

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 22, n. 3, nov. 2018

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



UNIVERSIDADE ESTADUAL
DE LONDRINA



REITOR
Prof. Dr. Sérgio Carlos de Carvalho
VICE-REITOR
Prof. Dr. Décio Sabbatini Barbosa

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
Pró-Reitor: Prof. Dr. Amauri Alcindo Alfieri
Diretora de Pós-Graduação: Prof^a Silvia Marcia Ferreira Meletti
Diretora de Pesquisa: Prof. Arthur Eumann Mesas

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS
Diretor: Prof^a. D^a. Tânia Lobo Muniz
Vice-Diretor: Prof. Daniel da Silva Barros
Chefe do Departamento de Direito Privado: Profa. Ms. Marília Salerno
Chefe do Departamento de Direito Público: Profa. Ms. Nélia Edna Miranda Batisti

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL
Coordenador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
Vice-Coodenador: Prof^a. Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Scientia Iuris : revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL / Departamento de
Direito Público e Departamento de Direito Privado, Centro de Estudos Sociais Aplicados,
Universidade Estadual de Londrina. – Vol. 1, N. 1 (Jul./Dez. 1997) -
. – Londrina : Ed. da UEL, 1997- .
v. ; 22 cm

Periodicidade quadrimestral a partir de 2016.
Descrição baseada em: Vol. 20, N. 1 (Jan./Abr. 2016).
ISSN 2178-8189

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais
Aplicados. Departamento de Direito Público. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de
Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Privado.

34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Ilza Almeida de Andrade CRB 9/882

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos,
cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista desde que seja citada
a fonte.

Indexada em / Indexed in: Base de Dados RVBI (Senado Federal) - DOAJ (Directory of Open Access Journals) - LATINDEX
- vLex (Espanha) - SHERPA RoMEO (Inglaterra) - Portal de Periódicos CAPES (Brasil) - WorldCat (EUA) - EZB (Alemanha)
- TULIPS-LinKer (Japão) - Scirus (Holanda) - Aladin (EUA) - NewJour (EUA) - VUBIS (Bélgica) - CCN - BASE (Alemanha) -
LivRe (Brasil) - RCAAP (Portugal).

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 22, n. 3, nov. 2018

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



UNIVERSIDADE ESTADUAL
DE LONDRINA

SCIENTIA IURIS

ISSN 2178-8189 (eletrônico)

COMISSÃO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Editora / Editor
Tânia Lobo Muniz

Titulares:

Cláudio Ladeira de Oliveira (Universidade Federal de Santa Catarina /SC)
Gilvan Luiz Hansen (Universidade Federal Fluminense/RJ)
Irene Patrícia Nohara (Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP)
Jussara Suzi Assis Borges Nassar Ferreira (Universidade de Marília/SP)
Luis María Chamorro Coronado (Universidad Rey Juan Carlos /Espanha)
Luiz Otávio Pimentel (Universidade Federal de Santa Catarina/SC)
Priscila Machado Martins (Universidad Central de Chile/Chile)
Sérgio Alves Gomes (Universidade Estadual de Londrina/PR)

Assessoria Técnica:

Bruna Faria, Eduardo Bueno Rodrigues, Juliani Cristina Lima Grochoski, Joice Duarte Gonçalves Bergamaschi, Laudicena de Fátima Ribeiro, Leonardo Cosme Formajo, Mylena de Souza Santos, Natali Silvana Zwaretch, Uiara Vendrame Pereira.

CONSELHO CONSULTIVO / CONSULTIVE BOARD

ADRIANA SILVA MAILLART (UNINOVE/SP)
ALEXANDRE GARRIDO DA SILVA (UFU/MG)
CARLOS MARDEN CABRAL COUTINHO
(UNICHRISTUS/CE)
CARLOS NELSON KONDER (UERJ/RJ)
DAIANE MOURA DE AGUIAR (UNISINOS/RS)
GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA
(UNESA/RJ)
GUSTAVO PEREIRA LEITE RIBEIRO (UFL/MG)
GUSTAVO SILVEIRA SIQUEIRA (UERJ/RJ)
JESUALDO EDUARDO DE ALMEIDA JUNIOR
(IMESA/SP).
JOSE SOARES FILHO (UNICAP/PE)
LUIZ CARLOS GOIABEIRA ROSA (UFU/MG)
MATEUS DE OLIVEIRA FORNASIER (UNIJUÍ/RS)

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E
MENDONÇA (UNIFOR/CE)
MARIALICE ANTÃO DE OLIVEIRA DIAS (FARO/
RO)
MARTA CAROLINA GIMÉNEZ (UFBA/BA)
MAURIN ALMEIDA FALCÃO (UCB/DF)
NATHALY CAMPITELLI ROQUE (PUC/SP)
PATRICK DE ARAÚJO AYALA (UFMT/MT)
PRISCILA MACHADO MARTINS (UCENTRAL/CL)
RICARDO STERSI (UFSC/SC)
ROGERIO MONTAI DE LIMA (UNIR/RO)
SILVANA SOUZA NETTO MANDALAZZO (UFPR/
PR)
THAIS BERNARDES MAGANHINI (UNIR/RO)

Curso de Mestrado em Direito Negocial

Universidade Estadual de Londrina/ Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA
Campus Universidade – CEP 86051-990 – Londrina – Paraná – Brasil
Fone/Fax: (43) 3371-4693 – E-mail: mestrados@uel.br
Home page: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/index>

SUMÁRIO | CONTENT

EDITORIAL.....	7
CONTRATO DE SEGURO SOCIAL: A PERSPECTIVA DE PACTUAÇÃO SECURITÁRIA RESPONSÁVEL À LUZ DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA...9	
SOCIAL INSURANCE CONTRACTS: THE PERSPECTIVE OF INSURANCE PACTS FROM A DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL INTERPRETATION	
<i>Sharon Cristine Ferreira de Souza</i>	
A ATA NOTARIAL, A PROVA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....27	
NOTARIAL MINUTES, EVIDENCE AND THE BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE	
<i>Erika Kazumi Kashiwagi e Monica Bonetti Couto</i>	
SOLUÇÃO PACÍFICA DE CONTROVÉRSIAS SOCIOAMBIENTAIS: DO PREÂMBULO CONSTITUCIONAL À PRÁTICA.....39	
RESOLUTION OF ENVIRONMENTAL CONFLICTS: THE CONSTITUTIONAL PREAMBLE TO EXPERIENCE	
<i>Gilberto Passos de Freitas e Luciana Cristina da Conceição Lima</i>	
CRISE DA LEGALIDADE NA SEARA CONSUMERISTA: ANÁLISE DE DADOS ESTATÍSTICOS DO PROCON DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE (2014 A 2016)....57	
RULE OF LAW CRISIS IN THE CONSUMERIST SPHERE: DATA ANALYSIS OF CONSUMER PROTECTION AGENCY (PROCON) - BELO HORIZONTE CITY, MINAS GERAIS STATE, BRAZIL (2014 - 2016)	
<i>Daniel Firmato de Almeida Glória e Lorraine Rodrigues Campos Silva e Maria Tereza Fonseca Dias</i>	
A COMUNIDADE ENQUANTO LOCAL PROPÍCIO AO EXERCÍCIO DA EMPATIA: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA AS SOLUÇÕES EXTRAJUDICIAIS DE CONFLITOS EM ÂMBITO COMUNITÁRIO74	
THE COMMUNITY AS A FAVORABLE LOCATION FOR EXERCISING EMPATHY: PUBLIC POLICIES FOR EXTRAJUDICIAL CONFLICT SOLUTION AT THE COMMUNITY SCOPE	
<i>Camila Stangherlin e Fabiana Marion Spengler</i>	
ACESSO À JUSTIÇA PELA ATUAÇÃO PROFILÁTICA DO TABELIÃO: A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL COMO MEIO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....88	
ACCESS TO JUSTICE FOR THE PROFILATIC ACTIVITY OF THE NOTARY: EXTRAJUDICIAL MEDIATION AS AN ALTERNATIVE MEANS OF CONFLICT SOLUTION	
<i>Anna Cristina Zenkner e Juvêncio Borges Silva</i>	
QUÃO HUMANO É O PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO/CONCILIAÇÃO?..... 111	
HOW HUMAN IS THE MEDIATION/CONCILIATION PROCEDURE?	
<i>Carlos Marden Cabral Coutinho e Igor Benevides Amaro Fernandes</i>	
LIMITAÇÃO DA INDENIZAÇÃO NO TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: ANÁLISE DA RECENTE ALTERAÇÃO DE POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....126	
LIMITATION OF THE DUTY TO INDEMNIFY IN THE INTERNATIONAL AIR CARRIAGE: ANALYSIS OF THE RECENT AMENDMENT OF SUPREME COURT UNDERSTANDING	
<i>Diana Paiva de Castro e Milena Donato Oliva</i>	
A POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS DOS ENTES LEGITIMADOS À DEFESA COLETIVA EM JUÍZO.....144	

THE POSSIBILITY OF PARTICIPATION IN THE CONTRACT PROCEDURE BY THE LEGITIMATE TO COLLECTIVE PROTECTION IN JUDGEMENT

Carolina Dorta Cardoso e Luiz Fernando Bellinetti

EL DESARROLLO DEL SISTEMA DE REPARACIÓN DE LOS DAÑOS ENTRE CÓNYUGES EN EL DERECHO ESPAÑOL.....160

THE DEVELOPMENT OF THE SYSTEM OF REPAIR OF DAMAGES BETWEEN SPOUSES IN SPANISH LAW

Yasna Elizabeth Otarola

RESENHAS | REVIEWS181

O COMANDO POLÍTICO-JURÍDICO DA CONSTITUIÇÃO: IDEOLOGIA E VINCULAÇÃO HERMENÊUTICA.....181

THE POLITICAL-LEGAL COMMAND OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION: IDEOLOGY AND HERMENEUTICS

Paulo Roberto Ciola de Castro

REPERCUSSÃO DA NOVA-AGENDA URBANA NO DIREITO PÚBLICO E PRIVADO NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA: O PAPEL DO DIREITO À CIDADE186

REPERCUSSION OF THE NEW URBAN AGENDA IN PUBLIC AND PRIVATE LAW IN BRAZIL AND LATIN AMERICA: THE ROLE OF THE RIGHT TO THE CITY

Jussara Romero Sanches

INSTRUÇÕES AOS AUTORES | INSTRUCTIONS FOR AUTHORS189

EDITORIAL

Caro Leitor, saudações!

A Revista Scientia Iuris, periódico vinculado ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, tem o prazer de apresentar o Número 3 de seu 22º Volume de Edição, compartilhando-o com toda a comunidade jurídica nacional e internacional. Honrosamente, esta Revista possui o estrato B1 da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) e tem por escopo a publicação de trabalhos científicos que guardem afinidade com o Direito Negocial e temas atuais, relacionados às suas linhas de pesquisa.

De fato, o comprometimento com a periodicidade quadrimestral, a seriedade da avaliação às cegas, o respeito às normas estabelecidas pelo Qualis/CAPES, enfim, todos os elementos que compõem uma revista científica de relevância continuam sendo rigorosamente cumpridos.

O presente Volume, composto por pluralidade de assuntos, conta com duas resenhas, uma sobre “o comando político-jurídico da constituição: ideologia e vinculação hermenêutica”, de João Luiz Martins Esteves, e outra sobre “Repercussão da nova-agenda urbana no direito público e privado no Brasil e na América Latina: o papel do direito à cidade”, de Betânia Alfonsin, e mais dez artigos, que tocam em diversas áreas do direito, tais como: a) Contrato de seguro social: a perspectiva de pactuação securitária responsável à luz da interpretação constitucional democrática; b) A ata notarial, a prova e o novo Código de Processo Civil; c) Solução pacífica de controvérsias socioambientais: do preâmbulo constitucional à prática; d) Crise da legalidade na seara consumerista: análise de dados estatísticos do PROCON do município de Belo Horizonte (2014 a 2016); e) A comunidade enquanto local propício ao exercício da empatia: políticas públicas frente às soluções extrajudiciais de conflitos em âmbito comunitário; f) Acesso à justiça pela atuação profilática do tabelião: a mediação extrajudicial como meio alternativo de solução de conflitos; g) Quão humano é o procedimento de mediação/conciliação?; h) Limitação da indenização no transporte aéreo internacional: análise da recente alteração de posicionamento do Supremo Tribunal Federal; i) A possibilidade de participação nos negócios jurídicos processuais dos entes

legitimados à defesa coletiva em juízo; e j) El desarrollo del sistema de reparación de los daños entre cónyuges en el derecho español.

Dada a profundidade e relevância dos temas abordados, será possível ao leitor engrandecer o seu conhecimento e maximizar a sua consciência no que concerne à premente necessidade de se promover a liberdade de contratação sem, jamais, se olvidar dos ideais de preservação e proteção do pleno desenvolvimento humano. Assim, a Revista Scientia Iuris espera que o trabalho desenvolvido possa ser propagado cada vez mais, suscitando dúvidas e não certezas, questionamentos e não dogmas, discussões em lugar do silêncio, a fim de auxiliar o desenvolvimento do conhecimento. Por fim, sob a consciência de que a edição de um periódico não se faz senão pela atuação e empenho de um conjunto de colaboradores, agradecemos a cada um que nos ajudou a atingir este resultado, em especial nossos Autores, Avaliadores, Leitores e Assessoria Técnica... Muito obrigada!

Uma excelente leitura a todos!

Conselho Editorial

**CONTRATO DE SEGURO SOCIAL: A PERSPECTIVA DE
PACTUAÇÃO SECURITÁRIA RESPONSÁVEL À LUZ DA
INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA**

SOCIAL INSURANCE CONTRACTS: THE PERSPECTIVE OF
INSURANCE PACTS FROM A DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL
INTERPRETATION

Sharon Cristine Ferreira de Souza*

Como citar: SOUZA, Sharon Cristine Ferreira de. Contrato de seguro social: a perspectiva de pactuação securitária responsável à luz da interpretação constitucional democrática. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 3, p. 9-26, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p9. ISSN: 2178-8189.

* Doutora em Sociologia e Direito em 2013 pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre em Direito Negocial em 2009 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito do Estado em 2008 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduada em Direito em 2006 pela Estadual de Londrina (UEL).
E-mail: sharoncris@gmail.com

Resumo: Trata-se de uma abordagem social do contrato de seguro, com estudo sobre as premissas do Estado Democrático de Direito e a influências que seus princípios devem ter na realização do contrato securitário, bem como nas obrigações das partes com relação ao instrumento contratual. Além disso, faz-se uma exposição sobre a forma interpretativa mais adequada para uma análise do pacto securitário do ponto de vista da responsabilidade social, finalizando-se com as maneiras que as seguradoras podem promover a social responsabilidade em sua atuação no mercado, principalmente com relação aos seus segurados.

Palavras-chave: Contrato de seguro. Estado democrático de Direito. Responsabilidade social.

Abstract: With a social approach, this paper aims to understand insurance contracts whilst analyzing it under the premise of the democratic state of law. Additionally, this study explores the influence of the constitution's principles in a contract's execution, investigates the party's contractual obligations and examines the most appropriate interpretative form of analysis for the insurance pact in accordance with the notion of social responsibility. Furthermore, this research concludes that insurers can promote social responsibility in market performance – specifically with its policyholders.

Keywords: Insurance contract. Democratic state. Social responsibility.

INTRODUÇÃO

O seguro, embora seja um instrumento que regulamente e formalize um acordo de vontades entre as partes envolvidas, tendo natureza jurídica, princípios, conceito e características comuns a todos os contratos, possui peculiaridades e relevância que torna complexa sua análise, tornando as questões envolvendo sua pactuação e implementação tão variadas e polêmicas que muitas vezes suas especificações são individualizadas a ponto de receberem contornos e delimitações normativas e práticas trazidas pela jurisprudência, caso a caso.

Embora o ativismo judiciário desenvolva relevante papel no sentido de buscar uma interpretação conforme a Constituição Federal e auxilie na feitura da Justiça mediante a aplicação dos princípios que regem e fundamentam o ordenamento jurídico, ainda assim existem divergências interpretativas que podem mitigar a segurança jurídica e certeza do direito, tornando necessária a positivação de certas normas balizadoras e a atuação responsável das empresas seguradoras e dos consumidores, trazendo o planejamento jurídico como um item equacionado na realização dos contratos securitários, garantindo benefícios e evitando surpresas a todos que formam os polos da relação contratual.

Por isso, o escopo deste trabalho é trazer as bases do Estado Democrático de Direito, além da interpretação segundo os princípios da democracia constitucional, como o da boa fé, segurança jurídica e função social, desenvolvendo uma maneira de pensar a pactuação securitária que permita a sustentabilidade¹ no mercado e, ao mesmo tempo, possa oportunizar às empresas seguradoras a capacidade de realizar seus negócios tendo em vista a responsabilidade social.

Para tanto, por meio do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, será necessário cotejar doutrina, jurisprudência e a própria natureza do contrato de seguro para que se possibilite fundamentar o seguro responsável baseado nos princípios da boa fé e demais decorrentes da novel e necessária concepção de função social do contrato, todavia, com a demonstração de que é possível amalgamar todos esses conceitos para se construir um instrumento contratual sustentável e socialmente responsável.

1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: SEGURANÇA JURÍDICA, BOA-FÉ E FUNÇÃO SOCIAL

O Estado de Direito pressupõe, analisado da maneira mais elementar, a sujeição do Poder Público ao ordenamento jurídico. Porém, isto não implica unicamente no princípio da legalidade definindo o Estado como sendo de Direito e, por este motivo, deve-se equacionar o princípio do Estado Democrático, no qual o Poder emanado do povo (BRASIL, 1988, art. 1) vai traçar os contornos do agir estatal, bem como a que ele deve sujeitar-se, de maneira igual a todo e qualquer cidadão.

¹ Aqui se faz necessária a realização de um pacto semântico para que o uso do conceito de sustentabilidade, neste trabalho, seja entendido como a possibilidade e condições que as empresas se mantêm no mercado. Não se baseia, pois, no tripé social, ambiental e econômico, mas no viés da Administração de empresas que coloca, em alguns sentidos e situações, o termo “sustentável” com a significação de manutenção, continuidade, permanência.

O Estado Democrático de Direito – em que o Direito também deve ser visto como instrumento de transformação social (STRECK, 2005, p. 33) – engloba princípios como o da solidariedade, boa-fé, democracia, justiça social, igualdade, função social, legalidade, liberdade, segurança jurídica, dentre outros.

O Estado deve obedecer e agir segundo os preceitos constitucionais não somente se sujeitando às normas ali depositadas, mas, outrossim, por meio de seus órgãos de direção política e administrativa, desenvolver “**atividades econômicas conformadoras e transformadoras no domínio econômico**, social e cultural, de modo a evoluir-se para uma sociedade democrática cada vez mais conforme aos objetivos da democracia social [...]” (STRECK, 2004, p. 20, grifo nosso).

Assim, o princípio da legalidade, decorrente e nota essencial do princípio do Estado de Direito, é a sujeição à lei, mas desde que esta:

[...] realize o princípio da igualdade e justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão de vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição (SILVA, 2003, p. 419).

O princípio da segurança jurídica, derivado, também, do princípio do Estado Democrático de Direito, é parte essencial do sistema constitucional e um dos princípios gerais do Direito, estabelecendo entre o indivíduo e o Poder Público um elo de confiança, lealdade, boa-fé e segurança, no que permite o agir perante o ordenamento jurídico sem o risco de contrariar a ordem normativa. É a clareza e a certeza da estabilidade dos atos estatais, proporcionando a segurança das disposições pessoais dos administrados, conferindo-lhes a visualização dos efeitos jurídicos de seus atos.

Todo e qualquer ato proveniente do Poder Público deve ser emanado sob a égide da segurança jurídica e proteção da confiança, restando inadmissível imperar a angústia dos indivíduos frente à instabilidade das normas emanadas pelo Estado. É imanente à própria construção do ordenamento jurídico a prescrição de normas segundo valores e aspirações sociais, os quais devem ser positivados com o intuito de orientar, delinear parâmetros de comportamento ao indivíduo de modo a antever as consequências jurídicas de determinada ação.

Observa-se, pois, que a segurança jurídica está diretamente atrelada ao princípio da boa-fé. Isto quer significar que os atos do Estado têm o dever de guiar-se pela ética, moralidade e lealdade com referência às pessoas. A decisão judicial também vai ao encontro desse entendimento, visto que as partes de uma relação jurídica, incluindo o Estado-juiz, deverão agir de boa-fé para que não apenas o Direito seja observado, mas que a Justiça seja efetivada.

O princípio da boa-fé, erigido ao status constitucional e fundamento jurídico da teoria contratual, rege a declaração de vontade entre as partes, a qual é expressa mediante documento que formaliza um pacto, não podendo restar maculada e ao mesmo tempo devendo figurar como a

externalização da postura ética, além de pressupor a transparência, boa vontade, verdade e retidão.

O princípio da boa-fé está expressamente mencionando no art. 231, §6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e também aparece na legislação infraconstitucional, como no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. A boa-fé implica em confiança, lealdade, na certeza de que ambas as partes cumprirão de maneira honesta os deveres e direitos aos quais se propuseram na relação jurídica.

O princípio jurídico da boa-fé protege um bem, o valor ético social da confiança juridicamente válida em face de qualquer lesão objetiva que possa sofrer, haja sido ou não maliciosamente causada. Um ato é contrário à boa-fé quando produz uma lesão, qualquer que seja a intenção do causador (MORENO apud FIGUEIREDO, 2004, p. 55).

A boa-fé, para fins exegéticos, pode ser entendida em sua forma subjetiva, quando as intenções do indivíduo são analisadas. Assim, nesse aspecto, o caráter e o âmago influenciam as ações das pessoas, enquanto a boa-fé objetiva ganha contorno com a normatização desse dever de postura ética, quando sua prescrição por intermédio de textos jurídicos passa a vincular princípios e valores éticos a determinadas condutas.

A jurisprudência e doutrina, guiando-se pela principiologia constitucional, tratam da boa-fé quando entendem que “na interpretação da cláusula geral da boa-fé objetiva, deve-se levar em conta o sistema do CC e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.” (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, 2012, enunciado 27).

Nesse mesmo sentido, “nos contratos de seguro por adesão, os riscos predeterminados indicados no art. 757, parte final, devem ser interpretados de acordo com os arts. 421, 422, 424, 759 e 799 do Código Civil e 1º, III da Constituição Federal” (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, 2012, enunciado 370).

Interpretando sistematicamente o princípio da boa-fé, tem-se a necessária observância de seus deveres anexos, consistentes em cuidado com relação à outra parte negocial, respeito, informação ao outro quanto ao conteúdo do negócio, conduta consonante à confiança depositada pelo outro, lealdade, probidade, colaboração e razoabilidade, equidade e boa razão. O Código Civil faz um amálgama de tais deveres mediante seus arts. 113 (função de interpretação dos negócios jurídicos), 187 (função de controle) e 422 (função de integração do contrato) (TARTUCE, 2011, p. 120-122).

Mesmo não se restringindo o arcabouço normativo baseado no princípio da boa-fé a estes supramencionados dispositivos, deve-se verificar que o dever de agir segundo a boa-fé é condição sine qua non à implementação de um instrumento contratual, visto o dever ético existente nas relações intersubjetivas e no desdobramento de segurança jurídica que sua observância gera.

Boa-fé e segurança jurídica são relevantes princípios do ordenamento jurídico pátrio, inseridos na Constituição Federal e que ajudam a moldar a estrutura do Estado Democrático de Direito. Este, mediante seu modelo social, tem por finalidade garantir melhores condições aos indivíduos, trazendo em seu bojo, princípios que já não permitem que o exercício da liberdade e

da propriedade sejam observados de forma irrestrita.

Nasce, assim, a concepção de função social da propriedade, que visa fazer a propriedade ter sua serventia, cumprir sua função como recurso do modo de produção, mas também como um mecanismo para se garantir a proteção e a promoção de direitos fundamentais básicos, objetivando a realização da dignidade humana. A empresa, como atividade econômica organizada, exercida por uma pessoa jurídica, utiliza-se da propriedade como recurso e engendra reflexos na seara social como a geração de empregos, criação de bens e serviços, relação com o consumidor, com o meio ambiente etc.

Por isso, surge a necessidade do cumprimento da função social no meio empresarial, haja vista a grande influência das atividades econômicas na sociedade. De igual modo, a empresa não pode ser exercida de forma a desconsiderar os princípios fundamentais constantes no ordenamento jurídico de um Estado de Direito, com uma gama de valores sociais a serem observados.

A função social da empresa é referida – porque não seria demais enfatizá-lo – mas como mote para se agitar, mais amplamente, a função social da propriedade. A intenção é ressaltar que as diversas pessoas jurídicas que se relacionem com o Estado têm bastante evidente a necessidade de cumprirem essa função (ROTHENBURG, 2007, p. 88).

Tratando mais especificamente sobre a função social como conceito observado no ordenamento jurídico brasileiro, justamente sob o influxo do modelo de Estado Social, podem-se constatar os princípios que frisam a necessidade de verificação dos preceitos sociais, quando do exercício das atividades econômicas.

Em sociedades complexas, princípios morais, para terem efetividade, são inseridos em textos jurídicos a fim de serem implementados, implicando desdobramentos em questões de interesse universal (HABERMAS, 2012, p. 145), como é o caso da função social, que em seu bojo explicita a necessidade de observância de valores, como a liberdade e a dignidade humana.

Essas garantias mínimas, entendidas como a função social da empresa, são normativamente inseridas no ordenamento jurídico brasileiro e têm legitimidade em razão de as normas jurídicas passarem por um processo democrático de positivação. O povo é soberano e tem o poder de delimitar as normas jurídicas sob a autoridade das quais conviverá em sociedade.

A função social da empresa, destarte, torna-se um direito positivado a partir do momento em que se torna um marco regulatório, passando a ser reproduzido, justificado e reiterado com o fito de garantir direitos, impor deveres, cingir a feitura de outras normas. No ordenamento jurídico pátrio, o substrato principiológico da função social encontra-se na Constituição Federal e seu art. 170:

A ordem econômica, fundada na **valorização do trabalho humano** e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos **existência digna**, conforme os ditames da **justiça social**, observados os seguintes princípios: I - **soberania nacional**; II - propriedade privada; III - **função social da propriedade**; IV - **livre concorrência**; V - **defesa do consumidor**; VI - **defesa do meio ambiente**, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto

ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - **redução das desigualdades** regionais e sociais; VIII - busca do **pleno emprego**; IX - **tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte** constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (BRASIL, 1988, grifo nosso)

Verificam-se todos os incisos do excerto normativo sobrecitado como regras a serem seguidas pelas empresas no desenvolvimento de sua atividade econômica. Não podem as mesmas, seja qual for seu ramo empresarial, atuar à revelia dos direitos do consumidor, da função social da propriedade, da defesa do meio ambiente, dentre tantos outros valores de implementação obrigatória, sob pena que atuação à margem da lei.

Cada um desses incisos trazem em seu bojo um norte de atuação que se desdobra em normas jurídicas, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, Lei 6.938/1981 (que institui a Política Nacional do Meio Ambiente), Código Civil (art. 421 e art. 2.035, parágrafo único, os quais versam sobre a função social do contrato e da propriedade), Lei Complementar 123 de 2006 (instituidora do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) etc.

Tendo em vista todos os desdobramentos normativos e principiológicos trazidos pela segurança jurídica, boa-fé e função social, poder-se-á, a seguir, verificar a forma como a interpretação segundo o Estado Democrático de Direito, que abarca os valores acima referidos, influencia na prática as relações sociais e econômicas, especificamente do ponto de vista contratual.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A NOVA HERMENÊUTICA: UM NORTE INTERPRETATIVO À PACTUAÇÃO SECURITÁRIA

A hermenêutica jurídica consiste em técnicas interpretativas aplicadas à deontologia, pois visam à interpretação dos textos normativos contidos no ordenamento jurídico. Primordialmente a hermenêutica jurídica tinha a finalidade de buscar o sentido e preencher as lacunas – integração do ordenamento jurídico – do Direito Positivo. Por isso, a busca de instrumentalidade para a interpretação do Direito levou ao surgimento de algumas Escolas Hermenêuticas², que pensaram em técnicas para o melhor modo de aplicação no mundo do ser e do dever-ser.

Sendo assim, essas técnicas podem ser utilizadas como fundamento para interpretações que realmente estejam concertadas com o ideal de Estado Democrático de Direito, como também para cometer atrocidades e aviltamentos no Texto Constitucional, que resultem em grandes e desastrosos reflexos sociais, como a ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste diapasão, a forma interpretativa que significou uma superação dos modelos anteriores é verificada na denominada Nova Hermenêutica, exatamente por ter como cerne a interpretação baseada no Princípio do Estado Democrático de Direito, possibilitando a busca de sentido às normas jurídicas mediante os princípios derivados do Estado Democrático de Direito – em que o Direito deve ser sempre tido como uma ferramenta de transformação social.

² Exemplificadamente, citam-se a Escola da Exegese, a Escola Histórica, a Escola da Livre Pesquisa Científica e a Escola do Direito Livre (GOMES, 2001, p. 33-40).

A Nova Hermenêutica, embasada no princípio do Estado Democrático de Direito, tem como desiderato a construção do Direito por intermédio da interpretação e conceituação baseada nesse parâmetro democrático. Para que haja o exercício da liberdade humana com limites e ponderação, os conflitos surdidos no espaço social deverão ser solucionados tendo em vista as normas fundamentais que tornam esse convívio social pacífico e harmônico.

Os valores sociais de convivência humana, num contínuo processo de aperfeiçoamento e conformação com a dinâmica da sociedade, podem elevar-se a um patamar de plena harmonia, onde se visa à construção de um ambiente mais adequado, com o respeito e sublimação do homem à convivência com dignidade humana.

À luz disso, deve-se analisar a Constituição como um receptáculo de normas prospectivas, possibilitando a construção de um futuro melhor a todos aqueles sob a égide do Texto Constitucional, verificando-se também a política e a ética, bem como todas as demais áreas do conhecimento humano importantes ao Direito, bastando ao exegeta fazer as conexões necessárias entre as diversas áreas do conhecimento humano.

A interpretação consoante os princípios constitucionais, logo, de acordo com o Estado Democrático de Direito, leva à imprescindível observância, na pactuação contratual, da boa-fé e da função social. O primeiro valor nunca poderá ser elemento alheio, externo ao contrato, visto ser o garantidor da legitimidade do acordo firmado entre as partes. Sem a preponderância da boa-fé, abre-se espaço à possibilidade de existência de um ardil para que um dos polos da relação obtenha vantagem excessiva em detrimento do outro.

Por essa razão, segundo o já observado, o ordenamento jurídico não apenas principiologicamente, mas também positivamente, prescreve regras jurídicas repressoras de tais condutas. Como é o caso dos dispositivos 762, 769, §1º e 781, especificamente direcionados à atividade securitária, sem mencionar as demais determinações normativas concernentes aos contratos já mencionadas.

A função social, com seus princípios correlatos e desdobramento normativo positivado, tem o mesmo escopo, qual seja, proporcionar a higidez das relações inter partes, proporcionando às pessoas a garantia do cumprimento das normas que valorizam o trabalho humano, a proteção consumerista, a defesa do meio ambiente, o fomento à redução das desigualdades, tratamento diferenciado às pequenas e microempresas etc.

Quando os dispositivos legais e principiológicos são observados na prática, muito maior a segurança jurídica, pois tanto as empresas quanto os cidadãos não estarão adstritos a surpresas, precipuamente na seara judiciária. A maior crítica às decisões que primam pelas interpretações conforme a Constituição é a da transgressão da segurança jurídica mediante a modificação ou extrapolção do acordado entre as partes num instrumento contratual.

Entretanto, o método exegético de primazia pela realização dos princípios decorrentes do Estado Democrático de Direito é o atual modelo utilizado pelo Judiciário brasileiro. O ativismo judiciário busca a plena realização dos valores que, em última instância, visam à implementação da dignidade humana, substrato maior do ordenamento jurídico baseado na democracia constitucional.

Na realidade, um caso particular, observado, **jamais pode estar em contradição absoluta com um juízo cuja universalidade é empírica.** Ele só pode reforçá-lo ou enfraquecê-lo. A lei poderá ser sempre mantida, atribuindo-lhe um alcance ligeiramente diferente, que levaria em conta o novo caso (PERELMAN, 2005, p. 389, grifo nosso).

Tal pensamento do autor vai no sentido de que a interpretação é necessária para se alcançar a justiça com a exegese adequada de uma norma jurídica em consonância e harmonia com o ordenamento jurídico. Pode-se observar a corroboração desse entendimento mediante a concepção de que “os textos legais constituem um elemento, mas não o único ponto de partida, da interpretação jurídica” e ainda que “uma regra de direito é necessariamente interpretada dentro do contexto de um sistema jurídico, e este pode obrigar-nos a introduzir na leitura do texto cláusulas gerais que lhe restringem o alcance, mas que não estão explicitadas” (PERELMAN, 1996, p. 622, grifo nosso).

Neste diapasão, por mais que exista uma interpretação baseada em princípios, não necessariamente segundo uma norma jurídica positivada, não há uma exegese, que desembocará na prolação de uma decisão judicial, contrária ao determinado no ordenamento jurídico pátrio. Quando se prestigia na feitura de um contrato, e na sua posterior manutenção e implementação, os princípios e dispositivos legais baseados na boa-fé, função social e demais valores intrínsecos ao Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica imperará e evitará transtornos futuros transtornos do ponto de vista jurídico.

Para corroborar tal pensamento, a seguir mediante doutrina e jurisprudência verificar-se-á de que maneira um planejamento jurídico poderá ser realizado para garantir às partes de uma relação contratual a segurança jurídica, com a concomitante primazia pela sustentabilidade empresarial e responsabilidade social garantidoras de um status diferenciado às empresas seguradoras que desenvolvem suas atividades no mercado hodierno.

3 CONTRATO DE SEGURO: EQUACIONANDO RISCO E SUSTENTABILIDADE NA BUSCA DA ATUAÇÃO SOCIALMENTE RESPONSÁVEL

O Código Civil brasileiro conceitua em seu art. 757 o contrato de seguro: “Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.” (BRASIL, 2002).

Perfunctoriamente, no concernente à sua natureza jurídica, é um instrumento bilateral, concomitantemente estabelecendo direitos e deveres proporcionais às partes, sendo, pois, outrossim, sinalagmático. É oneroso, visto a remuneração estabelecida mediante o prêmio devido pelo segurado ao segurador, consensual, aperfeiçoando-se com a manifestação da vontade das partes e, finalmente, aleatório porquanto o risco existente em razão da possibilidade da ocorrência do sinistro é evento futuro e incerto (TARTUCE, 2011, p. 588).

Não mais do que o “simples” recebimento de um prêmio, o segurador

assume a obrigação de pagamento de uma prestação, se ocorrer o risco a que o segurado está exposto. O risco é verificado quando passa de dano potencial a dano efetivo, o que significa dizer que, ao aderir o contrato de seguro, ambas as partes estão cientes de que pode haver algum dano, assim como pode não haver, configurando, assim, o risco como uma hipótese, porém, de extrema importância no contrato (FABRI; PACHECO, 2015, p. 186).

Justamente pelo fato de o ser humano estar adstrito a riscos engendrou-se a necessidade da instituição de contratos de seguro, numa tentativa de minimizar ou extirpar os prejuízos que por ventura possam ser sofridos. Na sociedade de risco em que se vive, a ação humana gera decorrências em todas as searas.

Isso fica ainda mais claro se levarmos em consideração o modelo especial de divisão dos riscos da modernização: estes possuem uma tendência imanente à globalização. A produção industrial vem acompanhada de um universalismo de perigos, independentemente dos lugares de sua ocorrência: as cadeias de alimentos conectam na prática todos os habitantes da Terra (BECK, 2002, p. 42).

Consoante a leitura do excerto anterior tem-se a visão de que nas sociedades modernas, caracterizadas pelo constante estado de risco, existe uma relativa homogeneidade entre todos os indivíduos do globo, uma vez estarem igualmente expostos e adstritos aos riscos da modernidade. A ação humana de destruição da natureza, instrumentalização do ser humano e do meio ambiente em busca de retornos econômicos na dinâmica do mercado traz problemas ecológicos pelos quais não se responsabiliza ninguém. Toda essa questão gera uma situação constante de riscos que podem culminar num evento danoso.

Por conta dos riscos aos quais os indivíduos estão constantemente adstritos e que podem atingir indiscriminadamente qualquer pessoa, criou-se uma forma de coletivizá-los:

Na perspectiva da solidariedade social, mais do que socialização dos riscos, a socialização das perdas e prejuízos decorrentes da concretização dos riscos acaba sendo melhor equacionada pelo contrato de seguro, que tem o condão de proteger os interesses de todos os envolvidos na situação patológica, consubstanciada no dano (MONTEIRO FILHO; RITO, 2015, p. 259).

Para a elaboração do contrato de seguro existe o equacionamento e análise de inúmeras variáveis para que possa ser oferecido no mercado e assim ser contratado por um valor condizente com o risco protegido e com os benefícios que o acordo trará à parte segurada caso haja a ocorrência

³ A exemplo do artigo “Custos de transação no contrato de seguro: proteger o segurado é socialmente desejável?” (ALVES; TIMM, 2008), que tece uma rica análise acerca dos casos jurisprudenciais nos quais houve a modificação do contrato securitário ou a concessão de um benefício inicialmente não acordado, demonstrando sob o ponto de vista da análise econômica do Direito que este expediente vai de encontro à *pacta sunt servanda*, ferindo a soberania do acordo de vontades e, com isso, levando ao risco, até, de as seguradoras declararem a impossibilidade da manutenção da atividade econômica por sua inviabilidade, já que indenizações inicialmente não previstas ou abarcadas no seguro são concedidas à revelia dos contratos.

do sinistro.

Ocorre que na prática, não obstante a ampla legislação regulamentando o tema, além de seu respaldo principiológico baseado no ordenamento jurídico pátrio, o qual prima pela busca da implementação da dignidade humana em última instância, já que a sociedade encontra-se sob a égide de um Estado Democrático de Direito, não se verifica a plena observância das normas jurídicas, levando diversos casos ao escrutínio judiciário e à posterior aplicação da Constituição Federal independentemente do que estava inicial e expressamente acordado entre as partes contratuais.

Embora em estudos realizados na área da análise econômica do Direito³ entendam que o ativismo judiciário traz o adimplemento desses princípios constitucionais ao arrepio da primazia da vontade inter partes erigida no contrato, ferindo a soberania das vontades pactuadas, tal inteligência é claramente contrária ao estabelecido como ideal interpretativo e justamente por isso os tribunais continuam a privilegiar decisões que garantam direitos estabelecidos como basilares à higidez das relações intersubjetivas em todas as suas interfaces.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SEGURO DE AUTOMÓVEL. ROUBO DO VEÍCULO. AVISO DE SINISTRO. COMUNICAÇÃO. ATRASO. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. PERDA DO DIREITO. AFASTAMENTO. APLICAÇÃO NÃO AUTOMÁTICA DA PENA. ART. 771 DO CC. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. OMISSÃO JUSTIFICADA DO SEGURADO. AMEAÇAS DE MORTE DO CRIMINOSO. BOA-FÉ OBJETIVA. CONFIGURAÇÃO. RECUPERAÇÃO DO BEM. CONSEQUÊNCIAS DANOSAS À SEGURADORA. INEXISTÊNCIA. [...]

Assim, não poderia ser exigido comportamento diverso, que poderia lhe causar efeitos lesivos ou a outrem, o que afasta a aplicação da drástica pena de perda do direito à indenização, especialmente considerando a presença da **boa-fé objetiva, princípio-chave que permeia todas as relações contratuais, incluídas as de natureza securitária**. 6. É imperioso o pagamento da indenização securitária, haja vista a dinâmica dos fatos ocorridos durante e após o sinistro e a interpretação sistemática que deve ser dada ao art. 771 do CC, ressaltando-se que não houve nenhum conluio entre os agentes ativo e passivo do episódio criminoso, tampouco vontade deliberada de fraudar o contrato de seguro ou de piorar os efeitos decorrentes do sinistro, em detrimento dos interesses da seguradora. Longe disso, visto que o salvado foi recuperado, inexistindo consequências negativas à seguradora com o ato omissivo de entrega tardia do aviso de sinistro. [...] (STJ. REsp 1546178 / SP, RECURSO ESPECIAL 2015/0076418-0; Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (1147); TERCEIRA TURMA, DJ 13/09/2016) (BRASIL, 2016b, grifo nosso).

O excerto acima é parte de uma decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça acerca de um contrato de seguro de automóvel. Observa-se que o princípio da boa-fé norteou o prescrito no acórdão, inobstante a existência do art. 771 do Código Civil que estabelece a possibilidade de perda do direito ao seguro na demora em comunicação do sinistro. Assim, a norma jurídica em questão foi interpretada de forma a festejar a boa-fé, assegurando a percepção do valor segurado e, garantindo, pois, a principiológica constitucional que lastreia o ordenamento jurídico.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. [...]. 3. **Em se tratando de seguro habitacional, de remarcada função social, há de se interpretar a apólice securitária em benefício do consumidor/mutuário** e da mais ampla preservação do imóvel que garante o financiamento. Impossibilidade de exclusão do conceito de danos físicos e de ameaça de desmoração, cujos riscos são cobertos, de causas relacionadas, também, a vícios construtivos. [...] As cláusulas a preverem os riscos cobertos pelo seguro habitacional foram **interpretadas à luz do Código de Defesa do Consumidor** para reconhecer-se que a previsão contratual de cobertura de desmoração não pode ser interpretada contra o consumidor para efeito de excluir a indenização pelos vícios verificados no imóvel. [...] (STJ. EDcl no AgRg no REsp 1540894/SP. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 2013/0080875-8. Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. DJe 02/06/2016) (BRASIL, 2016a).

Observa-se que foi destacada a função social do contrato de seguro habitacional, porquanto ocorrendo algum sinistro que destrua em parte ou totalmente a residência de um indivíduo, a concessão da indenização será necessária para que o segurado reconstrua seu lar, recuperando, pois, sua dignidade. A noção de proteção ao consumidor também foi considerada na decisão do STJ, haja vista a exegese realizada do caso concreto prestigiar o hipossuficiente da relação. Frisa-se, novamente, que foram utilizados como elementos interpretativos conceitos ou noções alheios ao ordenamento jurídico. Nesse mesmo sentido o informativo de jurisprudência do STJ:

No caso em que o serviço de home care (tratamento domiciliar) não constar expressamente do rol de coberturas previsto no contrato de plano de saúde, a operadora ainda assim é obrigada a custeá-lo em substituição à internação hospitalar contratualmente prevista, desde que observados certos requisitos como a indicação do médico assistente, a concordância do paciente e a não afetação do equilíbrio contratual, como nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia supera a despesa diária em hospital. **Isso porque o serviço de home care constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto, serviço este que, a propósito, não pode sequer ser limitado pela operadora do plano de saúde, conforme a Súmula 302 do STJ (“É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”)**. Além do mais, nota-se que os contratos de planos de saúde, além de constituírem negócios jurídicos de consumo, estabelecem a sua regulamentação mediante cláusulas contratuais gerais, ocorrendo a sua aceitação por simples adesão pelo segurado. Por consequência, a interpretação dessas cláusulas contratuais segue as regras especiais de interpretação dos contratos de adesão ou dos negócios jurídicos standardizados, como aquela segundo a qual havendo dúvidas, imprecisões ou ambiguidades no conteúdo de um negócio jurídico, deve-se interpretar as suas cláusulas do modo mais favorável ao aderente. **Nesse sentido, ainda que o serviço de home care não conste expressamente no rol de coberturas previstas no contrato do plano de saúde, havendo dúvida acerca das estipulações contratuais, deve preponderar a interpretação mais favorável ao consumidor, como aderente de um contrato de adesão, conforme, aliás, determinam o art. 47 do CDC (“As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”)**, a doutrina e a jurisprudência do

STJ em casos análogos ao aqui analisado. (REsp 1.378.707-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 26/5/2015, DJe 15/6/2015.) (BRASIL, 2015a).

Ainda, citando-se novel jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

SEGURO DE VIDA EM GRUPO. DENÚNCIA IMOTIVADA DO CONTRATO RENOVADO POR MAIS DE 30 ANOS. PEDIDO INDENIZATÓRIO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. ILICITUDE E DANO MORAL. DIRETRIZ DA ETICIDADE. ILICITUDE VERIFICADA NA ESPÉCIE ANTE AS PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. [...] quando o índice de sinistralidade é inegavelmente maior - momento em que o estado de intranquilidade e insegurança se implementa sobremaneira. Convenhamos, o número de apólices contratadas cairia sensivelmente, mesmo fenômeno ocorrendo com a capacidade de manter um segurado por longos períodos de tempo - beneficiando-o, certamente, mas, também, beneficiando-se, a seguradora e o grupo, com ele - se, no momento da contratação, ou no curso da relação e das sucessivas renovações, informassem-lhe, com a necessária clareza, que viria a deixar de estar coberto ao alcance de idade avançada. Pelo contrário, a campanha levada a efeito pelas seguradoras, não só em relação àqueles que ainda não aderiram a grupos de segurados, mas, também, em relação àqueles que já o fizeram, a fim de que permaneçam no grupo o quanto mais possível, é ostensiva, sempre se transmitindo ao segurado, e ao mercado consumidor como um todo, a expectativa de anos de tranquilidade que serão garantidos aos familiares, pós morte do segurado, em face do pagamento da indenização, e a este, no curso da relação contratual, de que, uma vez falecido, serão, os beneficiários, garantidos pelo pagamento do quantum contratado. [...]. **Os contratantes, no curso da relação negocial, deverão observar, fiel e especialmente, o que disposto nos arts. 421, 422, 424, 765 do CCB.** A moderna doutrina, tratando do direito das obrigações, a todos ensina que **o fenômeno da vinculação obrigacional não é explicado, tão somente, pela lei ou pelo poder negocial dos contratantes, seja para que a experiência social se traduza com um mínimo de fidelidade, seja para que se a ordene, com base em padrões de justiça, impondo-se que se aperceba a influência da noção de cooperação como decorrência do princípio da boa-fé obrigacional,** consoante lição de Judith Martins-Costa (In Comentários ao Novo Código Civil, Vol. V, Tomo I, p. 31). Dentro dessa noção, ressaltam-se conceitos como de **solidariedade, cooperação e comunidade,** cooperação essa que, no sentir de Ronaldo Porto Macedo Jr., é “associar-se com outro para benefício mútuo ou para a divisão mútua dos ônus” (apud Judith Martins-Costa, p. 32). **Absolutamente prevalentes a função social do contrato, a observância dos princípios de probidade e boa-fé e, finalmente, a inadmissibilidade, em sede de contratos de adesão, de estipulação de cláusulas que remetam à renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.** (STJ, REsp 1422191 SP 2013/0384779-2, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 23.06.2015) (BRASIL, 2015b).

Além da alusão aos princípios da boa-fé e da probidade, elementos principiológicos obrigatórios e legitimadores dos contratos, fez-se referência à solidariedade, cooperação e

⁴“O dever de informação consubstancia-se na obrigação de o contratante declarar a existência de fatos, circunstâncias ou particularidades que, conhecidos da outra parte, podem determinar a não formalização do negócio. O dever de informação está assim ligado à noção de transparência contratual. Os sujeitos contratantes devem conhecer aquilo que é essencial na contratação.” (MARQUESI; SANTOS, 2015, p. 390).

comunidade, todos esses valores intrínsecos à ideia de Estado Democrático de Direito que, em última análise, festejam a dignidade humana em sua plenitude.

O escopo de trazer recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com assuntos variados dentro do tema da seguridade, foi demonstrar que na prática a inteligência dos tribunais vai no sentido de prestigiar uma interpretação dos casos concretos de maneira a efetivar os valores da democracia constitucional brasileira. A função social é entendida como uma gama de princípios com seus desdobramentos jurídicos de verificação obrigatória pela atividade econômica.

