaquim de Paiva; Basílio, Ana Tereza Palhares.. Projeto de Lei de Mediação Obrigatória e a busca da pacificação social. *Revista de Arbitragem e Mediação* n° 13, abril/2007.

NASCIMENTO, Eduardo Souto do. Aspectos polêmicos do projeto de lei 5.080/2009. Nova forma de cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2742. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18180/aspectos-polemicos-do-projeto-de-lei-n-5-080-2009>. Acesso em: 27/03/2014.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; Sarmiento, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. Rio de Janeiro: *Revista Quaestio Iuris* vol. 06, nº. 02.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade do Estado Democrático de Direito. In: Guedes, Jefferson Carús; Souza, Luciane Moessa de (coords.). *Advocacia de Estado. Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis Et Non Quieta Movere: A Vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

PALERMO, Vinícius Bueno; Mandelli, Alexandre Grandi. Execução de sentenças declaratórias: evolução jurídica de viés econômico e social. *Revista de Processo* nº. 232, junho/2014.

PANOEIRO, Cláudio de Castro; Panoeiro, Jeane A. Esteves; Rodrigues, Rafaella Ramalho. Atuação pró-ativa da Fazenda Pública no combate à improbidade administrativa. In: Guedes, Jefferson Carús; Souza, Luciane Moessa de (coords.). *Advocacia de Estado. Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Constituição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PAUMGARTTEN, Michele; Pinho, Humberto Dalla Bernardina. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/>. Acesso em: 25.09.2014.

PEREIRA, Marivaldo de Castro. Entrevista ao Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-dez-19/entrevista-marivaldo-pereira-secretario-reforma-judiciario>. Acesso em: 28.09.2014.

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. *Revista de Processo* nº 91.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina *A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em: 09.08.2014.

_____; Paumgarten, Michele. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/>. Acesso em: 25.09.2014.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; Salama, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. In: Jobim, Eduardo; Machado, Rafael Bicca (coords). *Arbitragem no Brasil. Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

REBOUÇAS, Gabriela Maia. Reflexões sobre esgotamentos e perspectivas de um direito judicialmente organizado: ampliando o acesso à justiça. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3578.pdf>. Acesso em: 28.09.2014

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a Súmula Vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997.

RODRIGUES, Geissa de Assis. Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público: Inquérito Civil Público, Compromisso de Ajustamento de Conduta e Recomendação Leal. In: Farias, Cristiano Chaves de; Alves, Leonardo Barreto Moreira; Rosenvald, Nelson (coords.). *Temas Atuais do Ministério Público. A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RODRIGUES, Rafaella Ramalho; Panoeiro, Cláudio de Castro; Panoeiro, Jeane A. Esteves. Atuação pró-ativa da Fazenda Pública no combate à improbidade administrativa. In: Guedes, Jefferson Carús; Souza, Luciane Moessa de (coords.). *Advocacia de Estado. Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

ROSEMBERG, Maurice. The Federal Civil Rules After Half a Century. *Maine Law Review* vol. 36, 1984.

SADEK, Maria Teresa. Judiciário: mudanças e reformas. *Revista Estudos Avançados (USP)*, nº. 18 (51), 2004.

_____. *Magistrados Brasileiros: caracterização e opiniões*. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/PesquisaAMB2005.pdf>. Acesso em: 05.09.2014.

SALAMA, Bruno Meyerhof; Pugliese, Antonio Celso Fonseca. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. In: Jobim, Eduardo; Machado, Rafael Bicca (coords). *Arbitragem no Brasil. Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo* nº. 37, jan.-mar./1985.

_____. O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: para um novo senso comum sobre o Poder e o Direito. *Revista Crítica de Ciências Sociais* nº. 30, junho/1990.

_____. O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. *Revista Crítica de Ciências Sociais* nº. 10, dez./1982.

_____. Marques, Maria Manuel Leitão; Pedroso, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. Coimbra: *Centro de Estudos Sociais* nº. 65, nov./1995.

SARMENTO, Daniel; Neto, Cláudio Pereira de Souza. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. Rio de Janeiro: *Revista Quaestio Iuris* vol. 06, nº. 02.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Alguns questionamentos em torno da execução fiscal. In: Martins, Ives Gandra da Silva (coord.). *Execução Fiscal. Pesquisas Tributárias. Nova Série- n. 14*. São Paulo: RT, 2008.

SILVA, Claudia Dantas Ferreira da. *Administração judiciária: planejamento estratégico e a reforma do Judiciário brasileiro*. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/8062/administracao-judiciaria>. Acesso em: 07.06.2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Larissa Clare Pochmann. Incidente de Resolução de demandas repetitivas: tutela coletiva ou padronização do processo?, in Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 18, nº. 32, dez/2011.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. A justiça administrativa no Direito Comparado. *Revista de Informação Legislativa* nº. 152, out.-dez/2001.

SOUZA, Luciane Moessa de. Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. In: Guedes, Jefferson Carús; _____(coords.). *Advocacia de Estado. Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

_____Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In: Guedes, Jefferson Carús; Souza, _____(coords.). *Advocacia de Estado. Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: _____(coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TARUFFO, Michele; Hazard Jr, Geoffrey C. *American Civil Procedure – an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993.

_____ *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Ed. Mulino, 2002

TICIANELLI, Maria Fernanda Rossi. *Princípio do duplo grau de jurisdição*. Curitiba: Juruá, 2005.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. In: Guedes, Jefferson Carús; Souza, Luciane Moessa de (coords.). *Advocacia de Estado. Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

TOSTES, Natascha Nascimento Gomes. Uniformização de jurisprudência. *Revista de Processo* n°. 104, out.-dez./2001.

VERONESE, Alexandre. Projetos Judiciários de Acesso à Justiça: entre Assistência Social e Serviços Legais. *Revista Direito GV* v. 3 n. 1, jan.-jun./2007.

Wambier, Teresa Arruda Alvim. Mandatory mediation: Is it the best choice? *Revista de Processo* n° 225, nov./2013.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel; _____. *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988.

_____. Modalidade de Mediação. In: *Série Cadernos do CEJ* n° 22, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2011.

_____. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 05.07.2014.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Ed. DPJ, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite - Legge, diritti, giustizia*. Torino: Ed. Einaudi, 1992.