A boa-fé e a função social deverão ser equacionadas nos cálculos atuariais para que então o seguro como produto e serviço seja oferecido ao consumidor de modo a ser implementado com a máxima observância do Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, regulamentação específica, como da Decreto-lei nº 73 de 1966 (Sistema Nacional dos Seguros Privados), Lei 9.656 de 1998 (Lei dos Planos de Saúde), Lei 6.194 de 74 (Lei do Seguro Obrigatório), Lei Complementar 126 de 2007 (Política de Resseguro), dentre outras, além da própria regulação de normativos trazida pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

Tal expediente, inclusive, é uma maneira de evitar maiores gastos e transtornos, pois todo caso concreto levado à análise do Judiciário tem um custo elevado, sendo na maioria das vezes, acompanhado de uma condenação por danos morais com o cômputo de juros, correção monetária, honorários de sucumbência, honorários contratuais dos serviços advocatícios que deverão ser contratados, sem mencionar as próprias despesas e custas processuais a serem efetuadas.

O custo do desgaste da imagem das companhias de seguro também deverá ser computado, pois com a recorrente condenação das companhias seguradoras no Judiciário, precipuamente em instâncias superiores como a do Superior Tribunal de Justiça, traz direcionamentos jurisprudenciais e doutrinários que partem do pressuposto da má-fé e do desrespeito ao consumidor, conceituando negativamente as condutas dos agentes econômicos que atuam nessa seara.

Nesse sentido, as companhias seguradoras podem direcionar sua atuação com o adimplemento das normas e princípios que efetivam a função social e festejam amplamente a boa-fé, inserindo em suas equações atuariais um planejamento, com uma assessoria jurídica preventiva de maneira que se possa verificar em seus contratos e com relação ao trato com o consumidor a transparência⁴ (BRASIL, 1990, arts. 6º, III, 30, 36, 54, §3º), claras informações, enfim, abranger realmente uma grande gama de proteção ao segurado em seus serviços.

Os contratos de adesão, geralmente a forma standard de pactuação securitária, podem ser mais completos, ter interpretação extensiva à proteção do consumidor e à efetivação da boa-fé entre as partes. Quando da contratação, realização da informação correta sobre todas as implicações do contrato a ser firmado, garantindo a inexistência de futuras demandas.

Desta forma, prestigiando a implementação da função social, de maneira a garantir na prática que suas normas e princípios sejam efetivados, a segurança jurídica será emulada, com a garantia do império da boa-fé entre as partes, o que vale também à proteção das companhias seguradoras com relação a segurados que intentem obter vantagem excessiva às custas do segurador.

Com as claras informações e a proteção máxima do consumidor, em possíveis demandas

judiciais, não se poderá alegar desconhecimento com relação a certas especificações do seguro contratado, além de possibilitar a feitura de um contrato cada vez mais acordado às reais necessidades do consumidor, mesmo que tais benefícios venham acompanhados de um valor de prêmio um pouco mais elevado. A garantia da segurança e tranquilidade deverá ser um dos elementos do cálculo de custo/benefício que o segurado precisará realizar.

Do ponto de vista jurídico, o adimplemento da função social é uma troca justa, uma vez que a empresa ao cumprir sua função social, está promovendo o desenvolvimento econômico e respeitando os princípios da dignidade humana, por meio das normas jurídicas que positivam esse valor. Os recursos humanos, sociais e naturais são utilizados, mas a contrapartida também ocorre em forma de postos de trabalho, fornecimento de bens e serviços de qualidade e com vistas ao desenvolvimento social.

Todavia, as empresas seguradoras têm plenas condições de atuar além dessas obrigações legais estipuladas pelo ordenamento jurídico. Por meio de uma assessoria jurídica em uma atuação não apenas preventiva mas também proativa, poderão ser criados mecanismos para emular sua responsabilidade social.

Partindo desse pressuposto, pode-se começar a compreender a empresa como uma instituição formada por seres humanos, que buscam viver melhor com o acesso a bens e serviços que tornam sua vida mais confortável, saudável, segura. Uma empresa, assim como qualquer organização, é algo inanimado. Seus atos e processos se dão por intermédio dos seres humanos que a compõem. Uma forma de ver a empresa é como uma associação de pessoas que se reuniram em torno de um objetivo em comum e devem, de forma organizada e baseada em certos princípios, lograr esses fins a que se propuseram.

“Uma boa empresa é uma comunidade com um propósito, e uma comunidade não é algo a ‘possuir’. Uma comunidade tem membros, e tais membros tem certos direitos [...]” (HANDY, 2005, p. 125). Vista como uma comunidade, isto é, um conjunto de pessoas, torna-se mais fácil começar a construir uma nova plataforma de atuação da empresa, não baseada em valores éticos, mas em princípios morais.

Deve haver uma “valorização das pessoas (gente) na empresa [...] muito além da conotação burocrática que o termo ‘funcionários’ implica. [...] Significados humanos. Lucro considerado como o subproduto de algo que se faz bem, não como um fim em si mesmo.” (NOBREGA, 1999, p. 152-153). Esse novo entendimento propicia à empresa uma maneira diferente de desenvolver suas atividades e ainda possibilita, efetivamente, a inserção da empresa na esteira da responsabilidade social.

Isto quer significar que as empresas seguradoras podem criar uma pauta de atuação responsável que permita sua sustentabilidade, uma vez que com o cumprimento da função social, haverá uma garantia de segurança jurídica com a consequente diminuição das demandas judiciais, garantindo a mudança da imagem das empresas dessa seara com um aproveitamento econômico decorrente de uma assessoria jurídica preventiva.

E a proatividade pode ocorrer a partir da existência de um planejamento, inclusive e

principalmente, jurídico, de modo a direcionar as atividades securitárias para além das obrigações legais. Como observado nos excertos jurisprudenciais acima, a maior parte dos casos concretos levados à análise judiciária envolve falhas graves na comunicação, informação e transparência resultando no vilipêndio da boa-fé contratual.

Destarte, uma forma inteligente e responsável de atuação seria, além das informações claras e transparência expressamente trazidas nos contratos, a realização de programas de conscientização dos segurados, para cuidados no trânsito, ou com a saúde, evitando, assim, acidentes ou doenças, diminuindo, inclusive a ocorrência de sinistros.

Outro exemplo de ação extrapolando a obrigatoriedade imposta pelas normas e princípios jurídicos seria a concessão de uma porcentagem de descontos aos segurados que, tendo plano de saúde ou de vida, apresentassem anualmente um check up à seguradora, demonstrando, pois, o cuidado com a saúde e a atuação na prevenção de doenças que poderiam levar ao internamento, por exemplo, o que configuraria um gasto muito maior às seguradoras.

Ainda, exemplificadamente, o desenvolvimento de programas e campanhas de auxílio na cura do tabagismo, evitando a incidência de uma série de doenças, dentre elas o câncer e, logo, resultando na diminuição, em termos de custos, de tratamentos quimio ou radioterápicos, que além de serem caros, ainda causam enorme sofrimento ao paciente e suas famílias.

Enfim, há uma série de condutas benéficas e de cuidado com a sociedade que as companhias seguradoras, em sua atuação econômica, podem realizar, melhorando muito sua imagem, além de fomentar a segurança jurídica por meio de sua atividade conforme os princípios e normas do ordenamento jurídico, evitando demandas judiciais futuras e todas as suas implicações. As empresas e cidadãos envolvidos numa relação jurídica securitária devem mudar seu pensamento de forma a garantir a efetiva observância da boa-fé e, conseqüentemente, de um agir que em última análise prestigie a responsabilidade social e sustentabilidade no mercado.

CONCLUSÃO

Com a análise da doutrina e das tendências interpretativas judiciais, a função social e a boa-fé são condições sine qua non à pactuação e implementação securitária. A transparência e a informação decorrem dessa necessária observância legal e principiológica que, ao serem efetivadas, garantem a segurança jurídica, pois todos os polos do contrato saberão o que esperar da relação jurídica entre eles estabelecida.

Não apenas as obrigações legais devem ser realizadas, porém, é imprescindível que a imagem das companhias de seguro seja mudada, mediante o planejamento jurídico que torne as atividades econômicas dessa seara preventivas e proativas, garantindo ao mesmo tempo a sustentabilidade do ramo empresarial e também a responsabilidade perante a sociedade.

Esta é baseada principalmente na concepção de Estado Democrático de Direito, que já é uma realidade no âmbito judicial e uma garantia do cidadão de que suas demandas econômicas e sociais serão analisadas à luz da democracia constitucional, que prima pela implementação, em

última análise, da dignidade humana.

Isto quer significar que a atividade econômica atuante na seara securitária deverá se adaptar a essa realidade, desenvolvendo-se como empresa e moldando sua atuação ao modelo responsável que garante não apenas sua sustentabilidade no mercado, mas também determinando uma nova forma de interação com a sociedade, primando, acima de tudo, pela implementação, em todas as suas facetas, da vida digna.

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco Kümmel Ferreira; TIMM, Luciano Benetti. Custos de transação no contrato de seguro: proteger o segurado é socialmente desejável? In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2007, Belo Horizonte. **Anais...** Florianópolis: CONPEDI, 2008.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Tradução Jorge Navarro; Daniel Jiménez; María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.540.894 - SP.(2013/0080875-8)**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJ, 2 jun. 2016a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.378.707 - RJ**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJ, 15 jun. 2015a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.422.191 - SP 2013/0384779-2**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJ, 23 jun. 2015b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.546.178 - SP (2015/0076418-0)**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ, 13 set. 2016b.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Jornadas de direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2012.

FABRI, Flávia Martin; PACHECO, Luciana Wolff da Rocha Loures. A negativa do pagamento de indenização no caso de suicídio do segurado: uma leitura a partir da boa-fé. In: CONGRESSO

NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015, Belo Horizonte. **Anais...** Florianópolis: CONPEDI, 2015.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GOMES, Sérgio Alves Gomes. **Hermenêutica jurídica e Constituição no Estado de direito democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1.

HANDY, Charles. Para que serve uma empresa? In: RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Martius Vicente (Org.). **Ética e responsabilidade social nas empresas**. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005 (Harvard Business Review).

MARQUESI, Roberto Wagner; SANTOS, Evelise Veronese dos. O dever de informação como desdobramento do princípio da boa-fé objetiva nos contratos de seguro-saúde. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015, Aracaju. **Anais...** Florianópolis: CONPEDI, 2015.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego; RITO, Fernanda Paes Leme P. Ação direta da vítima em face da seguradora: lições das experiências mexicana e espanhola. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015, Aracaju. **Anais...** Florianópolis: CONPEDI, 2015.

NOBREGA, Clemente. **Em busca da empresa quântica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999. PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 22. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Algumas considerações sobre a incidência de direitos fundamentais nas relações do Estado com empresas e organizações sociais. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Org.). **Terceiro setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 87-109.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da constituição do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 6. ed. São Paulo: Método, 2011.

Como citar: SOUZA, Sharon Cristine Ferreira de. Contrato de seguro social: a perspectiva de pactuação securitária responsável à luz da interpretação constitucional democrática. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 3, p. 9-26, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p9. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 01/05/2017.

Aprovado em: 31/07/2018.

A ATA NOTARIAL, A PROVA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

NOTARIAL MINUTES, EVIDENCE AND THE BRAZILIAN CODE
OF CIVIL PROCEDURE

Erika Kazumi Kashiwagi *
Monica Bonetti Couto **

*Mestranda em Justiça Empresa e Sustentabilidade pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE).

Especialista em Direito Empresarial e Advocacia Empresarial em 2015 pela Universidade Anhanguera – Uniderp (UNIDERP).

Especialista em Direito Notarial e Registral em 2014 pela Universidade Anhanguera – Uniderp (UNIDERP).

Especialista em Direito Civil e Processual Civil em 2007 pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB).

Graduada em Direito em 2003 pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC).

E-mail: erikakazumi@gmail.com

**Doutora em Direito em 2009 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

Mestre em Direito em 2005 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC- SP).

Especialização em Direito em 2001 pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

Graduada em Direito em 1999 pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

E-mail: monicabonetticouto@yahoo.com.br

Como citar: KASHUWAGI, Erika Kazumi; COUTO, Monica Bonetti. A ata notarial, a prova e o novo Código de Processo Civil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 3, p. 27-38, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p27. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Partindo da constatação de um progressivo e preocupante congestionamento do Poder Judiciário brasileiro, o qual culmina na necessidade de buscar caminhos alternativos para desafogar o sistema de justiça e aprimorar a prestação jurisdicional, o presente trabalho propõe-se a analisar o instituto jurídico da ata notarial, enquanto instrumento hábil a contribuir para o crescente movimento de desjudicialização. Considerado como meio atípico de prova na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a ata notarial ganhou destaque no ordenamento jurídico com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, recebendo o atributo de meio típico de prova. Diante disso, este estudo pretende realizar uma reflexão jurídica a respeito do contexto jurídico-histórico inerente a essa relevante alteração legislativa, bem como analisar os benefícios que podem ser alcançados com a nova roupagem conferida a este importante meio de prova, considerando o relevante papel dos notários e registradores como agentes do processo de desjudicialização. O trabalho faz uso do método hipotético-dedutivo de abordagem, sendo o tipo de pesquisa a bibliográfica, a partir de livros e artigos científicos.

Palavras-chave: Ata Notarial. Provas. Desjudicialização. Novo CPC.

Abstract: This paper first studies the current reality of Brazilian Judiciary's, which lacks efficiency as it has an ever more progressive and worrisome number of cases. In this context, many seek alternative ways for conflict resolution which does not involve the Brazilian Judiciary. Therefore, this paper proposes a new alternative method: the use of notarial minutes as a skillful instrument that validates acts without confirmation of Brazil's court system. In spite of being considered an atypical means

of evidence when the Brazilian Code of Civil Procedure of 1973 was in use, notarial acts have gained prominence in our legal system, specifically with the promulgation of the Brazilian Code of Civil Procedure of 2015, which reclassified notarial minutes as a typical means for evidence. Furthermore, this study carries out a legal reflection of the legal-historical context that resulted in this legislative change, as well analyzes the benefits that can be achieved with the new clothing given to this important means of evidence, considering the relevant role of notaries and registered agents in the disjudicialization of Brazil's legal system. This paper utilizes the hypothetical-deductive method with literature review of legal works and scientific articles.

Keywords: Notarial Minutes. Means of evidence. Disjudicialization. Brazilian Code of Civil Procedure.

INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) – doravante designado NCPC – surgiu, dentre outros motivos, da necessidade de uma tutela jurisdicional efetiva e do aprimoramento do sistema de justiça, preocupando-se com os ideais de celeridade processual e segurança jurídica, de modo a coadunar o processo judicial aos valores e garantias previstos na Constituição Federal de 1988.

Destarte, as diretrizes determinadas pelo NCPC buscam agilizar a solução dos conflitos intersubjetivos, combatendo a morosidade e atribuindo maior efetividade ao instrumento jurisdicional, uma vez que a longa duração dos processos é considerada um mal a ser combatido, devendo a sistemática processual civil ser orientada para seu resultado útil, adequado e célere.

A fim de cumprir seus ideais de efetividade e celeridade, o NCPC buscou encorajar instrumentos desjudicializadores, tendo em vista a premissa de que a resposta clássica adjudicada pelo Poder Judiciário não é exclusiva, nem tampouco superior, ampliando-se, assim, as vias de acesso à justiça e priorizando a solução de conflitos extrajudicialmente.

Isso porque, a norma contida no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal – e repetida no caput do artigo 3º do NCPC – ao tratar da inafastabilidade de jurisdição, não restringiu as possibilidades de acesso² à justiça tão somente ao processo judicial, de forma que este não se constitui como a única modalidade possível de solucionar uma controvérsia.

Uma das opções realizadas pelo legislador ordinário foi fomentar a realização de procedimentos no bojo dos cartórios ou serventias extrajudiciais, tais como: o inventário e a partilha administrativos; a demarcação e a divisão de terras por escritura pública; a extinção da união estável por via extrajudicial; a homologação de penhor legal por procedimento administrativo; e a ampliação da usucapião administrativa.

Destaca-se ainda a regulamentação da *ata notarial*, instituto objeto do presente estudo e de grande valor probatório para a dinâmica processual civil, na medida em que, a partir da promulgação do NCPC, passou a ser considerado como meio de prova típico, equiparando-se a todos os meios de prova existentes e admitidos em direito.

A relevância das provas dentro do ordenamento jurídico é indiscutível, uma vez que o êxito de uma determinada causa está diretamente relacionado à existência ou não de uma prova. Nessa medida, a consolidação da ata notarial como meio típico de prova merece o repouso de olhos de todo o direito, uma vez que, por meio da fé pública conferida aos notários e registradores, uma prova constituída fora do âmbito judicial poderá intervir no convencimento do magistrado e na justiça de uma determinada decisão.

Por essa razão, se faz necessário analisar as premissas fundamentais do instituto jurídico em questão, conjugando-o com a tendência de desjudicialização presente no cenário atual. Ademais, imperioso observar em que medida a ata notarial, ao ser consagrada como prova de igual valor a uma prova instruída dentro do processo judicial, contribui para a celeridade e efetividade do sistema de justiça, concretizando os ideais primados pelo Código de Processo Civil de 2015.

É de se pensar, que a transferência de competência para a produção de uma prova para uma instância não judicial, tende a reduzir o congestionamento inerente ao Poder Judiciário, sem retirar o valor inerente à prova, na medida em que a ata notarial será produzida por agentes que exercem função pública por delegação, em caráter privado. Poderá contribuir efetivamente, portanto, para a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional posto que tem presunção de veracidade e fé pública.

A importância dessa análise é de grande monta, a fim de que a ata notarial possa ser utilizada pelos operadores do direito e demais pessoas interessadas em utilizar esse meio de prova a seu favor, seja dentro do processo judicial ou como elemento hábil a contribuir para as autocomposições extrajudiciais.

Para cumprir tal mister, este ensaio desmembra-se em três itens. No primeiro, estuda-se o fenômeno da crescente desjudicialização como ferramenta para secundar o problema do aumento da litigiosidade e, portanto, das altas taxas de congestionamento dos tribunais brasileiros, com enfoque na atuação dos notários e registradores na realidade brasileira. Adiante, dedicar-se-á ao exame da previsão, pelo novo Código de Processo Civil, da ata notarial como modalidade de prova típica. Em seguida, estudam-se as especificidades e possibilidades da ata notarial, a fim de concluir se o instrumento em estudo é capaz de alcançar os objetivos e princípios primados pelo novo diploma processual civil.

O estudo foi direcionado pelo método hipotético-dedutivo de abordagem, sendo o tipo de pesquisa a bibliográfica, a partir de livros e artigos científicos.

1 O CRESCENTE MOVIMENTO DE DESJUDICIALIZAÇÃO E O PAPEL DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES

Durante o século XX, em movimento contrário ao que se verifica atualmente, houve um progressivo aumento da judicialização dos conflitos intersubjetivos. Isso se deu, em grande parte, a partir da evolução da sociedade, da massificação das relações de consumo, bem como diante do surgimento dos direitos difusos e coletivos.

Sem dúvida, o grande impulso à crescente judicialização pode ser imputado à Constituição Federal de 1988. Elaborada após uma fase de intensa repressão política, a Constituição de 1988 procurou redemocratizar o país, alçando a nível constitucional uma série de direitos e garantias, o que acabou não apenas por constitucionalizar diversos temas, mas, sobretudo, restou por universalizar o acesso à justiça, intensificando ainda mais o número de demandas levadas ao judiciário brasileiro.

Essa situação de desenfreada judicialização acabou por ocasionar o congestionamento do Poder Judiciário, importando, conseqüentemente, no aumento da morosidade e da ineficiência da justiça. Sob esse viés, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 inseriu o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, instituindo o princípio da razoável duração dos processos, a fim de aprimorar o sistema processual, tornando mais ágil e célere a prestação jurisdicional.

O contexto histórico acima delineado tornou possível o surgimento de um movimento de desjudicialização, na medida em que a tônica passou a ser a simplificação dos procedimentos e a resolução dos conflitos através de meios ditos “alternativos”, que possam tornar a justiça mais democrática, acessível e eficiente.

A desjudicialização desenvolve-se mediante a “transferência da competência da resolução de um litígio do tribunal para instâncias não judiciais”, constituindo um mecanismo destinado a reduzir o congestionamento do Poder Judiciário. Configura, por conseguinte, técnica intimamente relacionada à tentativa de superação da crise numérica de processos, apresentada “como resposta à incapacidade de resposta dos tribunais à procura (aumento de pendências), excesso de formalismo, ao custo, à irrazoável duração dos processos e ao difícil acesso à justiça.” (PEDROSO; TRINCÃO; DIAS. 2011, p. 18-19).

A desjudicialização também deve ser compreendida como a ideia de retirar do Poder Judiciário atos ou providências que podem ter sua solução delegada a terceiros, sejam eles agentes públicos ou privados. Dessa forma, prima-se pela simplificação processual e utilização de meios informais e/ou alternativos, a fim de possibilitar maior rapidez e efetividade aos resultados esperados.

Inobstante as demais formas de desjudicialização, este trabalho pretende analisar a grande tendência do sistema jurídico brasileiro em realizar procedimentos diretamente nos cartórios de registro e notas, independentemente de intervenção judicial. Uma solução trazida pelo legislador ordinário que se destina a tornar o procedimento mais célere, eficiente e com impactos positivos na ampliação do acesso à justiça.

A Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.935/94 (Lei dos Notários e Registradores) foram os diplomas responsáveis por reconhecer de forma definitiva a importância da seara notarial e de registro no ordenamento brasileiro, na medida em que, a partir desse momento, sua atividade ganhou notório relevo jurídico e social.

Para tanto, os serviços notariais e de registro constituem-se como serviços instrumentais, com atribuições específicas de conferir segurança jurídica, eficácia e efetividade às relações e aos negócios jurídicos privados, inculcando certeza e assegurando o direito das partes envolvidas, bem como o direito de terceiros.

O diploma infraconstitucional reconheceu também que os notários e registradores devem ser profissionais com diploma de bacharel em direito, habilitados em concurso público de provas e títulos e, a partir do momento que começam a exercer suas atribuições, executarão atividades jurídicas que são próprias do Estado, mediante delegação.

Por conseguinte, exercem atividades estatais cujo exercício privado se dá através de exclusiva fiscalização do Poder Judiciário, o qual confere certeza e liquidez jurídica àquelas relações intersubjetivas submetidas ao jugo do serviço cartorial. Ademais, ao contrário da atividade clássica jurisdicional de contencioso, a atuação das serventias forenses não adentra na problemática litigiosidade dos processos judiciais.

Isto posto, na medida em que se configuram como “braço do Estado” ou “particulares em

colaboração”, os serviços notariais e de registro têm desempenhado importante papel na prevenção dos conflitos, bem como na resolução extrajudicial de litígios, tendo em vista que, na atualidade, a complexidade das relações sociais e o crescimento populacional ocasionou uma massificação de demandas que o Poder Judiciário não consegue mais absorver.

Importante trazer a ponderação de Capilongo (2014), a respeito da importância da atividade notarial para a atual configuração do sistema de justiça brasileiro, senão vejamos:

Desde sempre, a prática notarial atuou como motor da evolução do direito. Numa quadra como a atual, em que as instituições representativas estão desacreditadas e as judiciárias, sobrecarregadas, o notariado ganha especial relevância como instância produtora de direito. A legislação opera em elevado grau de abstração e distanciamento das situações reais e concretas. A jurisdição ordinária atua mais em situações conflituosas. O notariado, ao reverso, está na linha de frente das pressões econômicas e sociais e, por isso, deve responder de forma imediata, próxima, cooperativa, consensual e reflexiva. Isso reforça sua eficiência econômica e sua identificação com as estruturas de confiança. Mas é na posição de intermediário, na atividade de aconselhamento, no papel de mediador imparcial e equitativo entre as partes que o sistema notarial pode atuar como polo criador do direito.

As serventias extrajudiciais constituem-se como “parceiros” ou “auxiliares” do Poder Judiciário, na hercúlea missão de desafogar os órgãos judiciais. Tendo em vista este cenário, várias leis foram editadas visando a desjudicialização, a partir da implementação de procedimentos extrajudiciais. À guisa de ilustração, podemos trazer a Lei nº 11.101/05, que inseriu a recuperação extrajudicial, a Lei nº 11.441/07 que instituiu a possibilidade de inventário, partilha e divórcio extrajudicial, além da edição do Código de Processo Civil de 2015, que viabilizou a usucapião extraordinária e reconheceu a ata notarial como meio de prova.

Constata-se, por conseguinte, uma tendência irreversível no processo de desjudicialização, liderado, em grande parte, pela atividade realizada pelos notários e registradores, uma vez que se verifica uma solução muito mais rápida e eficaz para os problemas apresentados pela sociedade e que acabam levando ao mesmo resultado que seria obtido por meio da via judicial.

2 A ATA NOTARIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) prevê, em seu artigo 384, que “a existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião” (BRASIL, 2015). Por sua vez, o parágrafo único desse mesmo dispositivo enuncia que “dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial”.

A ata notarial é o instrumento público, lavrado por tabelião, que ateste ou documente, a requerimento do interessado, a existência e o modo de existir de algum fato, conceito que pode ser extraído da própria redação do artigo 384. Contudo, anteriormente à sua positivação, a doutrina já definia o instituto como:

[...] o instrumento público mediante o qual o notário capta, por seus sentidos, uma determinada situação, um determinado fato, e o translada para seus livros de notas ou para outro documento. É a apreensão de um ato ou fato, pelo notário, e a transcrição dessa percepção em documento próprio (BRASIL, 2015).

Neste sentido, Brandelli (2011, p. 231) assevera que “a ata notarial decorre do poder geral de autenticação de que é dotado o notário, pelo qual lhe é atribuído o poder de narrar fatos com autenticidade, atribuição essa que se encontra inculpada no art. 6º, III, da lei n. 8.935/94.”

Segundo Ferreira (2015, p. 1.045), trata-se de “um documento público, porque mantém informações (conteúdo) ao longo do tempo por um meio específico impresso ou eletrônico (suporte) e é lavrado por um tabelião. Este descreve a ocorrência de fatos que se dão na sua presença e por este são descritos sem expressar qualquer opinião”.

Salienta-se que referido dispositivo está inserido na Seção III, do Capítulo XII, do novo Código de Processo Civil, que trata das *provas*. Deste modo, observa-se que a ata notarial passou a ser um meio de prova *típico*. Como bem ressalta Bueno (2015, p. 279), a ata notarial “é medida que já vem sendo empregada com frequência no dia a dia do foro e, tornando-se com o novo CPC, meio de prova típico, tenderá a ser utilizada ainda mais”.

O Código de Processo Civil de 1973 não tratava expressamente da ata notarial como meio de prova, porém, a sua natureza de prova documental já era incontestada, haja vista ser dotada de fé pública. Desta forma, a força probante da ata notarial é de documento público, pois a constatação do fato, pelo notário, goza de fé pública, valendo o registro dos fatos como prova pré-constituída que ostenta presunção de veracidade relativa (CHICUTA, 2004, p. 182).

3 A ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA E A SUA IMPORTÂNCIA PARA O MOVIMENTO DE DESJUDICIALIZAÇÃO

A ata notarial é um instrumento pouco conhecido, que ingressou em nosso ordenamento jurídico muito antes da edição do novo Código de Processo Civil. Em realidade, data de 1994 a sua previsão e inserção em nosso sistema jurídico, mais precisamente com a Lei dos Notários e Registradores (Lei nº 8.935/94). No artigo 6º, inciso III, da mencionada lei, é estabelecido que compete aos notários “autenticar fatos”, e em seu artigo 7º, inciso III, fixa-se a competência exclusiva do tabelião em “lavrar atas notariais”.

Conforme salientado anteriormente, a ata notarial pode ser entendida como:

[...] o instrumento público através do qual o notário capta, por seus sentidos, uma determinada situação, um determinado fato, e o translada para seus livros de notas ou para outro documento. É a apreensão de um ato ou fato, pelo notário, e a transcrição dessa percepção em documento próprio” (SILVA NETO, 2004, p. 44).

Nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório

e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1994). É a última parte do supramencionado inciso que tem o condão de assegurar a efetividade do processo, já que resguarda a possibilidade de produção das provas por todos os meios admitidos em direito, para que se possa comprovar o alegado em juízo.

Algumas características peculiares da ata notarial fazem com que ela se torne um instrumento único, e em certos casos até imprescindível à produção de provas, consubstanciando-se como importante instrumento no processo de desjudicialização da justiça. Destacam-se algumas características, tais como: a ata notarial é um documento oficial; reveste-se da fé pública notarial; há celeridade e facilidade em sua lavratura em qualquer tabelionato de notas; e qualquer interessado pode fazer o requerimento para sua realização.

Importante observar que a fé pública que reveste a ata notarial decorre de ser esta lavrada por um tabelião de notas, um “profissional do direito dotado de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro”, nos termos do artigo 3º, da Lei nº 8.935/94 (BRASIL, 1994).

A celeridade e a facilidade em se lavrar a escritura pública decorrem diretamente da dispensa de intervenção e homologação judicial para confecção desse instrumento. Há ainda a possibilidade em se lavrar a ata notarial em qualquer tabelionato de notas, devendo-se apenas respeitar os limites da circunscrição territorial daquele tabelião. Ou seja, a parte interessada poderá lavrar a ata em qualquer tabelionato do país, desde que o tabelião que a realizar, faça suas diligências dentro de sua base territorial, que é o município onde se localiza o seu cartório. E a presença de um advogado às partes é mera liberalidade, ou seja, não há obrigatoriedade de que um advogado acompanhe a lavratura do instrumento.

Por fim, outra característica relevante da ata notarial é a possibilidade de ser lavrada a requerimento de qualquer interessado, não sendo necessário que a parte interessada preencha certos requisitos legais, nem que seja parte no processo em que se está produzindo as provas.

No tocante às modalidades de atas notariais presentes em nosso sistema jurídico, faz-se necessário destacar, para este momento, a existência de três delas, quais sejam: a ata de presença, de notoriedade e a de declaração testemunhal.

Temos primeiramente a ata de presença, modalidade mais consagrada em nosso meio jurídico. Para Silva Neto (2004, p. 59) essa espécie constitui “atas notariais típicas. Aquelas através das quais o notário narra um fato por ele presenciado, sem influir no desenvolvimento do fato.”

Por intermédio dela, pode-se perpetuar fatos que ocorrem na vida de qualquer membro da família, bem como documentar páginas da Internet, a fim de se comprovar futuramente qualquer desrespeito ocorrido em redes sociais ou até mesmo atestar a situação do estado de determinadas pessoas ou lugares em que vivem. Outra hipótese de utilização é a comprovação de real situação financeira de qualquer das partes, para que se possa fixar um valor razoável em eventual ação alimentícia.

Desta feita, essa modalidade desponta como muito valiosa no atual momento em que vivemos, marcado por mudanças muito rápidas, decorrentes do avanço tecnológico e de todas as

formas de comunicações que hoje estão disponíveis no mercado, como as mensagens de texto e o “whatsapp”, via aparelhos celulares.

Já a *ata de notoriedade* é uma modalidade de ata já utilizada no direito notarial espanhol. É uma ata semelhante à de presença, mas que pode prolongar-se no tempo, na medida em que o tabelião verifica os acontecimentos habituais naquele círculo social, e, após a verificação continuada de certas condutas dentro daquele espaço limitado, narra em sua ata o que viu e ouviu sobre a notoriedade do fato perante determinadas pessoas. Para Silva Neto (2004, p. 31), esse tipo de ata “difere das demais principalmente porque implica juízo de valor do tabelião no que concerne a dar fé da notoriedade do fato e não apenas da realidade do que viu e ouviu pelos seus próprios sentidos, como acontece nas atas em geral”.

Cabe ressaltar que o “juízo de valor” mencionado pelo citado autor não é propriamente um julgamento individual realizado pelo tabelião sobre algum fato por ele presenciado, mas sim a viabilização da fé pública sobre a condição de determinados fatos ou atos que são do conhecimento público naquela localidade. No caso concreto, como bem explicita o mesmo autor, tal ata poderia “averiguar a posse de um estado, averiguar o exercício habitual de uma atividade, a existência de filhos, constatar a insolvência de determinada pessoa, constatar a convivência de duas pessoas, na união estável etc.” (SILVA NETO, 2004, p. 63).

Nesse sentido, convergem recentes alterações legislativas, como se pode verificar na atualização do Capítulo XIV, das Normas de Serviço dos Cartórios Extrajudiciais do Estado de São Paulo, em seu item 139, “b”, no qual se menciona que a ata notarial poderá “ser redigida em locais, datas e horas diferentes, na medida em que os fatos se sucedam, com descrição fiel do presenciado e verificado, em respeito à ordem cronológica dos acontecimentos e à circunscrição territorial do Tabelião de Notas.” (SÃO PAULO, 1989).

Por fim, há também a *ata de declaração testemunhal*, difundida no direito português. Analisando esse tipo de ata, verifica-se ser ela plenamente possível no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não fere qualquer preceito legal interno e pode permitir a obtenção do testemunho de pessoas imprescindíveis ao processo.

Nesse aspecto, pode-se cogitar das situações em que é necessário fazer a produção de provas, como o interrogatório da parte e a inquirição de testemunhas, quando há o justo receio de que elas se percam, porque terão que ausentar-se ou por motivo de doença grave, por exemplo.

Nos casos em que há perigo da demora, já que podem não mais existir em momento posterior, abre-se a possibilidade de se realizar, conforme o entendimento de Silva Neto (2004, p. 33)

[...] a ata notarial de declaração de interesse pessoal ou de declaração testemunhal, como contribuição efetiva do tabelionato a fim de agilizar e preservar a formação da prova no processo judiciário, desde que amparada nas premissas de urgência por causa de viagem, de idade avançada ou de moléstia grave, verificadas ao prudente arbítrio do tabelião.

Essa, na verdade, seria uma forma alternativa de provas, que devido à sua rapidez e

eficiência, alcança a segurança jurídica, prevenindo a perda da obtenção dessa prova em momento posterior, através do Poder Judiciário. Isso porque, o tempo é o maior inimigo na obtenção de provas dentro do processo, haja vista que certos tipos de provas se perdem muito rapidamente.

Assim é o entendimento de Silva Neto (2004, p. 32), que afirma que

[...] não se pode negar, todavia, resguardadas estas convicções ora expostas em linha de generalidade, que a ata notarial, por sua natureza, se reveste de especial importância para obter-se uma produção antecipada de provas de boa qualidade e credibilidade, com presteza, sem ficar na dependência de movimentar o aparato judiciário, que deve ser preservado para a solução de contendas de maior complexidade e não solucionáveis pelos mecanismos mais simples.

Com efeito, esse cenário evidencia a relevância da adoção da ata notarial como meio de prova adequado e eficaz para a concretização do movimento de desjudicialização. Sua utilização pela população e pelo próprio Poder Judiciário contribui sobremaneira na adoção de medidas que visam à desburocratização e simplificação dos procedimentos, como ferramentas essenciais à efetivação da garantia do acesso à justiça.

À vista do sumariamente exposto, vislumbra-se que a recente alteração trazida pelo Código de Processo Civil tem o condão de impactar favoravelmente na obtenção das provas, e, em certa medida, poderá constituir-se em eficaz mecanismo de *desafogamento* do Poder Judiciário.

Por fim, importante destacar que a inclusão da ata notarial como meio probatório típico não permite que se substitua ou rechace os outros meios de prova existentes no sistema processual civil, mas sim acrescenta um novo meio de prova extrajudicial útil, efetivo e célere, prática enriquecedora que merece os aplausos dos estudiosos do direito.

CONCLUSÃO

A ata notarial foi regulamentada pelo Código de Processo Civil de 2015, em meio a um ambiente de mudanças processuais em prol de uma desjudicialização do sistema de justiça. Definida como meio típico de prova, colocou-se um ponto final nos debates especulativos a respeito do seu alcance e limites, permitindo a possibilidade de sua utilização por todos os particulares em todas as relações jurídico-processuais.

Por gozar de fé pública, bem como de presunção de veracidade, torna-se possível a pré-constituição de uma prova no âmbito extrajudicial, o que traz economia processual e celeridade ao processo como um todo, posto que não será necessária a produção antecipada de provas ou, tampouco, a lenta instrução probatória endoprocessual. O litigante, por conseguinte, tem uma salvaguarda no que tange a preservação de sua prova, na medida em que está assegurada frente a possibilidade de perda do objeto em momento posterior, por meio do Poder Judiciário.

Considerando o atual mundo globalizado, a efemeridade dos dados e o aumento da utilização das comunicações eletrônicas, a ata notarial constitui relevante instrumento capaz de memorizar elementos de prova colhidos no ambiente digital, tais como vídeos, fotos e mensagens,

informações que, dada a fluidez da comunicação via internet poderiam ocasionalmente desaparecer

É também por meio da fé pública que a ata notarial se consolida no mundo jurídico, haja vista que todo o seu conteúdo resta autenticado, podendo interferir diretamente no convencimento do magistrado quando diante do julgamento do caso concreto.

Em vista disso, é de se concluir que a iniciativa do legislador ordinário em regulamentar expressamente a possibilidade da ata notarial como meio de prova merece a aprovação de toda comunidade jurídica, na medida em que se apresenta como instrumento rápido e eficaz na realização do direito, atuando diretamente na resolução de conflitos.

Nesse sentido, a atividade notarial e de registro como um todo consubstancia-se como caminho alternativo para a sociedade obter respostas rápidas e efetivas frente a morosidade do trâmite processual, tornando-se, deste modo, um importante colaborador do Poder Judiciário, com capacidade real de evitar o litígio judicial, oferecendo uma solução segura e célere para o cidadão.

REFERÊNCIAS

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Lei das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 mar.2015. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. Lei nº 8.935 de 18 de novembro de 1994. Lei dos Serviços Notariais e de Registros. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 nov. 1994. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. Lei que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 fev. 2005. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHICUTA, Kioitsi. Ata notarial e sua utilização como prova judiciária de fatos no direito brasileiro. In:

BRANDELLI, Leonardo (Coord.). **Ata notarial**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

p.167-184

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Ata notarial**: doutrina, prática e meio de prova. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. **Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2001. Disponível em <<http://opj.ces.uc.pt/pdf/6.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2017.

SÃO PAULO. Corregedoria Geral da Justiça. **Normas de serviço**: cartórios extrajudiciais. São Paulo, 1989. Tomo II. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Corregedoria/Comunicados/NormasExtrajudiciais>>. Acesso em: 5 maio 2017.

SILVA NETO, Amaro Moraes. **Ata notarial**: conceito e generalidades. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

Como citar: KASHUWAGI, Erika Kazumi; COUTO, Monica Bonetti. A ata notarial, a prova e o novo Código de Processo Civil. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 3, p. 27-38, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p27. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 11/05/2017.

Aprovado em: 18/07/2018.

**SOLUÇÃO PACÍFICA DE CONTROVÉRSIAS
SOCIOAMBIENTAIS: DO PREÂMBULO CONSTITUCIONAL À
PRÁTICA**

RESOLUTION OF ENVIRONMENTAL CONFLICTS: THE
CONSTITUTIONAL PREAMBLE TO EXPERIENCE

Gilberto Passos de Freitas *
Luciana Cristina da Conceição Lima **

Como citar: FREITAS, Gilberto Passos de; LIMA, Luciana Cristina da Conceição. Solução pacífica de controvérsias socioambientais: do preâmbulo constitucional à prática. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 3, p. 39-56, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p39. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Os conflitos socioambientais possuem, além das especificidades relacionadas às questões emergentes de proteção ambiental, interesses públicos e privados que dificultam o processo de tomada de decisão, situação que acaba por prolongar o litígio e, conseqüentemente, sua solução. Verifica-se grande crescimento desses conflitos que têm feito aumentar a demanda judicial por soluções, que acabam travando o sistema e impedindo que medidas imediatas sejam tomadas a contento da recuperação do meio ambiente e compensação das vítimas. Essa situação traz conseqüências importantes para o desenvolvimento sustentável, pois, entra em confronto direto com seus objetivos e princípios, baseados no equilíbrio econômico, social e ambiental. Nesse sentido, este trabalho busca demonstrar, através de análise crítica bibliográfica e jurisprudencial, que a mediação, como método pacífico de solução de conflitos e também como forma de acesso à justiça, pode ser um instrumento eficaz na solução de problemas socioambientais, atendendo ao comprometimento com a solução pacífica de controvérsias disposto no preâmbulo constitucional. Conclui-se pelo incremento de mecanismos capazes de superar as dificuldades existentes no atual sistema jurisdicional de solução de conflitos, demonstrando-se capazes de possibilitar a adoção de medidas de antecipação e prevenção, através da relação contínua e duradoura das partes interessadas, no enfrentamento das questões socioambientais.

Palavras-chave: Conflitos socioambientais. Sustentabilidade. Solução pacífica de controvérsias. Mediação. Preâmbulo Constitucional.

Abstract: Environmental conflicts, in addition to having peculiarities related to emerging issues of environmental

*Doutor em Direito em 2003 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).
Mestre em Direito em 200º pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).
Graduado em Direito em 1963 pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS).
E-mail: gpassosfreitas@uol.com.br

**Doutoranda em Direito pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS).
Mestre em Sistemas de Gestão em 2013 pela Universidade Federal Fluminense (UFF).
Especialista em Organização e Estratégias em 2011 pela Universidade Federal Fluminense (UFF).
Graduada em Direito em 2015 pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS).
E-mail: lulima@icloud.com

protection, have public and private interests hampering the decision-making process, a situation which ultimately prolongs disputes and, consequently, their solution. Moreover, judicial disputes have increased judicial demand for solutions, which clutters up the judiciary and prevents adequate results such as the environmental recovery and compensation or indemnities for victims. This context, impacts sustainable development, as it comes into direct confrontation with the Brazilian Constitution's objectives and principles based on economic, social and environmental welfare and equilibrium. In light of this, this paper demonstrates, from the methods of literature and judicial review, that mediation, as a peaceful method for conflict resolution as well as access to justice, can be an effective tool in solving environmental problems, given the commitment of the Brazilian Constitution to alternative mechanisms for peaceful settlement of disputes as described in the constitutional preamble. Therefore, this research demonstrates that there are mechanisms needing to overcome difficulties existing in the judicial system of conflict resolution and they are capable of enabling the adoption of anticipation and prevention measures in a continuous and lasting relationship of stakeholders, specifically when addressing important environmental issues.

Keywords: Environmental conflicts. Sustainability. Peaceful settlement of disputes. Mediation. Constitutional Preamble.

INTRODUÇÃO

Os conflitos são inerentes à humanidade, sendo inegável sua importância para a evolução da sociedade. Na atualidade, percebe-se um aumento significativo dos conflitos socioambientais, que são diretamente ligados à necessidade de preservação dos recursos naturais, incluindo a perspectiva da “equidade intergeracional”¹.

Os princípios do desenvolvimento sustentável² permeiam e direcionam, cada vez mais, ações no sentido da proteção ambiental, levando em consideração a lógica do desenvolvimento econômico e social, buscando garantir as mesmas condições ecológicas e de subsistência para as futuras gerações. Essa perspectiva de desenvolvimento, atrelado à proteção ambiental e à responsabilidade social, tem gerado um aumento da preocupação global com as questões sociais e ambientais, que estão cada vez mais complexas e interligadas. Nesse contexto, os problemas ambientais têm alcançado amplitude global, tornando-se transfronteiriços³ e demandado uma dinâmica de governança que busca o enfrentamento dos problemas comuns, considerando a participação de diversos atores, estatais e não estatais, em um sistema de cooperação e estabelecimento de consensos para o atingimento de resultados eficazes.

As soluções para os problemas ambientais não se encontram mais apenas na esfera dos Estados (governos), demandando também a participação da sociedade civil, das organizações privadas, das Organizações Não Governamentais (ONGs), ou seja, de todos os atores envolvidos e interessados no processo, o que pode ser demonstrado através da agenda internacional destinada à discussão da temática. Para reforçar esse entendimento, o Princípio 10, da Declaração do Rio de 1992 dispõe que:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos (CNUMD, 1992).

Apesar da emergente conscientização global sobre a importância do meio ambiente e da

1 O princípio da equidade intergeracional, abordado por Edith Brown Weiss em 1992, baseia-se na teoria da equidade entre as gerações, que propõe a preservação do meio ambiente natural pela geração presente, de forma a garantir a existência desses bens para as futuras gerações. Essa teoria se baseia no direito que as gerações seguintes possuem de usufruir do mesmo ambiente natural necessário para a vida humana (WEISS, 1992, p. 335).

2 Desenvolvimento Sustentável é o conceito desenvolvido pelo Relatório de *Brundtland*, também conhecido como “Nosso Futuro Comum”, documento elaborado em 1987 pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, que trouxe a visão do desenvolvimento sustentável pautado nas necessidades do presente, conjugada com a proteção do meio ambiente e das questões sociais, de forma a garantir a subsistência das futuras gerações (CMMAD, 1991).

3 Danos Transfronteiriços são aqueles, que tendo sua origem em um determinado território, projetam seus efeitos para além deste. Reflete as dimensões globais dos riscos e impactos ambientais que passam a interessar igualmente a todos os Estados. “Trata-se de fenômenos mais complexos, caracterizados pelo caráter difuso das atividades originárias, pelo alcance catastrófico de seus efeitos danosos e pela distribuição aleatória destes no tempo e no espaço.” (RUIZ, 2012, p. 122-124).

necessidade de solucionar os problemas advindos da sua exploração, nota-se que há ampliação dos conflitos, talvez justamente em razão dessa nova consciência e busca por soluções mais concretas e efetivas. A adaptação ao novo paradigma de desenvolvimento versus preservação ambiental requer sistemas adequados para a solução dos problemas e conflitos, que surgem a partir de novos conhecimentos, tecnologias, políticas de cooperação e engajamentos.

O meio ambiente é considerado pela constituição brasileira de 1988 como um direito difuso, sendo estabelecido no artigo 225 o dever de todos na sua proteção e preservação, inclusive para as futuras gerações. Contudo, a sociedade ainda está se adaptando a essa nova ordem de desenvolvimento conjugado com preservação e proteção ambiental, estando acostumada a utilizar indiscriminadamente os recursos naturais, sem se preocupar com o futuro e com o fato de que a escassez dos recursos poderá lhe afetar diretamente por outros fenômenos jamais esperados.

Percebe-se que o aumento dos conflitos socioambientais, amparado nessa nova dinâmica de utilização dos recursos ambientais, gera também a incapacidade do sistema tradicional de solução de conflitos de lidar sozinho com o volume e especificidade dos problemas atuais. Diante dessa lógica, surge, então, uma grande discussão sobre a necessidade/possibilidade de aplicação de métodos alternativos na solução de questões que envolvam bens difusos, coletivos e indisponíveis, como no caso dos conflitos relacionados ao meio ambiente.

O presente artigo busca analisar as questões que permeiam as discussões jurídicas e doutrinárias acerca da possibilidade de aplicação da mediação na solução dos conflitos socioambientais, passando, em princípio, pela autorização e prioridade constitucional instituída sobre a utilização da solução pacífica de controvérsias, até chegar na demonstração da utilização da mediação na prática, confrontando alguns casos em que o uso de meios alternativos ao judiciário demonstram ganhos concretos para a lógica do desenvolvimento sustentável.

Este estudo se justifica pela importância do tema para a evolução das questões ambientais globais que hoje necessitam de uma dinâmica mais célere e efetiva de solução de conflitos, em função da sua complexidade e crescente demanda. O trabalho se baseia na grande produção científica sobre a aplicação e utilidade dos métodos alternativos de solução de conflitos, que trazem benefícios no enfrentamento de situações, que necessitam de decisões mais rápidas e com foco não só em uma forma ou meio de solução dos conflitos, mas, sobretudo, no fortalecimento do sistema de proteção ambiental global.

A seleção do conteúdo bibliográfico partiu da leitura exploratória do material selecionado, de forma objetiva e seletiva para definição da sua pertinência ao tema proposto. A abordagem metodológica, suportada por pesquisa bibliométrica, estrutura-se no método indutivo, classificado como exploratório, bibliográfico, qualitativo e aplicado.

A partir dessa análise bibliográfica e documental seletiva, realizou-se exame analítico crítico do conteúdo selecionado, de forma a ordenar e resumir as informações contidas nas fontes. O estudo parte então da análise sobre a previsão constitucional de meios pacíficos de solução de controvérsias, tanto no preâmbulo, quanto em outros preceitos constitucionais e da legislação infraconstitucional, para relacionar essa questão com a realidade existente perante o enfrentamento

dos conflitos socioambientais. Para tanto, relacionam-se os valores constitucionais de igualdade, justiça e paz social e ambiental com a utilização de mecanismos alternativos de solução de conflitos. A apresentação de alguns casos referentes à utilização de mediação ambiental foi necessária para demonstrar a aplicabilidade e eficácia desse mecanismo na solução de problemas socioambientais.

Por fim, buscou-se retomar aos objetivos iniciais, realizando uma avaliação crítica, a partir da obtenção das respostas às indagações sobre as contribuições que a aplicação desse método pode trazer para o atual cenário brasileiro de judicialização dos conflitos socioambientais.

1 CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS: NOVAS PERSPECTIVAS PARA O ENCAMINHAMENTO DE SOLUÇÕES

Os conflitos fazem parte da sociedade e crescem na medida do seu desenvolvimento. “A exploração dos recursos naturais, a degradação do ecossistema ou mudanças no ambiente são exemplos típicos de situações que possam gerar conflitos ambientais.” (CEBOLA, 2012, p. 176).

O aumento dos conflitos ambientais relacionados à diversidade de interesses é tão evidente e intrínseco que, conforme esclarece Padilha (2011, p. 231): “[...] não se limitam às agressões e degradação sistemática do meio ambiente natural, mas atinge o ser humano em todos os seus ambientes artificialmente construídos, desde o espaço urbano das cidades até o espaço laboral das atividades produtivas.”

Theodoro (2005, p. 57) explica que interesses conflitantes acerca do “uso dos recursos naturais geram conflitos em todos os níveis, desde o local até o global, com vieses econômicos, sociais, culturais e políticos, entre outros mais difusos”.

Cebola (2012) explica ainda que no âmbito das questões do direito privado, geralmente os conflitos possuem duas partes de interesses bem identificadas. Contudo, nas “questões ambientais, a realidade é diferente, já que podem existir em uma única situação de conflito assuntos diferentes, objetivos e posições diferentes.” (CEBOLA, 2012, p. 177). A divergência de interesses é inerente ao conflito. Contudo, existem peculiaridades nos conflitos socioambientais, que os tornam mais complexos e dificultam soluções mais rápidas e eficazes. Ademais, o aumento do número de processos nos tribunais contribui para o atraso das decisões finais, situação que reflete negativamente nos conflitos ambientais que necessitam de respostas rápidas. Ademais, o processo judicial é demasiadamente inflexível e inábil para responder às características específicas dos conflitos ambientais e urbanos (CEBOLA, 2012).

No Brasil, há conflitos socioambientais judicializados que perduram por anos e outros ainda pendentes de soluções. Um exemplo é o caso da Ação Civil Pública, interposta pelo Ministério Público do Rio de Janeiro em 1991, que durou cerca 20 anos, tendo a sua decisão definitiva somente no ano de 2011. Na ação, o Ministério Público requereu a proibição de desmatamento e novas construções na área de reserva florestal no Bairro da Gávea. Acontece que, quando a ação foi distribuída, eram 8 construções no local e mesmo a justiça tendo concedido liminar para proibir novas construções, ao final de 2003 já eram 26 (RIO DE JANEIRO, 2012).

Outro caso é o da emblemática construção da usina de Belo Monte, que até hoje gera discussões sobre questões ambientais e de direitos humanos. O projeto de construção da usina iniciou-se em 2006, sendo concluído em maio de 2016. Foi um projeto em que houve muita dificuldade de diálogo entre as partes interessadas, além de causar grandes violações ao meio ambiente e de direitos humanos (MAB, 2016). Ademais, o empreendimento deixou diversas ações judiciais tramitando, ou seja, grandes problemas e impactos atuais e futuros ainda sem solução.

Um conflito socioambiental recente e que vem apresentando as mesmas características de dificuldades e ineficiência do judiciário em solucionar o problema, é o referente ao desastre ambiental ocorrido na cidade de Mariana em Minas Gerais, considerado como o “maior desastre mundial com barragens dos últimos 100 anos” (OLIVEIRA, 2016). Em 5 de dezembro de 2015, ocorreu o rompimento da barragem de rejeitos de minério de ferro da empresa Samarco, subsidiária das empresas Vale e BHP Billiton. O desastre atingiu, além dos distritos de Bento Rodrigues e Paracatu de Baixo, diversas cidades ao longo do Rio Doce, considerado o maior efluente da região. O mapa do desastre mostra os graves impactos do acidente, chegando a atingir o Estado do Espírito Santo (OTAVIO; ROSA; BANQUIERI, 2015).

Entre diversas ações de reparação de danos, há uma Ação Civil Pública impetrada pelo Ministério Público de Minas Gerais. Nesse processo, foi realizado um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), entre os governos dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, Governo Federal, órgãos públicos ambientais e empresas envolvidas. O TAC é também considerado como um mecanismo extrajudicial de solução de conflitos, “promovido por órgãos públicos, tendo como objeto a adequação do agir de um violador ou potencial violador de um direito transindividual (direito difuso, coletivo ou individual homogêneo) às exigências legais.” (RODRIGUES, 2011, p. 1065).

No entanto, o acordo firmado pela Samarco foi suspenso, por decisão judicial, em função de problemas sobre conflitos de competência, que até a referida decisão, não tinham sido sanados. Além disso, a Desembargadora Diva Malerbi, que proferiu a decisão, alertou para a ausência de participação de outras partes envolvidas e impactadas pelo conflito (BRASIL, 2016b).

Esses casos são apenas alguns exemplos, que demonstram a dificuldade e ineficiência do poder judiciário em trazer soluções adequadas para que os conflitos sejam resolvidos de forma célere, justa e pacífica. A ausência de solução ou sua morosidade podem agravar os impactos socioambientais decorrentes dos conflitos e, até mesmo, impedir que a recuperação ambiental ou reparação dos danos ambientais e sociais sejam possíveis.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) relata que:

A cada ano, para cada dez novas demandas propostas no Poder Judiciário brasileiro, apenas três demandas antigas são resolvidas. Some-se a este preocupante dado que se encontram pendentes cerca de 93 milhões de feitos. Sem dúvida, vivemos sério problema de déficit operacional (BRASIL, 2016a, p. 9).

Para agravar o problema que atinge o judiciário de forma geral, tem-se, ainda, a complexidade dos problemas ambientais e os obstáculos jurídicos e conceituais para lidar com uma

questão que não atinge apenas as partes do litígio, mas que podem trazer para o campo do conflito muitas outras partes interessadas. Outra característica que contribui para a complexidade dos conflitos socioambientais é a existência de confronto entre os interesses público e privado. Nesse caso, há a prevalência do interesse público sobre o interesse particular, apesar da prevalência do interesse público levar em consideração as devidas compensações por danos e prejuízos causados (CEBOLA, 2012).

Há ainda o debate acerca da tutela do bem jurídico ambiental e da possibilidade de utilização de meios alternativos e negociados de solução de controvérsias para resolver conflitos sobre bens ambientais. Na verdade, existe uma confusão sobre a questão da tutela do bem coletivo. Silva Junior (2016, p. 271-272) explica que:

[...] nem sempre um comportamento de exploração de recursos naturais e/ou culturais é capaz de produzir o mesmo resultado, visto que não se confundem as noções de bens ambientais com o próprio bem jurídico ambiental. Estes últimos são aqueles elementos naturais e culturais individualmente considerados, como florestas, animais e o ar, que compõem uma classe de bens públicos de uso comum essenciais à sadia qualidade de vida, capazes de serem desfrutados por qualquer pessoa dentro de determinados limites. A noção de bem jurídico ambiental, porém, consiste na integração ecológica de cada um desses elementos, que se desprende de seus componentes para formar uma singularidade ficcional própria.

A diversidade de interesses e a complexidade dos problemas acabam gerando disputas polarizadas que prejudicam soluções mais eficazes para a questão. Os problemas ambientais e seus impactos não podem ficar à disposição de interesses públicos ou privados, arrastando-se por décadas atrás de soluções que, muitas vezes, não atendem às expectativas dos litigantes, nem tampouco da sociedade que possui interesse amplo, difuso, coletivo e intergeracional sobre os resultados das disputas que podem gerar, direta ou indiretamente, outros impactos e novos conflitos.

Portanto, a partir do momento que se compreende que para além da disputa existe um interesse ainda maior, que é o da efetiva garantia da equidade, justiça, paz social e sustentabilidade ambiental, percebe-se que a urgência na adoção de medidas, que possam atenuar e até mesmo encerrar o conflito, é mais importante e mais benéfica para todos.

2 AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A UTILIZAÇÃO DE MEIOS PACÍFICOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS: PRIORIDADE ESTABELECIDADA PELO COMPROMISSO ASSUMIDO

O preâmbulo é o texto preliminar de uma Constituição. Trata-se de enunciados que antecedem o texto constitucional. No preâmbulo, são propalados os objetivos, valores, princípios e compromissos assumidos. Barcellos e Barroso (2013, p. 211) consideram o preâmbulo como um precedente da norma constituída. Para esses autores, o preâmbulo da Constituição contém, “em regra, as principais motivações, intenções, valores e fins que inspiraram os constituintes”. De acordo com Barcellos e Barroso (2013, p. 211-212), é possível identificar três espécies de

preâmbulos constitucionais:

[...] (i) formal, constituído por um pequeno trecho que antecede os artigos que compõem a Carta Constitucional, do qual constam, de maneira sucinta, o órgão, o local e a data de sua aprovação; (ii) histórico-narrativo, que pretende descrever as circunstâncias históricas e políticas que nortearam o poder constituinte, indicando sua origem e fundamento de legitimidade, bem como a intenção e o sentido conferido às normas no momento de sua criação; e (iii) normativo, que apresenta características idênticas às normas constitucionais, apesar de precedê-las, sendo-lhe atribuída força vinculante, o que, em regra, ocorre por força de interpretação da doutrina e/ou da jurisprudência.

Segundo os autores, existem quatro correntes, com distintas interpretações, sobre a natureza jurídica e função normativa do preâmbulo constitucional. Um primeiro posicionamento, a cerca dessa questão, acredita que o preâmbulo possui apenas valor “político, moral ou religioso”. Seria apenas um texto introdutório para demonstrar os objetivos e ideologia da Carta Magna. De acordo com essa concepção, o preâmbulo não poderia ser considerado como parte do conteúdo material da Constituição, mas tão somente formal (BARCELLOS; BARROSO, 2013, p. 213).

A segunda corrente reconhece o preâmbulo como norma de mesmo valor material que as demais. No entanto, seria uma norma infraconstitucional, ou seja, estaria abaixo das outras normas constitucionais. Por outro lado, uma terceira corrente atribui ao preâmbulo o mesmo valor e hierarquia das demais normas constitucionais.

Para os integrantes dessa corrente, o preâmbulo é parte da Constituição e, como tal, além de sua significação política, detém a mesma dignidade e eficácia das normas constitucionais, estando acima das leis infraconstitucionais. A principal justificativa para essa posição reside na origem do preâmbulo, uma vez que ele emana do Poder Constituinte originário, tendo sido aprovado sob as mesmas condições que o corpo da Constituição. Seria, portanto, parte integrante do texto constitucional, sob perspectiva formal e também material (BARCELLOS; BARROSO, 2013, p. 212-213).

A quarta corrente, que os autores consideram mais adequada, entende que o preâmbulo possui a mesma origem das demais normas constitucionais, haja vista se tratar de uma única Constituição, realizada e instituída em um mesmo momento. Contudo, esse entendimento não significa que o preâmbulo possua autonomia em relação aos outros mandamentos constitucionais. Segundo os autores, ele “deve ser entendido como vetor interpretativo – e em alguma medida de integração – das normas constitucionais, não detendo, portanto, a mesma eficácia das demais previsões contidas na Carta.” (BARCELLOS; BARROSO, 2013, p. 107).

Apesar dessa discussão sobre o caráter material ou formal das normas constitucionais, não se pode negar a influência e correspondência direta dos elementos do texto do preâmbulo com as demais normas constitucionais definidas como normas materiais ou positivas. Exemplo dessa correspondência é sua estreita relação com os direitos e garantias fundamentais previstos em

outros dispositivos da Constituição Federal, como os de liberdade, igualdade e justiça.

Ernandorena (2012) acrescenta a fraternidade como um princípio de valor supremo trazido pelo preâmbulo da Constituição Federal de 1988, reconhecendo assim seu valor de norma integrada ao contexto das demais normas constitucionais. Segundo o autor, apesar de não ser prevista juntamente com os princípios fundamentais do art. 1º, a fraternidade possui “*status* de princípio constitucional” (ERNANDORENA, 2012, p. 15).

De acordo com Silva (2012, p. 201), os preâmbulos constitucionais “valem como orientação para a interpretação das normas constitucionais. Têm, pois, eficácia interpretativa e integrativa”. Nesse sentido, compreende-se o valor interpretativo e orientativo do preâmbulo para a aplicação das demais normas constitucionais. O preâmbulo da Constituição de 1988 preconiza a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade (BRASIL, 1988). Valores estes que devem ser de fato alcançados. O direito à justiça pressupõe que sua instrumentalidade traga o acesso igualitário, célere e bem próximo da realidade social. O judiciário, como mecanismo de efetivação da justiça e do acesso a ela, deve estar a serviço da sociedade, de forma que acompanhe seu desenvolvimento e necessidades.

Portanto, o acesso à justiça pode “ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.” Dessa maneira, o direito à justiça é visto pelos autores como a forma, pela qual, “os direitos se tornam efetivos.” (CAPPELLETTI; BRYANT, 1988, p. 12). Cappelletti e Bryant (1988, p. 13) identificaram a necessidade de se considerar outros mecanismos de “processamento de litígios”, “que fossem além dos tribunais” e que pudessem contribuir com a garantia do efetivo acesso à justiça.

A Constituição Federal do Brasil (BRASIL, 1988) traz, em seu preâmbulo, a autorização de utilização de meios pacíficos de solução de controvérsias, demonstrando, nesse sentido, o incentivo à adoção de mecanismos alternativos de solução de conflitos. Essa “autorização” pode ser assim considerada em um sentido mais lato da palavra, pois abrange todo o contexto de interpretação da finalidade do constituinte. Em um sentido mais estrito, pode-se concluir que existe, na verdade, um compromisso assumido sobre a paz, haja vista conter no preâmbulo a expressão “comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias.”

Embora haja divergência doutrinária sobre a natureza normativa do preâmbulo da Constituição Federal de 1988, evidencia-se claramente a intenção do constituinte em priorizar formas pacíficas de solução de controvérsias, em detrimento de qualquer outra que tenha por fim o litígio. Isto porque, o objetivo, como o próprio preâmbulo reforça, é: “[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.**” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Portanto, verifica-se através dos elementos desse ditame constitucional, que o objetivo do constituinte é a paz e a harmonia social e não a litigância. Nas últimas décadas, tem havido um forte incremento de ações judiciais face ao aumento de conflitos que decorrem da nova dinâmica

social mais globalizada, conectada, exigente e mais consciente. O judiciário, devido ao volume e complexidade das ações, do baixo investimento em pessoal e em recursos materiais, não tem sido eficaz no atendimento das contendas, demonstrando-se burocrático e moroso na resposta ao conflito que lhe é entregue.

É possível fazer uma pequena analogia do que acontece hoje com o judiciário e os Estados na solução de conflitos no cenário internacional. Os Estados também não têm dado conta, em função do novo contexto mundial, advindo da globalização e seus impactos econômicos, sociais, tecnológicos e ambientais, de lidarem sozinhos com as questões internacionais que afetam a todos.

A globalização trouxe consigo a transnacionalização dos problemas ambientais, que deixaram de ser locais para se tornarem transfronteiriços e até mesmo globais, ou seja, atingindo o planeta como um todo. Juntamente com esse novo cenário, ocorre a necessidade de participação e cooperação de diferentes atores estatais e não estatais no enfrentamento de muitos problemas, que hoje são comuns e não ficam mais adstritos ao plano local ou regional.

No âmbito interno e voltado para o judiciário, é possível visualizar uma situação bastante semelhante. O judiciário, diante desse novo cenário de incremento dos problemas da atual sociedade de risco⁴, não tem conseguido sozinho responder de forma célere, justa e igualitária aos problemas que lhes são trazidos. Falta técnica, conhecimento científico e investimentos. Essa situação, além de semelhante à dos Estados, demanda medidas também semelhantes, como a participação ampliada e cooperação no enfrentamento das questões.

Verifica-se, portanto, a necessidade de utilização de meios alternativos ao judicial, que possam contribuir com a participação de outros atores da sociedade, incluindo as partes litigantes, para o encontro de soluções mais efetivas e pacíficas para o problema em discussão. Uma forma de enfrentamento do conflito que possa trazer das próprias partes uma solução satisfatória, que, certamente porá fim à lide, coadunando com a forma pacífica de solução de controvérsias prevista no preâmbulo constitucional.

A discussão sobre a eficácia normativa do preâmbulo constitucional não é impedimento para a aplicação dos seus preceitos, até porque, estes são confirmados em outros dispositivos da própria norma e na legislação infraconstitucional. O art. 4º da Constituição Federal confirma a intenção do constituinte no preâmbulo quando traz a solução pacífica de controvérsias dentre os princípios da República Federativa do Brasil. O Novo Código de processo Civil de 2015 aproxima a mediação do judiciário, trazendo a previsão expressa da utilização da conciliação e mediação como meios de solução de conflitos e o mediador como auxiliar da justiça (BRASIL, 2015).

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ – reforça esse entendimento ao considerar, através da Resolução nº 125 de 2010, a necessidade iminente “de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios”

4 Sociedade do risco é o termo utilizado por Ulrich Beck para descrever a situação de “percepção de riscos e incertezas globalmente fabricados” vivida pela sociedade global moderna. O que caracteriza essa situação é a “deslocalização” dos problemas, que não estão mais restritos a um determinado espaço geográfico; a incerteza sobre consequência e danos e a impossibilidade de compensação diante da imutabilidade ou irreversibilidade das causas dos problemas. De acordo com Beck, essa “incerteza incalculável também pode ser fonte de criatividade, uma razão para permitir o inesperado e experimentar o novo” (BUENO, 2011, p. 361-363).

(BRASIL, 2015). Ademais, o CNJ considera, ainda, que os meios alternativos de solução de controvérsias, como a mediação e a conciliação, são mecanismos de prevenção de litígios, capazes de contribuir para a redução da excessiva judicialização dos conflitos, sendo, portanto, instrumentos a serviço da pacificação social.

3 SOLUÇÃO DE CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS: A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO EFETIVO E LEGÍTIMO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL E JUSTIÇA

Os impactos da globalização, a crescente demanda por consumo e utilização de recursos que geram riscos não previstos, nem tampouco, controlados, têm causado um cenário de riscos e incertezas sobre danos e impactos futuros dessa nova dinâmica social. Toda essa situação tem gerado o aumento exacerbado de problemas e conflitos, que necessitam de soluções condizentes com a nova demanda e realidade global. O crescente aumento de conflitos socioambientais e sua judicialização têm criado certa dificuldade na obtenção de soluções que permitam a efetivação dos valores supremos de desenvolvimento, justiça, igualdade e paz social, previstos na Constituição brasileira.

A ausência de conhecimento sobre os riscos, a incerteza científica sobre os danos e a morosidade no desfecho dos processos faz surgir a busca por meios alternativos de solução de conflitos, que dialogue com os métodos tradicionais e que possa contribuir para esse novo contexto social e suas demandas mais urgentes. Atualmente, existe excessiva judicialização dos conflitos, situação que em muitos casos se demonstra desnecessária frente à possibilidade do alcance de soluções baseadas na cooperação e no consenso.

Outro fator muito importante e que contribui para esse cenário de dificuldade no encaminhamento de soluções para os conflitos socioambientais é o debate polarizado acerca da indisponibilidade dos bens ambientais e a possibilidade de utilização de mecanismos de transação, como no caso da mediação. Em razão dessas questões, a proteção jurídica das demandas que possuem, como pano de fundo, direitos difusos e coletivos é realizada essencialmente pelas vias judiciais, sistema que, segundo Ernandorena (2012, p. 13), “não consegue dar conta do novo panorama eclodido, expondo a sua atual incapacidade para servir de sustentação a um sistema político verdadeiramente democrático e humanista.”

Acontece que, diante dos inúmeros problemas decorrentes da ineficácia desse sistema, estritamente jurisdicional, torna-se patente a necessidade de adoção de meios alternativos, que possam servir como ferramenta de aproximação das partes e de abertura do diálogo, para que se permita o alcance de soluções viáveis e eficazes. Não se defende de modo algum a disposição dos interesses difusos e coletivos. Não se trata de incluir o meio ambiente em uma barganha ou disputa entre particulares, empresas e Estado, mas tão somente buscar soluções que respeitem os direitos já definidos, tanto para a coletividade, quanto para o indivíduo. Trata-se, na verdade, de garantir de fato a proteção dos direitos envolvidos no conflito, situação que, muitas vezes, pelo longo tempo que se gasta na solução de demandas pelas vias judiciais, acaba por prejudicar justamente

a garantia de tais direitos.

Muitas são as discussões acerca da tutela do bem jurídico ambiental e da possibilidade de utilização de meios alternativos e negociados de solução de controvérsias para a resolução de conflitos sobre bens ambientais. Para Silva Junior (2016, p. 271-272), existe uma confusão sobre a questão da tutela do bem coletivo. O autor explica que:

[...] nem sempre um comportamento de exploração de recursos naturais e/ou culturais é capaz de produzir o mesmo resultado, visto que não se confundem as noções de bens ambientais com o próprio bem jurídico ambiental. Estes últimos são aqueles elementos naturais e culturais individualmente considerados, como florestas, animais e o ar, que compõem uma classe de bens públicos de uso comum essenciais à sadia qualidade de vida, capazes de serem desfrutados por qualquer pessoa dentro de determinados limites. A noção de bem jurídico ambiental, porém, consiste na integração ecológica de cada um desses elementos, que se desprende de seus componentes para formar uma singularidade ficcional própria.

Há, contudo, que se diferenciar a noção de bem ambiental e bem jurídico ambiental para que essa dicotomia existente sobre indisponibilidade e disponibilidade de utilização dos recursos não seja um entrave nas negociações necessárias para a solução dos conflitos. Percebe-se que o modelo que mantém suas bases atreladas na polarização de lados contra ou a favor não é suficiente para solucionar problemas tão complexos.

Quando o foco é a discussão sobre permitir ou não determinada conduta, geram-se situações de conflitos que são mais características de serem resolvidas pelas vias judiciais. No entanto, quando as posições giram em torno da proteção do bem jurídico ambiental, “deixam-se as posições de lado para se permitir a discussão de ideias capazes de preencher todos os interesses afetos à controvérsia, abrindo espaço para a adoção de meios de negociação e mediação” (SILVA JUNIOR, 2016, p. 272).

O conceito de desenvolvimento sustentável pode ser a chave para o entendimento da lógica da solução dos conflitos socioambientais. Isto porque a construção desse conceito não traz a ideia de indisponibilidade do bem em função de considerar sua titularidade como universal. Na verdade, a ideia é permitir o desenvolvimento, de forma a atender as necessidades e interesses da geração atual, desde que sua atuação sobre esse patrimônio comum seja feita de forma a protegê-lo e preservá-lo, de maneira a garantir a subsistência das próximas gerações. Por isso, a simples dicotomia sobre a proibição ou permissão de utilizar o bem ambiental disponível é um entrave para essa ideia de desenvolvimento concebida.

Dessa forma, como então oportunizar uma dinâmica mais dialógica? Como impedir que as discussões acerca dos conflitos socioambientais se tornem verdadeiras batalhas polarizadas, que perdurem por anos ou décadas sem soluções que nem satisfaçam as partes interessadas, tampouco garantam a subsistência das gerações impactadas?

A resposta está na flexibilização dos meios de solução dos conflitos, necessária para permitir a participação ampliada, a cooperação, o diálogo e, principalmente, o alcance de consensos sobre soluções viáveis e condizentes com a nova realidade e expectativas sociais. Trata-

se, na realidade, da necessidade de uma nova estruturação do sistema de solução de conflitos, que conforme Ernandorena é caracterizada por:

[...] instâncias de discussões mais amplas, hábeis a internalizar as implicações sociais, culturais e econômicas no processo de solução de controvérsias, notadamente as ambientais, inclusive viabilizando e potencializando a participação pública, levando-se em conta os interesses dos atores sociais envolvidos e a realidade como ela é sentida pelos sujeitos (multiverso), e não como a lei diz que deve ser (ERNANDORENA, 2012, p. 14).

É nesse sentido que a mediação ambiental se torna meio possível e adequado para a solução de conflitos socioambientais, priorizando o diálogo, a cooperação e participação das partes interessadas. Quando existem posições antagônicas sobre a questão posta, há na verdade um posicionamento que geralmente anula o outro, ou seja, para um ganhar o outro terá que perder.

Nas questões ambientais, essa dinâmica é um pouco diferente, pois apesar das partes possuírem interesses diversos sobre o problema, persiste ainda um valor maior que se sobrepõe, que é a preocupação sobre o bem jurídico. É nesse contexto que surge a necessidade de uma avaliação mais ampliada do conflito, considerando todos os campos de interesses para se chegar a um denominador comum. De acordo com esse ponto de vista, Silva Junior (2016, p. 275) argumenta que:

Identificados os interesses, ampliado estará o espectro de soluções que poderão ser aplicadas a cada caso, permitindo-se a construção de um consenso legitimado a atender todos os participantes. Aliás, tratando-se de disputas complexas, como aquelas relacionadas à questão ambiental, estarão negociando na mesma mesa um vasto número de partes e que por vezes formam coalizões nem sempre afetas a interesses comuns, simplesmente pelo fato de partilharem de posições semelhantes. Resta claro, portanto, que quanto maior o número de partes inseridas em uma negociação, mais difícil será alcançar uma solução adequada, mormente se o debate girar em torno de posições.

Para o autor, a polarização, que muitas vezes é encontrada nos conflitos socioambientais, ou seja, um lado a favor do desenvolvimento e o outro pela proteção ambiental, gera entraves para o alcance de soluções efetivas. O segredo está em compreender e considerar nas discussões sobre a demanda também os interesses individuais, de forma que eles possam ser atendidos, encontrando, através do diálogo e do consenso, meios que terminem com o conflito de forma que não “haja qualquer lesão ao meio jurídico ambiental” (SILVA JUNIOR, 2016, p. 276).

A mediação é uma técnica de solução de conflitos que se adequa a essas questões apresentadas por sua especificidade mais complexa, pautada no risco, na incerteza, no seu envolvimento com outras áreas e questões sociais, geralmente em decorrência dos impactos que o problema traz. Contudo, a mediação se torna mais vantajosa em relação à forma tradicional (judicial) de solução de conflitos por ser mais célere e por permitir o envolvimento e participação dos atores interessados, promovendo cooperação entre as partes na solução do conflito em comum

(SOARES, 2010, p. 136). Nesse sentido, o CNJ define mediação como:

[...] um método de resolução de disputas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial (is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitandoas a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades (BRASIL, 2016a).

No Brasil, não existe legislação contra a utilização da mediação em questões ambientais (SOARES, 2010, p. 143). Desde o preâmbulo da Constituição, pode-se encontrar o compromisso assumido pelo constituinte para a nação brasileira com a adoção de meios pacíficos de solução de controvérsias. Apesar da a mediação ser uma prática ainda incipiente no contexto dos conflitos socioambientais, já é possível mapear no Brasil casos de conflitos que foram submetidos à mediação e que apresentaram e que podem ser tomados como experiências positivas desta técnica (SAUER; MARÉS, 2013).

Os conflitos fundiários, considerados como emblemáticos, que se estabeleceram nos estados de Pernambuco, Pará e Paraná, estavam judicializados, com processos burocráticos e judiciais que se arrastavam por longos anos, situação que permitia o agravamento dos conflitos, causando constantes violações ao meio ambiente e de direitos humanos. Para Sauer e Marés (2013, p. 44), “uma decisão terminativa de mérito em uma Ação de Reintegração de Posse não resolveu o conflito, pelo contrário, em casos como este, a sentença pode encerrar o processo, mas vir a ser a causa de novos conflitos sociais”. Os conflitos não terminaram. Contudo, a mediação proporcionou avanços e negociações, através da abertura do debate, diálogo, participação, buscando impedir que mais violações ocorressem e que o conflito tomasse proporções incalculáveis.

Dessa forma, a partir do momento que se buscam meios alternativos para a solução dos problemas, verifica-se a abertura de espaço pela “realização de diálogos institucionais e cooperação dos órgãos competentes pela mediação do conflito” (SAUER; MARÉS, 2013, p. 27).

Superadas todas as divergências teóricas sobre o caráter normativo do preâmbulo, vislumbra-se que o compromisso assumido sobre a solução pacífica de controvérsias deve servir como um grande amparo e incentivo para a adoção de técnicas de pacificação social no enfrentamento de qualquer conflito, não havendo, portanto, nenhuma ressalva sobre aspectos, formas ou conteúdos.

No entanto, percebe-se que, apesar de toda a emergente discussão sobre a necessidade de aplicação da mediação nos conflitos modernos e de sua melhor adequação aos problemas da nova sociedade de risco, a mediação de conflitos ambientais ainda é bastante incipiente, não sendo aplicada a contento, situação que demonstra a subutilização de uma ferramenta extremamente útil a processos de gestão ambiental, para que possam contribuir ao desenvolvimento sustentável.

CONCLUSÕES

Os conflitos são inerentes às relações sociais, fazendo parte do cotidiano e vivência

humana. Havendo interesses contrapostos, haverá certamente relações conflituosas que necessitam de pacificação. Por outro lado, a forma tradicional judicializada de lidar com os conflitos, por diversos fatores, tem se mostrado ineficiente e desgastada. Ademais, em muitas situações, as decisões que são dadas aos casos solucionados não satisfazem as partes, o que não contribui para a solução do problema ou não resolve o conflito existente entre as partes.

Essa realidade tem feito surgir grande discussão acerca da utilização mais intensa e concreta de meios alternativos de solução de conflitos, que se justificam em razão de promoverem a paz e justiça social. Os conflitos socioambientais possuem uma dinâmica mais específica, pois o meio ambiente é considerado um direito difuso e coletivo e, como tal, pertence a uma coletividade, surgindo, portanto, questionamentos sobre a possibilidade de disponibilização dos bens ambientais.

No entanto, apesar dessa discussão, verifica-se a necessidade urgente de mudança na dinâmica atual de enfrentamento e solução de conflitos socioambientais, já que não tem trazido resultados efetivos e soluções concretas, que possam contribuir para a pacificação social, fraternidade e justiça, almejados desde o preâmbulo da Constituição Brasileira.

Analisando a declaração do preâmbulo da Constituição Federal de 1988, verifica-se que a intenção do constituinte, ao evidenciar a adoção de formas pacíficas de solução de controvérsias, foi priorizar o compromisso com valores sociais, como a paz e a justiça, vislumbrando e antecipando o diálogo, a negociação e a cooperação como parâmetros e elementos necessários da solução moderna de conflitos.

Trata-se, portanto, da promoção constitucional para a utilização de uma dinâmica de solução de controvérsias pautada na análise mais aprofundada do conflito. A mediação ambiental se traduz em uma técnica que busca oportunizar que diferentes partes contribuam para o encaminhamento de soluções, que atendam mais que à simples dicotomia entre interesses público e privado, mas, principalmente, que atendam à nova ordem ambiental global, ou seja, aos objetivos do desenvolvimento sustentável.

O conceito do desenvolvimento sustentável traz o entendimento de que é possível o uso do meio ambiente de forma equilibrada e garantindo a subsistência das futuras gerações. Pensar na negociação de conflitos ambientais como interferência na questão da indisponibilidade do bem ambiental é negar a lógica do desenvolvimento sustentável. Assim, não permitir a negociação pacífica, cooperativa e consensual de conflitos é, de certa forma, caminhar na contramão dos princípios ambientais de proteção, prevenção e precaução, pois a lógica da judicialização tem demonstrado mais prejuízos ao bem jurídico ambiental, que muitas vezes os próprios danos que deram causa aos conflitos.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. Preâmbulo da CR: função e normatividade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Lei da Mediação e novo CPC reforçam acerto da Resolução 125 do CNJ**. 27 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81043-lei-da-mediacao-e-novo-cpc-reforcam-acerto-da-resolucao-125-do-cnj>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de mediação judicial**. 6. ed. Brasília, 2016a.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atosadministrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 9 dez. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out.1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 9 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ministra suspende acordo entre órgãos públicos e Samarco para recuperação ambiental**. 1 set. 2016b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Ministra-suspende-acordo-entre-%C3%B3rg%C3%A3os-p%C3%BAblicos-e-Samarco-para-recupera%C3%A7%C3%A3o-ambiental>. Acesso em: 12 dez. 2016.

BUENO, Arthur. Diálogo com Ulrich Beck. In: BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 361-364.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CEBOLA, Cátia Marques. La mediación ambiental: un nuevo método de resolución de conflictos urbanísticos y ambientales. In: CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL FORO MUNDIAL DE MEDIACIÓN, 8., 2012, Valência. **Anais...** Valência: Foro Mundial de Mediación, 2012. p. 176-188. Disponível em: <<https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/763/1/Libro%20Digital.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

CMMAD - COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CNUMD - CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento**. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

ERNANDORENA, Paulo Renato. Resolução de conflitos ambientais no Brasil: do patriarcal ao fraternal. **Estudios Sociales**, México, v. 20, n. 40, p. 11-30, dic. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-45572012000200001&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 18 mar. 2017.

MAB - MOVIMENTO DOS ATINGIDOS POR BARRAGENS. **Por que não comemorar a**

inauguração de Belo Monte? 2016. Disponível em: <<http://www.mabnacional.org.br/noticia/por-que-n-comemorar-inaugura-belo-monte>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

OLIVEIRA, Noelle. **Tragédia em Mariana é o maior desastre mundial com barragens dos últimos 100 anos.** Portal EBC, 15 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/meio-ambiente/2016/01/tragedia-em-mariana-e-o-maior-acidente-mundial-com-barragens-dos>>. Acesso em: 4 dez. 2016.

OTAVIO, Hector; ROSA, Fábio; BANQUIERI, Rogério. **Rompimento de barragem da Samarco, em Mariana, completa um mês.** G1, 5 dez. 2015. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/minas-gerais/2015/desastre-ambiental-em-mariana/1-mes-em-numeros>>. Acesso em: 4 nov. 2016.

PADILHA, Norma Sueli. O equilíbrio do meio ambiente do trabalho: direito fundamental do trabalhador e de espaço interdisciplinar entre o direito do trabalho e o direito ambiental. **Revista do TST**, Brasília, v. 77, p. 4, 2011.

RIO DE JANEIRO. Ministério Público. **Ministério Público obtém condenação de moradores de mansões na Gávea por dano ao meio ambiente.** 31 maio 2012. Disponível em: <http://www.sintese.com/noticia_integra_new.asp?id=227901>. Acesso em: 9 nov. 2016.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RUIZ, José Juste. El derecho internacional frente a los desafíos ambientales globales. In: ALONSO, Esteban Juan Pérez et al. (Ed.). **Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente.** Valência: Tirant lo Blanch, 2012. p. 119-141.

SAUER, Sérgio; MARÉS, Carlos Frederico. **Casos emblemáticos e experiências de mediação: análise para uma cultura institucional de soluções alternativas de conflitos fundiários rurais.** Brasília: Ministério da Justiça, 2013. (Diálogos sobre a Justiça).

SILVA JUNIOR, Sidney Rosa da. A mediação e o interesse público ambiental. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, p. 269-284, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. **Mediação de conflitos ambientais: um novo caminho para a governança da água no Brasil?** Curitiba: Juruá, 2010.

THEODORO, Suzi Huff. **Mediação de conflitos socioambientais.** Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

WEISS, Edith Brown. **Environmental change and international law: new challenges and dimensions.** Tokyo: United Nations University Press, 1992.

Como citar: FREITAS, Gilberto Passos de; LIMA, Luciana Cristina da Conceição. Solução pacífica de controvérsias socioambientais: do preâmbulo constitucional à prática. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 3, p. 39-56, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p39. ISSN: 2178-

8189.

Recebido em: 25/06/2017.

Aprovado em: 28/02/2018.

**CRISE DA LEGALIDADE NA SEARA
CONSUMERISTA: ANÁLISE DE DADOS ESTATÍSTICOS DO
PROCON DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE
(2014 A 2016)**

RULE OF LAW CRISIS IN THE CONSUMERIST SPHERE: DATA
ANALYSIS OF CONSUMER PROTECTION AGENCY (PROCON) -
BELO HORIZONTE CITY, MINAS GERAIS STATE, BRAZIL
(2014 - 2016)

Daniel Firmato de Almeida Glória*
Lorraine Rodrigues Campos Silva**
Maria Tereza Fonseca Dias***

*Doutor em Direito em 2012 pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)
Mestre em Direito Econômico em 2001 pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)
Especialista em Direito Econômico em 1999 pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)
Graduado em Direito em 1996 pela Faculdade Milton Campos (FMC)
E-mail: danielfirmato@fumeec.br

**Mestra Direito em 2018 pela Universidade Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC)
Graduada em Direito em 2013 pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG)
E-mail: lorraine.campos@hotmail.com

***Doutora em Direito em 2007 pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)
Mestre em Direito em 2002 pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)
Graduada em Direito em 1998 pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)
E-mail: mariateresa@fumeec.br

Como citar: GLÓRIA, Daniel Firmato de; SILVA, Lorraine Rodrigues Campos; DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias. Crise da legalidade na seara consumerista: análise de dados estatísticos do PROCON do Município de Belo Horizonte (2014 a 2016). *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 3, p. 57-73, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p57. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente artigo pretende evidenciar que o fenômeno da crise da legalidade alcançou a seara consumerista, tendo em vista que a legislação existente não tem sido cumprida pelos fornecedores, violando os direitos dos consumidores. Tendo sido feita a análise de dados estatísticos do PROCON (Órgão de Proteção e Defesa do Consumidor), de Belo Horizonte, no período de 2014 a 2016, verificou-se que houve aumento do número de consumidores que o procura para exigir o cumprimento dos seus direitos. A pesquisa utilizou-se do método jurídico dedutivo e efetuou levantamento de dados por meio de pesquisa bibliográfica e estatística. Concluiu-se que a crise da legalidade na seara consumerista relaciona-se à inflação legislativa, à dificuldade de acompanhar a complexidade e velocidade das mudanças sociais, o descrédito da lei por não representar a vontade da sociedade e por não conseguir fornecer respostas satisfatórias para as demandas existentes e ao processo de deslegalização.

Palavras-chave: Crise da legalidade. PROCON-BH. Eficácia.

Abstract: The present paper intends to stress the crisis of legality in the consumer sector, considering that the laws, although they exists, are not being fulfilled by the suppliers. There is an increase in the number of consumers seeking the Consumer Protection and Protection Agency (PROCON), in Belo Horizonte City, to demand the fulfillment of their rights. This reality will

be demonstrated from the statistical data of PROCON-BH from 2014 to 2016. The deductive legal method was use in addition to the bibliographic and statistical research. It was concluded that the crisis of legality in the Consumer Law may be related to: legislative inflation, the difficulty of following the complexity and speed of social changes, the discrediting of the law for not representing the will of society and for not being able to provide satisfactory answers to existing demands, and to the process of delegitimation.

Key words: Rule of law crisis. PROCON-BH. Effectiveness.

INTRODUÇÃO

Em que pese o direito do consumidor ter sido consagrado como garantia fundamental na Constituição da República de 1988 (art. 5º, XXXII), o que se percebe na prática do Procon de Belo Horizonte (Órgão de Proteção e Defesa do Consumidor) é o crescente descumprimento das normas consumeristas e a ineficácia da proteção ao consumidor. O presente trabalho toma como pressuposto o fato de que tal ineficácia esteja relacionada à crise da legalidade, pois não basta a existência das leis, mas é necessário que essas sejam efetivamente cumpridas (BRASIL, 1988).

Muitas foram as mudanças acerca da concepção da legalidade até o atual momento da pós-modernidade. Para Jacques Chevallier (2009) – adotado como referencial teórico do trabalho – a legalidade não é mais interpretada de forma restrita e condicionada às regras, pois agora possui um sentido principiológico, originado da constitucionalização do direito. Tal evolução da ideia de legalidade deveria ampliar a eficácia do direito dos consumidores, mas não é o que se tem observado, conforme será discutido ao longo deste trabalho.

Entre os principais fatores da crise da legalidade descritos por Chevallier (2009, p. 174), alguns deles estão relacionados com a seara consumerista, a saber: a inflação legislativa - que desestabilizou os ideais de certeza e segurança jurídica da lei; a dificuldade da lei acompanhar a complexidade e velocidade das mudanças sociais; o seu descrédito, por não representar a vontade da sociedade e por não conseguir fornecer respostas satisfatórias para as demandas existentes e, por fim, o processo de deslegalização, que diz respeito à delegação de competências da Administração Pública, inclusive para matérias que seriam próprias da sua competência legislativa (SPAGOLLA; MORETE, 2001, p. 18-20).

Assim, os reflexos da crise da legalidade na seara consumerista foram tratados com destaque por esse artigo visando buscar a efetivação dos princípios da Constituição da República de 1988 nas relações de consumo.

Diante do exposto, tem-se como questão-problema a nortear este ensaio, a seguinte indagação: o aumento significativo de atendimentos de consumidores no Procon de Belo Horizonte, notadamente no período de 2014 a 2016, revelam a ineficácia e, conseqüentemente, a crise da legalidade na seara consumerista?

Supõe-se, como hipótese a nortear o raciocínio desenvolvido, que tal ineficácia esteja, sim, relacionada à crise da legalidade, vez que ela coloca em xeque o paradigma da modernidade e a confiança que a sociedade deposita num sistema jurídico-legal instituído pelo Estado.

A importância deste ensaio se revela tanto do ponto de vista acadêmico - haja vista a escassez de trabalhos empíricos que relacione a ineficácia da legislação consumerista com a crise da legalidade – quanto do ponto de vista social. Sob essa perspectiva o debate mostra-se bastante relevante pois vem lançar luzes à proteção dos hipossuficientes, *in casu*, o consumidor.

O objetivo geral deste artigo foi evidenciar que o fenômeno da crise da legalidade alcançou a seara consumerista, tendo em vista que a legislação existente não tem sido cumprida pelos fornecedores, violando os direitos dos consumidores.

Para que fossem exploradas as razões da ineficácia dos direitos do consumidor e da crise da legalidade que lhe é subjacente, foi necessário analisar as transformações históricas da legalidade até o momento contemporâneo, dando ênfase ao que a literatura considera efetivamente os elementos dessa “crise”. Em seguida, foram descritos os seus reflexos no direito do consumidor, do ponto de vista teórico. E, para que a questão pudesse ser evidenciada, foram finalmente analisados dados do PROCON Municipal de Belo Horizonte.

A pesquisa desenvolvida utilizou-se do método de abordagem hipotético-dedutivo, que consistiu na construção de conjecturas baseadas na hipótese acima lançada. Considerando as fontes de informações consultadas, a pesquisa foi de natureza tanto quantitativa quanto qualitativa, sendo a primeira decorrente da análise documental e a segunda mediante a técnica de pesquisa bibliográfica. Para tanto, além da literatura pertinente foi feita a análise de dados estatísticos do PROCON de Belo Horizonte, referente ao período de 2014 a 2016.

A seguir, serão discutidas as bases doutrinárias e filosóficas sobre o Estado de Direito. Por meio delas, foram extraídas as características do paradigma moderno da legalidade, sua crise e influência na eficácia do direito do consumidor.

1 O PARADIGMA DA LEGALIDADE

Antes do atual Estado, que por sua vez, inaugura um direito pós-moderno, muitos foram os paradigmas e concepções jurídicas experimentados.

No Estado Liberal, por exemplo, que foi inaugurado por um período de Revoluções (Revolução Francesa, Gloriosa, Iluminismo) que vão de encontro às práticas do Estado Absolutista e ao poder incontestável e soberano do monarca, o direito foi marcado pela valorização da liberdade.

Frente à necessidade de limitar os poderes do Estado e evitar abusos de autoridade e transgressões, o direito liberal evidenciou os direitos e garantias individuais, bem como a liberdade de comércio, a separação dos poderes, e o mínimo de intervenção possível do Estado.

Nesse contexto, o Estado parece como a única fonte e encarnação da razão, sendo essa racionalidade presumida do direito, comprovada por seus atributos intrínsecos: sistematicidade, generalidade e estabilidade (CHEVALLIER, 2009, p. 117).

O primeiro atributo confere ao direito clareza, simplicidade, e certeza por se apresentar como uma totalidade coerente, formada por “normas solidárias e hierarquizadas, reunidas entre si por relações lógicas e necessárias” (CHEVALLIER, 2009, p. 117).

Já o segundo, dá ao direito a possibilidade de apreender a realidade social por meio de “[...] conceitos abstratos, reagrupados em categorias cada vez mais amplas e compreensivas”, que permitem soluções de casos particulares a partir de deduções de regras gerais (CHEVALLIER, 2009, p. 117).

Por último, tem-se o requisito estabilidade, que insere as normas jurídicas em uma dimensão de duração, permanência, que possibilita prever de forma antecipada as consequências dos próprios atos e a regra a que se submeterá (CHEVALLIER, 2009, p. 117).

Em que pese os incontestáveis avanços no direito, a liberdade exacerbada defendida pelo Estado Liberal, acabou gerando uma grande desigualdade social e uma busca por novas técnicas jurídicas que fossem capazes de amenizar essa situação socioeconômica desfavorável. Dessa maneira César Inocêncio Freitas elucida:

As leis criadas na modernidade descreviam direitos que não eram garantidos efetivamente a todos, a igualdade que era prevista nos códigos, não era constatada na prática e a promessa de distribuição das riquezas não ocorreu. Dito de outra forma, pouco mudou na relação entre os sujeitos (ao menos entre aqueles que não faziam parte da denominada “burguesia”) (BEAL, 2014, p. 31).

Diante dessa conjuntura, surge o Estado Social ou Providência e junto com esse modelo, também aparece um novo direito. Esse é caracterizado pela intervenção estatal e pela preocupação em efetivar políticas públicas que sejam capazes de produzir efeitos econômicos e sociais (CHEVALLIER, 2009, p. 120). Nesse sentido, o autor explicita que:

Com o Estado providência, em primeiro lugar, o embasamento liberal do Estado de Direito foi fissurado e abalado. Primeiro, à visão tradicional dos direitos/liberdades consagrados em face do poder, vem se sobrepôr a ideia nova de direitos/créditos reconhecidos aos indivíduos e que se traduzem por um poder de exigibilidade em face do Estado: enquanto as liberdades clássicas fixavam limites ao Estado, esses direitos novos supõem, ao contrário, para a sua realização, a mediação estatal; e o seu caráter indefinidamente extensível justifica a extensão ilimitada das intervenções do Estado na vida social (CHEVALLIER, 2013, p. 81).

Devido à essa nova preocupação com a justiça, e com o meio de garanti-la, foram criadas várias regras, regulamentos, o que acabou por desestabilizar a ordem jurídica, e fazer com que o direito perdesse os supracitados atributos de sistematicidade, generalidade e estabilidade. Os contornos da ordem jurídica tornaram-se indeterminados, o poder jurisdicional fora ampliado e a natureza das leis, cada vez mais pontual e particularista (CHEVALLIER, 2009, p. 122).

Ainda, a legitimidade do Estado que antes estava atrelada à racionalidade e era adquirida de pleno direito, agora, passa pelo crivo da eficiência, que se torna condição e garantia para se ter uma atuação estatal legítima (CHEVALLIER, 2009, p. 122).

Apesar dos avanços sociais e econômicos desse período, o crescimento da normatização fez com que o direito se tornasse vulnerável, frágil, inseguro, e ainda, um entrave ao dinamismo da economia e da sociedade. (CHEVALLIER, 2009, p. 126).

Necessário se fez, portanto, uma outra compreensão de Estado, que fosse adequada às novas demandas da sociedade e capaz de resgatar a “força” do direito. Nesse cenário, a concepção formal foi substituída pela material ou substancial, conforme elucida Jacques Chevallier:

Esse Estado de Direito substancial comporta dois aspectos: por um lado, a ideia de que a regra de direito deve apresentar certas características intrínsecas, respondendo ao imperativo de segurança jurídica; por outro, o reconhecimento de “direitos fundamentais” que devem ser objeto de

mecanismos de proteção apropriados (CHEVALLIER, 2013, p. 84).

Atualmente, o novo paradigma de Estado, que é denominado pós-moderno, é constituído por um conjunto de direitos fundamentais que se encontram na Constituição da República de 1988, não estando mais restritos às garantias individuais e políticas, como no Estado Liberal, nem aos direitos sociais e econômicos do Estado Providência. Além desses, essa Carta Magna, reverencia direitos de terceira e quarta geração que surgiram posteriormente, tais como o direito ao meio ambiente, ao lazer, e do consumidor (MEDAUR, 2015, p. 43).

De forma indissociável, a noção de Estado passou a estar ligada à realização dos direitos fundamentais, sendo a nova classificação denominada Estado Democrático de Direito. Como explana Lenio Luiz Streck, esse Estado faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção de possibilidades que suprem as lacunas deixadas pelos modelos de Estado que o antecederam (STRECK, 2003, p. 261).

Além disso, tem-se como uma das grandes mudanças de paradigma a atribuição à norma constitucional de um *status* jurídico. Foi superada a interpretação da Constituição da República de 1988 como um documento eminentemente político e destinado apenas à limitação dos poderes públicos, passando a ser reconhecida como fonte normativa, vinculativa e obrigatória (BARROSO, 2005, p. 7).

Com o avanço dessa concepção jurídico-constitucional, as premissas ideológicas que antes satisfaziam e propiciavam a solução dos casos concretos por meio do texto abstrato da norma, passaram a ser insuficientes. Isso porque a sociedade com o tempo tornou-se mais complexa e conflituosa, exigindo que além do conhecimento técnico, o juiz recriasse o direito completando o trabalho do legislador por meio de valorações e ponderações (BARROSO, 2005, p. 12).

Nesse contexto foi que apareceu também a normatividade dos princípios e sua distinção em relação às tradicionais regras. Tal diferença é estudada e possui como relevantes posicionamentos os conceitos de Ronald Dworkin (2002) e Robert Alexy (1997).

No que se refere à teoria de Dworkin (2001, p. 130), as regras possuem apenas uma dimensão de validade, enquanto os princípios possuem outra característica: o peso. Assim, as regras ou valem e são aplicadas integralmente, ou não valem, e por isso, não são aplicadas. Nas palavras do próprio autor: “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” (DWORKIN, 2002, p. 39).

Diferentemente, no que tange aos princípios, esse problema de validade não faz sentido, devendo ser verificada a prevalência de um em relação ao outro em caso de colisão. Terá preferência o princípio que for mais importante para o caso concreto ou, em sentido figurado, o que tiver maior peso. Além disso, vale ressaltar que aquele que não for o escolhido, não deixará de valer ou pertencer ao ordenamento jurídico, já que em outros casos, a situação poderá ser inversa. Nesse sentido, cabe evidenciar um exemplo dado pelo autor:

Quando princípios concorrem entre si (a política de proteção dos consumidores de automóvel concorrendo com princípio de liberdade de contratar, por exemplo), aquele a quem incumbe resolver o conflito deve tomar em consideração o peso relativo de ambos. Não se pode ter aqui uma mensuração exata, e o juízo de que um princípio ou política particular é mais importante que outra será frequentemente uma decisão controversa. Não obstante, é um constituinte da noção de princípio que ele tenha essa dimensão, que seja relevante perguntar o quão importante ou qual peso ele possui.” (DWORKIN, 2001, p.133).

Já Alexy, entende que os princípios são normas que estabelecem a realização da maior medida possível, diante das possibilidades fático-jurídicas de um caso concreto. Por isso, são denominados de “mandados de otimização”. Já as regras, são definidas por ele como “mandados definitivos”, ou seja, se forem válidas, deverão ser cumpridas como exigido. Nesse sentido, vale colacionar as próprias palavras do autor: “[...] o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são mandados de otimização enquanto que as regras tem um caráter de mandados definitivos.” (ALEXY, 1997, p. 162).¹

Assim, quando existente um conflito entre princípios, a resolução será dada por meio de um sopesamento, a fim de atingir um resultado ótimo. Como esse dependerá das variáveis específicas de cada situação concreta, não se pode concluir que um princípio determinado sempre prevalecerá sobre outro, também específico. Ao contrário, as regras expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se possui validade, deverá ser cumprida exatamente nos limites em que foi prescrita, sem nenhum acréscimo (ALEXY, 2002, p. 99).

Embora haja controvérsia sobre as diferenças e conceitos desses dois tipos de normas, pode-se dizer que as regras são comandos de condutas específicas que estão descritas no texto e os princípios, determinados valores ou fins públicos que devem ser concretizados e possuem conteúdo mais abstrato (BARROSO, 2005, p. 13).

Em suma, o novo direito constitucional desencadeou muitas transformações, tais como a centralidade dos direitos fundamentais, cujo conteúdo substancial é refletido com força normativa por todo o ordenamento jurídico, a expansão da jurisdição com base na Constituição e o desenvolvimento de uma dogmática interpretativa também constitucional (BARROSO, 2005, p. 15).

Partindo da supracitada análise das transformações de paradigma, cabe esclarecer as razões pelas quais a lei está em crise.

2 A CRISE DA LEGALIDADE

Sabe-se que a lei tida como um produto da razão e a mais importante fonte do direito, emanada pelo Estado e capaz de regular todo e qualquer assunto da sociedade - pensamento liberal iluminista – (BINENBOJM, 2006, p. 126), acabou por resultar no fenômeno da inflação legislativa.

Esse mito de completude do ordenamento jurídico fez com que fossem produzidas muitas

¹ Versão original: “[...] el punto decisivo para a distinción entre reglas e principios es que los principios son *mandados de optimización* mientras que las reglas tienen el carácter de *mandados definitivos*”

leis, o que gerou uma banalização e o naufrágio da ideia de estabilidade das relações sociais. Como consequência, as ideias de segurança jurídica e certeza foram comprometidos (BINENBOJM, 2006, p. 128).

Hoje, torna-se ainda mais evidente a impossibilidade do direito e da dogmática jurídica atenderem todas as especificidades e demandas de uma sociedade tão complexa e cheia de conflitos (STRECK, 2003, p. 259). Isso porque, como elucida Patrícia Baptista (2003, p. 101), “a lentidão do processo legislativo tradicional não é capaz de responder, com a presteza exigida pela dinâmica dos fatos no mundo atual, às demandas de regulação [...]”.

Dessa forma, as normas positivadas acabam não mais regulando condutas, mas narrando “uma finalidade, um objetivo, propiciando uma margem de concreção pelo intérprete quanto ao efeito útil da própria norma” (EUSTÁQUIO, 2007, p. 3827).

Além dessa dificuldade de abarcar a complexidade social, há o atual descrédito da lei pela perda de seu conteúdo de justiça. Para ser “lei”, basta que o projeto siga os procedimentos específicos e formais para atingir tal fim, não havendo exigência de cumprimento dos valores morais (BAPTISTA, 2003, p. 98). Nesse sentido, defendem Ványa Senegalia Morete Spagolla e Vivian Senegalia Morete:

Há tanta preocupação com o cumprimento de tais formalidades, que toda a restante, e tão necessária, hermenêutica constitucional parece secundária. A impressão que emana disto é que a elaboração das leis esbarra na burocracia e nas influências políticas dos grupos de representantes do Congresso Nacional ou de outras casas legislativas nacionais. Disso decorre que muitas leis, por vezes, encontram-se em “descompasso com a realidade social” ou em “mora com os fatos” gerando assim seu desuso, sua inaplicabilidade (SPAGOLLA; MORETE, 2001, p. 18).

Ao lado desse fator que é jurídico-filosófico, há também motivos políticos que explicam essa crise da legalidade, afinal a lei não mais reproduz a vontade geral da sociedade. Em primeiro lugar, porque os parlamentares estão interessados em atender os anseios de categorias das quais fazem parte ou que podem influenciar no processo político e não daqueles que são próprios da população. E ainda, em razão do processo legislativo estar sendo dominado pelo Poder Executivo, esse formou ampla base de sustentação parlamentar para os seus projetos, garantindo que sejam aprovados, independentemente de serem legítimos ou não (BAPTISTA, 2003, p. 99).

Como resultado dessa corrupção na elaboração das leis, tem-se além da descrença na representação social, também nas leis que foram consequentes dessas relações corruptas, por beneficiarem apenas os setores da sociedade que possuem interferência política, sem se preocupar com os interesses sociais (SPAGOLLA, MORETE, 2001, p. 19).

Outra razão para o esvaziamento da legalidade foi a lei ter deixado de ser o centro do ordenamento jurídico, passando, a Constituição da República de 1988, a ter esse destaque (BINENBOJM, 2006, p. 130).

Nesse sentido, também elucida Isac Penedo Pinto:

Deve ser rememorado que houve uma mudança no prisma pelo qual se observam as situações jurídicas e o próprio direito positivo. Antes, decorrentes do liberalismo oitocentista, os casos deviam ser passados pelo crivo maior e inexorável da lei, a qual impera no ordenamento jurídico. Agora, é a Constituição a lente através da qual devem ser observados os fatos e o sistema jurídico, o que implica uma mudança substancial: do princípio da legalidade, derivado da concepção estatalista do direito de antes, hoje há a supremacia da Constituição e seus reflexos jurídicos, políticos, ideológicos e axiológicos conformadores do direito positivo (PINTO, 2012, p.72).

Atualmente, é a Constituição que possui ênfase como norma jurídica, sendo os seus princípios e regras responsáveis por condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional (BARROSO, 2005, p. 17).

Conforme explana Luís Roberto Barroso, “a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios” (BARROSO, 2005, p. 26).

Isso significa que a Constituição, mais do que um sistema em si que possui sua ordem, unidade e harmonia, passou a ser referência de interpretação de todos os ramos do direito (BARROSO, 2005, p. 27).

Ainda há o processo de deslegalização que também contribui para a crise da lei formal. Esse designa uma forma de delegação de competências normativas, por meio da qual o regulamento também pode dispor sobre matérias que originalmente seriam de competência legislativa (BAPTISTA, 2003, p. 104).

No Brasil, esse processo tem sido aceito em favor das agências reguladoras, que por meio de regulamentação, organizam a relação entre os particulares envolvidos, sem que sejam alteradas ou derogadas as leis já existentes. Exemplos que podem ser citados são os arts. 21, XI (matéria de telecomunicações), 177, § 2, III (área petrolífera), Lei n. 9.427/96 (criadora da ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica) e Lei n. 9782/99 (referente à Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

Frente à todas essas transformações, é possível concluir que a crise da legalidade gera reflexos em todo o ordenamento jurídico, inclusive nas normas de Direito do Consumidor, como será analisado a seguir.

3 REFLEXOS DA CRISE DA LEGALIDADE NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Um dos importantes direitos fundamentais elencados pela Constituição de 1988 foi a defesa do consumidor, que está prevista em seu art. 5º, XXXII. Esse estabelece que o Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) é obrigado a promovê-la (BRASIL, 1988).

Igualmente, determinou o legislador constitucional, a defesa do consumidor, como princípio conformador da ordem econômica brasileira, a limitar a livre iniciativa e a autonomia da vontade, conforme o art. 170, V. Ainda, a regulamentação dos direitos do consumidor por lei

ordinária foi imposta constitucionalmente pelo art. 48 do ADCT.

A fim de materializar esse princípio constitucional de defesa do consumidor, o legislador brasileiro editou a Lei 8.078, de 11/09/1990, denominada de Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).

Apesar do direito consumerista ter tido essa supracitada importância legislativa e constitucional, o que se vê na prática é um constante desrespeito dessas normas.

Isso deve-se, provavelmente, aos fatores já explicados anteriormente. Como exemplo desse reflexo da crise da legalidade na seara consumerista tem-se o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor que trata dos casos de vício do produto. Em seu parágrafo primeiro, foi determinado que o consumidor terá o direito de trocar o produto vicioso ou optar pelo ressarcimento monetariamente atualizado do valor pago, apenas se o fornecedor não conseguir reparar o produto no prazo máximo de 30 (trinta) dias. Essa chance conferida pelo diploma legislativo não condiz com a vontade da sociedade, que deseja fazer cumprir esses direitos sem conceder a tentativa de reparo ao fornecedor. Esse fato acaba por gerar um descrédito em relação à lei.

Outro exemplo que não reflete a opinião e interesse social é a Lei 13.455, de 26/06/2017, assinada pelo presidente Michel Temer, que autoriza os comerciantes a cobrarem preços diferentes para compras feitas em dinheiro, cartão de crédito ou de débito. Essa medida foi considerada pelos órgãos de defesa do consumidor abusiva, vez que os consumidores que utilizam o cartão de crédito ou débito terão que arcar com um ônus duplo, pois, além de assumirem as despesas administrativas da operadora do cartão, ainda terão que pagar a mais por um produto devido à forma de pagamento escolhida no ato da compra (BRASIL, 2017).

Outro exemplo diz respeito à deslegalização, que no direito do consumidor pode ser identificada nos casos em que as agências reguladoras desempenham função legislativa por meio de regulamentos. Em muitos casos, esses acabam por afetar de forma direta e maléfica os consumidores. Prova recente disso foi a edição pela ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil) de regra que possibilitava a cobrança extra pelas bagagens despachadas em voos domésticos e internacionais, a ser determinada por cada empresa aérea. Nesse caso, foi necessária a intervenção do Poder Judiciário, que por ter alegado abusiva essa cobrança, concedeu uma liminar impossibilitando essa aplicação pelas companhias aéreas.

No que tange à dificuldade de acompanhar a complexidade e velocidade das mudanças sociais, podem ser contemplados como exemplo o comércio eletrônico e as mudanças tecnológicas, bem como o superendividamento, não previsíveis à época da elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

Hoje, há problemas enfrentados pelos consumidores em razão das compras feitas pela internet como: falta de segurança nas transações, seja pelas fraudes de boleto ou captura de dados pessoais pelos *hackers*, carência de informações sobre os fornecedores (endereço, nome empresarial, CNPJ), compartilhamento de dados sem o consentimento do titular. Além disso, há o desconforto do envio de mensagens de marketing e propaganda sem solicitação pelos mais diversos meios de telecomunicação e ainda, preocupação quanto à oferta de crédito, que é oferecida sem

critérios, o que está colaborando para o aumento do superendividamento da sociedade.

Diante dessas mudanças e enquanto não tiver legislação que as abarque, torna-se necessário que o Estado interprete o direito do consumidor, afastando a noção estrita da legalidade em prol da concretização dos princípios constitucionais (BAHIA, 2014).

Na verdade, hoje, não é suficiente que se tenham leis, mas que seja garantida a efetividade, que por sua vez está atrelada à uma nova definição das práticas jurídicas.

Com o intuito de fazer valer o que ilustra a Constituição da República de 1988, deve-se aplicar a juridicidade administrativa, que se mostra como uma evoluída e ampla interpretação dos princípios e regras constitucionais.

Esse conceito traz consigo nova atuação do Estado, que não mais voltado exclusivamente ao campo restrito da legalidade, poderá agir para tornar efetivas as normas constitucionais em sua maior dimensão possível (BAHIA, 2014).

Nesse sentido, vale colacionar a explanação de Marcos Tofani Baer Bahia:

Vê-se, portanto, uma mutação do princípio da legalidade administrativa no Direito Administrativo pátrio, que passou a se constituir num princípio de juridicidade ou de constitucionalidade: a Administração deixa de ser vinculada exclusiva e necessariamente à existência prévia de lei, e passa a se pautar no direito como um todo, e, em especial na Constituição (BAHIA, 2014, p. 7).

Isso significa que o Estado continuará agindo conforme a lei, quando essa for constitucional, mas também independentemente ou até para além da lei, quando encontrar fundamento na Constituição. Aliás, de forma eventual, poderá operar até contra a lei, se ponderar a legalidade com outros princípios constitucionais (BINENBOJM, 2006, p. 143).

Como bem resume Gustavo Binenbojm:

Toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública passa a ser traçada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático, à vista de sua posição axiológica central e estruturante do Estado democrático de direito. A filtragem constitucional do direito administrativo dar-se-á, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento jurídico (BINENBOJM, 2006, p. 144).

Assim como em todo o ordenamento jurídico, conforme explanação acima mencionada, as normas constitucionais também devem servir de núcleo interpretativo para as consumeristas, sendo os princípios constitucionais responsáveis por integrar, aperfeiçoar e permear a relação de consumo, a fim de propiciar uma adequada tutela ao consumidor (BAHIA, 2014).

Essa tutela satisfatória, por vezes, dependerá de uma atuação estatal que seja capaz de paralisar os frequentes descumprimentos das normas, a fim de fazer valer a condição vulnerável característica dos consumidores.

Tal vulnerabilidade é conceituada por Cláudia Lima Marques como “uma situação

permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo” (MARQUES, 2006, p. 320). É, portanto, a vulnerabilidade uma condição de fragilidade e de necessidade de proteção, sendo utilizada para determinação da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos casos concretos (principalmente, nas situações de equiparação).

Para Cláudia Lima Marques (2006), a vulnerabilidade é dividida em: vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica, vulnerabilidade fática ou socioeconômica, e vulnerabilidade informacional. A primeira diz respeito ao desconhecimento dos produtos ou serviços que está contratando, à falta de conhecimento quanto às características ou utilidade.

Já a segunda refere-se à ignorância quanto aos direitos e deveres das relações de consumo, aos conhecimentos jurídicos específicos e de mercado ou economia.

A terceira está relacionada com a vantagem econômica do fornecedor diante do consumidor, tendo em vista o monopólio ou caráter essencial do serviço oferecido, além do poderio econômico ou segurança proporcional ao risco que está exposto.

Por último, tem-se o *déficit* informacional que diz respeito ao modo como o consumidor normalmente é informado: de forma direcionada, parcial e com lacunas. Como a oferta de produtos e serviços é grande e variada, o consumidor enfrenta dificuldade de obter informações seguras e corretas sobre todas as características de contratação ou aquisição.

Para conseguir o devido equilíbrio nas relações de consumo e a mitigação dessa situação vulnerável, acredita-se ser importante o controle atuante do Estado na fiscalização, na educação para o consumo de forma preventiva, no acompanhamento das fases de produção, na verificação das formas de publicidade, ou até no aumento do peso das sanções aos fornecedores que desrespeitam as normas consumeristas.

Dessa forma, será cumprido o seu dever de guardião das leis, provedor da eficácia das normas e princípios constitucionais e defensor dos interesses públicos.

Para exemplificar essa real necessidade de reforço estatal diante da relutante desobediência por parte dos fornecedores, serão apresentados a seguir os dados estatísticos de atendimentos do PROCON (Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor) Municipal de Belo Horizonte no período de 2014 até 2016.

4 ANÁLISE DOS DADOS DO PROCON MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE

O PROCON Municipal de Belo Horizonte é um órgão criado pelo Executivo Municipal por meio do Decreto n. 6903/1991, que está vinculado à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Econômico. Destina-se à proteção e defesa dos consumidores, à mediação de conflitos entre consumidores e fornecedores, à educação para o consumo (esclarecer sobre os direitos e deveres que envolvem a relação consumerista), às funções de acompanhamento e fiscalização do descumprimento pelo mercado das normas do Código de Defesa do Consumidor (MINAS GERAIS, 1991).

Ao encontrar irregularidades, o PROCON poderá aplicar as penalidades previstas no art.

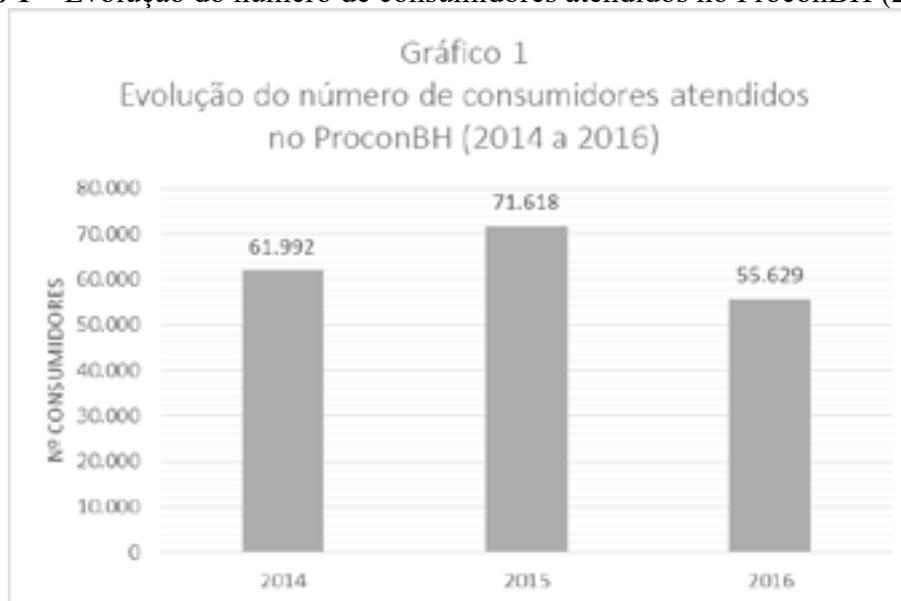
56 da Lei n. 8.078/90, que são: multa, apreensão e inutilização do produto, cassação do registro do produto junto ao órgão competente ou de licença do estabelecimento ou de atividade, proibição de fabricação do produto, suspensão de fornecimento de produtos ou serviço ou temporária de atividade, revogação de concessão de permissão de uso, interdição total ou parcial de estabelecimento, de obra ou de atividade, intervenção administrativa, imposição de contrapropaganda (BRASIL, 1990).

Conforme determina o Parágrafo Único desse artigo, tais sanções podem ser aplicadas cumulativamente pela autoridade administrativa.

Diante da competência do PROCON e a partir de dados estatísticos coletados no Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor, são muitas as demandas discutidas no órgão, podendo ser citadas como principais: vício do produto, cobrança indevida, não entrega do produto ou entrega diferente do pedido, vício na prestação do serviço, descumprimento de oferta, publicidade enganosa, venda casada, dúvidas sobre contratos, desistência de compras fora do estabelecimento comercial e renegociação de dívidas.

A fim de demonstrar a frequência com que os consumidores procuram o PROCON para reclamar da desobediência dos fornecedores quanto às normas previstas no Código de Defesa do Consumidor ou para esclarecer suas dúvidas, vale citar os dados estatísticos de 2014 a 2016, conforme dados do Gráfico 1.

Gráfico 1 – Evolução do número de consumidores atendidos no ProconBH (2014 a 2016)



Fontes: (BELO HORIZONTE, 2015, p. 240; BELO HORIZONTE, 2017, p. 236)

Segundo informação do PROCON Municipal de Belo Horizonte, extraída dos Relatórios anuais de Prestação de Contas do Município, em 2014, foram atendidos 61.992 consumidores. Já em 2015, esse número apresentou um aumento de 15,5% na quantidade de atendimentos, totalizando 71.618.

Houve redução do atendimento em 2016, da ordem de 16% da média dos anos anteriores,

tendo sido registradas 55.629 demandas.

Como visto, mesmo com certa redução do número de atendimentos de demandas dos consumidores no PROCON, o número ainda é elevado, levando a concluir-se que a atuação do Estado talvez não esteja sendo tão efetiva a ponto de coibir os fornecedores a não desrespeitarem as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor. Esses, aproveitando da vulnerabilidade dos consumidores, acabam afrontando seus direitos tornando ineficaz a legislação consumerista.

Diante desse contexto e do evidente interesse público que há na proteção e defesa do consumidor, em razão das relações de consumo serem impulsionadoras da economia, torna-se preciso e urgente descobrir como paralisar esses comportamentos em face das normas consumeristas.

Entende-se ser o Estado, como garantidor da eficácia dos princípios constitucionais, uma importante ferramenta para oferecer um apoio determinante para a mudança desse quadro fático. Por meio do Estado-juiz, poderá atuar a partir do reconhecimento e aplicação do princípio da vulnerabilidade do consumidor; nas políticas públicas, como educador dos conceitos sobre o consumo, que visam suprir a deficiência ou até inexistência de informação dos consumidores; no fortalecimento dos PROCONs (órgãos de proteção e defesa do consumidor), como apoio estrutural, técnico ou até mesmo fiscalizatório, ao aplicar penas e sanções mais severas aos fornecedores, em caso de descumprimento dos direitos consumeristas.

CONCLUSÕES

Extraí-se do presente trabalho que o princípio da legalidade sofreu diversas transformações quanto à maneira de ser aplicado e interpretado ao longo do tempo, como reflexo das mudanças de paradigmas. Hoje, não mais é o balizador do sistema jurídico, tendo cedido essa posição para a Constituição da República de 1988 e os seus princípios.

Tal alteração influenciou a interpretação das normas e a passagem do conceito de legalidade para juridicidade. Essa nova concepção amplia e modifica a ideia de que o limite de atuação estatal está vinculado às disposições da lei.

Os clássicos atributos da sistematicidade, generalidade e estabilidade da lei, sob a perspectiva liberal do Estado de Direito caem por terra na seara consumerista a partir do momento em que se ampliam, ano a ano, os consumidores que procuram o Procon alegando descumprimento da legislação vigente.

Como consequência, essa constitucionalização do direito acabou por afetar todas as esferas jurídicas, incluindo o direito do consumidor. Pautando-se nos princípios e com reverência às disposições constitucionais, as normas consumeristas não mais restringem a atuação estatal, mas possibilitam uma construção jurídica.

Aliás, entende-se que, apenas por meio dessa maior intervenção do Estado no mercado de consumo, é que os fornecedores reduzirão ou até cessarão as infrações ao Código de Defesa do Consumidor. Por meio de sua legitimidade e controle, há competência para agir amenizando a

vulnerabilidade do consumidor, seja investindo nas políticas públicas de educação para o consumo, ou até fiscalizando com maior veemência e punindo com mais severidade.

Conforme os dados estatísticos apresentados que serviram de exemplo da ineficácia das normas de consumo, tais medidas estatais são necessárias e urgentes, vez que o número de consumidores que procuram o PROCON para resolver suas demandas em face dos descumprimentos dos fornecedores, torna-se cada vez maior.

Concluiu-se, por fim, que a crise da legalidade descrita por Chevallier (2013), quando evidenciada na seara consumerista relaciona-se à inflação legislativa, à dificuldade da lei acompanhar a complexidade e velocidade das mudanças sociais; o seu descrédito por não representar a vontade da sociedade e por não conseguir fornecer respostas satisfatórias para as demandas existentes e ao processo de deslegalização.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BAHIA, Marcos Tofani Baer. O princípio da juridicidade administrativa na proteção administrativa do consumidor: um novo paradigma. **Revista JUS**, Belo Horizonte, v. 45, n. 30, p. 173-182, jul./dez. 2014.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BEAL, César Inocência Freitas. **Direito e crise da modernidade: um ensaio a partir do paradigma pós-moderno**. 2014. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

BELO HORIZONTE. Prefeitura de Belo Horizonte. **Balanco de 2014: prestação de Contas**. Belo Horizonte: PBH, 2015. Disponível em: <https://issuu.com/prefeituradebh/docs/prestacao_de_contas_para_internet_0> Acesso em: 4 nov. 2018.

BELO HORIZONTE. Secretaria Municipal de Planejamento. **Relatório de Realizações**. Belo Horizonte: PBH, 2017. Disponível em: <https://prefeitura.pbh.gov.br/sites/default/files/estrutura-de-governo/planejamento/SUPLOR/Diretoria%20Central%20de%20Planejamento/Revistas%20Balan%20C3%A7o/revista_balanco_pbh_2016.pdf> Acesso em: 4 nov. 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 8.078 de 11/09/1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990. Seção 1, Suplemento.

BRASIL. Lei Nº 13.455, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado, e altera a Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 jun. 2017. Seção 1, p. 1.

CHEVALLIER, Jacques. **Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Tradução de Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DWORKIN, Ronald. É o direito um sistema de regras? **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, RS, v. 34, n. 92, p. 119-158, set./dez. 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: M. Fontes, 2002.

EUSTÁQUIO, Rodrigo Martins. A crise do positivismo jurídico. In: XVI CONGRESSO NACIONAL-CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO NO BRASIL, 16., 2007, Belo Horizonte, MG. **Anais...** Belo Horizonte: PUC Minas, 2007. p. 3819-3831.

MARQUES. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

MEDAUR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MINAS GERAIS. Decreto Nº 6903, de 11 de julho de 1991. Institui o programa municipal de orientação do consumidor, PROCON-BH. Belo Horizonte. **Diário Oficial do Município de Belo Horizonte**, MG, Belo Horizonte, 11 jul. 1991.

PINTO, Isac Penedo. Aspectos do pós-positivismo e a crise da legalidade. **Direito Público**, Porto Alegre, ano 8, n. 44, p. 47-74, mar./abr. 2012.

SPAGOLLA, Vânia Senegalia Morete; MORETE, Vivian Senegalia. A crise da lei e seus reflexos no direito administrativo: a legalidade questionada. **Unopar Científica Ciências Jurídicas e Empresariais**, Londrina, v. 12, n. 2, p. 17-21, set. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, SC, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003.

GLÓRIA, Daniel Firmato de; SILVA, Lorraine Rodrigues Campos; DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias. Crise da legalidade na seara consumerista: análise de dados estatísticos do PROCON do Município de Belo Horizonte (2014 a 2016). *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 3, p. 57-73, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p57. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 13/08/2017.

Aprovado em: 02/08/2018.

**A COMUNIDADE ENQUANTO LOCAL PROPÍCIO AO
EXERCÍCIO DA EMPATIA: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA AS
SOLUÇÕES EXTRAJUDICIAIS DE CONFLITOS EM ÂMBITO
COMUNITÁRIO**

THE COMMUNITY AS A FAVORABLE LOCATION
FOR EXERCISING EMPATHY: PUBLIC POLICIES FOR
EXTRAJUDICIAL CONFLICT SOLUTION AT THE COMMUNITY
SCOPE

Camila Stangherlin *
Fabiana Marion Spengler **

*Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).
Mestre em Direito em 2016 pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI).
Especialista em Direito em 2013 pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER).
Graduada em Direito em 2011 pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI).
E-mail: camilastangherlin@hotmail.com

**Doutora em Direito em 2007 pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).
Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).
Graduada em Direito em 1994 pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).
E-mail: fabiana@unisc.br

Como citar: STANGHERLIN, Camila; SPENGLER, Fabiana Marion. A comunidade enquanto local propício ao exercício da empatia: políticas públicas para as soluções extrajudiciais de conflitos em âmbito comunitário. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 3, p. 74-87, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p74. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Na compreensão de que o indivíduo nasceu para a vivência em comunidade, é congruente que se encontre terreno fértil para a pacificação dos conflitos na própria esfera comunitária. Ferramentas como a empatia são difundidas diante do sentimento de pertencimento inerente aos seus componentes, razão pela qual, métodos extrajudiciais para o tratamento de conflitos irrompem-se como formas eficazes de alcance da pacificação das relações interpessoais. O presente artigo objetiva abordar a noção de comunidade e sua importância para o desenvolvimento da empatia nas relações humanas, além de expor a ideia de políticas públicas nas formas extrajudiciais de tratamento de conflitos. A pesquisa vale-se de técnica bibliográfica, com exame da doutrina e legislação condizente, utilizando o método de abordagem dedutivo e método de procedimento monográfico. Uma vez que o espaço comunitário fomenta a potencialidade de seus integrantes, questiona-se: de que forma a comunidade, por intermédio de ferramentas como a empatia, pode ser um local propício para o tratamento de conflitos extrajudiciais? Políticas públicas voltadas ao incentivo dos meios consensuais de tratamento das contendas em âmbito extrajudicial ganharam ênfase nos últimos anos, contribuindo para a valorização de espaços comunitários destinados ao exercício do diálogo e da compreensão do outro enquanto sujeito de direitos.

Palavras-chave: Comunidade. Empatia. Políticas públicas. Solução extrajudicial de conflitos.

Abstract: In the understanding that individuals are born to live in communities, it is congruent that conflicts in the community sphere are also resolved internally. Tools such as empathy are widespread in the sense that it promotes belonging inherent in members, which is why extrajudicial methods for the solution of conflicts are effective mechanisms for achieving the pacification of interpersonal relations. This study addresses the notion of community and its importance for the development of empathy in human relations, in addition to exposing the idea of public policies in extrajudicial forms of conflict management. This research is based on literature review with the examination of legal scientific works and legislation and utilizes the deductive approach and method of monographic procedure. Since the community fosters a space for communal growth, this paper proposes the following question: how can communities, via tools such as empathy, become a suitable place for the treatment of extrajudicial conflicts? Public policies aimed at encouraging consensus-based means of dispute resolution in extrajudicial matters have gained emphasis in recent years, contributing to the valorization of community spaces for mutual dialogue and understanding of others, as they are all individuals who hold fundamental rights.

Keywords: Community. Empathy. Public policy. Out-of-court settlement.

INTRODUÇÃO

A arte de viver em grupo não se configura em mera escolha, é uma necessidade. A evolução da espécie humana na Terra foi possível devido há uma série de fatores, dentre os quais se destaca a formação de comunidades no intuito de suprir determinadas insuficiências correlatas a cada época, e que, conseqüentemente, evoluiu até as relações sociais da contemporaneidade. Atualmente, verifica-se uma redescoberta das benesses da vivência em grupos menores, sobretudo perante os espaços instigadores da participação de seus cidadãos nos mais variados assuntos.

Dentre os aspectos que formam o ambiente inclusivo comunitário, há destaque para a observância da individualidade de cada sujeito, que possui identidade frente seus posicionamentos, suas ideias, suas convicções. Ademais, em decorrência dessa aproximação entre componentes da comunidade, é possível expressar e exercitar sensações de maneira mais genuína, ao passo que o entrosamento entre os membros propicia a otimização de sentimentos como a empatia.

Considerar o mundo pelos olhos de outra pessoa é uma das ações com efeitos mais benéficos que se pode conceber. Obviamente, não é algo simples, pois requer a autonomia dos envolvidos; não pode ser impositivo, é algo que verte de dentro para fora. No entanto, sabe-se que unindo a capacidade empática à busca pela resolução consensual de conflitos chega-se a um instrumento verdadeiramente revolucionário, próprio para a efetivação da almejada mudança nas relações interpessoais, que rechaça parte significativa da conflituosidade e contribui para a pacificação da sociedade. A reunião dos elementos oriundos da seara comunitária como local adequado para o tratamento de conflitos daquela esfera, juntamente com o exercício da empatia, conduz a uma nova concepção de acesso à justiça, capaz de disponibilizar as partes conflitantes ferramentas necessárias para sanar o conflito existente e restabelecer os laços ora rompidos.

A mola propulsora de tal transformação advém de ações concretas pautadas na correlação entre Estado e sociedade, que se concretizam por meio das políticas públicas, que, em apertada síntese, correspondem a ações do governo destinadas a implementar determinados objetivos traçados. Nos últimos anos, alterações e edições legislativas trouxeram a previsão da solução consensual de conflitos de forma extrajudicial, como se verifica na Lei da Mediação (BRASIL, 2015b), em um sublime avanço da interpretação do Poder Judiciário para com a complexidade existente nas relações humanas.

Uma vez que o espaço comunitário fomenta a participação e a potencialidade de seus integrantes, questiona-se: de que forma a comunidade, por intermédio de ferramentas como a empatia, pode ser um local propício para o tratamento autocompositivo de conflitos extrajudiciais?

A primeira parte do trabalho abordará a noção de comunidade, elucidando seu caráter de convivência e de conexões entre seres humanos. Em seguida, será apresentada a amplitude do significado de empatia e sua dimensão como ferramenta profícua na busca pela solução pacífica de conflitos, sobretudo aqueles que se alinham em âmbito comunitário. Por derradeiro, será contextualizado o propósito de políticas públicas, bem como sua aplicação no tratamento de conflitos na seara comunitária, ou seja, as políticas públicas que estão direcionadas à solução extrajudicial de conflitos, e que se edificam no cerne da comunidade.

Sendo a comunidade formada pelos pilares da confiabilidade, segurança, e compartilhamento, unindo distintos indivíduos que se sentem parte de um conjunto, há a propensão de muitos dos conflitos locais serem solucionados e tratados naquele ambiente. Para tanto, imprescindível o emprego de técnicas que se intensificam frente o espaço comunitário, como ocorre com a empatia, que recebe maior aceitação e produz resultados significativos, como a restauração dos vínculos afetivos perdidos, favorecendo a pacificação nas relações humanas. Nesse sentido, as políticas públicas voltadas para o engajamento dos cidadãos com as formas extrajudiciais de autocomposição de conflitos têm função instrutiva, e, acima de tudo, desafiadora na construção de um novo paradigma social.

1 O QUE É COMUNIDADE?

A breve tentativa de definir o que é comunidade remete, de pronto, a um conjunto de indivíduos que divide uma vida (ou parte dela) em comum. Todavia, sua concepção abrange noções mais amplas, que perpassam pela natureza humana e sua necessidade - inclusive biológica - de viver e conviver na presença do outro. Partindo da doutrina mais remota, tem-se em Aristóteles (2008) o retrato do início da sociedade a partir da formação da cidade e da constituição da família, pautando-se no anseio pela sobrevivência a estruturação e o agrupamento do homem, o que, por conseguinte, leva à sustentação da comunidade e suas consequentes evoluções. Para o referido autor, a natureza fez do homem um animal político, razão pela qual o indivíduo não é capaz de bastar-se a si mesmo, irrompendo-se daí, a ideia de um viver em grupos.

Ao tornar-se membro da sociedade, o homem acorrenta-se a ela, de tal forma que sofre um processo de despersonalização, aderindo às leis correlatas ao corpo social em que está inserido, conduzindo para seu interior as impressões que estão seu exterior. Na visão de Dahrendorf, sociedade e indivíduo estabelecem um processo de simbiose, em que, por um lado, há a condução do sujeito ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades, e, por outro, há a sua preparação “para as tarefas cuja desincumbência a sociedade dele espera” (DAHRENDORF, 1991, p. 79).

No entanto, imperioso frisar que sociedade e comunidade não são sinônimos, eis que na segunda (comunidade) as relações interpessoais são estabelecidas de forma mais valorativa, ao contrário do que ocorre na sociedade, onde a afetividade é substituída pela racionalidade. Nesta concepção, as relações em comunidade aproximam-se das necessidades arraigadas à base da vida, eis que “não há humanos fora do círculo social. Somos essencialmente sociais, moldados nas e pelas relações que estabelecemos com outros seres humanos” (SCHMIDT, 2017, p. 19).

É sob a ótica de que a comunidade carrega em seu bojo a valoração do ser humano, que se consegue elucidar as consequências de uma vida compartilhada diante de relações que derivam da ideia de que cada ser racional “existe como fim em si mesmo” (KANT, 2002, p. 58), e não simplesmente como meio para atingir determinados objetivos. Sendo assim, os relacionamentos são permeados por sentimentos, emoções e sensações que viabilizam a percepção do outro e a reciprocidade, conduzindo a um avanço natural na vida social, inclusive ao que tange a resolução dos conflitos.

É bem verdade que a vivência comunitária já abrangeu áreas mais amplas, tendo sido responsável por prover esferas como a educação, saúde, cultura, religião, entre outras, em uma época em que o Estado e o capitalismo globalizado não imperavam com tanto afinco. Em que pese, hodiernamente, se constate a presença de relações movidas pela competitividade e com arrimo no individualismo, é perceptível que a comunidade não aparece apenas como mera reminiscência, pois suas benesses fazem ressurgir um olhar que contempla nos vínculos comunitários o local apropriado para o desenvolvimento de inúmeras ações favoráveis à qualidade de vida humana. Como sustenta Walzer (2008, p. 13), o liberalismo contemporâneo, além de vago, “é uma teoria insuficiente e uma prática política defeituosa”, e, por isso, acabou por desgarnecer a estrutura social complexa e multicultural que se irrompe na atualidade.

Assim, as comunidades atuais tomam definição distinta daquelas de outrora, já que a urbanização e as funções públicas redesenharam as necessidades inerentes a cada contexto social. As demandas contemporâneas apresentam-se em modalidades diversificadas, e com alto grau de complexidade - como ocorre em uma sociedade multicultural -, de tal forma que a cooperação, o respeito e os demais valores intrínsecos ao âmbito comunitário são agentes imprescindíveis, não apenas para o bem-estar, mas também para a progressão de cada componente do convívio humano. Como preceitua Bauman (2003, p. 8), “numa comunidade podemos contar com a boa vontade dos outros. Se tropeçarmos e cairmos, os outros nos ajudam a ficar de pé outra vez”.

Desta feita, ver o outro como alguém que pode somar no curso da caminhada, tanto individual como coletiva, faz aflorar uma nova perspectiva nas relações interpessoais, possibilitando, inclusive, a redescoberta da comunidade como espaço capaz de retomar ações que foram, voluntariamente, transferidas para a seara estatal. É inegável que isto requer um grau mínimo de amadurecimento e comprometimento por parte dos membros da comunidade, todavia, tais requisitos são diariamente exercitados nos ambientes familiares e demais círculos de afetividade, afinal, “os seres humanos se reúnem porque não podem viver separados. Mas vivem juntos de diversas maneiras. Sua sobrevivência, e também seu bem-estar exigem um empenho comum” (WALZER, 2003, p. 86).

Se a boa convivência anseia uma dedicação conjunta, além do respeito e da alteridade, certamente há um elemento eficaz para a implementação de uma vida em grupo assentada em valores revolucionários, e capaz de promover uma rotação nas relações cotidianas: a empatia.

2 EMPATIA – COLOCAR-SE NO LUGAR DO OUTRO

Dentre as complexas emoções humanas, há destaque para aquelas que fomentam a pacificação das relações sociais e, certamente, contribuíram para que evolução humanitária se perpetuasse diante das inúmeras desavenças e batalhas, tanto individuais quanto grupais, atinentes à trajetória da espécie. Altruísmo, solidariedade, compaixão, generosidade são alguns valores/sentimentos que possibilitaram a jornada das relações interpessoais em um patamar suficiente para assegurar a formação da vida em comum que se constata hoje. Assim, sendo o ser humano um animal político¹, a própria participação política concorreu para o favorecimento dos níveis

¹ Como preconizado por Aristóteles (2008), no entendimento de que o indivíduo necessita do outro para a sobrevivência da espécie, como uma tendência da natureza, tendo em vista uma utilidade comum.

de solidariedade, tolerância, e confiança nos demais. Também pôde proporcionar informação útil para a vida cotidiana, apoio social, bem-estar, satisfação pessoal, habilidades cívicas, empatia, etc. (ANDUIZA; BOSCH, 2007).

Mas, afinal, o que é a empatia? Ultimamente, este precioso sentimento ganha espaço nos debates que visam elucidar a perspectiva da convivência entre seres humanos, em uma tentativa de alavancar a clamada mudança social. Ao contrário da compaixão e da solidariedade – que não anseiam compreender o ponto de vista do semelhante –, a empatia é “a arte de se colocar no lugar do outro por meio da imaginação” (KRZYNARIC, 2015, p. 10), de forma a valer-se dessa percepção para guiar as ações seguintes.

Por óbvio, essas ações se converterão em resultados coletivos, já que derivam da premissa de que cada ser social interdepende do outro, e não de proporção apenas individual, o que rechaça a teoria da individualidade e do ser humano enquanto espécie essencialmente egoísta, defendida por alguns notórios pensadores em séculos passados. Por outro lado, imperioso gizar que não se trata de uma tentativa de nivelar a raça humana, visando uniformizar as características individuais que constituem cada sujeito, mitigando o perfil rotulado como diferente, pois igualmente se sustenta a ideia de diversidade e pluralismo, de forma a preservar a individualidade que integra cada membro comunitário.

Nessa análise, pertinente a lição de Buber (2001, p. 115):

Toda relação atual no mundo repousa sobre a individuação; esta é a sua delícia, pois, só assim é permitido o conhecimento mútuo daqueles que são diferentes; ela é também o seu limite, pois, assim impede tanto o perfeito reconhecer como o perfeito ser-reconhecido. Na relação perfeita, o meu Tu engloba o meu si-mesmo, sem, no entanto, ser o si-mesmo; o meu reconhecimento limitado se expande na possibilidade ilimitada de ser reconhecido.

Portanto, a capacidade da empatia, contida em praticamente todos os seres humanos, age como uma espécie de convite, em que é possível trocar as lentes com que se enxerga o mundo, passando-se da visão autocentrada, para uma visão compassiva. Não é algo de fácil aderência, é verdade. Primeiramente, faz-se indispensável exercitar o potencial empático: admitir que há um vasto campo de opiniões contrárias que são simplificadas por meio do diálogo; e, sobretudo, reconhecer que cada sujeito compartilha emoções próprias - às vezes similares, às vezes não -, com suas razões e justificativas; e, conseqüentemente, aceitar o outro como sujeito de direitos.

Assim, a empatia é condição primordial na busca da solução de conflitos de forma não adversarial, adotando-se a perspectiva do conflitante para construir uma resposta que atenda aos anseios de todos os envolvidos, e restabeleça os vínculos rompidos por decisões súbitas. Percebe-se que não sucumbir ao imediatismo é um desafio, mas acima de tudo um grande passo rumo à revolução das relações humanas.

2.1 A empatia como ferramenta para o tratamento de conflitos

Sob o enfoque de que a empatia é ingrediente essencial para buscar a almejada mudança de paradigma nas relações sociais – aderindo-se a perspectiva do outro -, é concebível empenhar-se em outra mudança igualmente importante e profícua para o bem-estar coletivo: a mudança cultural nas relações conflitantes. Trata-se de suplantar a cultura beligerante impregnada na sociedade atual, e adotar uma postura diferenciada, caracterizada pelo hábito do diálogo, do consenso, da escuta colaborativa, e da autonomia de vontade. Mais do que isso, por meio da empatia, é possível instituir nas partes envolvidas a noção de que, ninguém melhor do que eles próprios, possui o condão de decidir acerca do assunto que os une.

A realidade dos tribunais mostra que a sociedade persiste em descarregar nas portas do Poder Judiciário as contendas oriundas das diversas relações cotidianas – são questões que envolvem direito de vizinhança, causas consumeristas, familiares, entre outras, que obstruem o sistema e impossibilitam um acesso à justiça qualitativo.

De certo, há uma prática arraigada na coletividade que insiste em submeter as mais variadas mazelas da vida em comum para que o Estado, por intermédio da figura do juiz, profira a decisão, apontando o lado vitorioso e ditando os comandos a serem seguidos. Trata-se de uma construção utópica de que o juiz possui a decifração para os anseios de justiça, além, é claro, de acoplar ao feito a segurança jurídica, ainda imperativa para muitos.

De outra banda, importante ressaltar que há uma gama de conflitos que carecem de uma decisão judicial, uma vez que se referem à direitos sobre os quais não se pode dispor, portanto indispensável o ajuizamento de ação que vise o proferimento de sentença. Contudo, para todos os demais, o tratamento do conflito por meio de formas que privilegiem sentimentos como a harmonia, entendimento e empatia, seria a maneira ideal de solucionar o caso em concreto e, ainda, oportunizar aos envolvidos ferramentas necessárias para que saibam lidar com as contendas futuras, já que estas nunca deixarão de existir na vivência em comunidade.

Tais métodos não adversariais têm alcançado resultados satisfatórios com os envolvidos, diretos e indiretamente, sobretudo porque não dependem de procedimentos jurídicos, sendo realizadas de maneira exímia no âmbito comunitário, além de mirar no cerne da relação social, o que pouco se verifica em plano judiciário. Nesse sentido, há uma nítida incompreensão acerca dos termos acesso à justiça e o acesso ao Poder Judiciário; a decisão de um conflito e o tratamento de um conflito; a declaração de um direito e a satisfação de um direito, que precisa ser desmitificada, como elucida Charles Taylor (2000, p. 301):

As decisões judiciais costumam ser absolutas: ou se ganha ou se perde. De maneira particular, as decisões judiciais sobre direitos tendem a ser consideradas questões de tudo ou nada. O próprio conceito de direito parece pedir a satisfação integral, se ele é um direito. Se não for, nada feito.

Assim, buscar solucionar os conflitos por meio de formas que aproximam as partes, colocando-as em condições convergentes, e não opostas, é um dos preceitos de métodos como a conciliação e a mediação que, em que pese mecanismos institucionalizados, já são realizadas de

maneira extrajudicial, em solo comunitário, e produzem efeitos expressivos. Para tanto, buscase substituir causas competitivas, por causas cooperativas, valendo-se para isso dos benefícios proporcionados pelo exercício da empatia.

Alcançar a subjetividade peculiar a cada relação conflituosa, de modo a estabelecer uma conexão que reaproxime os envolvidos, é um dos objetivos aspirados pelas formas consensuais de tratamento de conflitos, e está diretamente ligada aos ditames da empatia, eis que o ambiente é preparado para anular a individualidade e rechaçar a indiferença entre os conflitantes. Quando realizado na esfera comunitária, adere-se a isso, a confiabilidade e o comprometimento das partes - tanto uma com a outra, como com o terceiro facilitador, que igualmente pertence àquela localidade -, em uma verdadeira integração da vida em comunidade, que estimula a cidadania participativa e possibilita a democratização do acesso à justiça, como se estudará a seguir.

Os fatores decisivos para que se obtenha êxito na busca pela solução consensual dos conflitos perpassa pela observância de pontos assaz significativos, que refletem em conquistas expressivas, posteriormente. Estes pontos traduzem-se basicamente em transformações de sentimentos que acompanham as relações humanas, tais como a raiva, a animosidade, o rancor, o orgulho. Muitos caminhos podem levar a esta transformação, porém o mais eficaz se dá por intermédio da empatia.

Como aduz Roman Krznaric, a empatia é “parte essencial da solução de conflitos na família, no pátio da escola, na sala de conselho e na ‘sala de guerra’ de uma empresa. A capacidade de adotar a perspectiva de outra pessoa, [...] é a melhor pílula da paz que temos” (KRZNNARIC, 2015, p. 61). A resignificação das relações interpessoais, com o intuito de introduzir uma mudança coletiva voltada à pacificação social, vincula-se, inquestionavelmente, ao reconhecimento da potencialidade de construir soluções conjuntas, atinente a cada cidadão, atrelado, ainda, ao sentimento de inclusão comunitária.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS – BREVES CONSIDERAÇÕES

Definir o que são as políticas públicas, em que pese o crescente interesse pelo tema nos mais variados segmentos, não é algo simples. A razão não é apenas o caráter polissêmico da expressão, mas também a dinâmica própria das políticas, aliada aos assuntos públicos que costumam ser carregados de complexidade. De toda a maneira, falar em política pública é falar no plano da coletividade, é pensar o bem-estar coletivo a partir de uma vinculação entre Estado e sociedade. Nesse sentido, os sintomas intrínsecos aos problemas sociais são pontos que suscitam a criação de políticas públicas - ou, inicialmente, o debate e consciência acerca da realidade do problema coletivo por parte do Estado -, agindo assim, como respostas aos anseios públicos (SUBIRATS, 2012).

Em outras palavras, é como ações e decisões que apontam os rumos a serem tomados por parte do governo, a fim de otimizar a gama de recursos destinadas a implementação de programas, atividades e planejamentos que se destinam à população. No entanto, há um aspecto intrínseco à democracia que, em maior ou em menor grau, acaba refletindo no desenvolvimento das políticas

públicas no país, qual seja: a renovação das administrações públicas.

O fato de haver uma alteração periódica na composição dos governos acarreta uma habitual descontinuidade administrativa, que, por conseguinte, conduz “ao abandono das diretrizes vigentes e à criação de outras, bastante distintas e não raro contraditórias em relação às anteriores, gerando desperdício de energia política e de recursos financeiros” (SCHMIDT, 2008, p. 2312).

Por outro lado, o fato de demonstrar as intenções por trás das ações de governo, permite e fomenta a participação ativa do cidadão por intermédio do acompanhamento e da atuação no andamento das políticas públicas. Trata-se, pois, de um estreitamento na relação entre cidadão e governo que pode se materializar em diversas formas, podendo, inclusive, resultar na reprovação por parte da sociedade, no desenvolver do seu ciclo político. Nesse aspecto:

Seu núcleo de sentido reside na ação governamental, isto é, o movimento que se dá à máquina pública, conjugando competências, objetivos e meios estatais, a partir do impulso do governo. A apresentação exterior da política pública se materializa num arranjo institucional, conjunto de iniciativas e medidas articulado por suportes e formas jurídicos diversos (BUCCI, 2013, p. 42).

A doutrina costuma classificar as políticas públicas de acordo com as áreas a que se destinam, elencando, ainda, as fases que compreendem o ciclo político, todavia, o presente estudo dirige-se apenas a compreender o teor da expressão, de modo a possibilitar o entendimento da política pública aqui analisada, que abrange o tratamento adequado dos conflitos. Aprimorar o funcionamento das instituições do Estado no intuito de propiciar aos cidadãos serviços envoltos de qualidade é um dos objetivos propostos pela execução das políticas públicas, no entanto, vai-se além, transcendendo os limites das instituições, e buscando atender aos anseios mais remotos da população.

Fazer política pública é também mirar a inclusão social, e, para tanto, faz-se necessário aproximar o cidadão do sentimento de justiça, de tal modo que se promova uma reformulação nas questões gerais da sociedade, dentre as quais se integram as relações sociais. “Em lugar da ‘velha normalidade’, a orientação ativa nas políticas públicas está desafiada a edificar uma ‘nova normalidade’, compatível com a boa vida e a boa sociedade, capaz de atender às necessidades básicas de todos” (SCHMIDT, 2017, p. 160).

3.1 Políticas públicas no tratamento de conflitos em âmbito comunitário

No afã de implementar meios que coadunassem com a realidade já estabelecida em muitas comunidades (centros comunitários, escolas, associações de bairro, entre outros) pelo país, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário editaram, recentemente, normativas no sentido de regulamentar e fomentar os meios consensuais de tratamento de conflitos em esfera comunitária, ou seja de forma extrajudicial. É o que se verifica no conteúdo da Lei da Mediação² (BRASIL, 2015b), por

A lei que trata sobre mediação entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública faz diversas referências acerca da mediação extrajudicial, de forma que alude, inclusive, à confiabilidade que deve ser inerente ao terceiro facilitador, como preconiza o seguinte artigo: Art. 9º Poderá funcionar como

exemplo, que tratou de uma matéria não elucidada pelo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a), uma vez que esse privilegiou a mediação desenvolvida dentro do sistema judiciário.

A previsão normativa de tal assunto é resultado de um árduo trabalho sustentado por uma série de profissionais que se dedicaram de maneira incessante, a fim de dar concretude a caminhos que levem a uma mudança de paradigma social, e onde a resposta às contendas não advenha apenas de uma decisão adjudicada. De certo, um dos movimentos precursores foi a elaboração da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (e suas posteriores emendas), pois representou a principal diretriz rumo a uma política pública de tratamento adequado de conflitos no país.

Tal Resolução objetivou, dentre outros propósitos, estabelecer uma nova imagem do Poder Judiciário e propiciar aos cidadãos um acesso à justiça qualitativo, que trate o cerne da conflituosidade, atendendo aos anseios da comunidade. Mais do que isso, almejou instituir “uma política pública menos ortodoxa do Poder Judiciário em relação ao tratamento dos conflitos de interesse” (LUCHIARI, 2011, p. 303), já que uma das causas da crise constatada neste setor perpassa pela cultura extremamente beligerante arraigada na sociedade.

Imperioso destacar que antes de existir a legislação respaldando o tema, os métodos autocompositivos já eram desenvolvidos de maneira extrajudicial e extralegal nas comunidades, alcançando resultados satisfatórios, com alto envolvimento da população, sendo que as experiências realizadas apontam para um aumento na conscientização de direitos (mas não no ingresso de demandas) por parte dos envolvidos, além de uma maior noção de coletividade. Assim, pode-se afirmar que “uno de los mayores éxitos de la perspectiva comunitarista ha sido frenar el peculiar lenguaje de derechos que ha transformado cada deseo y interes en un título legal, alimentando innecesariamente el número de litigios” (ETZIONI, 2001, p. 51).

Ademais, aliando-se ações do Estado por intermédio de políticas públicas, e movimentos eficazes por parte das comunidades, é possível redimensionar o que se entende por acesso efetivo à justiça, de tal sorte que se passa a incluir conceitos de cidadania e de práticas democráticas. Ao disponibilizar, em âmbito comunitário, espaço voltado ao tratamento de conflitos de maneira consensual, dialogada e autônoma, está-se promovendo a participação ativa dos cidadãos em assuntos que lhe atingem diretamente. Há um empoderamento dos membros da comunidade, no sentido de que as ferramentas necessárias para solucionar a maioria dos conflitos de interesse encontram-se alocadas nos próprios envolvidos, e não na figura impositiva de um terceiro. Nesse sentido:

A prática da mediação estabelece a participação ativa das pessoas nas soluções dos conflitos, passa-se a não somente se discutir sobre questões individuais, mas questões de natureza coletiva também. As experiências brasileiras em mediação, especialmente aquelas realizadas nas periferias dos municípios, têm revelado mudanças de comportamento das pessoas: tornam-se mais participativas nas decisões individuais e coletivas (SALES, 2007, p. 38).

mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

Nessa perspectiva, há um importante aliado para que se logre o êxito no desenrolar de uma audiência ou sessão de mediação/conciliação comunitária: o terceiro facilitador. Cabe a ele, como integrante da comunidade, o papel de direcionar os conflitantes para um ambiente de confiabilidade e de estímulo ao diálogo cooperativo, inclusivo e reflexivo. É por intermédio deste apaziguador vocacionado que o exercício da empatia tomará corporalidade diante da animosidade desenfreada presente em boa parte das contendas.

Por diversos aspectos, o conciliador/mediador auxilia e facilita o restabelecimento da relação social rompida, promovendo a satisfação dos interesses dos conflitantes, sobretudo, em face do uso de uma linguagem comum aos envolvidos. Por certo, este terceiro colaborador “possui a legitimidade que não é atribuída pelo Estado e sim pelas próprias partes, em função de suas características, da sua conduta, do seu código de ética e de moral” (SPENGLER, 2015, p. 69).

Há muito por trás da implantação e realização de meios consensuais de tratamento de conflitos em seara comunitária. Há o caráter de inclusão social; há a fomento ao exercício da cidadania; há o anseio pela democratização do acesso à justiça; há a busca pela pacificação social, e tantas outras respostas voltadas aos óbices que afastam o cidadão do sentimento de justiça. Nunca se falou tanto – sociedade e Estado - em formas alternativas, consensuais, adequadas ou não adversariais de solucionar os conflitos sociais, e, provavelmente, seja este o primeiro passo rumo a uma mudança sócio-cultural com reflexos no bem-estar comunitário. Pensar a mudança significa, pois, no fundo, estudar a ação do Estado de uma maneira diferente em relação às abordagens tradicionais da análise das políticas públicas (MULLER; SUREL, 2002, p. 146).

CONCLUSÃO

O presente trabalho enfatizou a noção de comunidade como uma necessidade intrínseca ao ser humano, alicerçada, primeiramente, na questão da sobrevivência da espécie. Com o passar do tempo a comunidade foi transformando-se em um local mais sólido, e agregando, com isso, valores que edificavam as conexões entre seus indivíduos. Atualmente, tem-se na redescoberta das benesses comunitárias, um aumento na concretização de ações voltadas ao bem-estar da coletividade, movida pela participação ativa de seus membros, o que muitas vezes é possibilitado em face do estreitamento das relações de seus integrantes.

Dentre os grandes trunfos alcançados pela vivência em grupos, há destaque para o melhor desenvolvimento e compreensão das emoções humanas, essas, elementos responsáveis tanto pela ocorrência de conflitos, como também pela sua resolução de forma harmônica. A raiva, a amizade, o ciúmes, a amargura, o amor, são alguns dos sentimentos que compõem os vínculos interpessoais diários, e sustentam a complexidade que há nos relacionamentos humanos, no entanto, há importantes emoções que têm o condão de redirecionar o contexto das relações sociais e propiciar a pacificação, como ocorre na empatia.

A partir do momento que se assume a perspectiva do outro, muitos estereótipos são

desmantelados, a tal ponto que se consegue construir soluções e dirimir contendas, atendendo ao real interesse dos envolvidos. É o que ocorre no desenvolvimento de uma autocomposição de conflitos (conciliação, mediação e negociação), em que a empatia é ferramenta essencial para atingir o fim pretendido: a paz social. Colocar-se no lugar do outro conflitante é o primeiro passo em direção a um diálogo cooperativo, que respeita a autonomia de vontade e prioriza a decisão consensuada.

Desta feita, a comunidade é ambiente privilegiado, e que atende aos requisitos essenciais para tratar conflitos no cerne de suas causas. Há longa data a sociedade já descobriu os méritos de fomentar o acesso à justiça qualitativo pela prática de ações como a mediação e conciliação em esfera extrajudicial, como se vislumbra nos centros comunitários ou escolas, por exemplo. Assim, a efetivação de políticas públicas voltadas a essa área já configura uma realidade, em que poder público reconhece e incentiva a implantação de meios que se destinam a buscar o restabelecimento da relação rompida por intermédio de formas harmônicas, dialogadas e consensuais.

Na verdade, tem-se na comunidade mais do que um simples ambiente habitado por indivíduos de forma comum. Há ali uma oportunidade de expandir, através do exercício da empatia, a compreensão de que os conflitos sempre existirão, mas podem ser solucionados sem a visão de adversariedade, compreendendo-se, acima de tudo, que quando se caminha junto, se caminha mais longe.

REFERÊNCIAS

ANDUIZA, Eva; BOSCH, Augustí. **Comportamiento político y electoral**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2007.

ARISTÓTELES. **Política**. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 5 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 5 maio 2018.

BUBER, Martin. **Eu e tu**. Tradução de Newton Aquiles Von Zuben. São Paulo: Centauro, 2001.

BUCCI, Maria P. D. (Org.). **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

- DAHRENDORF, Ralf. **Homo sociologicus**: ensaio sobre a história, o significado, e a crítica da categoria social. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991.
- ETZIONI, Amitai. **La tercera via**: propuestas desde elcomunitarismo. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- KRZNNARIC, Roman. **O poder da empatia**: a arte de se colocar no lugar do outro para transformar o mundo. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borgess. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
- LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. Comentários da Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010. In: _____. **Mediação no judiciário**: teoria na prática e prática na teoria. São Paulo: Primavera Editoria, 2011.
- MULLER, Pierre; SURREL, Yves. **A análise das políticas públicas**. Pelotas: Educat, 2002.
- SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos, família, escola e comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.
- SCHMIDT, João Pedro. **Universidades comunitárias e terceiro setor**: fundamentos comunitaristas da cooperação em políticas públicas. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2017.
- SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação comunitária na aldeia dos *smurfs* e o papai *smurf* como terceiro responsável por outra cultura no tratamento dos conflitos. In: GERVASONI, Tássia; DIAS, Felipe da Veiga (Org.). **DiPop**: o direito na cultura pop. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.
- SUBIRATS, Joan et al. **Análisis y gestión de políticas públicas**. Barcelona: Planeta, 2012.
- TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000.
- WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. **Política e paixão**: rumo a um liberalismo mais igualitário. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

Como citar: STANGHERLIN, Camila; SPENGLER, Fabiana Marion. A comunidade enquanto local propício ao exercício da empatia: políticas públicas para as soluções extrajudiciais de conflitos em âmbito comunitário. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 3, p. 74-87, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p74. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 15/09/2017.

Aprovado em: 13/09/2018.

**ACESSO À JUSTIÇA PELA ATUAÇÃO PROFILÁTICA DO
TABELIÃO: A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL COMO MEIO
ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

ACCESS TO JUSTICE FOR THE PROFILATIC ACTIVITY OF THE
NOTARY: EXTRAJUDICIAL MEDIATION AS AN ALTERNATIVE
MEANS OF CONFLICT SOLUTION

Anna Cristina Zenkner *
Juvêncio Borges Silva **

*Mestranda em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP).
Especialista em Direito Notarial e Registral em 2015 pela Universidade de Ribeirão Preto (UNIDERP).
Especialista em Direito Processual Civil em 2013 pela Universidade de Ribeirão Preto (UNIDERP).
Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais em 2010 pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA).
E-mail: annaczenkner@hotmail.com

**Pós-Doutor em Direito em 2010 pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC-PT).
Doutorado em Sociologia em 2005 pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP).
Mestrado em Sociologia em 2000 pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP).
Especialista em Didática de Planejamento do Ensino Superior em 1991 pela Faculdade de Filosofia de Passos (FAFIPA).
Graduação em Direito em 1997 pela Faculdade de Direito de Franca (FADIPA).
E-mail: juvencioborges@gmail.com

Como citar: ZENKER, Anna Cristina; SILVA, Juvêncio Borges. Acesso à justiça pela atuação profilática do tabelião: a mediação extrajudicial como meio alternativo de solução de conflitos. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 3, p. 88-110, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p88. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O artigo discute o direito fundamental do acesso à justiça e a necessária ressignificação do seu conteúdo, diante de uma crise institucional vivenciada pelo Poder Judiciário no Brasil. O colapso do sistema jurisdicional, que descredita o Judiciário e o deslegitima enquanto. Poder; faz nascer a imperiosa necessidade de se discutir mecanismos alternativos para a solução de controvérsias, que mitiguem o excesso de judicialização. Assim, o conceito de acesso de justiça deve ser interpretado à luz da realidade jurídica nacional, com soluções que transcendem o Poder Judiciário, tais como a mediação e a conciliação. Nesse sentido, o desenvolvimento da mediação extrajudicial, além de possível, é desejável e permitirá, em boa medida, uma ruptura com a “cultura da sentença” e o descongestionamento dos tribunais. A pesquisa se orienta pelo método analítico-dedutivo, com fulcro em livros, artigos científicos e jurisprudências para, ao final, demonstrar que a atuação preventiva e mediadora do notariado pode construir muitas soluções dialógicas e impedir que muitos processos judiciais se iniciem. É, pois, a profilaxia a serviço da doença crônica denominada inefetividade e morosidade judicial.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Meios alternativos de solução de conflitos. Mediação extrajudicial.

Abstract: The article discusses the fundamental right of access to justice and the necessary resignification of its content, in the face of an institutional crisis experienced by the Judiciary in Brazil. The collapse of the judicial system, which discredits the Judiciary and de-legitimizes it as a Power, gives rise to the urgent need to discuss alternative mechanisms for the settlement of disputes, which mitigate the excessive judicialization. Thus,

the concept of access to justice must be interpreted in the light of national legal reality, with solutions that transcend the Judiciary, such as mediation and conciliation. In that sense, the development of extrajudicial mediation is, in addition, possible, desirable and will, to a large extent, allow a break with the “culture of sentencing” and the decongestion of the courts. The research is guided by the analytic-deductive method, with a focus on books, scientific articles and jurisprudence, in order to demonstrate that the preventive and mediating action of the notary can construct many dialogical solutions and prevent many judicial processes from beginning. It is, therefore, prophylaxis in the service of the chronic disease denominated ineffectiveness and judicial slowness.

Keywords: Access to justice. Alternative means of conflict resolution. Extrajudicial mediation.

INTRODUÇÃO

É notório que as dificuldades da Jurisdição tradicional se agravaram e que sua capacidade de responder as demandas sociais está cada vez mais prejudicada. O aumento de demandas, a complexidade dos conflitos e o esgotamento do positivismo jurídico, são elementos que, interconectados, evidenciam uma crise de racionalidade e operacionalidade jurídica moderna e exigem a construção de novos saberes e procedimentos. É o que observam Bittar e Almeida (2017, p. 769):

Liberalismo, capitalismo e individualismo são as marcas da modernidade jurídica, que se encontra desafiada em suas formas de organização por novos desafios históricos e contextuais. O que se percebe é que as promessas de igualdade, fraternidade e liberdade não foram cumpridas, e, como rescaldo desta utopia moderna, resta apenas um enorme saldo de injustiça social. Então, os estremecimentos pós-modernos encaminham a reflexão para a constatação de que está em curso um revisionismo das insuficiências da modernidade jurídica, de seus abusos e de sua obsolescência. Os tradicionais paradigmas que serviram bem ao Estado de Direito do século XIX não se encaixam mais para formar a peça articulada de que necessita o Estado Contemporâneo para a execução de políticas públicas efetivas. É nesta medida que se constata a perda de significação: da universalidade da lei, pois os atores sociais possuem características peculiares não divisíveis pela legislação abstrata; do princípio da objetividade do direito, que o torna formalmente isento de qualquer contaminação de forças políticas, quando se sabe que toda a legislação vem formulado na base de negociações políticas e partidárias; da ideia da contenção do arbítrio pela lei, fator em descrédito frente à ineficácia e à inefetividade das atitudes de combate à corrupção e às taxas elevadíssimas de impunidade [...] da garantia da existência da jurisdição como garantia de acesso a direitos, quando se sabe que, em verdade, a justiça se diferencia para ricos e pobres, entre outros fatores.

Enfim, o paradigma de um direito que estabeleceu o fetiche da lei, que se pretende isento, neutro, infenso a ideologia, como era o caso do discurso moderno positivista, não se sustenta diante da realidade e das transformações pelas quais passa a sociedade. A judicialização da política e a politização do direito são fenômenos que estão na pauta das discussões que extrapolam os limites do direito e da academia, e se manifestam até mesmo mídia televisiva, internet e redes sociais.

Diante de um quadro de reconhecidas dificuldades e precariedades das formas tradicionais de jurisdição, da morosidade processual, do número agigantado de processos que tramitam nos tribunais, gerando o que ficou nominado como “congestionamento processual”, faz-se necessário refletir sobre o acesso à justiça e o desafio da atividade notarial na construção de espaços alternativos de acesso à justiça e de resolução de conflitos, considerando que a recente Lei da Mediação nº 13.140/2015 (BRASIL, 2015c), e as iniciativas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e dos Tribunais de Justiça destacam e estimulam a mediação e a negociação como uma nova possibilidade de atuação desse setor.

É sob esse viés que buscamos debater a possibilidade de a atividade notarial desempenhar um papel mais atuante na resolução de conflitos, mediante a institucionalização de espaços de negociação e mediação, aproveitando a sua estrutura física e se valendo das funções já creditadas

e amplamente enraizadas na tradição jurídica nacional.

Ao se apostar em novos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação e a negociação, não se está apenas enfrentando um problema estatístico de celeridade e quantidade de processos, mas promovendo um deslocamento qualificativo de compreensão do litígio, de sua substância. Não se trata de substituir o papel do juiz, mas fazer das próprias partes, quando possível, as protagonistas de suas próprias soluções. É resolver o problema antes que ele se torne processo. É validar o “direito de evitar a lide”, numa atuação profilática e preventiva à crise de eficácia da justiça.

O sistema notarial e registral é um sistema secular e tem realizado muitas atividades no Brasil de modo eficiente e creditado. Todos os dias as pessoas procuram as serventias extrajudiciais para, em termos gerais, firmarem negócios jurídicos, atestarem autenticidade, certificarem fatos, etc., com ampla aceitação de todos os envolvidos. Não é incomum, no entanto, pequenos problemas surgirem entre os interessados e a solução ser intermediada pelos titulares (notários e registradores). Mas as funções notarial e registral poderiam prevenir ainda mais litígios judiciais se cultivassem uma cultura orgânica e institucional de resolução de conflitos baseados no diálogo, como é o caso da mediação e da negociação.

Nessa quadra de desafios é que procuramos nos assentar. Para tanto, desenvolvemos algumas noções acerca do conceito de “acesso à justiça”, sobretudo a necessidade de promover uma releitura de seu significado. Logo após, abordamos sobre a importância de se pensar em mecanismos alternativos de resolução de conflitos, dando enfoque a caminhos que transcendem o Poder Judiciário, a exemplo da mediação. Em seguida, dedicamos um tópico ao grande desafio proposto neste artigo: permitir que o acesso à justiça, por meio de um de seus instrumentos (mediação extrajudicial), seja realizado pelo Direito Notarial. Daí a importância social desse estudo, que poderá contribuir para a efetivação de uma forma ativa de resolução de conflitos mais econômica, mais rápida e mais eficiente, no âmbito de um sistema de prestação de serviços públicos “extrajudiciais” já consolidado e amplamente presente em todas as comarcas brasileiras.

1 A RESSIGNIFICAÇÃO DO CONCEITO DE “ACESSO À JUSTIÇA” FRENTE A CRISE INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

1.1 Acesso à Justiça

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, art. 5º, XXXV. O direito ao acesso à justiça, também conhecido como inafastabilidade da jurisdição, está consagrado na Constituição Federal de 1988. No mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assegura, no artigo X, que “toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele” (BRASIL, 1988).

O cotejamento dos dispositivos mencionados nos permite concluir que o acesso à justiça é direito fundamental constitucionalmente garantido e sintonizado com a Declaração Universal de 1948, sendo a sua concretização corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, base do sistema normativo constitucional brasileiro. Na condição de direito fundamental, o acesso à Justiça deve ter aplicabilidade imediata e a intangibilidade de cláusula pétrea, retirada, portanto, da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos.

No âmbito do processo, Cândido Rangel Dinamarco (1998, p. 304) revela que o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional seja infraconstitucional, seja em sede legislativa seja doutrinária e jurisprudencial. Logo, segundo a doutrina processualista, o acesso à Justiça é o princípio primeiro que abarca todos os demais princípios do processo.

Sob outro viés, o acesso à justiça é um dos valores fundamentais da própria democracia, podendo ser encarado como o mais básico dos direitos humanos, inserto em um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12). Assim, o problema fundamental em relação ao acesso à justiça não é o de justificá-lo, mas o de protegê-lo.

E proteger o acesso à justiça, frise-se, não se confunde a falsa ideia de ter acesso ao Judiciário. Nesse sentido, Dinamarco (2003, p. 114) afirma que o “Acesso à justiça é acesso à ordem justa, ou seja, obtenção de justiça substancial”. Complementarmente, Roberto Portugal Bacellar (2012, p. 40) afirma que o acesso à ordem jurídica justa dá-se pelo “acesso a métodos mais adequados à resolução dos conflitos, estejam eles dentro ou fora do Poder Judiciário”.

Cappelletti e Garth (1988, p. 31-73) trataram das três ondas de acesso à justiça, baseados no fenômeno físico das ondas. Segundo os autores, a primeira onda consistiu na instituição da assistência judiciária gratuita às pessoas pobres. A segunda onda versou sobre os interesses difusos (transmutação da relação processual de natureza individual para a coletiva). E, por fim, a terceira onda tratou do alargamento da visão de acesso à justiça em comparação às duas ondas que a precederam. Enquanto as duas primeiras se ocuparam em focar os problemas pertinentes ao acesso ao Poder Judiciário, a terceira buscou dar novo enfoque ao conceito de acesso à justiça, voltando-se o olhar para a necessidade de se concretizar direitos.

Nesse sentido a manifestação de Cappelletti (1991, p. 156):

A velha concepção, “tolemaica”, consistia em ver o direito sobre 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 à perspectiva do consumidor do direito e da justiça: o indivíduo, os grupos, a sociedade como um todo, suas necessidades a instância e aspirações 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 importa em meios legítimos, ou seja, instituídos por lei, para a solução de controvérsias. Não há em momento algum dessa experiência a pretendida correlação necessária com jurisdicionalização.

Não havendo obrigatória correlação entre acesso à Justiça e jurisdicionalização, pode-se afirmar que a legitimação pelo Estado de outros órgãos para a resolução de litígios que não tenham em seu núcleo conteúdo jurisdicional, dispensando a interferência do Poder Judiciário, e mesmo a definição legal de requisitos que impliquem a manifestação do Estado-Juiz como última medida do processo resolutivo da lide, não significa qualquer negativa de acesso à ordem jurídica estatal.

A busca por novos instrumentos de acesso à justiça é defendida pela doutrina. Conforme Juvêncio Borges Silva (2013, p. 503):

A ampliação do acesso à justiça exige tanto uma ação por parte do Estado, de forma a criar as condições para a prestação de uma justiça mais célere e desburocratizada, haja vista que a morosidade processual é um dos maiores entraves do Judiciário no Brasil, quanto uma mudança de mentalidade por parte dos operadores do direito e das pessoas em geral, de sorte que novas possibilidades processuais e procedimentais sejam buscadas com vistas a uma efetivação crescente do acesso à justiça, garantindo destarte a realização de forma concreta deste direito fundamental.

Com efeito, o direito fundamental constitucional do acesso à Justiça é fundamento da mediação e da conciliação, que vai além do simples direito de demandar em juízo ou de ter uma razoável duração do processo. Prima-se, na teoria dos mecanismos consensuais de solução de conflitos (mediação e conciliação), pela qualidade na solução de conflitos, sobretudo daqueles onde as partes irão continuar se relacionando. Nestes casos, a solução construtiva e participativa do conflito é salutar para a manutenção da paz social, ao prevenir a má administração dos conflitos futuros.

1.2 Crise do Judiciário e a necessária ressignificação do conceito de acesso à justiça

Historicamente, o conceito de cidadão, dotado de direitos e deveres, foi enaltecido no Estado de Direito, após a superação do Estado absolutista, personificado na figura do soberano. Por meio da separação das funções, a ação estatal passou a ser controlada de maneira mais simples pelos cidadãos. Sem deixar de lado os enormes avanços proporcionados pelo Estado de Direito, tanto no modelo liberal quanto no social, a incapacidade sistêmica de prevenir injustiças, impedir governos autoritários e de propiciar uma verdadeira transformação social levou esse modelo ao fenecimento.

Como novo paradigma, o Estado Democrático de Direito apóia-se na intensa participação dos cidadãos para a construção da soberania popular, o fortalecimento da separação das funções em órgãos distintos, o respeito e promoção dos direitos fundamentais, a partir de um documento jurídico-político agudo: a Constituição. Conforme destacam Guerra Filho e Carnio (2013, p. 173): “o estado Democrático de Direito, então, representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social”.

Deste modo, têm-se a tentativa de harmonizar interesses situados em três esferas distintas

e muitas vezes conflitantes: a esfera pública, ocupada pelos entes estatais e toda a máquina pública; a esfera privada, em que se situa o indivíduo dotado de autonomia e liberdade e, por fim, a esfera coletiva, que atua de maneira intermediária, trazendo à baila as aspirações dos indivíduos enquanto membros de grupos politicamente organizados, formados para a obtenção de algum bem que ultrapassa meros desejos individuais (GERRA FILHO; CARNIO, 2013, p. 173).

No Brasil, os interesses conflitantes entre os mais diversos nichos sociais dificultaram a efetivação dos objetivos e o respeito aos direitos e garantias estampados no texto constitucional. Ou seja, o Brasil, no curso de toda sua história, experimentou problemas que acabaram por contribuir para esta situação. A enorme desigualdade social, a formação de uma cultura patrimonialista na qual o patrimônio público se confunde com o privado, uma entranhada cultura de corrupção que perpassa as práticas políticas em convivência com interesses privados, e tudo isto agravado pelo enorme distanciamento entre cidadãos e representantes políticos, que por sua vez conduz a uma falta de efetividade da própria Constituição, de vez que a concretização de direitos não se realiza em razão destes e outros obstáculos.

Estes fatores têm ocasionado uma legítima desconfiança da sociedade para com as instituições do Estado, o que agrava a crise institucional que atinge as esferas legislativa e executiva, que passam a atuar de maneira tímida e desprestigiada.

Em decorrência disso, o Poder Judiciário passa a ser protagonista em um sistema jurídico-político que busca efetivar, na maior medida possível, as promessas do Estado Democrático de Direito. Embora o protagonismo do Judiciário seja uma realidade global, fruto da “fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo” (BARROSO, 2012, p. 1), o caso brasileiro se destaca em razão de sua intensidade¹.

O excesso de judicialização dos conflitos tem provocado uma crise da justiça e a deslegitimação do Judiciário como Poder. Morosidade, dificuldade de enfrentamento das demandas mais complexas, resolução formal dos processos sem acabar com os conflitos, entre outros fatores, demonstram que o modelo tradicional de Jurisdição está esgotado e precisa ser perscrutado pela adoção de novas formas de solução de conflitos (ZANFERDINI, 2012, p. 237-253).

É notória a participação do Judiciário na vida institucional brasileira. Tal ingerência, como bem ressaltado por Barroso (2012), não é fenômeno exclusivo brasileiro, já que o protagonismo judicial pode ser visto em todas as partes do mundo envolvendo diversas questões de alcance político, de implementação de políticas públicas e de escolhas morais sobre os temas contestáveis na sociedade. Em vista disso, Barroso elenca causas prováveis a essa onda de judicialização.

Segundo Barroso (2012), existem três causas principais que justificam o excesso de judicialização no Brasil. A primeira, está relacionada ao processo de redemocratização do país com o advento da Constituição Federal de 1988. Para o autor, o Judiciário se tornou um poder político, apto a fazer valer a Constituição e as leis. Ao lado da expansão do Judiciário, o aumento pela demanda por justiça deu-se na medida em que o cidadão passou a agregar mais informação

¹ Essa proeminência do judiciário, acentuada nos últimos anos, traz à baila ao menos três fenômenos, que possuem diferenças importantes: *judicialização (da política e da vida)*, *ativismo judicial* e *self-restraint (auto-contenção)*. Compreender tais fenômenos, além de delimitar importantes limites que não podem ser ultrapassados no âmbito constitucional, pode dar o diagnóstico da vitalidade de nossa democracia, de nossa carta política e do nosso judiciário.

e consciência de seus direitos.

A segunda causa apontada por Barroso (2012) diz respeito à constituição abrangente. Com efeito, inúmeras disciplinas que antes eram decididas sob o crivo do processo político majoritário e da edição de leis foram inseridas no corpo constitucional. Logo, matérias constitucionais se tornam potenciais pretensões jurídicas, na medida em que Constituição é analítica e contempla inúmeros direitos individuais e prestações estatais.

Por último, a terceira causa apontada por Barroso (2012) refere-se ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, considerado um dos mais abrangentes do mundo. A adoção de dois sistemas, difuso e abstrato, somada ao amplo rol de legitimados aptos a discutir a constitucionalidade das normas, são fatores que contribuem sobremaneira para uma enxurrada de ações capazes de discutir qualquer questão política ou moralmente relevante perante o STF.

O dogma de que a legalidade carrega consigo necessariamente a judicialização² dos conflitos, presente desde sempre na consciência jurídica e na sistematização do direito pátrio e dos seus operadores, necessita de uma releitura à luz do pragmatismo, sob pena de brevemente haver um colapso total do sistema de jurisdição e, com isso, negação da própria tutela judicial enquanto direito constitucional fundamental.

Oportuna, nesse ponto, as observações de Costa e D'Oliveira (2014, p. 790):

Percebe-se, portanto, a retração e o descompasso entre a função jurisdicional do Estado e a complexidade das demandas sociais. Com efeito, diante das constantes mutações que marcam a sociedade globalizada, cada vez mais complexa e fragmentada; diante do surgimento de novas categorias de direitos e, por conseguinte, de sujeitos jurídicos legitimados a pleiteá-los; e, diante do aumento quantitativo e qualitativo das demandas sociais, cada vez mais específicas e intrincadas, o Poder Judiciário, enquanto estrutura hierarquizada, fechada e orientada por uma lógica legal-racional, passa a não mais atender, com celeridade e eficiência, às crescentes demandas que lhe são impostas.

Pelo exposto, o reconhecimento da impossibilidade da manutenção do atual modelo de entrega de jurisdição por parte do Estado, que acarreta a verdadeira “crise da justiça”, fica evidente quando se percebe que inúmeras são as ferramentas alternativas (ou complementares) que o legislador e o próprio Poder Judiciário buscam construir como opção ao ato puro e simples de apresentar o litígio instaurado ao Estado-Juiz, no intuito de conseguir fornecer alguma resposta ao fenômeno crescente da judicialização. Verdadeiramente, esse agir não constitui outra coisa senão o reconhecimento de que o atual modelo não está conseguindo atingir seus objetivos.

Daí surge a necessidade de compreender a relação da mediação extrajudicial, do Direito Notarial e do Direito Constitucional, como instrumento efetivo de desafogamento do Poder Judiciário e de efetivação dos direitos constitucionais fundamentais, mormente quando tratamos do acesso à justiça, valor inegável na ordem constitucional vigente. Nesse sentido destaca Hesse (1991, p. 20): “Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza

² Como destaca Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini (2012), a judicialização deve ser entendida como a prerrogativa de acesso ao Poder Judiciário visando a realização de direitos individuais e/ou sociais.

singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.”

Aliás, a força normativa está condicionada à possibilidade de realização dos conteúdos da Constituição, ou seja, da maior eficácia possível no desenvolvimento do conceito de acesso à justiça. Quanto mais ampla e profunda for a conexão de seus preceitos normativos com a historicidade e a realidade, afinada com o propósito de conservar e desenvolver a construção jurídico-social presente, maior será a perspectiva destes elementos desenvolverem a força normativa. Por outro lado, quando a Constituição ignora os elementos fomentadores do desenvolvimento político, econômico, social e espiritual do seu tempo, se vê incapaz de conservar e ampliar sua própria realização, situação que provoca a fragilidade da força normativa e a instabilidade jurídico-social para sua ruptura (CAMARGO, 2015).

2 MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: CONSTRUÇÃO DE DIÁLOGOS À MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Uma correta compreensão do acesso à justiça, portanto, deve levar-nos à percepção de outros mecanismos de resolução de conflitos, que estejam para além do Poder Judiciário. É o que trataremos neste tópico.

2.1 A necessidade de implementação dos mecanismos alternativos à resolução de conflitos

O preâmbulo da Constituição Federal preleciona que a república brasileira é “fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (BRASIL, 1988). Em que pese a nobre intenção do legislador constituinte, e do disposto na legislação infraconstitucional, mormente no Código de Processo Civil, ao instituir a audiência preliminar, visando à busca de conciliação entre as partes litigantes, o fato é que a ordem jurídica interna sempre foi ineficiente na busca de solução amigável das controvérsias, de vez que as audiências preliminares visando à conciliação eram realizadas pelo próprio juiz, com uma agenda apertada e tempo escasso para realizá-las, sem condições de levar a cabo um trabalho visando, de fato, à conciliação, além da falta de preparo da maioria dos juízes para este mister.

O esgotamento do Poder Judiciário, com sua quantidade enorme de processos, e com as dificuldades apontadas, contudo, indica a necessidade de uma mudança substancial nas velhas estruturas jurídicas. Se antes a preocupação era garantir o acesso de toda população ao Judiciário, tornando-o inafastável em caso de lesão ou ameaça a direito, agora se tem como prioridade a prestação efetiva e socialmente útil da Justiça. A alteração do paradigma beligerante para um que privilegia a autocomposição³ tornou-se uma medida inadiável para a sociedade brasileira.

A necessidade de autocomposição e a igual necessidade de tornar o processo mais dinâmico, com celeridade processual e descongestionamento da justiça, é medida cogente. Segundo o Conselho Nacional de Justiça

³ A autocomposição consiste na participação efetiva das partes litigantes no processo de solução do conflito, o oposto da heterocomposição que consiste em delegar a um terceiro (o juiz) a solução final do conflito através de uma sentença.

O Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 13,1 milhões, ou seja, 16,4%, estavam suspensos ou sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Durante o ano de 2016, ingressaram 29,4 milhões de processos e foram baixados 29,4 milhões. Um crescimento em relação ao ano anterior na ordem de 5,6% e 2,7%, respectivamente. Mesmo tendo baixado praticamente o mesmo quantitativo ingressado, com Índice de Atendimento à Demanda na ordem de 100,3%, o estoque de processos cresceu em 2,7 milhões, ou seja, em 3,6%, e chegou ao final do ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação aguardando alguma solução definitiva. [...] Tais fatores ajudam a entender o porquê de, apesar de se verificar um número de processos baixados quase sempre equivalente ao número de casos novos, o estoque de processos no Poder Judiciário (79,7 milhões) continua aumentando desde o ano de 2009, conforme demonstra a Figura 40. O crescimento acumulado no período foi de 31,2%, ou seja, acréscimo de 18,9 milhões de processos. (BRASIL, 2017).

Ante o aumento do número de processos a morosidade da justiça é inevitável. De acordo com o resultado da Pesquisa de Clima Organizacional e Satisfação de Usuários, realizada em 2011, tanto os usuários da justiça, quanto os magistrados confirmaram que os processos não são concluídos no prazo previsto em lei. A pesquisa contou com a participação de 26.750 pessoas, sendo 803 magistrados, 7.259 servidores e 18.688 usuários do Poder Judiciário. Foi-lhes questionado acerca da conclusão temporânea dos processos, sendo confirmado por mais 80,3% dos magistrados que os processos nunca são concluídos a tempo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011, p. 16).

Em uma sociedade marcada pela “cultura do litígio”, o modelo tradicional de justiça encontra sérias dificuldades para conseguir solucionar o congestionamento. Aliás, o próprio CNJ destaca em sua pesquisa que a quantidade de processos é muito maior que o atendimento da demanda, prevendo que “mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários quase 2 anos e meio de trabalho para zerar o estoque” (BRASIL, 2015a, p. 34).

Em razão de tamanha urgência, revelada por dados estatísticos do próprio CNJ, observa-se nos últimos tempos o estímulo aos métodos alternativos de solução de conflitos, com destaque especial à conciliação e à mediação. Nesse sentido, a edição da Lei 13.140/2015, que regulamenta a mediação como meio de solução de controvérsias, e a promulgação do Novo CPC, que institui a audiência de conciliação ou mediação obrigatória, são provas inequívocas da maior preocupação com a prevenção e solução consensual de conflitos (BRASIL, 2015c).

Além disso, a Resolução 125/2010 do CNJ já mostrava a preocupação em valorizar soluções consensuais de conflitos ao instituir a “Política Judiciária Nacional de Tratamento dos Conflitos de Interesses”, objetivando “assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”. A solução consensual dos litígios constitui, além de incumbência estatal, dever de todos os operadores do Direito, que, antes de pensar em aplicar os instrumentos alternativos à resolução de conflitos, necessitam mudar a mentalidade ao

operacionalizar o Direito (BRASIL, 2010).

Buscando alcançar essa mudança de mentalidade entre os que operacionalizam o Direito, estimulando e privilegiando o diálogo entre os cidadãos, o Novo CPC estabelece a audiência prévia de conciliação ou mediação como requisito obrigatório em todas as demandas judiciais. Embora soe estranho que essa audiência seja imposta, convém lembrar que a intenção é apenas fortalecer o diálogo e proporcionar a possibilidade de superação consensual do conflito.

A incessante busca por formas alternativas de resolução de conflitos faz com que a doutrina considere tais instrumentos essenciais, embora ainda haja muito preconceito com relação a essas técnicas. Rodolfo Mancuso (2011, p. 389-391) revela a falsa percepção de que o poder do magistrado possa ser abalado, ao retirar-se o poder de sentenciar os conflitos que lhe são encaminhados. Há ainda a concepção de que conciliar e mediar seriam técnicas menos nobres do que de julgar, ou de que a Justiça estatal seria reservada àqueles que podem arcar com seus custos, relegando à segunda classe os meios extrajudiciais. Para o autor, esse preconceito é atribuído em razão da pérfida ideia de que a sentença judicial põe fim ao conflito. Ao reverso, a sentença judicial encerra o processo e não necessariamente o conflito.

Para Mancuso (2011, p. 390) a adoção de técnicas diversas e adequadas, que ajudem na composição pacífica de conflitos é o que se deve buscar. Assim, os equivalentes jurisdicionais, a exemplo da conciliação, mediação, arbitragem e formas combinadas, constituem formas alternativas à solução adjudicada pelo Estado e de forma alguma pretendem concorrer com o Poder Judiciário, mas, do contrário, conviver. Possível, portanto, falar-se em “sistema pluriprocessual” com a coexistência de métodos.

Inúmeras são as vantagens desse paralelismo, tanto ao interessado/jurisdicionado quanto para o estado-juiz e administração da justiça, com ênfase à tendência de prestígio e cumprimentos pelas partes das “soluções encontradas pelos meios suasórios” e suas benéficas consequências, como, por exemplo, a redução de custos e de incertezas provenientes de um processo contencioso judicial. Em decorrência disso, será possível auxiliar na diminuição da sobrecarga infligida ao Judiciário, permitindo que esse construa melhores condições para entregar a prestação jurisdicional quando acionado, além de disseminar uma cultura de paz, que atende ao mandamento constitucional de solução pacífica de conflitos.

Kazuo Watanabe evidencia dois atores necessários à promoção de mudanças ao melhor acesso da justiça. O Estado deve ser entendido como o primeiro ator, a quem incumbe “organizar todos esses meios alternativos de solução dos conflitos ao lado dos mecanismos tradicionais e formais já em funcionamento”. Esclarece o autor que “tais serviços, que podem ser informais, não precisam estar organizados dentro do Poder Judiciário” (WATANABE, 1988, p. 133). Relaciona, como exemplos, entidades públicas não pertencentes ao Judiciário e entidades privadas. O segundo ator destacado por Watanabe (1988) é a participação da comunidade na administração da justiça. À época, já sugeria a criação de Juizados Informais de Conciliação.

2.2 Mediação e conciliação: soluções que transcendem o Poder Judiciário

Seguindo a tendência do direito comparado, a mediação passou a ser regulada pelo Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e pela Lei de Mediação (Lei 13.140/2015). Conforme parágrafo único do art. 1º da lei “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. Trata-se, portanto, de um instrumento de solução de conflitos entre os interessados e de autocomposição no âmbito da administração da justiça (BRASIL, 2015c, 2015c).

Conforme Roberto Portugal Bacellar (2012, p. 85), o conceito de mediação,

[...] além de processo, é arte e técnica de resolução de conflitos intermediada por um terceiro mediador (agente público ou privado) – que tem por objetivo solucionar pacificamente divergências entre pessoas, fortalecendo suas relações [...], proporcionando os laços de confiança e os compromissos recíprocos que os vinculam.

Do conceito acima, extrai-se que a mediação é um processo (feixe de atos jurídicos), ou seja, uma atividade desenvolvida em fases, que visa à solução do conflito pelos próprios interessados com a ajuda de um terceiro imparcial. Tem como traço marcante o controle do processo pelas partes (*empowerment*), assentado na ideia de que é nas pessoas – na atitude voluntária das partes – que reside a solução do problema.

No direito comparado Cohen (2011), especialmente no direito anglo-saxão, verificam-se dois modelos de mediação: no primeiro, chamado de *facilitative mediation*, o trabalho do mediador deve ser o menos visível possível. O procedimento da mediação consiste em perguntas feitas pelo mediador, validação dos pontos de vista de cada parte e busca de interesses intrínsecos de cada parte, ou seja, o motivo por que elas escolheram defender um determinado ponto de vista. Já no segundo, denominado *evaluative mediation*, o mediador exerce papel ativo, apresentando propostas de acordos. É o que se denomina de análise do risco do conflito (*litigation risks analysis*), pois este concederá uma previsão de como o conflito irá terminar.

No Brasil, a Lei 13.140/2015 não faz distinção entre os modelos e representa um significativo e irrepreensível avanço em direção ao dinamismo das relações e a desjudicialização das demandas. Em seus 48 artigos, a lei busca sistematizar tanto a mediação judicial quanto a mediação extrajudicial. Merece especial destaque a possibilidade da mediação e transação em conflitos envolvendo Pessoas Jurídicas de Direito Público, desde que preenchidos alguns requisitos. Além disso, destaca-se o estabelecimento dos seguintes princípios em seu art. 2º: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII – confidencialidade e VIII - boa-fé (BRASIL, 2015c).

Tendo como norte os princípios acima, o processo de mediação extrajudicial pode ser iniciado de duas formas. Na primeira, as partes decidem submeter um conflito à mediação a partir do aparecimento da diferença. Nesse caso, é necessário que uma das partes proponha à outra a ideia de tentar resolver o conflito entre elas mediante um terceiro imparcial, sem poder decisório.

É essencial, desse modo, que cada uma das partes se convença da utilidade e da conveniência desse meio para a solução de conflito estabelecido entre elas. Para que seja possível esse processo de convencimento é necessário assegurar informações adequadas sobre essa forma de solução de conflitos, o que poderá se dar com o auxílio de profissionais ou associações envolvidas na divulgação da mediação e outras formas alternativas de resolução de conflitos (COHEN, 2011).

Na segunda forma de início da mediação vislumbra-se a existência de cláusula compromissória ou de mediação. Trata-se de cláusula análoga à de um contrato jurídico de natureza patrimonial, pela qual as partes estipulam que eventual conflito ou diferença decorrente do negócio jurídico será submetido à resolução por meio da mediação ou de outra forma alternativa de solução de controvérsias, como a arbitragem, antes de qualquer recurso ao Judiciário. Nesse caso, a vontade das partes de se socorrer à mediação é manifestada antes da ocorrência do conflito, vale dizer, por ocasião da celebração do contrato. Nele são estabelecidos os prazos para realização das reuniões da mediação, o local de sua realização e a escolha do mediador ou da equipe de mediação, além de penalidade em caso de não comparecimento à reunião do art. 22 da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015c).

Com a permissão da cláusula contratual de mediação estamos diante de hipótese de mediação obrigatória, e o magistrado, em caso de propositura de ação judicial, está autorizado a suspender o processo por prazo suficiente para a solução consensual do conflito (BRASIL, 2015c, art. 16). Configura-se, portanto, hipótese legal de obrigatoriedade da mediação. O Novo Código de Processo Civil (NCPC), ao tratar das “Normas Fundamentais do Processo Civil”, dispõe que “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (BRASIL, 2015b, art. 1º, § 3º, grifo nosso), remetendo a ideia de que estamos diante de um poder-dever estabelecido pelo Estado-juiz. Esse é o mesmo entendimento extraído dos art. 3º, 27º da Lei de Mediação, especialmente esse último, cuja redação reproduzimos: “Art. 27. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação”. (BRASIL, 2015c, grifo nosso).

De ressaltar que, ainda no período de *vacatio legis* do NCPC, já se instaurou uma celeuma hermenêutica com a edição da Lei de Mediação. Isso porque a Lei de Mediação, ao tratar do tema, não repete a possibilidade de que ambas as partes possam opor-se, em consenso, à realização da audiência de mediação, como se extrai do § 5º do art. 334 do NCPC: “§ 5º-O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência” (grifo nosso). Estamos diante de antinomia de normas, que deverá ser resolvida mediante o critério da especialidade. Assim, a Lei de Mediação se sobrepõe à regulação do NCPC, pois se trata de *lei especial (Lex specialis derogat generali)* e de *lei posterior (lex posterior derogat legi priori)* (DUARTE, 2015).

De resumir, desse modo, que a Lei de Mediação (art. 27) não repete a possibilidade

de oposição à realização da audiência, consignando, apenas, que preenchidos os requisitos essenciais e não sendo o caso de improcedência liminar do pedido, “*o juiz designará audiência de mediação*”. O verbo “*designar*”, aqui conjugado no futuro do presente, exprime um *poder-dever* do magistrado. O poder-dever é caracterizado por ser uma competência atribuída por lei (poder), ao mesmo tempo em que essa atribuição é um comando imperativo (dever), de tal sorte que não somente *pode* fazê-lo, como *deve* fazê-lo. Logo, a mediação, no Direito Brasileiro não é mera faculdade, mas técnica obrigatória (BRASIL, 2015c).

A mediação pode ter por objeto direitos disponíveis e indisponíveis. Nesse último caso, o acordo somente terá validade depois de ouvido o Ministério Público e da homologação judicial – é exemplo o acordo que envolve alimentos, que têm conteúdo patrimonial. Direitos patrimoniais, aliás, são o objeto central da mediação, já que é mais comum estarmos diante de situações que envolvam valor econômico. Destarte, direitos obrigacionais, creditícios, pessoais e reais, podem ser objeto de mediação, ao passo que os direitos extrapatrimoniais têm alcance reduzido quando se trata de mediação (direito à imagem, por exemplo).

Vistas algumas premissas objetivas estabelecidas na Lei de Mediação e no Novo CPC, podemos definir como finalidades da legislação que rege a matéria: (i) a construção da comunicação entre as partes envolvidas, criando espaços para que os pontos relevantes do litígio sejam expostos de forma tranquila; (ii) a mudança comportamental das partes, para que reajam positivamente ao conflito, transmutando o estado de desequilíbrio em que se encontram inicialmente; (iii) a tentativa de preservar o relacionamento das partes, enfatizando-se o respeito, a ética, proporcionando oportunidade para a transformação do padrão contencioso, estabelecendo um espírito de colaboração; (iv) a prevenção de novos conflitos, estancando o crescimento da adversariedade e litigiosidade, afastando sentimentos de desforra, de vitória ou derrota; e, por fim, (v) a inclusão social, pela participação democrática de diversos segmentos da sociedade, concretizando valores de cidadania e convivência social (LAMANAUSKAS, 2015, p. 78-79).

Conforme se verifica, a superação da crise enfrentada pelo Poder Judiciário passa também pela construção de uma sociedade mais harmônica e madura, capaz de solucionar suas próprias divergências em busca de um desenvolvimento saudável do sistema de Justiça. A consolidação da mediação no contexto brasileiro contribui, nesse sentido, para a pacificação social ao promover o diálogo como fator preponderante para a resolução de conflitos, aperfeiçoando o acesso à justiça. Não se pode olvidar que o tratamento do conflito deve ser visto em caráter multidisciplinar, com a inclusão de outros sistemas, órgãos e entidades. Logo, a institucionalização dos meios consensuais de resolução de conflitos representa maiores possibilidades de sucesso. Não é outra a opinião do doutrinador Celso Campilongo (2013), que afirma: “Outras organizações que contribuam para a concretização do direito – especialmente segmentos reconhecidos pela população, com serventias extrajudiciais – também são bem-vindas”.

3 PARA ALÉM DAS FORMALIDADES DO CONFLITO: O DESAFIO DA ATIVIDADE NOTARIAL NA MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Como se depreende das análises realizadas por José Eduardo Faria (2004), as dificuldades da Jurisdição tradicional se agravaram com a crise do Estado Social e com o advento da globalização econômica. Essa fase da história é paradigmática e se constitui numa nova e complexa realidade a ser tratada pela ciência jurídica. O direito contemporâneo, resultado de uma elaboração em curso, desconhece limites de tempo e de espaço, reduz significativamente as fronteiras entre as nações, pulveriza o processo de produção de mercadorias e cria redes de mercados, torna o capital financeiro um agente especulador sem nacionalidade e sem controle estatal, enfim, faz com que a política seja substituída pelo mercado como espaço máximo de regulação e de controle social.

O processo de exclusão social é intensificado pela aposta no projeto global de mercado, que prima pelo reinado do lucro e diminui as potencialidades das políticas públicas dos Estados-nação. Novas formas de conflitividade são geradas a partir de novos focos de pressão social, pois os conflitos de massa, étnicos e culturais redefinem a pauta de demandas sociais e jurídicas, exigindo uma ampliação e qualificação do poder jurisdicional tanto no âmbito externo quanto no interno (FARIA, 2004).

A sociedade contemporânea evidencia um novo momento histórico, centrado na celeridade e no risco das relações, na transposição dos espaços geográficos de produção econômica e jurídica, na construção de novos locais de decisão e de influência, na conflitividade complexa, características que têm levado a uma crise de identidade funcional das instituições modernas, da qual o Poder Judiciário não ficou isento.

As pressões provocadas pela desterritorialização do processo produtivo, pela transnacionalização dos mercados, pela redefinição de tempo e de espaço, pela rapidez e incerteza das relações sociais, pelas demandas cada vez menos standardizadas, caracterizam o cenário contemporâneo como bastante distinto daquele no qual o Poder Judiciário, nos moldes pensados pelo moderno Estado de Direito, estava acostumado a interferir (FARIA, 2001).

Definitivamente a jurisdição precisa se reinventar em termos quantitativos e qualificativos. Precisa construir uma nova dinâmica de intervenção, mais criativa, conectada com as demandas do tempo em que opera, ágil para fazer frente à complexidade que afeta todos os níveis da vida cotidiana e, ao mesmo tempo, suficientemente madura e habilidosa para conviver e dialogar com novos espaços de produção do direito e da decisão jurídica. É nesse sentido que os mecanismos alternativos de solução de conflitos pretendem ressignificar o litígio, o seu tempo, a sua processualidade, os seus atores, ao envolver ativamente as partes na construção dialogal de sua própria decisão (SPLENGER, 2010). É o caso da mediação e da negociação.

Por se tratar de um espaço privilegiado, já consagrado em nossos serviços públicos e creditado pela institucionalidade jurídica, o serviço notarial poderá avançar nesse campo, ampliando sua capacidade de ação para resolver um conjunto de controvérsias sem a necessidade de ajuizamento da ação. Muitas demandas poderiam ser evitadas no âmbito notarial com a proposição ativa do diálogo e com o empoderamento das partes.

É certo que o desenvolvimento histórico notarial deu novas feições às funções do tabelião, variando de acordo com as tradições jurídicas e políticas de cada país. No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o tabelião

[...] assume o ápice da sua evolução, passando a ser um profissional do direito cuja função vai muito além da redação negocial. O notário passa a ter a função de receber a manifestação de vontade das partes, qualificar juridicamente esta vontade, rechaçando as ilicitudes que porventura contenha, e instrumentalizando o ato jurídico adequado a dar vazão àquela vontade (BRANDELLI, 2011, p. 169).

Ao realizar a intervenção notarial, os interessados têm como fim garantir a segurança e a prova dos atos e negócios praticados e se munir de instrumentos capazes de gerar toda a carga eficaz que tende o negócio jurídico nele consubstanciado, como forma de lograr estabilidade nas relações jurídicas. É, pois, a materialização da segurança jurídica, valor essencial do Direito, que implica equilíbrio e certeza das regras que regem as relações intersubjetivas.

Ao lado da segurança jurídica, verifica-se a função acautelatória ou preventiva de conflitos, denominada por Leonardo Brandelli de profilaxia jurídica. Essa tendência profilática, em apertada síntese, pode ser determinada pelo “direito de evitar a lide”. Como sabido, o desenvolvimento saudável das relações humanas impõe o fomento de mecanismos aptos a evitar os conflitos e a lide. Assim, o incentivo a instituições que promovam a paz social sem a ingerência coativa da jurisdição merece destaque no atual estágio de desenvolvimento do Direito.

O notário, então, atua no desenvolvimento voluntário do direito, a fim de garantir a segurança e a certeza jurídica preventiva às relações privadas. Conforme o Min. Carlos Ayres Britto, “o modo usual de atuação do Poder Judiciário se dá sob o signo da contenciosidade, enquanto o invariável modo de atuação das serventias extra-forenses não adentra essa delicada esfera da litigiosidade entre sujeitos de direito” (BRASIL, 2012).

O assessoramento jurídico imparcial promovido pelo notário permite-lhe ser confiada a função de consultor jurídico, encarregado de analisar, aconselhar e interpretar as situações jurídicas apresentadas, apontando para o cumprimento espontâneo do direito, em caráter cautelar, prevenindo futuros litígios. Disso decorre a política jurídica desempenhada pelo profissional, que verifica a juridicidade da situação e a possibilidade de aplicação do ato notarial, de acordo com as máximas do Direito.

Acentua-se, ainda, a função de mediador, uma vez que escuta a vontade declarada pelas partes e encontra o instrumento adequado para a realização de tais desígnios, desde que juridicamente possíveis, imprimindo-lhe validade e eficácia. Tal documento se perpetua no tempo, com força de fé pública, decorrente do caráter autenticante da função notarial. Noutras palavras, a interferência do notário torna o instrumento autêntico, permeado pela presunção *juris tantum* de veracidade, decorrente de sua fé pública.

Possibilitar que o Tabelião atue como mediador implica em analisar algumas premissas da legislação afeta a atividade notarial no Brasil estabelecidas na Lei 8.935/1994. Inicialmente, temos que o notário não detém competência territorial para atuar em outros municípios que não

o de sua Comarca. Conforme preceitua o art. 9º da Lei 8.935/1994, o tabelião de notas não pode praticar “atos de seu ofício” fora do município para o qual recebeu a delegação. Logo, cinge-se a controvérsia no sentido de saber se a mediação seria ou não ato de ofício do Tabelião (BRASIL, 1994).

Se uma das funções do notário é justamente atuar como assessor jurídico e imparcial, emprestando fé pública aos negócios jurídicos e impingindo em seus atos a segurança jurídica necessária, parece-nos que a mediação se enquadraria dentre as atribuições ofertadas ao Tabelião. Logo, superada a análise no tocante à competência material do notário para atuar nos atos e negócios jurídicos extrajudiciais, deve-se atentar para o fato de que a atuação notarial deve obedecer à territorialidade imposta pela legislação que rege a matéria. Noutras palavras, o Tabelião pode atuar como mediador nas matérias que lhe são afetas (competência material), mas não pode extrapolar os limites de sua comarca (competência territorial).

Como visto, a seara de atuação do notário é a preventiva. Uma vez empossado na figura de mediador, o Tabelião deve ser sujeito imparcial, que busca aproximar e aconselhar as partes, formalizar juridicamente suas vontades e velar pela validade e eficácia de modo a evitar que o acordo seja fonte de conflitos futuros. No exercício da profilaxia notarial, a mediação extrajudicial poderá diminuir a lide, entendida essa como um “conflito de interesses degenerado pela pretensão de uma das partes e pela resistência da outra” (CÂMARA, 2011, p. 76).

Como se disse, os notários já são autoridades creditadas e desempenham seu papel de forma institucional, o que potencializa sua função com capacidade de intervir, de mediar, de propor espaços de fala e de alteridade que podem levar à produção de uma solução pelos próprios envolvidos. Trata-se de mais uma possibilidade, de mais uma alternativa, e não de uma solução miraculosa para o problema da jurisdição. O fato de estar presente de modo institucionalizado em todas as comarcas brasileiras, contar com profissionais com formação em direito, ser uma certificadora de atos jurídicos, credencia a função notarial a contribuir para a produção de novos espaços complementares para se construir soluções para problemas jurídicos.

Uma frase bastante conhecida do processualista italiano Carnelutti, citada pela maioria dos autores brasileiros que se dedicam ao direito notarial e registral, refere que “quanto mais notário menos juiz” (CAMPILONGO, 2014, p. 21). Uma atuação preventiva e mediadora do notariado pode construir muitas soluções dialogais e impedir que muitos processos judiciais se iniciem. É, pois, a profilaxia a serviço da doença crônica denominada inefetividade e morosidade judicial.

Com o advento da Lei nº 13.140/2015 surgiu a possibilidade de a atividade notarial contribuir ainda mais para o cenário jurídico, ao permitir a institucionalização, no âmbito de sua competência, das atividades de mediação. Parece-nos que a atividade notarial poderá ser mais bem utilizada do que já é, ampliando sua capacidade de intermediação entre as partes na direção de prevenir a violação de direitos pela promoção conservatória do diálogo. Observa-se que, para o exercício da mediação, o notário necessariamente precisaria comprovar ter realizado curso credenciado de mediação, de forma a estar apto para o exercício de tal função, nos termos da Lei 13.140, art. 9º (BRASIL, 2015c).

Registre-se, por fim, que a função notarial não é judicial e tampouco administrativa: é uma função pública que tem por finalidade assegurar a validade dos negócios jurídicos, a segurança jurídica e a prevenção de conflitos, contribuindo, conseqüentemente, para a manutenção da paz social. Enquanto a decisão judicial se baseia em um poder ou jurisdição que emana do Estado, a função cautelar ou preventiva pelo notário responde igualmente a um poder estatal erigido sob um regime especial, que visa garantir os direitos individuais, a paz social e a estabilidade nas relações humanas.

Como visto, o excesso de judicialização dos conflitos tem provocado uma crise da justiça e a deslegitimação do Judiciário como Poder. Morosidade, dificuldade de enfrentamento das demandas mais complexas, resolução formal dos processos sem acabar com os conflitos, entre outros fatores, demonstram que o modelo tradicional de Jurisdição está esgotado e precisa ser perscrutado pela adoção de novas formas de solução de conflitos (ZANFERDINI, 2012, p. 237-253).

O modelo de processo que afasta as partes, que as impedem de participar ativamente de suas próprias soluções definitivamente esgotou-se. Em muitos casos somente as próprias partes é que poderão encontrar e produzir uma solução para ao seu conflito. É na cultura dialogal, democrática e participativa que apostam os mecanismos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação e a negociação. Obviamente que nem todos os conflitos poderão ser mediados, mas certamente que muitos que hoje não são teriam resultados bem melhores e definitivos se as próprias partes tivessem uma participação ativa na produção de uma solução para o seu problema.

A mediação funciona, destaca Spengler (2010, p. 320)

[...] como espaço democrático, uma vez que trabalha como a figura do mediador que, ao invés de se posicionar em local superior às partes, se coloca no meio delas, partilhando de um espaço comum e participativo, voltado para a construção do consenso num pertencer comum.

Foi atentando, certamente, para esta nova realidade, que o Conselho Nacional de Justiça, através do Provimento 67 de março de 2018, decidiu que os cartórios de todo o país poderão oferecer o serviço de mediação e conciliação judicial, antes exclusivos dos Tribunais de Justiça, sendo que o serviço pode ser pretado imediatamente. Como observou o CNJ “o objetivo é ampliar a oferta de métodos consensuais de solução de conflitos utilizando a capilaridade dos cartórios de todo o País”. (ANDRADE, 2018). Neste sentido informou também o CNJ:

Cada cartório atuará dentro da sua área de expertise e sob regulamentação e supervisão dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec) da jurisdição e das corregedorias-gerais de justiça (CGJ) dos Estados e do Distrito federal e dos Territórios. Os acordos firmados serão inseridos pelos cartórios em um sistema eletrônico dos Nupemec, que por sua vez fornecerão os dados para a Corregedoria Nacional. As informações estatísticas sobre o volume de acordos firmados e cartórios que mais mediam acordos estarão disponíveis na página eletrônica do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para consulta pública (ANDRADE, 2018).

Ainda que este tenha sido um importante avanço no que se refere ao acesso à justiça e que, certamente contribuirá para uma maior celeridade na resolução de conflitos, através da autocomposição, que redunde em uma solução de fato do conflito, faz-se necessário que outro passo seja dado, qual seja, a alteração da Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação) no sentido de inserir na legislação a atividade notarial na resolução de conflitos pela via da mediação e conciliação.

CONCLUSÕES

O Estado Democrático de Direito ainda é a melhor maneira de organizar politicamente a sociedade. Para seu êxito, contudo, os limites e disposições constitucionais devem ser respeitados. A efetivação e o respeito aos direitos fundamentais são as maiores vitórias do Estado Constitucional, resguardá-las é um dever. Assim, o acesso à justiça deve ser reconhecido como um dos valores inegociáveis do Estado Democrático de Direito.

O Poder Judiciário é protagonista de um sistema jurídico-político que atravessa uma crise de eficiência, não conseguindo fornecer respostas eficazes à necessidade de resolução de conflitos. O problema do excesso de demandas e conflitos tem provocado a deslegitimação do Judiciário como Poder: morosidade, dificuldade de enfrentamento das demandas complexas, resolução formal dos processos sem acabar com os conflitos, entre outros fatores, demonstram que o modelo tradicional de Jurisdição está esgotado e precisa ser repensado à luz de mecanismos alternativos de solução de conflitos.

Por se tratar de um espaço privilegiado, já consagrado em nossos serviços públicos e creditado pela institucionalidade jurídica, o serviço notarial e registral poderá avançar nesse campo, ampliando sua capacidade de ação para resolver um conjunto de controvérsias sem a necessidade de ajuizamento da ação. Trata-se da possibilidade da mediação extrajudicial. Com essa técnica, muitas demandas podem ser evitadas com a proposição ativa do diálogo e com o empoderamento das partes. Como se disse, os Tabeliães já são autoridades creditadas e desempenham seu papel de forma institucional, o que potencializa sua função com capacidade de intervir, de mediar, de propor espaços de fala e de alteridade que podem levar à produção de uma solução pelos próprios envolvidos.

Trata-se de mais uma possibilidade, de mais uma alternativa, e não de uma solução miraculosa para o problema da “crise da jurisdição”. O fato de estar presente de modo institucionalizado em todas as comarcas brasileiras, contar com profissionais com formação em direito, ser uma certificadora de atos e negócios jurídicos, credencia a função notarial a contribuir para a produção de novos espaços complementares para se construir soluções para problemas jurídicos.

No âmbito acadêmico, por sua vez, apesar de a mediação (e outras formas alternativas de resolução de conflitos) ser amplamente estudada, pouca repercussão suscitou quando relacionada às atividades notarias e registrais. A lei que trata da mediação é recente, de julho de 2015, e os

posicionamentos (teóricos e das entidades de classe) a respeito de sua possibilidade e vantagens no âmbito notarial e registral são escassos e muitas vezes antagônicos. Daí a motivação do presente trabalho, visando auxiliar a comunidade jurídica e política na implementação de modelos eficientes e teoricamente bem fundamentados.

Neste sentido, entendemos que o presente artigo traz para o universo jurídico uma significativa contribuição, pois coloca a possibilidade de ampliar a discussão do acesso à justiça pela via notarial, pelos motivos já expostos, tendo em vista que é do conhecimento público que em regra a prestação de serviços realizados pelos cartórios é incomparavelmente mais célere que os serviços prestados pelo poder judiciário, além de ser eficiente e eficaz, pois são revestidas de fé pública.

O passo dado pelo CNJ em autorizar a realização da mediação e da conciliação pelos cartórios certamente contribuirá para a regulamentação definitiva desta nova modalidade de acesso à justiça, o que beneficiará de forma significativa a coletividade, além de contribuir para a redução dos processos no âmbito judicial.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Paula. **Cartórios poderão oferecer serviços de mediação e conciliação judicial**. *Agência CNJ de Notícias*, Brasília, 28 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86416-cartorios-poderao-oferecer-servico-de-mediacao-e-conciliacao-judicial>>. Acesso em: 8 jul. 2018.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (*SYN*)*THESIS*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Gen-Atlas, 2017.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2015: ano-base 2014**. 11. ed. Brasília, 2015a.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números: ano 2017: ano-base 2016**.

Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e-5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125/2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 mar. 2018.

BRASIL. **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 6 mar. 2018.

BRASIL. **Lei Nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. 2015c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 12 jan. 2017.

BRASIL. **Lei Nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm>. Acesso em: 12 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade ADI 2.415-SP. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 7 de março de 2012. **Diário Oficial da Justiça**, São Paulo, n. 052, p. 1-34, 13 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=189957>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1.

CAMARGO, Nilton Marcelo de. Konrad Hesse e a teoria da força normativa da Constituição. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, MS, v. 17, n. 33, jan./jun. 2015.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **A mediação e o notariado**. Disponível em: <<http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTg4NDI=>>>. 2013. Acesso em: 14 jan. 2017.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios processales en la actualidad. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 64, p. 148-159, set. 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COHEN, Diane. **Evaluative mediation**. Disponível em: <<http://www.mediate.com/articles/>>

CohenDb120110321.cfm>. 2011. Acesso em: 10 jan. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Pesquisas Judiciárias. **Pesquisa de satisfação e clima organizacional**. Brasília, 2011.

COSTA, Marli Marlene Moraes; D'OLIVEIRA, Mariane Camargo. A ressignificação do estado democrático contemporâneo instrumentalizada pelo exurgimento de uma nova cultura político-jurídica de acesso à justiça: uma (re)construção da matriz principiológica constitucional na materialização de direitos. **Revista Novos Estudos Jurídicos: Eletrônica**, Itajaí, SC, v. 19, n. 3, p. 787-807, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6669/pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 1.

DUARTE, Zulmar. **A difícil conciliação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação**. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao-17.08.2015>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIA, José Eduardo. O poder judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. **Revista Serviço Social e Sociedade**, São Paulo, Ano 22, n. esp., 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria política do direito: a expansão política do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

LAMANAUSKAS, Milton Fernando. A conciliação e mediação no sistema notarial e de registro como forma de ampliação do acesso à justiça. **Revista de Direito Notarial**, São Paulo v. 6, 2015.

LAMANAUSKAS, Milton Fernando. A conciliação e mediação no sistema notarial e de registro como forma de ampliação do acesso à Justiça. **Revista de Direito Notarial**, São Paulo, Ano 6, n. 6. p. 7-326, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Ed. RT, 2011.

SILVA, Juvêncio Borges da. Acesso à Justiça como direito fundamental e sua efetivação

jurisdicional. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, SC, v. 4, n. 3, p. 478-503, jan./abr. 2013.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí, SC: Unijui, 2010.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini;

DINAMARCO, Candido Ranger; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Ed. RT, 1988.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à Justiça. Revista Novos Estudos Jurídicos: NEJ, Itajaí, SC, v. 17, n. 2, maio/ago. 2012.

Como citar: ZE/NKER, Anna Cristina e SILVA, Juvêncio Borges. Acesso à justiça pela atuação profilática do tabelião: A mediação extrajudicial como meio alternativo de resolução de conflitos. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 3, p. 88-110, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p88. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 27/09/2017.

Aprovado em: 13/07/2018.

QUÃO HUMANO É O PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO/ CONCILIAÇÃO?

HOW HUMAN IS THE MEDIATION/CONCILIATION
PROCEDURE?

Carlos Marden Cabral Coutinho *
Igor Benevides Amaro Fernandes **

Como citar: COUTINHO, Carlos Marden Cabral; FERNANDES, Igor Benevides Amaro. Quão humano é o procedimento de mediação/conciliação?. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 3, p. 111-125, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p111. ISSN: 2178-8189.

*Doutor em Direito em 2014 pela Pontifícia universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG)
Mestre em Direito em 2007 pela Universidade Federal do Ceará (UFC)
Especialista em Processo Civil em 2002 pela Universidade Federal do Ceará (UFC)
Graduado em Direito em 2000 pela Universidade Federal do Ceará (UFC)

**Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)
Especialista em Gerência Executiva de Marketing em 2016 pela Universidade Federal do Ceará (UFC)
Graduado em Direito em 2016 pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo investigar em que medida os programas de computador podem auxiliar (ou mesmo assumir pra si) o desempenho da função de mediação/conciliação. Para tanto, pretende-se inicialmente apresentar como a Internacional Business Machines (IBM) revolucionou o mercado das profissões de alta complexidade, desenvolvendo o Watson, programa destinado a realizar diagnósticos médicos. Na sequência, será discutido como o Watson (seguido por outros programas congêneres) passou a ter uma versão jurídica e tem progressivamente assumido funções que antes eram consideradas típicas de advogados. Como desenvolvimento, far-se-á uma reflexão a respeito das habilidades específicas exigidas nas atividades de mediação e conciliação, para tentar inferir até que ponto elas podem ser terceirizadas para não humanos. Por fim, buscar-se-á uma conclusão que estime até que ponto os programas de computador têm reais chances de assumir exclusivamente as atividades de mediação e conciliação, dispensando qualquer colaboração humana.

Palavras-chave: Mediação. Conciliação. Advogados. Não humanos. Programas de computador.

Abstract: This paper aims to investigate the extent to which computer programs can help (or even assume for themselves) the performance of the mediation/conciliation function. To do so, it is intended to present how International Business Machines (IBM) revolutionized the market for high complexity professions, developing Watson, a program designed to perform medical diagnostics. In the sequence, it will be discussed how Watson (followed by other similar programs) started to have a

legal version and has progressively assumed functions that were once considered typical of lawyers. As a development, a reflection will be made on the specific skills required in mediation and conciliation activities, in an attempt to infer to what extent they can be outsourced to non-humans. Finally, a conclusion will be sought that estimates the extent to which computer programs have a real chance of taking on the mediation and conciliation activities exclusively, dispensing with no human collaboration.

Keywords: Mediation. Conciliation. Lawyers. Non-Humans. Computer Programs.

INTRODUÇÃO: A REVOLUÇÃO DAS MÁQUINAS

Em 1965, Gordon Moore apresentou um enunciado que viria a se firmar como uma lei que levaria seu nome: a capacidade de processamento dos computadores vai dobrar a cada 18 (dezoito) meses. Posteriormente revisada para ampliar o prazo para 24 (vinte e quatro) meses, a Lei de Moore continua a ser aplicável mais de 40 (quarenta) anos depois e não se espera que pare de acertar em um horizonte de tempo previsível. Uma verdadeira façanha, que significa que, num período de poucos anos, a capacidade de processamento dos computadores passa a ser significativamente maior, a ponto de dificultar previsões quanto ao que será possível realizar por meio da tecnologia da computação (KURZWEIL, 2007).

Desde a formulação da Lei de Moore, a evolução das máquinas foi tão grande, que permitiu que a realidade fosse permeada de elementos antes típicos de filmes de ficção. De fato, quando do surgimento dos computadores, mesmo os mais otimistas acreditavam apenas que eles eram ferramentas para auxiliar os humanos no desempenho de suas funções cotidianas (como fazer contas, organizar arquivos etc.). Não ocorria seriamente a ninguém a possibilidade de que os computadores viessem a substituir os humanos, notadamente em atividades que eram consideradas tipicamente permeadas pela criatividade e/ou sensibilidade, características humanas por excelência.

Toda essa percepção começou a mudar em 1996-7, quando o computador Deep Blue venceu Garry Kasparov no xadrez, apesar de este ser considerado o melhor jogador de todos os tempos. Aparentemente, não havia uma salvaguarda suficiente para que a criatividade humana resistisse ao poder de processamento das máquinas (KURZWEIL, 2014). Essa constatação abriu os horizontes para aqueles que queriam experimentar as possibilidades de uso da computação em áreas antes consideradas intocáveis e não demorou até que os resultados aparecessem, especialmente quando a IBM apresentou seu programa Watson, capaz de superar os médicos humanos na realização de diagnósticos; fazendo com que surgissem outras versões em inúmeras áreas profissionais.

Em pouco tempo, o programa Watson ganhou uma versão jurídica e (a partir de então) outros programas passaram a se apresentar como possíveis substitutos dos advogados. Mais uma vez, a aposta era de que a capacidade de processamento pode superar as características tipicamente humanas, na medida em que há inegável vantagem na possibilidade de lidar com uma infinidade de dados. Mas será que esse tipo de substituição é possível em qualquer área do Direito? Terão os humanos alguma característica própria que lhes garanta que ainda serão necessários na operação do Direito? Até que ponto os supercomputadores e os bancos de dados podem ser melhores juristas do que humanos com formação universitária?

São perguntas relevantes e que chamarão pra si a atenção de muitos estudiosos nos próximos anos, de maneira que não podem ser todas respondidas no presente trabalho. Para os fins desta pesquisa, interessa saber até que ponto os computadores podem assumir para si as funções humanas nos procedimentos de mediação e conciliação, normalmente tidas como atividades nas quais a percepção/sensibilidade humana tem especial relevância para o sucesso da solução consensual do conflito. Será que um mediador/conciliador humano pode ser satisfatoriamente

substituído por um programa de computador que conduza a interação com base na Teoria dos Jogos? É a pergunta que se pretende responder. Para tanto, a metodologia adotada consistiu em pesquisa bibliográfica na doutrina, na legislação, bem como em artigos jurídicos, resoluções e manuais do Conselho Nacional de Justiça com o fito de melhor esclarecer tal problemática.

Diante disso, primeiramente, será apresentado um pouco da história do programa Watson da IBM, como forma de contextualizar a experiência pioneira da substituição de humanos por máquinas, em profissões de alta complexidade. Esse tópico introdutório é importante para que se perceba o perfil com o qual vem sendo a colonização do ambiente profissional, estabelecendo possíveis limites para o avanço. Em segundo lugar, serão dedicadas algumas linhas a explicar como o Watson passou para a área jurídica e como seu pioneirismo logo foi copiado por outros programas similares, que também se propõem a desempenhar as mesmas funções dos advogados. Tal explicação é relevante para situar o ponto no qual se encontra a tecnologia na área jurídica.

A partir de tais contextualizações, será apresentada uma reflexão a respeito da possível migração da atividade dos advogados-robôs para área da solução consensual de conflitos. Tendo em vista as habilidades especificamente exigidas para o desempenho do procedimento de mediação e conciliação, buscar-se-á vislumbrar possíveis limites à terceirização de tais funções para não humanos, tendo em vista, inclusive, complexidades específicas (como questões envolvendo aspectos éticos). Essa incursão tentará estimar até que ponto os computadores poderão contribuir para a mediação e a conciliação e em que medida existirá o risco de assumirem exclusivamente a função.

O século XXI teve por peculiaridade, ser o primeiro que já se iniciou convivendo com a realidade da computação e da internet, motivo pelo qual é quase impossível avaliar a dimensão das mudanças que serão acumuladas ao longo de sua duração. Nesse contexto, um dos mais importantes desafios é descobrir se a evolução das máquinas transformar-se-á em uma verdadeira revolução, a qual exigiria uma completa releitura do nosso *modus vivendi*. Especificamente no Direito, existe uma grande dúvida a respeito da possibilidade de os computadores poderem assumir as funções típicas dos advogados, especialmente, no caso dos procedimentos de mediação e conciliação, nos quais supõe-se que a sensibilidade humana seja elemento relevante. O presente texto é uma tentativa de refletir sobre a questão de maneira construtiva.

1 WATSON: QUANDO O COMPUTADOR VIROU DOUTOR

Desde seu surgimento, os computadores sempre foram considerados como importantes ferramentas que ajudariam os seres humanos a desenvolver suas atividades com maior eficiência e velocidade. Salvo em filmes de ficção científica, nunca foi realmente levado a sério o argumento de que os computadores seriam capazes de substituir os seres humanos em funções complexas, deixando de ser meros instrumentos para ocupar o papel de substitutos. Tudo começou a mudar em 2011, quando a IBM apresentou um computador chamado Watson e lhe incumbiu de uma tarefa até então considerada típica dos seres humanos: realizar diagnósticos médicos. Com o sugestivo nome do médico assistente de Sherlock Holmes, o programa deveria analisar os dados disponíveis,

realizar diagnósticos e sugerir tratamentos.

O Watson é considerado o computador mais potente do mundo, através de uma memória dotada de 15 trilhões de bytes, sendo construído pela empresa americana IBM (MEDCEL, 2017). Denota-se que tal máquina é capaz de realizar diversas pesquisas simultâneas de forma ágil, bem como trabalhar o cruzamento de dados em busca de resposta correta pela sua inteligência artificial. Sua destacada atuação na área médica foi resultante da necessidade de lidar com informações complexas e abundantes, onde o ser humano não é capaz de dar conta. Além disso, o referido computador tem a função de colaborar no diagnóstico de pacientes através da leitura, imagem e interpretação de exames, tais como eletrocardiograma e raios-X, mediante compilação e comparação de resultados de forma a melhor auxiliar na tomada de decisão.

Conforme Grego (2012), ao entrevistar Jim de Piante (que atuou como gerente de projeto no desenvolvimento do Watson), este destacou uma variedade de aplicações do Watson, não só na área de medicina, mas também no comércio e nas finanças. No que tange à saúde, uma das primeiras aplicações foi voltada para diagnóstico do câncer, a partir de convênio com o Memorial Sloan-Kettering Cancer Center, de Nova York. Destaque-se que o Watson tem uma imensa base de dados com o histórico de muitos pacientes, analisando tais informações e ajudando os médicos a explorá-las, sendo tal computador capaz de responder a qualquer pergunta sobre qualquer assunto.

Harari (2016) afirmou que o famoso Watson da IBM atualmente está sendo preparado para fazer um trabalho no diagnóstico de doenças a partir de sua inteligência artificial, a qual teria enormes vantagens quando comparadas aos médicos humanos. Perceba-se que a proposta não parte necessariamente de uma criatividade própria do computador, mas sim da sua enorme e diferenciada capacidade de processamento, o que permite que se faça um cruzamento objetivo de uma quantidade enorme de informações (enquanto o médico humano cruzaria informações limitadas de forma intuitiva). Dentre as vantagens elencadas, há de se considerar 03 (três) delas como especial destaque.

A primeira vantagem apontada por Harari (2016) é o fato de Watson ser capaz de armazenar em seu banco de dados informações sobre todas as doenças conhecidas na história da medicina e, além disso, poder atualizar tais bancos de dados diariamente, não levando em consideração apenas as descobertas de novas pesquisas, mas também a partir de levantamentos estatísticos da medicina, os quais serão coletados em todas as clínicas e hospitais do mundo. Note-se que isso significa uma riqueza muito grande de informação armazenada, possibilitando o cruzamento de dados, o que contribuiria como um imenso *backup* para a área da saúde, não sendo possível comparar com a capacidade de nenhum ser humano, já que este não seria capaz de memorizar tantos dados no seu cérebro, em face da limitação pertinente à natureza humana.

Como segunda vantagem, Harari (2016) afirma que o Watson ainda pode restar familiarizado com o genoma e o histórico médico de determinado paciente, assim como de seus pais, irmãos, primos, vizinhos e amigos, sabendo, por exemplo, se o referido indivíduo tem a chance de desenvolver algum tipo de doença em face de casos já recorrentes na família. Há de se perceber que o Watson faria projeções de doenças a partir do histórico familiar levantado do

paciente em relação à sua linha genealógica e isso contribuiria para se evitar futuras complicações, podendo tratá-las a tempo. Não se trata, portanto, apenas de conhecer o dado estatístico referente às doenças, mas também de analisar a probabilidade de sua incidência em cada paciente específico.

Por fim, como terceira vantagem, Harari (2016) explica ainda que o Watson nunca passaria por situação de cansaço, fome ou doença, possuindo tempo ilimitado para análise do paciente, podendo a análise do diagnóstico ser realizada à distância, ou seja, não seria necessária a ida do enfermo ao consultório. Isso de fato ajudaria bastante a evitar deslocamentos desnecessários, ganharia praticidade e tempo hábil, já que seria capaz de diagnosticar diversos casos, resultando em maior eficiência no tratamento e diminuição de riscos à saúde. Como se sabe, os seres humanos (por melhor qualificados que sejam) têm seu rendimento afetado por uma série de fatores (como cansaço ou estresse), coisa à qual os computadores não estão sujeitos (KAHNEMAN, 2012).

Em face de tudo o que foi levantado, Harari (2016) ainda considera que o treinamento de um médico humano é considerado caro, complicado e demorado quando comparado à atuação do Watson. Explica-se tal situação pelo simples fato de os humanos, após o devido treinamento, restarem impossibilitados de estar disponíveis 24 (vinte e quatro) horas por dia, ao longo de toda a semana, em cada local do mundo. Tal magnitude só resta possibilitada a um computador, já que após o completo treinamento de um médico humano (o qual leva em consideração todo o período de vida acadêmica, incluindo residências), só haveria um único médico treinado. Ou seja, para treinar outro médico deveria repetir todo o processo, necessitando, portanto, de mais dinheiro. Embora o investimento com o Watson tenha um custo aproximado de cem bilhões de dólares, ressalta-se, que, em longo prazo, tal valor sairia muito mais barato quando comparado ao treinamento de uma enorme quantidade de médicos humanos.

A previsão de Harari (2016) não ao ponto de supor que todos os médicos irão desaparecer em razão do Watson, pois tarefas que exigem maior nível de criatividade (quando comparadas aos diagnósticos rotineiros) não de permanecer ainda em mãos humanas num futuro previsível. Porém, os futuros serviços de saúde não necessitarão de milhões de clínicos gerais.

O intuito da inteligência artificial não é substituir o homem, mas ampliar suas capacidades cognitivas para ajudá-lo em suas atividades (MUNDO S/A, 2017). A referida inteligência introduz um novo nível de colaboração entre homem e máquina que ampliará o acesso ao conhecimento e ajudará a solucionar mais problemas no futuro mediante o uso da tecnologia. Há de se considerar que a tecnologia se encontra em expansão e o mercado de softwares, hardwares e serviços relacionados à inteligência artificial vai chegar a US\$ 47 (quarenta e sete) bilhões no ano de 2020 e deverá ajudar empresas norte-americanas a economizarem cerca de US\$ 60 (sessenta) bilhões.

Por fim, convém destacar que não é unânime a hipótese de que o Watson (embora possua inúmeras vantagens que estão acima da capacidade humana) poderá substituir o toque de humanidade na medicina. Apesar da incomparável velocidade e capacidade de processamento do supercomputador, não se pode olvidar que existe um ganho sistêmico inerente à participação humana no atendimento médico (assim como em muitos outros campos), na medida em que os seres humanos são selecionados para reagir de maneira muito específica (e empática) aos animais

de sua mesma espécie (EAGLEMAN, 2012) e, pelo menos por hora, não há indícios de que os programas de computador sejam capazes de simular essa empatia que nos faz sentir confortáveis uns diante dos outros.

2 COMPUTADORES NÃO FAZEM EXAME DE ORDEM

Por si só, a operação do Watson na área da medicina já gerou um enorme impacto na comunidade científica. Tal inovação, entretanto, ganhou maior destaque ao ser expandida para outras áreas profissionais (atualmente o Watson faz até previsões meteorológicas), sendo inevitável que chegasse também ao universo jurídico. No século passado, pensar em máquinas realizando tarefas humanas era considerado coisa do futuro, todavia, esse panorama mudou e já começa a ser vivenciado na atualidade mediante a utilização da inteligência artificial em todos os campos profissionais. Afinal, em qual campo profissional seria irrelevante um incremento na capacidade de memória e processamento de dados?

De acordo com Coura (2017), a tecnologia aplicada ao Direito é percebida como um caminho sem volta e quem ignorar isto será atropelado pela nova realidade. De outra forma, acredita-se que o papel interpretativo desempenhado por advogados e outros operadores do Direito não será substituído por máquinas ou robôs. Todavia, tal imprescindibilidade dos humanos no Direito não é avalizada por Harari (2016, p. 316) o qual preceitua que:

Advogados não precisam necessariamente ser humanos. [...] Há de se considerar que o papel deles é consultar arquivos intermináveis, à procura de precedentes, brechas e minúsculas peças de evidência potencialmente relevantes. Qual será o destino de todos esses advogados quando algoritmos sofisticados de busca forem capazes de localizar mais precedentes em um dia do que o faria um humano em toda a sua vida, e quando scanners de cérebro forem capazes de revelar mentiras e enganações só com o apertar de um botão? Mesmo advogados e detetives experientes não conseguem localizar trapaças apenas por meio da observação das expressões faciais e das inflexões de voz das pessoas. No entanto, o ato de mentir envolve áreas cerebrais diferentes das que são empregadas quando dizemos a verdade. Ainda não chegamos lá, mas é concebível que num futuro não muito distante scanners de ressonância magnética funcional façam às vezes de infalíveis detectores de mentira. O que isso fará com milhões de advogados, juízes, policiais e detetives? Pode ser que tenham de voltar para a escola e aprender uma nova profissão.

Porém, vale ressaltar que para o exercício da advocacia, faz-se necessário o atendimento a determinados requisitos previstos em lei. Com fulcro na lei nº 8.906, art. 3º, há de se considerar que “o exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB” (BRASIL, 1994). Por essa razão, denota-se que, para exercer tal atividade, é condição imprescindível ser inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Além disso, o art. 4º, Lei nº 8.906/94 determina que “são nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas”. Logo, aqueles que praticarem atividades pertinentes à advocacia, ou

seja, de consultoria, assessoria e direção jurídicas, porém não forem registrados na OAB, ficarão sujeitos a sanções de natureza administrativa, cível e penal.

Com fulcro no Conselho Federal da OAB (2017), pode-se afirmar que o quantitativo de advogados regulares e recadastrados no território nacional é de 1.171.228 (um milhão, cento e setenta e um mil, duzentos e vinte e oito). Diante de tal cenário, cabe uma reflexão a respeito de como seria na prática, a atuação de advogados robôs, já que ser inscrito na OAB é condição-chave para o exercício regular da advocacia.

Dúvida essa que paira na atualidade de forma leve, na medida em que a inteligência artificial ainda é utilizada de forma mais técnica (mediante pesquisas em legislações, jurisprudências, sendo assim, um maior suporte aos advogados humanos). Entretanto, há relatos de que escritórios de advocacia no Brasil já estão utilizando o Watson da IBM como modelo para atuação em casos jurídicos concretos. Conforme Müller (2017), um exemplo é o que vem sendo implantado em um escritório de Recife chamado Urbano Vitalino Advogados, o qual utiliza o sistema de inteligência artificial da IBM como uma espécie de “advogada robô”. Tal máquina tem a função de realizar tarefas repetitivas do escritório com o fito de concluir os processos de forma mais eficiente.

Müller (2017) ainda ressaltou que o Watson ganhou uma voz feminina, sendo reconhecido como assistente digital legal e chamado pelo nome de Carol. Conforme entrevista com o diretor executivo do escritório, Christiano Sobral, a ideia inicial é transferir as responsabilidades processuais à máquina aos poucos, tendo em vista que, inicialmente, ela já busca informações de determinados clientes, baixa os processos, bem como faz a leitura e preenche todos os dados do sistema da empresa. Cumpre destacar que, no atual momento, a atividade encontra-se destinada a apenas dois grandes clientes do escritório, mas a intenção é a de que a ampliação seja de 100% (cem por cento) da carteira da empresa.

Assim sendo, denota-se que o trabalho da assistente Carol fica ainda muito restrito a tarefas repetitivas, tal como a pesquisa de jurisprudência e a intenção é utilizar a referida máquina para auxiliar os advogados humanos do escritório, ou seja, não impactaria no quadro de funcionários já existente, mas o programa contribuiria para oferecer-lhes o suporte necessário (mediante um trabalho técnico e mais ágil). Logo, como vantagens apresentadas na utilização da máquina, pode-se elencar a redução de custos e a busca por mais resultados, já que o propósito do escritório é crescer sem contratar mais profissionais, tendo a máquina um papel facilitador em toda a cadeia.

Vale ressaltar que a tendência no Brasil é o surgimento de escritórios de tecnologia jurídica que utilizem o Watson, já somando mais de 30 (trinta) deles em pleno funcionamento¹. Conforme preceitua Saturno (2018), o trabalho restou configurado pelo desenvolvimento de uma assistente virtual que utiliza a inteligência artificial do Watson para realizar demandas repetitivas em razão do grande volume de processos judiciais, bem como publicações diárias e processos novos que surgem com o fito de analisá-los e inseri-los em um sistema próprio. A ideia é que as *startups* jurídicas possam trazer inovações, redução de custo para escritórios e maiores facilidades

¹ Um exemplo é o escritório de advocacia Urbano Vitalino localizado em Recife. Maiores detalhes podem ser encontrados no site: <https://canaltech.com.br/inteligencia-artificial/inteligencia-artificial-da-ibm-esta-ajudando-escritorio-de-advocacia-brasileiro-106622/>.

no desenvolvimento das atividades que se encontram em expansão no mercado.

O Jurídico Certo Blog destaca ainda que a chegada do Watson no universo jurídico trouxe alguns pontos importantes, dentre os quais: redução de custo com contencioso de massa, já que o robô se utiliza da gestão de análise de dados, pesquisa de jurisprudência, acompanhamentos processuais (7 NOVIDADES..., 2017). Outro aspecto que precisa ser levado em consideração é a possibilidade de realização de pesquisa de processos jurídicos públicos, bem como de intermediação para a contratação de advogados. O Watson também possibilita a criação de documentos jurídicos (petições, contratos de fornecedores, propostas) com assinatura digital e tradução para outros idiomas. Por fim, reitera que o robô pode ser aplicado para estabelecer a integração entre os departamentos jurídicos e escritórios de advogados contratados, além de ter aplicabilidade na realização de conciliação extrajudicial, a fim de estabelecer que o consenso seja efetivado, por exemplo, de forma online entre empresas e consumidores.

Percebe-se, portanto, que (assim como aconteceu na medicina e em outras áreas) o Watson e outros programas de inteligência artificial passaram a fazer parte da realidade cotidiana dos juristas, sem que haja sinais de recuo. Pelo contrário, tendo em vista as indiscutíveis vantagens consistentes no processamento qualificado de informações, a tendência é de que se acelere o avanço no uso da tecnologia. A dúvida fica por conta de saber se existe um limite para tal avanço ou se efetivamente qualquer atividade advocatícia pode ser transferida para um programa de computador. Para o fim específico deste trabalho, interessa perguntar: há algo de essencialmente humano no procedimento de conciliação/mediação?

3 CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E A SENSIBILIDADE DAS MÁQUINAS

Inicialmente, ao se falar sobre mediação e conciliação, há de se considerar que é de fundamental importância perceber o conflito como algo intrínseco à própria conduta humana, ou seja, é algo atrelado a qualquer agrupamento social estabelecido. Sendo assim, a gestão de conflito não pode partir da premissa de sua excepcionalidade, mas (pelo contrário) deve considerar que a complexidade da personalidade humana permite uma grande quantidade de configurações individuais, as quais inevitavelmente resultam em conflitos interpessoais quando da tentativa de cada um de realizar seu próprio interesse.

Diante de tal panorama, Azevedo (2016, p. 61) preceitua que a Teoria dos Jogos surgiu no intuito de entender o conflito “como a situação na qual duas pessoas têm de desenvolver estratégias para maximizar seus ganhos, de acordo com certas regras preestabelecidas”. Mediante a referida abordagem, é evidente compreender a autocomposição por um prisma de análise matemática. Ressalta-se ainda, que a Teoria dos Jogos envolve um dos ramos da matemática e da economia aplicadas ao tratar do estudo de situações estratégicas em que participantes se engajam em um processo de análise de decisões, levando em consideração que a conduta esteja baseada na expectativa de comportamento da pessoa com quem se interage.

Partindo desse pressuposto, a Teoria dos Jogos precisa ser entendida mediante a concepção de que há jogos ou relações de “soma zero” e de “soma não zero”. Vasconcelos (2014) explica que

os jogos ou relações de “soma zero” ocorrem quando o antagonismo é supostamente percebido de forma absoluta, como por exemplo, em um jogo de xadrez, já que ambos os lados não podem vencer de maneira igual. A partir daí, denota-se que são jogos não cooperativos, isso porque não há interesse do jogador agregar um valor de utilidade voltado para o fim de cooperação com o outro. Tal situação é, portanto, aplicada a relações em que as pessoas não estabelecem certa proximidade ou não têm vínculos de convivência, não se sentindo no dever de colaborar.

Vasconcelos (2014) acredita não existir antagonismos absolutos nas relações humanas, salvo em situações cruéis de violência. De forma geral, ressalva que é relevante observar determinados limites éticos, assim como intuições antropológicas e condicionamentos culturais em face de algum sentimento-ideia de relativa interdependência. Diante de tal perspectiva, analisando o cenário competitivo, restará presente algum nível de cooperação na competição. A partir da concepção de que jogos de soma “não zero” são aqueles que envolvem situações em que os oponentes convivem, bem como persistem na convivência, percebe-se que fica mais evidenciada a compreensão da interdependência e da necessidade comum a ser atendida numa perspectiva de ganha-ganha.

Assim sendo, cabe destacar que a consequência matemática da Teoria dos Jogos é demonstrar que em razão de um jogo ou relação de soma “não zero”, as soluções de ganhos mútuos apresentam mais êxito e, portanto, são mais lucrativas. Ressalta-se então a importância que a Teoria dos Jogos tem para a mediação e demais processos autocompositivos “por apresentar respostas a complexas perguntas como se a mediação produzisse bons resultados apenas quando as partes se comportam de forma ética ou ainda se a mediação funciona apenas quando há boa intenção das partes”.

É forçoso destacar a importância dos mecanismos equivalentes de gestão de conflitos no cenário processual atual, o qual ganhou mais vigor com a vigência da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), bem como com a Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação) e a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a fim de quebrar o paradigma de uma intensa cultura jurídica ainda voltada, de forma preponderante, à litigiosidade. A atuação de um mediador e de um conciliador judicial requer capacitação, de forma a perceberem que há diferenciação na aplicação das técnicas de cada mecanismo, as quais são muito peculiares e, muitas vezes, confundem até mesmo quem vai atuar na prática forense, mesmo tal profissional sendo um ser humano que se qualificou.

Conforme Ribas (2014, p. 111), resta clarividente que:

A interpretação dos campos de atuação do instituto da mediação e da conciliação revela que a técnica da conciliação é utilizada em um conflito circunstancial, sem perspectiva de desenvolver relações prolongadas, diferentemente da mediação onde há vinculação pessoal e duradoura, com caráter de continuidade, devendo, portanto, ser equilibrada de modo a vislumbrar referida situação de harmonizar interesses que devem prosseguir.

Merece uma atenção especial, portanto, quando se muda o profissional em tela,

passando o humano a ser substituído por um robô. A dúvida logo paira na mente humana, pois como uma máquina seria capaz de fazer essa distinção na prática e atuar de forma efetiva como mediador ou conciliador, permeando a construção de um consenso pautado no diálogo entre os envolvidos, a fim de buscar a pacificação social? Parece duvidoso que a condução da solução consensual de conflito possa ser integralmente conduzida por um programa de computador, cuja objetividade sobrepuja a sensibilidade.

Logo, cumpre destacar que a previsão no art. 12 da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça torna necessária a adequada formação e treinamento de conciliadores e mediadores nos centros e demais órgãos judiciários, cabendo aos Tribunais, antes da sua instalação, realizar o curso de capacitação até mesmo por meio de parcerias, seja com entidades públicas e privadas ou não. O profissional bem capacitado é aquele capaz de utilizar as técnicas da mediação ou conciliação com o fim de se realizar um acordo que realmente seja cumprido pelas partes e assim evitar, não somente a ação, mas a execução e os recursos. Nesse sentido, a aplicação dos mecanismos de gestão de conflitos seriam mais propícios ao próprio ser humano. No Estado do Ceará, o curso é realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em parceria com o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) do Tribunal de Justiça do referido Estado.

No entendimento de Harari (2016, p. 243): “Os computadores não são capazes de chegar a juízos éticos. Nenhuma quantidade de dados e nenhum artifício matemático podem provar que é errado assassinar. Mas as sociedades humanas não são capazes de sobreviver sem esses juízos de valor.”

Partindo desse pressuposto, leva-se a crer que um mediador/conciliador robô não teria a condição de auxiliar os envolvidos a se chegar a um consenso, embasado em valores éticos, bem como em sentimentos e afetos, quando se tratar de relações continuadas a serem trazidas pela mediação, por exemplo, as quais exigem um mínimo de sensibilidade por parte do terceiro que conduz o processo. Nesse cenário, parece razoável afirmar que existe algo de essencialmente humano no procedimento de mediação/conciliação e que a substituição do mediador/conciliador por um programa de computador provocaria uma perda sistêmica consistente em um déficit de sensibilidade (que pode ser essencial ao procedimento de gestão do conflito em si).

Para Harari (2016, p. 243) deve-se pensar que:

À medida que os humanos adquiriam confiança em si mesmos, uma nova fórmula para alcançar um conhecimento ético se revelava: *Conhecimento = Experiências x Sensibilidade*. Se quisermos ter a resposta a qualquer questão ética, precisamos nos conectar com nossas experiências interiores e observá-las com a máxima sensibilidade. Na prática, isso significa que estamos em busca de conhecimento quando passamos anos reunindo experiências e aguçando nossa sensibilidade de modo a compreender corretamente essas experiências.

Depreende-se de tal pensamento que, os seres humanos para alcançarem um conhecimento ético, precisam atender a equação do conhecimento, o qual é percebido como a relação de experiências

e sensibilidade. Harari (2016, p. 243) também explica que “uma experiência é, sim, um fenômeno subjetivo que inclui três ingredientes principais: sensações, emoções e pensamentos”. Além disso, Harari (2016) ainda define a sensibilidade como forma de se atentar para as sensações, emoções e pensamentos próprios a partir do poder de influência que exercem sobre cada pessoa. Assim sendo, experiências e sensibilidade se incrementam reciprocamente em um ciclo considerado interminável inerente ao próprio ser humano e não aos robôs.

Tratando-se de questões mais complexas não há como se chegar a um consenso sem uma análise mais aprofundada do caso em tela. Logo, a aplicabilidade da mediação não há como ser feita mediante uma visão mais superficial. Fisher, Ury e Patton (2005, p. 170) preceituam que: “Complexidade implica uma análise cuidadosa dos interesses que são compartilhados ou que podem ser combinados, e, depois, o livre debate. Ambos serão mais fáceis na medida em que as partes se percebam comprometidas na solução do problema.”

Demonstra-se, assim, que é necessário o desenvolvimento de habilidades para atuação como mediador ou conciliador e, para isso, é preciso ter escuta ativa e agir com imparcialidade. Conforme Tartuce (2016, p. 236), “pela escuta ativa, o mediador não só ouve, mas considera atentamente as palavras ditas e as mensagens não expressas verbalmente (mas reveladas pelo comportamento de quem se comunica).” Gentile (2017) considera que o Watson pode até decifrar interesses mediante estatísticas, algoritmos, bem como referências de comportamento, no entanto, por maior que seja, há de se considerar que sempre será finito, mesmo levando em conta as variáveis abordadas. A tecnologia não seria capaz ainda de trabalhar com dados e interesses mais voltados para o conflito de forma mais profunda, ou seja, nas atividades em que são imprescindíveis o raciocínio, a criatividade, a observação entre os envolvidos e o estímulo ao diálogo.

Tartuce (2016, p. 204) ainda explana que a imparcialidade é a “essencial diretriz dos meios de solução de conflitos e representa a equidistância e a ausência do mediador em relação aos envolvidos no conflito”. Logo, denota-se que sua presença é considerada um fator determinante para que haja o reconhecimento da atuação do terceiro como facilitador do diálogo entre os envolvidos. Certamente que se poderia alegar (com razão) que ninguém seria mais isento e equidistante do que um programa de computador, mas a imparcialidade não é o objetivo em si do processo de mediação/conciliação, senão um instrumento para assegurar que o ser humano bem desempenhe a sua função.

Com fundamento no Enunciado nº 25 da I Jornada de Direito Processual Civil divulgado pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) no portal do Conselho da Justiça Federal (CJF, 2017), percebe-se que as audiências de conciliação ou mediação, inclusive dos juizados especiais, poderão ser realizadas por videoconferência, áudio, sistemas de troca de mensagens, conversa online, conversa escrita, eletrônica, telefônica e telemática ou outros mecanismos que estejam à disposição dos profissionais da autocomposição para estabelecer a comunicação entre as partes.

Desta feita, aponta-se que a grande vantagem no uso da tecnologia através de videoconferência é estreitar a grande distância entre as partes, possibilitando, assim, que pessoas que residem em comarcas situadas em regiões longínquas da capital, por exemplo, não

fiquem prejudicadas em relação à construção do diálogo. Menciona-se ainda que a tecnologia proporcionaria certa economia financeira às partes, tendo em vista que o deslocamento exige custo e disponibilidade de tempo.

No entanto, a crítica que se faz diz respeito à videoconferência contradizer o que busca o próprio instituto da autocomposição que é a participação efetiva das pessoas envolvidas no litígio com o intuito de solucionar problemas, ou seja, a maior aproximação entre as partes. Sendo assim, mediante tal análise, percebe-se que haveria uma afronta à essência do próprio instituto e à real necessidade de participação, de maneira presencial, de seres humanos no procedimento.

CONCLUSÃO: CONSENSO, COMPLEXIDADE E CÓDIGOS BINÁRIOS

Como visto, em termos gerais, o Watson (ou qualquer outro programa de computador ora existente) não é considerado uma ameaça ao campo da advocacia, mas sim, representa um grande auxílio em tal atividade. Pode-se dizer que ameaçados estarão os profissionais que se restringem ao “recorta e cola” de peças jurídicas, bem como análise superficial de pareceres. Concluiu-se também, que o robô possui capacidade ainda limitada, não sendo capaz de substituir os seres humanos na prática, em face do raciocínio, da criatividade, da versatilidade, do diálogo ainda serem inerentes à inteligência humana, além da escuta ativa e da imparcialidade necessárias à construção do consenso.

Há de se considerar ainda que a atuação como mediador e conciliador judiciais exige capacitação prévia para o melhor conhecimento das técnicas e habilidades necessárias e a Teoria dos Jogos merece ser percebida mediante análise das decisões, baseando sua conduta na expectativa de comportamento da pessoa com quem se interage. Partindo desse pressuposto, leva-se a crer que um robô não teria a condição de auxiliar os envolvidos a se chegar a um consenso, embasado em valores éticos, bem como em sentimentos e afetos, quando se tratar de relações continuadas a serem trazidas pela mediação, por exemplo, as quais exigem um mínimo de sensibilidade por parte do mediador.

Por fim, cumpre destacar que o exercício da advocacia é inerente aos que são inscritos na OAB, não sendo possível um robô exercer tal mister. De fato, os supercomputadores e os bancos de dados não podem ser melhores juristas do que humanos com formação universitária e que obtiveram aprovação no exame da ordem. Ainda que sua capacidade de processamento seja significativamente superior mediante a aplicação da tecnologia a seu favor, cumpre reservar aos seres humanos uma série de atividades, dentre elas, empatia, sensibilidade e criatividade, as quais continuam a ser de seu domínio exclusivo. Pelo menos até a próxima revolução dos computadores.

REFERÊNCIAS

7 NOVIDADES com a chegada do Watson para o seu escritório. Jurídico Certo blog [S.l.], 15 ago. 2017. Disponível em: <<https://blog.juridicocerto.com/2017/08/7-novidades-com-a-chegada-do-watson-para-o-seu-escritorio.html>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

- AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2017.
- BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 5 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm>. Acesso em: 6 dez. 2017.
- CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL - CJF. CEJ divulga enunciados da I Jornada de Direito Processual Civil. 2017. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/setembro/cej-divulga-enunciados-da-i-jornada-de-direito-processual-civil>>. Acesso em: 5 nov. 2017.
- CONSELHO FEDERAL DA OAB. **Quantitativo total de advogados regulares e recadastrados**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/institucional/conselhofederal/quadroadvogados>>. Acesso em: 11 jul. 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 7 out. 2017.
- COURA, Kalleo. **Advogados não serão substituídos pela tecnologia**. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/advocacia/advogados-nao-serao-substituidos-pela-tecnologia-07062017>>. Acesso em: 5 nov. 2017.
- EAGLEMAN, David. **Incógnito**. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.
- GENTILE, Fábio da Rocha. **Advocacia artificial, meu caro Watson?**. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/artigos/advocacia-artificial-meu-caro-watson-01042017>> Acesso em: 14 dez. 2017.
- GREGO, Maurício. **Watson, o fascinante computador da IBM que venceu os humanos**. Revista Exame, 17 de agosto de 2012. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/watson-o-fascinante-computador-da-ibm-que-venceu-os-humanos/>>. Acesso em: 5 nov. 2017.
- HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KURZWEIL, Ray. **A era das máquinas espirituais**. São Paulo: Aleph, 2007.
- KURZWEIL, Ray. **Como criar uma mente**. São Paulo: Aleph, 2014.
- MEDCEL. **Watson na medicina**. São Paulo, fev. 2017. Disponível em: <<http://www.medcel>>.

com.br/blog/watson-na-medicina>. Acesso em: 5 nov. 2017.

MÜLLER, Leonardo. **Advogada robô facilita trabalho de humanos em escritório brasileiro**. 2017. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/software/125166-advogada-robo-facilita-trabalho-humanos-escritorio-brasileiro.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

MUNDO S/A. Startup de inteligência artificial no universo jurídico. GloboNews, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=lZD1RJTwjXg>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

RIBAS, Claudio. Comunicação: Etapas da conciliação. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (Coord.). **Estudos avançados de mediação e arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. Cap. 7. p. 107-135.

SATURNO, Ares. **Inteligência artificial da IBM está ajudando escritório de advocacia brasileiro**. 2018. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/inteligencia-artificial/inteligencia-artificial-da-ibm-esta-ajudando-escritorio-de-advocacia-brasileiro-106622/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. São Paulo: Método, 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 3. ed. São Paulo: Método, 2014.

Como citar: SCOUTINHO, Carlos Marden Cabral; FERNANDES, Igor Benevides Amaro. Quão humano é o processo de mediação/conciliação?. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 3, p. 111-125, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p111. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 01/02/2018.

Aprovado em: 23/07/2018.

**LIMITAÇÃO DA INDENIZAÇÃO NO TRANSPORTE AÉREO
INTERNACIONAL: ANÁLISE DA RECENTE ALTERAÇÃO DE
POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

LIMITATION OF THE DUTY TO INDEMNIFY IN THE
INTERNATIONAL AIR CARRIAGE: ANALYSIS OF THE RECENT
AMENDMENT OF SUPREME COURT UNDERSTANDING

Diana Paiva de Castro *
Milena Donato Oliva **

Como citar: CASTRO, Diana Paiva de; OLIVA, Milena Donato. Limitação da indenização no transporte aéreo internacional: análise da recente alteração de posicionamento do Supremo Tribunal Federal. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 3, p. 126-143, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p126. ISSN: 2178-8189.

*Mestre em Direito Civil em 2018
Universidade do Estado do Rio de
Janeiro (UERJ)
Graduada em Direito em 2015
Universidade do Estado do Rio de
Janeiro (UERJ)
E-mail:
dianapaivadecastro@cerm.adv.br

**Doutora em Direito em 2013 pela
Universidade do Estado do Rio de
Janeiro (UERJ)
Mestre em Direito Civil em 2008
pela Universidade do Estado do
Rio de Janeiro (UERJ)
Graduada em Direito em 2005
Universidade do Estado do Rio de
Janeiro (UERJ)
E-mail: mdo@tepedino.adv.br

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar criticamente o conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e as Convenções de Varsóvia e Montreal em tema de limitação do dever de indenizar no transporte aéreo internacional, consoante os novos contornos dados ao tema a partir de recente decisão do Supremo Tribunal Federal, de 25 de maio de 2017, que, alterando o entendimento até então consolidado, estabeleceu, em sede de repercussão geral, a prevalência das Convenções internacionais em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Reparação integral. Transporte aéreo internacional. Convenção de Varsóvia. Convenção de Montreal.

Abstract: The purpose of the present article is to critically analyze the conflict between the Consumer Protection Code and the Warsaw and Montreal Conventions on the subject of limitation of the duty to indemnify on the international air carriage, according to the new contours given to the subject after the recent decision of the Supreme Court, dated May 25, 2017, that, altering the previously consolidated understanding, established, with general repercussion, the prevalence of the international Conventions over the Consumer Protection Code.

Keywords: Consumer law. Full compensation. International air carriage. Warsaw Convention. Montreal Convention.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, ao alçar a dignidade da pessoa humana a fundamento da República e a solidariedade social a objetivo da República, promoveu a superação do paradigma individualista e patrimonialista de outrora. A pessoa humana, concretamente considerada em sua vulnerabilidade, e não mais o sujeito anônimo e abstrato, passa a ser o foco da proteção jurídica (FACHIN; PIANOVSKI, 2008, p. 102). Nesse cenário, as situações existenciais gozam de prioridade valorativa em face das situações patrimoniais (PERLINGIERI, 2008, p. 121-122).

Como reflexo de tal axiologia, que tem no princípio da dignidade o valor máximo a ser realizado, a Constituição assegura a proteção da pessoa humana que enfrenta o mercado de consumo em condição de vulnerabilidade, comparativamente ao fornecedor de produtos e serviços. A tutela do consumidor foi elevada a direito fundamental, previsto no art. 5º, XXXII, e a princípio da ordem econômica, nos termos do art. 170, V, ambos da Constituição. Para fins de concretização do mandamento constitucional, foi promulgado, em 1990, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), que busca propiciar efetivo equilíbrio nas relações entre fornecedores e consumidores.

Dentre as matérias tratadas no Código de Defesa do Consumidor, destaca-se a inadmissibilidade da limitação do dever de indenizar danos causados pelo fornecedor, na medida em que o diploma legal assegura o direito à reparação integral. Nesse ponto, contudo, o CDC entra em rota de colisão com Convenções que regulamentam o transporte aéreo internacional, ratificadas e promulgadas no direito brasileiro, as quais preveem limites legais máximos de indenização. Este conflito data de 1990, a partir do advento do CDC, cuja previsão do direito básico do consumidor à reparação integral passou a contrastar com as regras da Convenção de Varsóvia, promulgada no Brasil em 1931, que fixam tetos de indenização. A jurisprudência se consolidou, a partir dos anos 2000, no sentido da prevalência do CDC em face da Convenção de Varsóvia. Em seguida, em 2006, com a promulgação da Convenção de Montreal, substitutiva da Convenção de Varsóvia, que manteve a sistemática de estipulação de limites legais ao dever de indenizar, o debate voltou à tona. O resultado, entretanto, não foi alterado, mantendo-se o entendimento predominante no sentido da proteção do consumidor em detrimento das Convenções. Mais recentemente, todavia, em 25 de maio de 2017, o tema ganhou renovados contornos com a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto dos RE 636.331 e ARE 766.618, em sede de repercussão geral, que, alterando o posicionamento jurisprudencial até então vigente, estabeleceu a prevalência das Convenções de Varsóvia e de Montreal em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

Nessa toada, o presente artigo visa a examinar a (in)admissibilidade da limitação legal ao dever de indenizar no transporte aéreo internacional frente ao comando constitucional de proteção do consumidor. Para tanto, parte-se do estudo da disciplina do Código de Defesa do Consumidor e das Convenções de Varsóvia e de Montreal a respeito da responsabilidade civil do fornecedor do serviço de transporte, delimitando-se os pontos de divergência entre os diplomas. Passo adiante, analisa-se o julgamento conjunto pelo STF do RE 636.331 e do ARE 766.618, de modo a se identificarem os contornos das hipóteses fáticas enfrentadas e os argumentos que

embasaram a decisão. Por fim, empreende-se a investigação crítica do tema à luz da metodologia civil-constitucional, consoante a premissa metodológica de tutela privilegiada da pessoa humana em situação de vulnerabilidade.

1 A LIMITAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR NAS CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E DE MONTREAL E O DIREITO À REPARAÇÃO INTEGRAL PREVISTO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), consubstancia direito básico do consumidor a plena reparação de seus danos patrimoniais e morais, não podendo o fornecedor se exonerar ou mesmo limitar sua responsabilidade. Excepcionalmente, em se tratando de consumidor pessoa jurídica¹ – jamais pessoa física² –, pode haver limitação de responsabilidade do fornecedor, desde que seja justificável, nos termos do art. 51, I, do CDC. O direito à reparação integral é assegurado tão fortemente no CDC que é disciplinado em diversos preceitos: artigos 6º, VI,³ 25⁴ e 51, I.⁵ A preocupação do CDC com a efetividade desse direito pode ser constatada, ainda, pela possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do art. 28, § 5º, quando esta, de alguma forma, representar obstáculo à reparação dos danos sofridos pelo consumidor.

Por outro ângulo, em tema de transporte aéreo internacional, a limitação do dever de indenizar é regida pela Convenção de Varsóvia, de 12 de outubro de 1929, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 20.704/1931, e pela Convenção de Montreal, de 28 de maio de 1999, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.910/2006.

A Convenção de Varsóvia, com as alterações ocasionadas pelo Protocolo de Haia, de 1955, pelo Protocolo da Guatemala, de 1971, e pelo Protocolo nº 4 de Montreal, de 1975, prevê como limites legais ao dever de indenizar: (i) 250 mil francos no caso do transporte de pessoas (art. 22, 1); (ii) 250 francos por quilo no caso do transporte de bagagens, salvo declaração especial de valor e pagamento de taxa suplementar (art. 22, 2, a) e (iii) 17 direitos especiais de saque por

1 Já se posicionou o TJRJ no sentido de considerar válida, no transporte de carga em relação considerada de consumo, cláusula contratual que ofereça à expedidora duas opções: o pagamento do frete correspondente ao valor declarado da mercadoria ou do frete reduzido, sem referência ao valor da carga a ser transportada, hipótese em que a transportadora se beneficiará da limitação do dever de indenizar por avaria na mercadoria, desde que esta não represente ínfimo valor (TJRJ, Ap. Cív. 2009.001.07844, 13ª C.C., Rel. Des. Antonio José Azevedo Pinto, julg. 15.7.2009). Sobre o tema, v. tb. TJPR, Ap. Cív. 1203773-5, 11ª C.C., Rel. Des. Rui Portugal Bacellar Filho, julg. 5.8.2015.

2 Nesse sentido, cf. TJSP, AI 7286498900, 11ª C.D.Priv., Rel. Des. Soares Levada, julg. 16.1.2009.

3 Art. 6º, CDC. “São direitos básicos do consumidor: [...] VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.”

4 O artigo 25, situado na Seção III, “Da responsabilidade por vício do produto e do serviço”, do Capítulo IV, “Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos”, do CDC, dispõe que “é vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores”, de modo a alcançar também a Seção II do Capítulo IV, relativa à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Proscreeve-se, assim, a limitação e a exclusão do dever de indenizar por vício e fato do produto e do serviço.

5 O artigo 51, I, do CDC, lista, no rol de cláusulas abusivas, o ajuste de não indenizar e complementa o tratamento da matéria ao diferenciar a disciplina incidente para o consumidor pessoa física e para o consumidor pessoa jurídica. Segundo o dispositivo, afiguram-se “nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que impossibilitem, exonem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos”. De outro giro, prevê que “nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis”. A respeito da axiologia que orienta tal vedação legal, v. Farina (2005) e Meli (2010).

quilo no caso do transporte de mercadorias, observadas as mesmas condições do item (ii) (art. 22, 2, b). Veda, ainda, a cláusula de exoneração do dever de indenizar ou a que estipule valor inferior ao fixado na Convenção (art. 23). Ademais, afasta a incidência dos limites legais diante de dolo ou culpa grave do transportador (art. 25). Estabelece, em significativo avanço para a época, regime de responsabilidade civil por culpa presumida (PEDRO, 2012). Com relação à prescrição, dispõe o artigo 29 que “a ação de responsabilidade deverá intentar-se, sob pena de caducidade, dentro do prazo de dois anos, a contar da data de chegada, ou do dia, em que a aeronave, devia ter chegado a seu destino, ou do da interrupção do transporte”.

Na Convenção de Montreal, substitutiva da Convenção de Varsóvia e atualmente em vigor para a disciplina do transporte aéreo internacional, são fixadas as seguintes limitações ao dever de indenizar: (i) 100.000 direitos especiais de saque na hipótese de morte ou lesão do passageiro (art. 21); (ii) 4.150 direitos especiais de saque no caso de atraso no transporte de pessoas (art. 22, 1); (iii) 1.000 direitos especiais de saque por passageiro na hipótese de destruição, perda, avaria ou atraso no transporte de bagagem, salvo declaração especial de valor e pagamento de taxa suplementar (art. 22, 2); (iv) 17 direitos especiais de saque por quilograma no caso de destruição, perda, avaria ou atraso no transporte de carga, com as mesmas ressalvas do item (iii) (art. 22, 3). Ainda, conforme os artigos 25 e 26, admite-se que o transportador fixe limites superiores aos previstos em lei, ou se comprometa com a reparação integral, vedando-se a pactuação de cláusula de exoneração do dever de indenizar ou de limites inferiores aos legais. Afasta-se, uma vez mais, a limitação do dever de indenizar em caso de dolo ou culpa grave do transportador (art. 22,5). Em tema de prazo prescricional, o artigo 35 dispõe que “o direito à indenização se extinguirá se a ação não for iniciada dentro do prazo de dois anos, contados a partir da data de chegada ao destino, ou do dia em que a aeronave deveria haver chegado, ou do da interrupção do transporte”.

Com relação ao regime de responsabilidade civil, a Convenção de Montreal adotou o sistema da responsabilidade objetiva para as hipóteses de dano à carga (art. 18) e de dano à bagagem registrada (art. 17, 2). No caso de atraso no transporte aéreo de passageiros, bagagem ou carga, o modelo é o subjetivo com presunção de culpa (art. 19). Por fim, na hipótese de lesão ou morte de passageiro, acolheu-se o regime de responsabilidade objetiva até o limite de 100.000 direitos especiais de saque e, a partir deste teto, o sistema de presunção de culpa (arts. 17, 1 e 21).

Duas principais controvérsias a respeito da incidência desses diplomas internacionais⁶ devem ser enfrentadas. A primeira diz com a possibilidade de se pleitear, para fatos previstos nas Convenções e para os quais foi fixado teto ressarcitório, a reparação de danos morais para além de tais limites. Isso porque as Convenções não fazem menção a tais espécies de danos, surgindo dúvida se eles se encontram abarcados pelos valores nelas constantes a título de reparação máxima.

A segunda dificuldade se associa ao conflito entre tais documentos internacionais e o Código de Defesa do Consumidor: enquanto os primeiros estipulam teto para a reparação civil, o

⁶ A Convenção de Varsóvia, embora substituída pela de Montreal, ainda é aplicada para fatos ocorridos durante sua vigência. Sobre o ponto, v. nota 13.

CDC institui, enfaticamente, o direito à reparação plena ao consumidor pessoa física, o qual não pode, em nenhuma circunstância, ser arrefecido.

No que se refere à primeira controvérsia, o melhor entendimento consiste em reputar os danos morais não abrangidos pelas Convenções, que versariam apenas sobre as lesões patrimoniais. Embora tais Convenções, ao contemplarem a restrição do dever de indenizar, tenham silenciado quanto à compensação dos danos morais e tenham proscrito a indenização para além do teto estipulado (art. 24, 2, Convenção de Varsóvia; art. 29, Convenção de Montreal), daí não decorre que essa espécie de danos não seria ressarcível ou que deveria se sujeitar ao teto nelas previsto.

Ilustre-se o debate com o limite de mil direitos especiais de saque previsto na Convenção de Montreal para o extravio de bagagem. Ocorrida a perda, cumpre investigar se o teto de aproximadamente R\$ 4.724,90⁷ abarcaria apenas a indenização dos danos materiais sofridos (v.g., valor das bagagens, de seu conteúdo e de eventuais despesas do consumidor para compensar a ausência de seus pertences durante a viagem internacional) ou também a reparação de danos morais.

Nada obstante existir entendimento de que a omissão legislativa significaria a impossibilidade de reparação de danos morais para além dos limites previstos nas Convenções (CAVALCANTI, 2002), tal orientação, a rigor, não se coaduna com a Constituição da República de 1988. Com efeito, a compensação por danos morais associa-se à lesão à dignidade humana (MONTEIRO FILHO; CASTRO, 2017), erigida a epicentro do ordenamento pela Constituição e, portanto, insuscetível de qualquer limitação, tabelamento ou mesmo exclusão de responsabilidade.⁸ Nessa direção, destaque-se, ainda, o artigo 5º, incisos V e X, da Constituição, que consagram como cláusula pétrea e direito fundamental a reparação por danos morais. As Convenções internacionais, como toda lei, devem ser interpretadas à luz da tábua axiológica constitucional (PERLINGIERI, 2008). Interpretar a Constituição consoante as Convenções internacionais, de modo a excluir a reparação além do teto legal, constituiria verdadeira subversão hermenêutica (TEPEDINO, 2006). Mesmo no plano infraconstitucional, ressalte-se, a compensação de danos morais é assegurada pelo artigo 186 do Código Civil, a qual pode ser perfeitamente cumulada com a indenização por danos patrimoniais, oriundos do mesmo fato, conforme reconhecido pelo Enunciado 37 da Súmula do STJ desde 1992.

Com relação à segunda controvérsia anunciada, embora tais Convenções comportem plena incidência nas relações paritárias – para as quais, advirta-se, vale o quanto já dito acerca da impossibilidade de limitação ao direito à compensação por danos morais, uma vez que este decorre diretamente da Constituição da República –, colidem, nas relações de consumo, com as previsões dos referidos artigos 6º, VI, 25 e 51, I, do CDC – aplicáveis aos danos morais e materiais –, que, como visto, vedam a exoneração e a limitação do dever de indenizar diante de consumidor

7 Cotação disponível em <http://www2.correios.com.br/sistemas/efi/consulta/cotacaomoeda/>.

8 Nesse sentido, posicionou-se o STF em 1996, mesmo na vigência da primeira fase jurisprudencial (sobre essas fases, v. item 2 deste texto), em que prevaleciam as convenções internacionais em face do CDC (STF, RE 172.720, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 6.2.1996).

pessoa física, admitindo apenas a limitação em face de pessoa jurídica em situação justificável. O regime de responsabilidade civil adotado também se afigura diverso: enquanto o Código de Defesa do Consumidor acolhe o sistema da responsabilidade objetiva (artigos 12 e 14, CDC), as Convenções se valem, nas hipóteses já analisadas, da técnica de presunção de culpa⁹ (TEPEDINO, 2008; MARQUES; SQUEFF, 2017).

Note-se que, mesmo a técnica da presunção da culpa na responsabilidade contratual, embora inovadora a seu tempo, mostra-se impotente nos casos em que os danos necessariamente advirão, em razão dos riscos de certas atividades, independentemente do zelo ou das precauções que se adotem (SILVA, 1974). O CDC surge neste contexto da consagração da responsabilidade objetiva no direito brasileiro, assegurando que o consumidor será ressarcido independentemente de culpa do fornecedor, justificando-se a objetivação da responsabilidade, nas relações de consumo, em razão da vulnerabilidade do consumidor.¹⁰

Além disso, como terceiro ponto de divergência em relação ao CDC ao lado da limitação dos danos materiais e da presunção de culpa, tem-se a fixação de prazo prescricional, pelas Convenções, de apenas 2 anos (art. 35, Convenção de Montreal; art. 29, Convenção de Varsóvia), ao passo que o CDC prevê lapso temporal de 5 anos para ressarcimento de danos sofridos pelo consumidor oriundos de fato do serviço ou do produto (art. 27, CDC).

A respeito do referido conflito de leis, a jurisprudência já oscilou em três fases. Na primeira, prevaleceram as Convenções internacionais em face do CDC.¹¹ Todavia, nos anos 2000, a orientação das duas Turmas que compõem a Seção de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça foi alterada, passando a se consolidar o entendimento no sentido da incidência do CDC em detrimento das Convenções.¹² Esta segunda fase perdurou de 2000 a 2017, quando a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE 636.331 e do ARE 766.618, de 25 de maio de 2017, inaugurou a terceira fase, ao estabelecer: “por força do artigo 178 da Constituição Federal, as normas e tratados internacionais limitadoras da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”.¹³ É o que se passa a analisar.

2 O JULGAMENTO DO RE 636.331 E DO ARE 766.618 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

9 Como visto, esta é a regra geral na Convenção de Varsóvia. Já na Convenção de Montreal, o sistema de presunção de culpa incide para os casos de lesão ou morte do passageiro em que a extensão do dano causado ultrapasse o montante de 100.000 DES e para as hipóteses de atraso no transporte aéreo de passageiros, bagagem ou carga.

10 Excepciona-se a responsabilidade civil objetiva do fornecedor em se tratando de profissional liberal, nos termos do art. 14, § 4º, do CDC.

11 STJ, REsp 58.736/MG, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg. 13.12.1995; STJ, REsp 156.238/RJ, 3ª T., Rel. Min. Waldemar Zveiter, julg. 7.6.1999.

12 STJ, REsp 209.527/RJ, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 15.12.2000; STJ, REsp 171.506/SP, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 21.9.2000. Mais recentemente, cf. STJ, AgInt no AREsp 874.427/SP, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 4.10.2016; STJ, AgRg no AREsp 607.388/RJ, 3ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. 16.6.2016. No âmbito do STF, v. RE 351.750, 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Britto, julg. 17.3.2009.

13 STF, RE 636.331, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 25.5.2017; STF, ARE 766.618, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, julg. 22.5.2017. A esse respeito, aduziu recentemente o STJ que “diante da tese fixada pelo STF, é necessária a reorientação da jurisprudência anteriormente consolidada nesta Corte Superior” (STJ, REsp 1.707.876/SP, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 5.12.2017).

O caso concreto julgado pelo STF no RE 636.331 dizia com extravio de bagagem em transporte aéreo internacional ocorrido em 3 de outubro de 2005, de modo que se aplicava à espécie a Convenção de Varsóvia. Isso porque a Convenção de Montreal, de 28 de maio de 1999, somente foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.910/2006. Em primeira instância, a indenização de danos materiais foi fixada consoante a previsão da Convenção, que, como visto, limita o *quantum* ao patamar de 250 francos por quilo, salvo declaração especial de valor e pagamento de taxa suplementar (art. 22, 2, a). A compensação de danos morais, a seu turno, foi arbitrada em 6 mil reais. Em sede de apelação, por outro lado, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que prevalecia, na hipótese, a incidência do Código de Defesa do Consumidor, de modo a não admitir a limitação da indenização dos danos materiais ao teto fixado na Convenção. Deu-se procedência ao montante de R\$ 7.171,00 de danos materiais pleiteado pela consumidora e majorou-se a reparação de danos morais para R\$ 10.000,00. O recurso extraordinário ajuizado tinha como objetivo a reforma da indenização de *danos materiais*, não se referindo, portanto, à compensação de danos morais. Ao julgar a lide, a Corte deu provimento ao recurso, limitando o *quantum* ao teto da Convenção de Varsóvia.

Na hipótese do ARE 766.618, julgado conjuntamente com o RE 636.331 pelo STF, a discussão se voltava ao prazo prescricional aplicável à pretensão de reparação de *danos morais* movida por consumidora em face de transportadora internacional em virtude de atraso de 12 horas do voo: (i) se o prazo de 5 anos do artigo 27 do CDC ou (ii) se o prazo de 2 anos do artigo 35 da Convenção de Montreal. Na espécie, a aeronave havia chegado ao destino em 28 de setembro de 2006 e a ação proposta em 26 de maio de 2009. A primeira e a segunda instância do Tribunal de Justiça de São Paulo condenaram a empresa ao pagamento de seis mil reais a título de reparação de danos morais à passageira. A decisão, contudo, foi revertida no STF. Prevaleceu, na hipótese, a incidência da Convenção de Montreal,¹⁴ que aqui, frise-se, incidiu para a compensação de danos morais. Considerou-se, assim, prescrita a pretensão.

Vê-se que as ações julgadas em conjunto versavam sobre dois problemas diversos: a limitação do valor da indenização de danos materiais e a prescrição da pretensão de reparação de danos morais, incidindo, no primeiro caso, a Convenção de Varsóvia e, no segundo, a Convenção de Montreal. No julgamento de 25 de maio de 2017, o STF, por maioria, com apenas dois votos vencidos, fixou, repita-se, a seguinte tese com repercussão geral: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”. O julgamento se iniciou em 8 de maio de 2014 e, em virtude de pedido de vista, foi concluído em 25 de maio de 2017. A publicação do acórdão, a seu turno, se deu em 13 de novembro de 2017.

Os argumentos em prol da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal giram em torno de três principais eixos. O primeiro diz com o caráter especial das Convenções internacionais sobre

14 Nesse sentido já havia se posicionado o STF no RE 297.901, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 7.3.2006.

transporte aéreo em face do Código de Defesa do Consumidor. Desse modo, segundo a regra exposta no artigo 2º, § 2º, do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), as leis especiais prevalecem sobre as gerais (*lex specialis derogat legi generali*). Nesse sentido, sustentou-se que “a Convenção de Varsóvia e os regramentos internacionais que a modificam são normas especiais em relação ao Código de Defesa do Consumidor, que é norma geral para as relações de consumo”. Assim, o CDC trata da “generalidade das relações de consumo, ao passo que as referidas Convenções disciplinam uma modalidade especial de contrato, a saber, o contrato de transporte aéreo internacional de passageiros”.¹⁵

O segundo argumento se relaciona ao critério cronológico de solução de antinomias, previsto no artigo 2º, § 1º, do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), segundo o qual a lei posterior prevalece sobre a anterior (*lex posterior derogat legi priori*). Assim, considerando que o Código de Defesa do Consumidor foi promulgado em 11 de setembro de 1990, a Convenção de Varsóvia promulgada em 24 de novembro de 1931, mas alterada pelo Protocolo nº 4 de Montreal, introduzido no direito brasileiro pelo Decreto 2.861, de 7 de dezembro de 1998, e a Convenção de Montreal promulgada em 27 de setembro de 2006, tais acordos internacionais posteriores a 1990 afastariam a incidência do CDC.¹⁶

O terceiro fundamento, a seu turno, se volta à aplicação, na espécie, do artigo 178 da Constituição da República, segundo o qual “a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”. A proteção do consumidor, segundo o raciocínio, não seria absoluta, podendo ser derogada por norma mais restritiva, de que é exemplo o artigo 178, o qual solucionaria o conflito de leis em favor das Convenções internacionais, na medida em que determina a sua observância.¹⁷ Afirma-se, nesse sentido, que a previsão constitucional do referido dispositivo atribuiria *status* supralegal às Convenções relativas ao transporte internacional.¹⁸

Desse modo, segundo a tese vencedora, entre a *regra* insculpida no artigo 178 e o *princípio* de defesa do consumidor previsto nos artigos 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição da República, não haveria que se falar em ponderação, predominando em todo caso a regra. Favorecer-se-ia, assim, a cooperação internacional, assegurando a observância das Convenções pelo Brasil.¹⁹

¹⁵ Trecho do inteiro teor do RE 636.331.

¹⁶ “*Lex posterior derogat priori*: trata-se de brocardo consagrado pelo artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução do Código Civil. Sua incidência se justifica porque, embora a Convenção de Varsóvia seja anterior à legislação nacional de que tratamos, as modificações nela introduzidas são mais recentes, razão pela qual o critério cronológico justifica a incidência do regramento internacional” (Trecho do inteiro teor do ARE 766.618).

¹⁷ “[...] o dispositivo constitucional estabelece um critério especial de solução de antinomias: em matéria de transporte internacional, conflitos entre lei e tratado resolvem-se em favor do segundo. Trata-se, portanto, de uma norma de sobredireito – como os demais critérios de resolução de conflitos normativos –, que se singulariza, porém, por seu *status* formal: cuidando-se de um comando constitucional, o art. 178 prepondera sobre outros critérios (como o da especialidade) caso apontem soluções diversas para o mesmo caso” (Trecho do inteiro teor do ARE 766.618).

¹⁸ “Parece-me, aliás, que, conquanto os referidos tratados não versem sobre direitos humanos, a eles o Poder Constituinte conferiu excepcional *status* supralegal, ao erigir, no texto magno, regra segundo a qual as leis internas devem observar os acordos internacionais sobre transporte aéreo, aquático e terrestre firmados pela República Federativa do Brasil” (Trecho do inteiro teor do ARE 766.618).

¹⁹ “[...] a hipótese claramente não é de ponderação, porque não se pondera uma norma de princípio institutivo, convocatória da atuação do legislador, a meu ver, com uma regra que até prevaleceria sobre um eventual direito fundamental, porque seria uma determinação específica da Constituição nesse sentido” (Trecho do inteiro teor do RE 636.331); “Antes mesmo da globalização de que hoje se fala com tanta destreza e intensidade, as companhias

Aduziu-se, ainda, no julgamento do RE 636.331, que a possibilidade prevista nos artigos 22, 2, das Convenções de Varsóvia e de Montreal, de que o consumidor proceda à declaração especial de valor e ao pagamento de taxa suplementar para afastar os limites legais e obter a reparação integral de eventual dano sofrido impediria que a decisão de prevalência das Convenções em face do CDC prejudicasse os direitos dos consumidores, eis que estes ainda teriam a garantia de reparação de toda a extensão do dano se seguissem o procedimento e informassem previamente o valor de seus pertences.²⁰

Postas as premissas que orientaram a decisão, passa-se à sua análise crítica.

3 ANÁLISE DA DECISÃO SOB A METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Registre-se, inicialmente, que a busca pelos critérios da especialidade e da cronologia para o deslinde do conflito de leis não parece ser a melhor saída para solucionar a controvérsia. Se o intérprete se deixar seduzir pela especificidade de determinada norma, cedendo ao raciocínio silogístico que possibilita a aplicação isolada da regra para regular certa atividade com exclusão de quaisquer outras, acabará por ignorar a complexidade do ordenamento, abstraindo da precedência dos valores constitucionais, aspecto essencial à unidade do sistema jurídico (TEPEDINO, 2016). Nesse cenário, os tradicionais critérios para a solução de antinomias, a saber, especialidade, hierarquia e temporalidade (BOBBIO, 1960), mostram-se insuficientes para resolver os embates entre as múltiplas normas. A disciplina aplicável, no mais das vezes, deve ser construída não a partir de raciocínio de exclusão de uma norma sobre a outra, mas sim mediante aplicação simultânea das diversas normativas aparentemente conflitantes, que devem ser harmonizadas pelo intérprete (MARQUES, 2016b).

Especificamente em relação ao transporte internacional, o respeito às Convenções deve ocorrer juntamente com a proteção ao consumidor, coordenando-se a aplicação simultânea de tais diplomas, de maneira a se aplicar os documentos internacionais na regulação do transporte e o CDC na proteção ao consumidor. Quer isso dizer que, naquilo que as Convenções contrariarem o CDC, este deve prevalecer,²¹ sem prejuízo da ampla incidência dessas naquilo que se vincular à regulamentação do transporte em si. Na medida em que o Código de Defesa do Consumidor não rege nenhum tipo contratual ou atividade específica, mas trata das relações caracterizadas pelo aspecto subjetivo de presença de consumidores e fornecedores,²² caso se adotasse acriticamente o critério da especialidade, o CDC não comportaria incidência para qualquer negócio jurídico regido

aéreas já compunham esse mundo, que exige uma cooperação e um critério minimamente homogêneo, sob pena de, na verdade, estabelecer-se uma certa anarquia, anomia, perplexidade. Então, aqui me parece que a defesa do consumidor há de ser feita sob a tutela internacional” (Trecho do inteiro teor do RE 636.331).

20 “Ao prever a realização de declaração especial, como requisito para assegurar indenização correspondente ao valor do objeto declarado, independentemente de inquirição sobre a existência de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos, entendo que a Convenção de Varsóvia veicula norma impregnada de racionalidade” (Trecho do inteiro teor do RE 636.331).

21 A respeito da incidência do CDC em detrimento das Convenções, cf. Amaral Júnior (1998), Benjamin (2015), Borges (2005), Calixto (2010), Cavalieri Filho (2014), Col (2002), Finato (2002), Grassi Neto (2007), Marques (1992), Miragem (2015), Nordmeier (2010), Roland (2015), Silva, Silva e Santos (2016) e Tepedino (2008). Em sentido contrário, posicionando-se pela prevalência das Convenções em face do CDC, v. Grau (2005), Nogueira (2009), Pedro (2012), Scramim (2016).

22 Para fins didáticos, afirma-se neste trabalho que o CDC se aplica uma vez presente a relação de consumo. Nada obstante, acolhem-se as observações críticas de Bessa (2007)

por lei especial, como no caso dos contratos de plano de saúde (Lei nº 9.656/1998), do transporte interno (Código Brasileiro de Aeronáutica – Lei nº 7.565/1986), da incorporação imobiliária (Lei 4.591/1964) e dos contratos bancários (regulamentações do Conselho Monetário Nacional). Tal tese de afastamento da tutela do consumidor diante de leis especiais foi há muito rejeitada em jurisprudência e em doutrina, pacificando-se a incidência do CDC para os contratos de planos de saúde,²³ para a incorporação imobiliária,²⁴ para o transporte interno²⁵ e para os contratos bancários.²⁶ Faz-se mister, assim, à luz da unidade do sistema (PERLINGIERI, 2008), impedir a criação de guetos normativos, sobretudo diante da constatação de que o Código de Defesa do Consumidor também apresenta caráter especial pelo aspecto subjetivo, dotado de prioridade valorativa consoante o tratamento dado às pessoas humanas em situação de vulnerabilidade (BENJAMIN, 2015).

A respeito da incidência do artigo 178 da Constituição da República, a norma extraída do texto legal, como produto da interpretação (GRAU, 2008), diz somente com a observância dos tratados e convenções na edição de leis a respeito do transporte aéreo. Cuida o dispositivo, desta feita, de questões relativas à ordenação do transporte, não já da tutela da pessoa humana em situação de vulnerabilidade. Note-se que, de fato, como ressaltado na decisão, o respeito aos tratados e às convenções pelo Brasil se afigura de grande importância na cooperação internacional, mas a inaplicabilidade das Convenções de Varsóvia e de Montreal diante de consumidores pessoas físicas não significa torná-las letra morta, preservando-se sua integral incidência para relações paritárias, para contratos de adesão em relações civis e para relações de consumo diante de pessoa jurídica consumidora.²⁷

No que tange ao caráter supralegal das Convenções em análise, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência pacificada no sentido da natureza de lei dos tratados internacionais,²⁸ excepcionada apenas para tratados de direitos humanos, que comportarão *status* de emenda constitucional quando observarem o rito previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição da República, ou, não observando, receberão *status* supralegal.²⁹ As Convenções de Varsóvia e Montreal, todavia, não constituem tratados que versam sobre direitos humanos, de modo a se afastar a tese da supralegalidade (ROSSI, 2012). Ao revés, tais Convenções assumem natureza restritiva de direitos quando limitam a garantia da reparação integral dos danos sofridos pelos consumidores.

De outro giro, em contramão à tese sustentada de impossibilidade de ponderação

23 Enunciado 469 da Súmula do STJ: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

24 STJ, AgRg no REsp 1.006.765/ES, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 18.3.2014; STJ, REsp 334.829/DF, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 6.11.2001; STJ, REsp 80.036/SP, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, julg. 12.02.1996; TJSP, Ap. Civ. 1019290-49.2015.8.26.0554, 3ª C.D.P., Rel. Des. Marcia Dalla Déa Barone, julg. 16.10.2017.

25 STJ, AgRg no Ag 1.344.297/SP, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti. Brasil, julg. 15.5.2012; STJ, REsp 1.281.090/SP, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 7.2.2012; STF, RE 351.750. 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. p/ acórdão Min. Carlos Britto, julg. 17.3.2009. Na doutrina, v. Tepedino (2008, p. 492).

26 Nesse sentido dispõe o art. 3º, CDC. A esse respeito, cf. STF, ADI 2.591/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, julg. 7.6.2006, em que o STF entendeu pela constitucionalidade do referido dispositivo e pela aplicação do CDC às instituições bancárias. Cf. ainda Enunciado 297 da Súmula do STJ: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. Na doutrina, v. Marques (2016a, p. 574-575) e Pfeiffer (2007, p. 195-196).

27 Nessa esteira, cf. TJSP, Ap. Civ. 1086500-24.2015.8.26.0100, 19ª CDPriv., Rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, julg. 18.9.2017.

28 STF, RE 80.004, Tribunal Pleno, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, julg. 1.6.1977.

29 STF, RE 466.343/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 3.12.2008.

entre princípio (defesa do consumidor) e regra (incidência do artigo 178 da Constituição), com prioridade absoluta desta última, deve-se sublinhar que, à luz da metodologia civil-constitucional, a unidade entre interpretação e aplicação do direito significa que a ponderação será sempre possível e necessária, entre regras, entre princípios e entre regras e princípios (TEPEDINO, 2014), prevalecendo, em todo caso, o comando que melhor concretizar os valores emanados do texto constitucional, sob pena de se recair em raciocínio subsuntivo de automática incidência da premissa maior sobre a premissa menor (PERLINGIERI, 2008). Na espécie, a solução se orienta para a prevalência da proteção do consumidor, que é direito fundamental e cláusula pétrea no ordenamento brasileiro, insuscetível de ser arrefecida em virtude de norma internacional que não trata de direitos humanos ou fundamentais.

Some-se a isso a possibilidade de violação ao princípio da isonomia, vez que, no âmbito do transporte interno, não se admite a limitação do dever de indenizar dano causado ao consumidor, por força da incidência dos artigos 25 e 51, I, do CDC, mas tal teto reparatório é considerado válido no bojo do transporte internacional. Assim, imagine-se que dois consumidores partam da mesma origem, com o mesmo conteúdo em sua mala, com o mesmo destino, embora um deles tenha tal ponto de chegada como final e o outro como conexão para viagem internacional. Acontecendo o extravio de bagagem desses dois consumidores, o primeiro, em viagem nacional, receberá a reparação integral, enquanto o segundo, em escala para viagem internacional, verá sua indenização limitada em razão da aplicação das Convenções de Varsóvia e de Montreal, sendo que muitas vezes a vulnerabilidade em viagem internacional é ainda maior, por se encontrar o consumidor em país desconhecido, sem domínio da língua local, e com moeda muito mais valorizada do que o real, a denotar que seus danos, potencialmente, tendem a ser maiores que o do consumidor interno (ROLAND, 2015).

Parece, ademais, que a possibilidade contemplada nas Convenções de declaração especial de valor e pagamento de taxa suplementar, situação em que os limites ao dever de indenizar não se colocariam, não retira de pronto o prejuízo dos tetos de indenização às garantias do CDC. Isso porque a declaração especial de valor se refere apenas às hipóteses de dano à bagagem ou à carga, não havendo que se falar em tal possibilidade nos casos de morte ou lesão do passageiro ou de atraso de voo. Além disso, a declaração especial de valor está sujeita a regras específicas das companhias aéreas, com a previsão, em alguns casos, de limites máximos ao valor declarado, bem como de inexistência de cobertura quando o trajeto é operado por mais de uma companhia (BERALDO, 2017).

Desta feita, a solução que melhor se amolda à unidade do sistema diz com, no julgamento do RE 636.331, a impossibilidade de limitação do dever de indenizar dano material pelo extravio de bagagem em relação de consumo com pessoa física, devendo a empresa aérea reparar integralmente o dano. No ARE 766.618, de outro giro, deve-se afastar a incidência do prazo de dois anos previsto na Convenção de Montreal para a pretensão de reparação de dano moral decorrente do atraso no voo, de modo que o prazo prescricional a ser aplicado seria o de cinco anos disposto no artigo 27

do Código de Defesa do Consumidor. Na espécie, como o atraso se deu em setembro de 2006 e a ação foi proposta em maio de 2009, a pretensão não estaria prescrita.

A questão se agrava ainda mais diante da referida controvérsia acerca da incidência das Convenções para a reparação de danos morais, eis que estes, como decorrentes de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, não comportariam exclusão ou reparação sequer em relações livremente negociadas. Com efeito, afiguram-se nulas as cláusulas de não indenizar por danos à pessoa (ALPA, 1999; BIANCA, 1994; LEVENEUR-AZÉMAR, 2017; MALINVAUD; FENOUILLET; MEKKI, 2014; RUPERTO, 2005).

Registre-se que, antes da publicação dos acórdãos do RE 636.331 e do ARE 766.618, que somente se deu em 13 de novembro de 2017, os tribunais inferiores já passaram a seguir a nova tese, fazendo incidir as Convenções de Varsóvia e de Montreal para a limitação da indenização de danos materiais³⁰ e para prescrição da pretensão reparatória no prazo de dois anos.³¹ Em tema de limitação da reparação de danos morais, contudo, a jurisprudência parece sinalizar oscilação, ora adotando postura cautelosa quanto à incidência dos documentos internacionais, continuando a aplicar, na espécie, o Código de Defesa do Consumidor,³² ora reconhecendo a incidência das Convenções mesmo para a restrição da compensação de danos morais.³³

De outra parte, a publicação dos acórdãos, em 13 de novembro de 2017, não solucionou a controvérsia jurisprudencial acerca do alcance da tese em repercussão geral fixada pelo STF, isto é, se as Convenções internacionais prevaleceriam também em tema de reparação de dano moral. Isso porque, embora no julgamento do RE 636.331, que versava sobre a fixação de teto legal para a indenização de danos materiais por extravio de bagagem, os Ministros tenham, em seus votos, ressalvado a inaplicabilidade do entendimento para a compensação de danos morais,³⁴ no julgamento do ARE 766.618, a decisão de preponderância do prazo de dois anos fixado na Convenção de Montreal se deu justamente para fulminar a pretensão de reparação de danos morais. Em outras palavras, no julgamento conjunto, afirmou-se, de um lado, a inaplicabilidade dos limites legais à compensação de danos morais e, de outro, a incidência do prazo prescricional de dois anos previsto nas Convenções internacionais para a reparação de danos morais. A tese fixada em repercussão geral, a seu turno, refere-se apenas à limitação da responsabilidade, sem indicação específica da espécie de dano, se moral ou patrimonial, a gerar cenário de insegurança jurídica

30 TJRS, Ap. Cív. 70073747495, 1ª C.C., Rel. Des Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, julg. 6.9.2017; TJRS, RC 71006331789, 2ª TRC, Rel. Des. Roberto Behrendorf Gomes da Silva, julg. 21.6.2017.

31 TJSC, RI 03009626620168240091, 1ª TRC, Rel. Des. Laudénir Fernando Petroncini, julg. 28.9.2017.

32 TJDF, Processo 07122224620178070016, 1ª TRC, Rel. Des. Aiston Henrique de Sousa, julg. 1.9.2017.

33 TJSP, Ap. Cív. 1031110-33.2014.8.26.0576, 18ª CDPriv., Rel. Des. Henrique Rodruiguero Clavasio, julg. 3.10.2017.

34 “[...] a limitação imposta pelos acordos internacionais alcança tão somente a indenização por dano material, e não a reparação por dano moral. A exclusão justifica-se, porque a disposição do art. 22 não faz qualquer referência à reparação por dano moral, e também porque a imposição de limites quantitativos preestabelecidos não parece condizente com a própria natureza do bem jurídico tutelado, nos casos de reparação por dano moral” (Trecho do inteiro teor do RE 636.331); “Esclareço que o enfoque se dá apenas quanto aos danos materiais, pois, como ressaltado pelo Ministro Marco Aurélio, quando do início do julgamento deste feito, na sessão de 08.5.2014, a Convenção de Varsóvia não cuidou dos danos morais, não cabendo, nessa perspectiva, estender a estes a aplicação dos limites indenizatórios estabelecidos no mencionado pacto internacional” (Trecho do inteiro teor do RE 636.331).

sobre o tema.^{35,36}

CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor, promulgado no direito brasileiro como concretização do comando de proteção da pessoa humana em situação de vulnerabilidade no mercado de consumo, elevado pela Constituição Federal a direito fundamental (art. 5º, XXXII) e a princípio da ordem econômica (art. 170, V), estabelece, em sua sistemática, o direito básico do consumidor à reparação integral, vedando a limitação do dever de indenizar. Na mesma direção, o CDC contempla o regime objetivo de responsabilidade do fornecedor, dispensando a prova pelo consumidor do elemento culpa. Assegura, ademais, em tema de prescrição, o prazo de cinco anos para o exercício da pretensão de reparação de danos pelo consumidor.

Tais previsões, entretanto, contrastam com a disciplina trazida pelas Convenções de Varsóvia e de Montreal, diplomas internacionais ratificados e promulgados no direito brasileiro que regem o transporte aéreo internacional e estipulam, no âmbito da responsabilidade civil do transportador, tetos máximos de reparação, excluindo o direito do consumidor de obter a reparação integral se o dano sofrido ultrapassar o limite legalmente estabelecido. As Convenções se valem, ainda, do regime da responsabilidade por culpa presumida, regra esta de caráter geral na Convenção de Varsóvia e incidente, na Convenção de Montreal, para os casos de lesão ou morte do passageiro em que a extensão do dano causado seja superior ao montante de 100.000 direitos especiais de saque e para as hipóteses de atraso no transporte aéreo de passageiros, bagagem ou carga. De mais a mais, contemplam as Convenções o prazo prescricional de dois anos para o exercício da pretensão de reparação por perdas e danos, contado a partir da data de chegada ao destino, ou do dia em que a aeronave deveria haver chegado, ou do da interrupção do transporte.

O referido conflito de leis foi objeto de oscilações jurisprudenciais ao longo das décadas. Com a promulgação do CDC em 1990 e o estabelecimento da controvérsia, o posicionamento inicial se direcionou no sentido da prevalência dos documentos internacionais diante do CDC. Nos anos 2000, no entanto, verificou-se mudança na orientação jurisprudencial consolidada, pacificando-se a incidência do CDC em detrimento das Convenções. A tese vigeu desde então até recente decisão do STF, de 25 de maio de 2017, no julgamento do RE 636.331 e do ARE 766.618, que, em nova

35 Em recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, posterior à publicação dos acórdãos do STF, aduziu-se que também a limitação da reparação de danos morais estaria abrangida pela decisão (TJSP, Ap. Cív. 1000725-55.2017.8.26.0008, 20ª CDPriv., Rel. Des. Rebello Pinho, julg. 11.12.2017). De outro giro, em decisão também recente, restringiu-se o entendimento à indenização de danos materiais (TJSP, Ap. Cív. 1013242-78.2015.8.26.0100, 37ª CDPriv., Rel. Des. Sergio Gomes, julg. 12.12.2017).

36 Ressalve-se que foram opostos embargos de declaração em face das referidas decisões no RE 636.331 e no ARE 766.618. O recurso sugere a adoção do seguinte texto para a tese fixada em repercussão geral: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, *sempre que assegurado no caso concreto o princípio da reciprocidade*, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade por danos materiais das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente a Convenção de Montreal, tem prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor nos temas que regulam (*a saber, danos materiais oriundos de morte e lesão de passageiros, danos à bagagem e atrasos*) e o Código de Defesa do Consumidor tem prevalência nos temas não regulados pela Convenção de Montreal, como danos morais por ilícito, por práticas abusivas e proibição de cláusulas abusivas, overbooking e violações a direitos humanos, sendo a Convenção de Varsóvia e seus valores somente a observar se não viola os valores da Constituição Federal” (grifos no original). Em decisão de 19.2.2018, os embargos foram recebidos como agravo interno no ARE 766.618.

guinada jurisprudencial, estabeleceu a aplicabilidade, em caso de conflito, das Convenções de Varsóvia e de Montreal, não já do Código de Defesa do Consumidor.

Conforme analisado, o entendimento exposto no julgamento conjunto pelo STF parece ter se orientado no sentido de fragmentar a incidência das disposições das Convenções de Varsóvia e de Montreal. No transporte aéreo internacional, prevalecem os limites contemplados nas Convenções para a indenização de danos materiais. Por outro lado, tratando-se da compensação de danos morais, afastam-se os tetos legais. O prazo prescricional de dois anos previsto nas Convenções, por sua vez, incide tanto para a pretensão de reparação de danos patrimoniais quanto para a de danos morais. Segundo *obiter dictum* no voto de vista, ademais, a incidência do CDC seria preservada para a inversão do ônus da prova de dolo ou culpa grave do transportador (art. 6º, VIII, CDC).³⁷ O principal fundamento da decisão diz com a incidência do artigo 178 da Constituição da República, que solucionaria o conflito de leis no sentido da prevalência dos documentos internacionais ao estipular: “a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”.

Em análise crítica do tema, todavia, sustentou-se que a solução que melhor se amolda à tábua axiológica constitucional se orienta no sentido da aplicação simultânea das normas pertinentes ao caso concreto, harmonizando-se a incidência do CDC para a tutela do consumidor e a incidência dos documentos internacionais para a regulação do transporte em si naquilo que não conflitar com o diploma consumerista. Isso porque a tutela do consumidor é dotada de *status* constitucional e de especialidade pelo critério subjetivo, referente à proteção da pessoa humana em situação de vulnerabilidade. Deve-se, desse modo, afastar o perigo de criação de microssistemas, permeando o vetor de proteção do consumidor todo o ordenamento jurídico, ainda que a matéria seja regida por lei especial. A ponderação entre a regra prevista no artigo 178 da Constituição e o princípio contemplado nos artigos 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição, se afigura possível e necessária, consoante a metodologia civil-constitucional, devendo prevalecer a norma que se coaduna com os valores do sistema. Alertou-se, ademais, para o perigo de violação à isonomia ao se assegurar a reparação integral ao consumidor em voo interno, mas excluí-la em voo internacional. Destacou-se, de outro giro, a ainda maior sensibilidade da questão quando recai sobre a limitação do dever de reparar danos morais, eis que estes, como decorrentes da violação ao princípio da dignidade, não admitiriam restrições à compensação integral sequer em relações paritárias, quanto mais em relações de consumo, em que a pessoa humana se encontra em situação de vulnerabilidade.

Em derradeiro, cabe destacar que, tratando-se de outros danos que não os decorrentes dos suportes fáticos contemplados nas Convenções (dano à carga, dano à bagagem, atraso e lesão ou morte de passageiro), como os ocasionados por cancelamento de voos, *overbooking*, práticas abusivas, cláusulas abusivas, bem como em tema de bancos de dados, cobranças de dívidas e

37 “A propósito, a título de *obiter dictum*, destaco que o tratado em tela não excluiu a aplicação de regras processuais domésticas (art. 28, nº 2, da Convenção de Varsóvia), motivo pelo qual, à míngua de antinomia, entendo cabível, em demandas entre consumidores e fornecedores do serviço de transporte aéreo internacional, a inversão processual do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do CDC” (Trecho do inteiro teor do RE 636.331).

publicidade, a reparação de danos materiais e morais deverá ser integral, nos termos do CDC, sem que se cogite da incidência das Convenções de Varsóvia e de Montreal, que não cuidam dessas hipóteses, de sorte que, a rigor, inexistente qualquer conflito de lei (BENJAMIN, 2015, p. 32; MARQUES; SQUEFF, 2017).

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. **Trattato di diritto civile**. Milano: Giuffrè Editore, 1999. t. IV.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A invalidade das cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte aéreo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 26, p. 9-17, abr./jun. 1998.

BENJAMIN, Antônio Herman V. O transporte aéreo e o código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 100, p. 23-37, jul./ago. 2015.

BERALDO, Leonardo F. **A responsabilidade civil das companhias aéreas no transporte aéreo internacional**. Disponível em: <https://www.academia.edu/35332387/A_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DAS_COMPANHIAS_A%C3%89REAS_NO_TRANSPORTE_A%C3%89REO_INTERNACIONAL>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BIANCA, C. Massimo. **Diritto civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1994. v. V.

BOBBIO, Norberto. **Teoria dell' ordinamento giuridico**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1960.

BORGES, Mônica Aparecida Canato. O código de defesa do consumidor, a convenção de varsóvia e o novo código civil: tratados internacionais e direito interno, algumas considerações. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 56, p. 90-134, out./dez. 2005.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do transportador na jurisprudência do STF. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 76, p. 112-130, out./dez. 2010.

CAVALCANTI, André Uchôa. **Responsabilidade civil do transportador aéreo: tratados internacionais, leis especiais e código de proteção e defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2014.

COL, Helder Martinez Dal. Os contratos de transporte de pessoas à luz da responsabilidade civil e do novo código civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 804, p. 11-42, out. 2002.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 35, p. 101-119, jul./set. 2008.

FARINA, Juan M. Contratos comerciales modernos: modalidades de contratación empresarial. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005. v. I.

FINATO, Newton Luiz. Contrato de transporte aéreo e a proteção do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 42, p. 173-186, abr./jun. 2002.

GRASSI NETO, Roberto. Crise no setor de transporte aéreo e a responsabilidade por acidente de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 64, p. 109-133, out./dez. 2007.

GRAU, Eros Roberto. Transporte aéreo de passageiros; dano moral causado a passageiro: prevalência do código brasileiro de aeronáutica sobre o código de defesa do consumidor. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 28, p. 22-26, abr./jun. 2005.

GRAU, Eros Roberto. Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

LEVENEUR-AZÉMAR, Marie. Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Paris: L.G.D.J, 2017.

MALINVAUD, Philippe; FENOUILLET, Dominique; MEKKI, Mustapha. **Droit des obligations**. Paris: LexisNexis, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o código de defesa do consumidor - antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 3, p. 155-197, jul./set. 1992.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a.

MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b.

MARQUES, Claudia Lima; SQUEFF, Tatiana de A.F.R. Cardoso. **As regras da Convenção de Montreal e o necessário diálogo das fontes com o CDC**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-21/regras-convencao-montreal-dialogo-fontes-cdc>>. Acesso em: 11 out. 2017.

MELI, Marisa. La disciplina delle clausole abusive nella recente proposta di direttiva sui diritti dei consumatori. In: **Studi in onore di Giorgio Cian**. Padova: CEDAM, 2010. t. II.

MIRAGEM, Bruno. Nota ao artigo 'Transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor', de Antonio Herman Benjamin. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 100, p. 39-42, jul./ago. 2015.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. Dano moral e *homo sacer*: o problema do Enunciado 385 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e sua recente ampliação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 73, p. 129-155, jan. 2017.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua Soubhie. Brevíssimas notas sobre a aplicação da Convenção de Varsóvia-Montreal (e não do Código de Defesa do Consumidor) no transporte internacional aéreo de cargas, inclusive para fins de limitação da responsabilidade indenizatória do transportador. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 24, p. 327-338, jul./dez. 2009.

NORDMEIER, Carl Friedrich. Direito internacional privado – implicações em viagens aéreas internacionais e a situação dos passageiros. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 73, p. 207-223, jan./mar. 2010.

PEDRO, Fábio Anderson de Freitas. A questão da antinomia de normas no transporte aéreo internacional de passageiros: a primazia da Convenção de Montreal. **Revista Forense**, São Paulo, v. 108, n. 415, p. 111-138, jan./jun. 2012.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do código de defesa do consumidor aos administradores de fundos de investimento. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 190-202, jan./mar. 2007.

ROLAND, Beatriz da Silva. **O diálogo das fontes no transporte aéreo internacional de passageiros: ponderações sobre a aplicabilidade da convenção de montreal e/ou do CDC**. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 99, p. 39-70, maio/jun. 2015.

ROSSI, Júlio César. Tutela do direito de ação: CDC vs Convenção de Varsóvia. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo, v. 109, p. 68-74, abr. 2012.

RUPERTO, Cesare. **La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005. libro IV. t. I.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

SCRAMIM, Umberto Cassiano Garcia. Responsabilidade civil no transporte aéreo internacional de pessoas. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 66, p. 173-197, abr./jul. 2016.

SILVA, Daniel Vicente Evaldt; SILVA, Jonas Sales Fernandes da; SANTOS, Júlio Edstron Secundino. Análise da aplicação do código de defesa do consumidor a casos de dano material por extravio de bagagem no contrato de transporte aéreo internacional: um (aparente) conflito de normas jurídicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 108, p. 375-400, nov./dez. 2016.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. São Paulo: Saraiva, 1974.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. III.

TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. X.

TEPEDINO, Gustavo. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. **Revista Forense**, São Paulo, v. 110, n. 419, p. 77–96, jan./jun. 2014.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotá**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

WALD, Arnoldo. A cláusula de limitação de responsabilidade no direito brasileiro. **Revista de direito civil contemporâneo**, São Paulo, v. 4, p. 131-138, jul./set. 2015.

Como citar: CASTRO, Diana Paiva de; OLIVA, Milena Donato. Limitação da indenização no transporte aéreo internacional: análise da recente alteração de posicionamento do Supremo Tribunal Federal. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 3, p. 126-143, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p126. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 22/03/2018.

Aprovado em: 19/07/2018.

**A POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO NOS NEGÓCIOS
JURÍDICOS PROCESSUAIS DOS ENTES LEGITIMADOS À
DEFESA COLETIVA EM JUÍZO**

THE POSSIBILITY OF PARTICIPATION IN THE CONTRACT
PROCEDURE BY THE LEGITIMATE TO COLLECTIVE
PROTECTION IN JUDGEMENT

Carolina Dorta Cardoso *
Luiz Fernando Bellinetti **

Como citar: CARDOSO, Carolina Dorta; BELLINETTI, Luiz Fernando. A possibilidade de participação nos negócios jurídicos processuais dos entes legitimados à defesa coletiva em juízo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 3, p. 144-159, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p144. ISSN: 2178-8189.

*Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)
Graduada em Direito em 2015 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)
E-mail: caroldortac@hotmail.com

**Doutor em Direito em 1997 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)
Mestre em Direito das Relações Sociais em 1985 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)
Graduado em Direito em 1980 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)
E-mail: luizbel@uol.com.br

Resumo: Analisa a possibilidade de figurarem como parte em negócios jurídicos processuais os entes legitimados à defesa dos interesses transindividuais, considerando que, em boa parte das situações, não são eles os titulares do interesse que se almeja proteger na ação coletiva. Deu-se ênfase na concepção inicial dos negócios jurídicos processuais, adentrando-se ao plano de existência dos acordos, com a finalidade de delimitar quem são as “partes” autorizadas a celebrá-lo. Destacou-se essa possibilidade relativamente aos legitimados ativos das ações coletivas, uma vez que eles titularizam as situações processuais que serão objeto de disposição nos acordos processuais. Para obtenção dos resultados, adotou-se o método dedutivo através de pesquisa de legislação e doutrina.

Palavras-chave: Negócios jurídicos processuais. Plano de existência. Parte. Legitimidade.

Abstract: Analyse the possibility of being part of the contract procedure the entities legitimized to defend transindividual interests, considering that in most situations, they are not the owners of the interest that is sought to protect in collective action. Has verified the initial conception of contract procedure, entering into the plan of existence of the agreements, with the purpose of delimiting who are the “parties” authorized to celebrate it. Has included the possibility of their use by the legitimate of collective actions, once they title the procedural situations that will be object of provision in the procedural agreements. For the results, used the deductive method based on legislation and doctrine.

Keywords: Contract procedure. Plan of existence. Parties. Legitimacy.

INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/2015), os negócios jurídicos processuais atípicos foram introduzidos à sistemática processual. Assim, com a utilização dessa modalidade de negociação, os litigantes passam a deter a faculdade de adaptarem o procedimento às especificidades da causa, bem como acordarem acerca de ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. É o que prevê o artigo 190 do diploma processual, ao estatuir uma cláusula geral de negociação processual, a qual amplia significativamente os poderes dos litigantes na conformação do procedimento e das situações jurídicas processuais.

Com a adoção das convenções processuais, o ato irradia efeitos no processo pela vontade dos sujeitos que o praticam. O propósito é a conformidade do processo aos reflexos do direito material, o qual assume distintas peculiaridades quando postulado em juízo.

O artigo 190 do Código de Processo Civil, no entanto, ao introduzir os negócios jurídicos processuais atípicos à sistemática processual, estipula ser lícito às “partes” adequarem o procedimento às especificidades da causa, ou convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ou seja, realizarem negócios jurídicos processuais.

Porém, nem sempre a parte no processo é a mesma da relação jurídica de direito material. Nos interesses transindividuais, por exemplo, os interessados no âmbito do direito material nem sempre serão os mesmos que detêm a legitimidade para propositura das ações coletivas. Por vezes, como ocorre com os interesses difusos, não há sequer como determinar quem são esses interessados.

Sob esse aspecto, ancorada da metodologia dedutiva, embasada em pesquisa doutrinária, buscar-se-á examinar a acepção do termo “parte” inserido no artigo 190 do Código de Processo Civil, se relativo aos sujeitos da relação jurídica material deduzida em juízo, às partes processuais ou, ainda, a um terceiro sentido, próprio e distinto dos anteriores, com a finalidade de verificar a possibilidade de os entes legitimados à defesa coletiva em juízo figurarem como parte em negócios jurídicos processuais, considerando que, em muitas situações, tais entes não serão os titulares do interesse postulado.

Objetiva-se a consecução do proposto através de uma análise inicial dos negócios jurídicos processuais. Após, adentra-se na concepção dos acordos através do plano de existência dos negócios jurídicos, com o escopo de examinar a concepção do termo “parte” inserida no artigo 190 do Código de Processo Civil para, ao final, verificar a possibilidade de participação nos acordos dos entes legitimados à defesa dos interesses transindividuais em juízo.

1 CONCEPÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

O Código de Processo Civil de 2015 prevê a possibilidade de adoção dos negócios jurídicos processuais atípicos. Assim, sob a égide do novo diploma, os litigantes têm a possibilidade de convencionarem a respeito da modificação, extinção e criação de situações jurídicas processuais ou a alteração do procedimento, sem que seja necessária a intervenção de um terceiro.

Fredie Didier Junior e Pedro Henrique Nogueira (2009, p. 57) examinam o teor do instituto:

Tem-se que negócio jurídico processual é fato jurídico processual cujo suporte fático tem como elemento nuclear exteriorização de vontade do sujeito, mediante exercício de autorregramento da vontade, dentro dos limites preestabelecidos pelo sistema, para escolher entre categorias jurídicas processuais e, no que for possível, escolher o conteúdo e a estruturação das relações jurídicas processuais.

Luiz Fernando Bellinetti e Nida Saleh Hatoum (2016, p. 49-71) acrescentam:

Ao que tudo indica, a pertinência e a relevância do instituto residem na possibilidade de as partes convencionarem o procedimento que seja mais adequado às peculiaridades de cada lide e se ajuste às necessidades dos litigantes, na busca de uma prestação jurisdicional mais eficaz à solução do litígio. A título exemplificativo, é possível cogitar convenções procedimentais que autorizem a realização de audiências de conciliação a cada mês, ou que, em sendo necessária a produção de prova pericial, ao menos três laudos serão elaborados por diferentes peritos, na busca de um maior grau de tecnicismo e imparcialidade. As partes também poderão negociar, se assim quiserem, que se o valor da condenação alcançar determinado patamar não será interposto recurso, ou que o ônus da prova será distribuído de maneira diversa à prevista na legislação.

O que se observa é que, a partir da adoção das convenções processuais, as partes detêm maior liberdade de conformarem processo e procedimento às peculiaridades do direito material postulado. É permitido, assim, que os litigantes estabeleçam as melhores circunstâncias, a partir do contexto em que estiverem inseridos e do direito material buscado, para que a prestação jurisdicional seja atingida em sua plenitude, com efetividade (CARDOSO; BERTOLLA, 2017, p. 117-132).

Nessa linha, além dos acordos processuais com objeto já delineado no Código de Processo Civil, sem que seja necessária a regulação pelas partes (CUNHA, 2015, p. 42) – exemplo: acordo de eleição de foro (art. 63)¹; convenções sobre a distribuição do ônus da prova (art. 373, § 3º)² –, o Código de Processo Civil ainda preconiza a possibilidade das partes pactuarem acordos processuais que não se enquadrem nos tipos legais, “estruturando-os de modo a atender às suas conveniências e necessidades. O negócio é engendrado pela parte, não havendo detalhamento legal. Nesse caso, o negócio jurídico é atípico.” (CUNHA, 2015, p. 44).

A possibilidade de adoção dos negócios jurídicos processuais atípicos está estabelecida no artigo 190³, o qual enfatiza que quando a demanda versar sobre direitos que admitam autocomposição, as partes podem convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres

1 Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.

2 Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor [...].

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

3 Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

processuais, antes ou durante o processo.

Assim, o negócio jurídico é uma espécie de fato jurídico, cuja finalidade precípua é a produção de efeitos jurídicos. Conforme leciona Pontes de Miranda (2012, p. 255-256), fato jurídico, num prisma estrutural “é, pois, fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica.” Ou seja, os fatos tornam-se jurídicos quando sofrem a incidência de uma norma jurídica.

É possível, no entanto, que os fatos jurídicos sejam inseridos na realidade a partir de fatos da natureza ou através de atos humanos. Assim, quando a hipótese de incidência tem como elemento um ato humano, o fato pode entrar no mundo jurídico como ato jurídico ou negócio jurídico.

Ambos os institutos estão permeados por uma característica similar, qual seja, a manifestação de vontade capaz de produzir efeitos jurídicos. No entanto, a grande distinção entre eles reside no fato de que, no ato jurídico (em sentido estrito), a manifestação volitiva visa a produção de efeitos jurídicos previamente delineados em lei, enquanto que, no negócio jurídico, os efeitos jurídicos resultam da manifestação de vontade dirigida à obtenção de resultados jurídicos específicos.

Em outras palavras, o ato jurídico poderá ser ato jurídico *stricto sensu*, quando a vontade se limita a compor o suporte fático de certa estrutura jurídica, com efeitos necessários previamente estabelecidos e inalteráveis, ou negócio jurídico, quando a vontade, além de ser o suporte fático da estrutura jurídica, também poderá regular a amplitude, surgimento, permanência e intensidade dos efeitos, sendo que tais efeitos são queridos e até buscados.

Nesse prisma, Antonio Junqueira de Azevedo (2002, p. 16) define negócio jurídico:

Como categoria, ele é fato jurídico (às vezes dita ‘suporte fático’), que consiste em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (as circunstâncias negociais) que fazem com que socialmente essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos; negócio jurídico, como categoria, é, pois, a hipótese normativa consistente em declaração de vontade (entendida esta expressão em sentido preciso, e não comum, isto é, entendida como manifestação de vontade, que, pelas suas circunstâncias, é vista socialmente como destinada a produção de efeitos jurídicos).

É válido ainda colacionar o conceito de negócio jurídico trazido por Marcos Bernardes de Mello (2008, p. 184):

É o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação a qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.

Negócio jurídico, portanto, deve ser visto como um ato de autonomia privada, criado pela

vontade declarada dos indivíduos. O próprio negócio e os efeitos jurídicos dele provenientes são uma decorrência da vontade negocial e de tal sorte são uma fonte criadora de relações jurídicas.

Nesse sentido, retornando-se aos negócios jurídicos processuais, observa-se que, antes da vigência do atual Código de Processo Civil, e da expressa menção aos negócios jurídicos processuais, parcela da doutrina entendia por sua inexistência, sob a justificativa de que os efeitos dos atos processuais seriam sempre resultantes da lei, e nunca da vontade das partes (DINAMARCO, 2009, p. 484). Desse modo, entendia-se que a conduta dos litigantes teria seus efeitos previstos em lei e, por tais razões, o formato padrão para o ato processual seria o ato jurídico estrito previsto em lei (CABRAL, 2016, p. 48).

Por outro lado, a posição pela inexistência dos negócios processuais no Código de Processo Civil de 1973 também teve como fundamento a necessidade de intermediação do juiz para que as declarações produzidas pelas partes no decorrer da demanda pudessem produzir efeitos (PASSOS, 2005, p. 70).

Leonardo Carneiro da Cunha (2015, p. 38) sintetiza as opiniões desfavoráveis a partir da seguinte perspectiva:

Não é sem razão, aliás, que os autores que negam a existência de negócios jurídicos processuais valem-se do fundamento segundo o qual as situações processuais não decorrem da vontade das partes ou de qualquer sujeito do processo, mas de expressas previsões normativas. A vontade das partes seria, então, irrelevante na determinação dos efeitos que os atos processuais produzem. Os efeitos dos atos processuais não seriam, em outras palavras, moldáveis.

Ainda sob a égide do Código de Processo Civil revogado, alguns processualistas entenderam pela existência de negócios jurídicos processuais, a partir de determinadas situações, tais quais: eleição de foro e transação (SANTOS, 2007, p. 291-292), convenção de suspensão do processo (FUX, 2004, p. 433), convenção sobre a distribuição do ônus da prova ou o adiamento da audiência por vontade das partes (MOREIRA, 1984, p. 91). Giuseppe Chiovenda (2002, p. 25), inclusive, delineou a presença de negócios jurídicos processuais unilaterais, adotando como exemplo “as declarações de vontade unilaterais admitidas pela lei no processo com o fim de constituir, modificar, extinguir direitos processuais (renúncias, aceitação de sentença...)”

Hoje, não restam mais dúvidas quanto à existência e possibilidade de adoção dos negócios jurídicos processuais. Conforme delineado, o Código de Processo Civil de 2015 possibilita a utilização das convenções processuais. A ideia que permeia o instituto é justamente “favorecer e prestigiar as soluções de controvérsias obtidas diretamente pelos próprios litigantes” (NOGUEIRA, 2015, p. 90).

Em outras palavras, o Código de Processo Civil vigente trouxe balizas distintas das que permeavam o antigo diploma, verificadas, em especial, nessa possibilidade das partes conformarem o procedimento às especificidades do litígio sem que seja necessária uma homologação judicial a respeito. Isso porque, o “juiz não tem o poder de apreciar a conveniência da celebração do acordo, limitando-se a um exame de validade” (CABRAL, 2016, p. 228).

Registra-se que a vontade das partes tem o poder de conformar o procedimento e as situações jurídicas processuais, no entanto, por óbvio, há um espaço para essa regulamentação. Ao juiz, ainda que não seja possível analisar a conveniência da convenção, caberá a tarefa de velar pelos interesses públicos, evitando que a convenção ultrapasse o limite de disponibilidade conferido às partes.

O que se pretende afirmar, é que o negócio jurídico processual, nos moldes como operado no Código de Processo Civil, ampliou significativamente os poderes das partes na condução do processo. Essas mudanças refletem, inclusive, nos meios com que o próprio processo civil é analisado.

Nesse cenário, Bruno Garcia Redondo (2015, p. 274) enfatiza:

Ditas novidades romperam com o sistema do Código de 1973, ao se basearem em mudanças de paradigma que deve gerar, obrigatoriamente, consequências e conclusões diversas daquelas com as quais o operador do Direito estava acostumado até então. É absolutamente essencial que o intérprete altere, inteiramente, suas premissas, sob pena de esvaziar o potencial e o alcance dessa nova sistemática, o que resultaria em interpretação claramente *contra legem*.

Desse modo, as finalidades do instituto só serão plenamente atingidas, a partir do momento em que o negócio jurídico processual for analisado sob as perspectivas para as quais foi criado. Afinal, as partes, enquanto detentoras do direito material discutido, devem ter a possibilidade de conformarem o procedimento à realidade do litígio, sob pena de desvirtuamento do instituto e, por consequência, ineficácia da prestação jurisdicional.

2 A ACEPÇÃO DO TERMO “PARTE” PREVISTA NO ART. 190 DO CPC

Os negócios jurídicos processuais podem ser examinados sob a metodologia empregada para a análise do negócio jurídico em geral, a partir dos planos de existência, validade e eficácia. Atingidos esses três planos é que se permite verificar se o negócio jurídico será apto a realizar-se plenamente.

Em linhas gerais, afirma-se que no plano de existência o negócio jurídico necessita de elementos, enquanto no plano de validade são necessários requisitos, ou seja, exigências que precisam ser cumpridas para se chegar a um fim e, por último, no plano de eficácia, fala-se em fatores de eficácia, vistos como aquilo que concorre para determinado resultado sem, necessariamente, fazer parte do próprio resultado (AZEVEDO, 2002, p. 30-31).

Para que seja possível delinear as “partes” ou “agentes” capazes de celebrar os acordos processuais, é preciso se ater ao plano de existência, que no entendimento de Antonio Junqueira de Azevedo (2002, p. 32), é onde se encontram os elementos gerais que são comuns a todas as espécies de negócio jurídico e devem estar presentes para que estes possam existir. Sem qualquer um deles, o negócio é inexistente. Negócio inexistente é o que carece de algum elemento essencial para sua formação, sem o qual o negócio sequer se constitui, permanecendo no mundo dos fatos, sem relevância jurídica (AMARAL, 2014, p. 556).

Enquadram-se nos elementos constituintes do negócio jurídico, a forma, sendo esta o tipo de manifestação que irá tomar a declaração; o objeto, entendido como conteúdo do negócio, como as diversas cláusulas de um contrato, por exemplo, e, por fim, as circunstâncias negociais, ou seja, aquilo que caracteriza a essência do negócio jurídico, entendido como o que faz da manifestação de vontade algo visto socialmente destinado a produzir efeitos jurídicos⁴.

Adotando-se essas premissas para análise do plano de existência dos negócios jurídicos processuais, tem-se o primeiro elemento a ser considerado, qual seja, a forma através da qual ele se reveste. O segundo elemento de existência, o objeto, corresponde a todo o conteúdo do negócio jurídico (AZEVEDO, 2002, p. 134) ou, conforme estabelece Francisco Amaral (2014, p. 446), as prestações e comportamentos a que os sujeitos se obrigam quando da celebração do negócio jurídico. No âmbito dos negócios jurídicos processuais, notadamente os atípicos, o objeto corresponde ao processo, ou seja, ao procedimento e às situações jurídicas processuais.

Nas palavras de Flávio Luiz Yarshell (2015, p. 66):

Quando se fala na regulação de condutas, isso é abrangente das posições jurídicas que emergem da relação processual – tal como mencionado pela lei, ao falar em ônus, poderes, faculdades e deveres – e dos atos que resultam do exercício de tais posições. Por outras palavras, é essencial ao negócio processual a regulação, ainda que parcial, da relação jurídica processual ou ao menos do procedimento; respectivamente, os componentes substancial e formal do conceito de processo.

Os negócios jurídicos ainda possuem elementos extrínsecos, os quais, embora não façam parte integrante da essência daquele, não podem ser dispensados. O primeiro deles é o “agente”, já que, sendo o negócio jurídico uma espécie de ato jurídico, que abrange as ações humanas (PEREIRA, 2013, p. 399), é impossível sua ocorrência sem a presença de um agente. O segundo e terceiro elementos são “tempo” e “espaço”, uma vez que, entendendo-se que os negócios jurídicos compõem os fatos jurídicos, percebe-se a impossibilidade de um fato jurídico ocorrer sem que se determine seu momento ou o ponto do espaço em que aconteceu.

No âmbito dos negócios jurídicos processuais, não há grandes polêmicas em relação ao “tempo” ou ao “espaço”. O primeiro pode ser anterior ao processo, para reger um futuro e eventual processo judicial. Também há a possibilidade de celebração das convenções no decorrer do processo, o que, a depender do momento processual em que as partes estiverem inseridas, a margem para autonomia privada tende a decrescer. O espaço, por sua vez, pressupõe a localidade em que o negócio é celebrado (YARSHELL, 2015, p. 67-68).

Quanto ao objeto do negócio jurídico processual, não se deve esquecer que o âmbito de sua incidência se limita às questões processuais, atuais ou futuras. O artigo 190 do Código de Processo Civil, em especial, é atinente exclusivamente ao procedimento e às situações jurídicas processuais (BARREIROS, 2016, p. 215).

A grande questão, no entanto, reside no “agente” do negócio jurídico processual. Isso

⁴ Como exemplo: Um ato de vontade realizado em um palco ou em uma sala de aula não podem ser considerados negócio jurídico, ainda que estejam revestidos de forma e objeto ou dos pressupostos de validade, porque lhes falta essa circunstância negocial peculiar do negócio jurídico que faz com que o ato seja entendido pela sociedade como dirigido para a produção de efeitos jurídicos (AZEVEDO, 2000, p. 122).

porque, o artigo 190 do Código de Processo Civil estipula ser lícito às “partes” adequarem o procedimento às especificidades da causa, ou convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ou seja, realizarem negócios jurídicos processuais.

Porém, nem sempre a parte no processo é a mesma da relação jurídica de direito material. Como já afirmado, nos interesses transindividuais, por exemplo, os interessados no âmbito do direito material não são os mesmos que detêm a legitimidade para propositura das ações coletivas. Por vezes, como ocorre com os interesses difusos, não há sequer como determinar quem são esses interessados.

Sob esse aspecto, é preciso analisar qual a acepção do termo “parte” inserido no artigo 190 do Código de Processo Civil, se relativo aos sujeitos da relação jurídica material deduzida em juízo, às partes processuais ou, ainda, a um terceiro sentido, próprio e distinto dos anteriores.

Sobre o tema, Antonio do Passo Cabral (2016) é enfático ao aduzir não ser correto tratar de modo semelhante as partes do processo e as partes da convenção processual, na medida em que as convenções podem ser celebradas antes da existência de um processo. Ainda, conforme explicita o autor, é possível que em determinada demanda formada em litisconsórcio, somente alguns dos litigantes tenham realizado acordos processuais, de modo que haverá terceiros ao negócio processual que serão parte no processo (CABRAL, 2016, p. 219-220).

Do mesmo modo, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (2016, p. 171) preceitua:

Isso, nada obstante, não exclui a possibilidade de terceiros estranhos ao processo praticarem negócios processuais. O arrematante no processo de execução, que não é parte, ao oferecer um lance para adquirir em hasta pública o bem penhorado, está praticando um autêntico negócio jurídico unilateral de oferta.

Lorena Miranda Santos Barreiros (2016) enfatiza que a acepção do termo “parte” não pode compreender nem a parte material e nem a parte processual, sendo necessária uma conotação própria da expressão. Em sua justificativa, elucida que nos casos de legitimação extraordinária, por exemplo, a parte em sentido material pode não ser a mesma em sentido processual, de modo que “haverá, assim, o legitimado extraordinário de estar compreendido na acepção de parte preconizada pelo art. 190 do CPC/2015, que não corresponde à de parte em sentido material” (BARREIROS, 2016, p. 200-201).

Por outro lado, quanto à impossibilidade da expressão corresponder à parte processual, elucida que, em determinadas situações, um terceiro que não participa do processo pode firmar convenção processual⁵, bem como o próprio órgão jurisdicional pode ser o agente formador de um negócio jurídico processual, hipótese visualizada na calendarização processual, aludida pela autora como “autêntica situação em que o magistrado participa da formação do acordo” (BARREIROS, 2016, p. 202).

⁵ Como exemplo, explicita: “No primeiro caso, tome-se, por exemplo, a situação prevista no art. 109, §1º, do CPC/2015, que versa sobre a sucessão do alienante/cedente pelo adquirente/cessionário, quando houver a alienação da coisa ou do direito litigioso por ato entre vivos. O ingresso do adquirente/cessionário em juízo sucedendo o alienante/cedente demandará conjugação de vontades do adquirente e da parte contra quem o alienante contende, cuidando-se, pois, de negócio processual típico. Observa-se que a celebração do negócio é feita com um terceiro (adquirente/cessionário), sendo efeito desse negócio o seu ingresso no processo, transformando-o em parte.” (BARREIROS, 2016, p. 201).

Em sua conclusão, Lorena Miranda Santos Barreiros (2016, p. 203) afirma:

Deduz-se, assim, que o termo “parte”, para fins do art. 190 do CPC/2015, possui conotação própria, que não se confunde com os conceitos de parte material e parte processual, aproximando-se ao de sujeito processual. Parte do acordo, seja ele celebrado antes ou durante o processo, é quem tenha potencialidade de figurar como sujeito processual ou quem assim já se ache qualificado.

Todavia, sob essa concepção de que a expressão “parte” contida no artigo 190 do Código de Processo Civil faz alusão àqueles que potencialmente possam figurar como sujeitos processuais, é preciso acrescentar um adjetivo ao que se entende por “sujeitos processuais”, na medida em que não se configura adequado afirmar indistintamente que todos os sujeitos processuais possam participar das convenções processuais, em especial as atípicas.

Isso porque, embora Lorena Miranda Santos Barreiros defenda que a acepção do termo “parte” compreende aqueles que potencialmente possam figurar como sujeitos processuais, de modo a abarcar também o órgão jurisdicional na figura do Estado-juiz, entende-se que essa posição não se mostra a mais adequada. “Dessa forma, afora a hipótese particular de fixação de calendário (art. 191), o juiz (órgão judicial) não é agente do negócio.” (YARSHELL, 2015, p. 67).

Com alusão ao posicionamento defendido por Antonio do Passo Cabral, é preciso que ao termo “sujeitos processuais” seja somado o adjetivo relativo à capacidade negocial, o qual não pertence à função jurisdicional.

Nas palavras do autor:

Como afirma Kelsen, a capacidade negocial é o poder jurídico conferido pela ordem jurídica aos indivíduos para, em conformidade com as normas jurídicas gerais e com base em sua autonomia e liberdade, produzirem normas jurídicas individuais. Nesse sentido, a capacidade negocial não é própria da função jurisdicional. Somente os sujeitos que falam em nome de algum interesse possuem capacidade negocial para estipular regras de procedimento ou criar, modificar e extinguir situações jurídicas processuais. Acordos processuais são celebrados por sujeitos que tomam parte a favor de interesses, e não pelo Estado-juiz. (CABRAL, 2016, p. 223-224).

Desse modo, entender a expressão “partes” prevista no artigo 190 do Código de Processo Civil pressupõe verificar quais os agentes capazes de, eventualmente, tornarem-se sujeitos processuais, desde que estes possuam capacidade negocial, vislumbrada na possibilidade de defesa de interesses materiais em juízo.

Assim, embora, a princípio, haja a possibilidade de coincidência entre os agentes que praticam o negócio processual e as partes da relação processual, certo é que, em determinadas situações, estes entes poderão não coincidir. No entanto, é preciso ter em mente a necessidade do “agente”, enquanto elemento de existência, a fim de que a convenção processual possa ser constituída, sem embargo dos demais elementos que constituem os negócios jurídicos.

3 A PARTICIPAÇÃO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS DOS ENTES

LEGITIMADOS À DEFESA COLETIVA EM JUÍZO

Aduzir quem é o “agente” do negócio jurídico processual interliga-se à necessidade de se examinar quem é o ente legitimado a convencionar sobre matéria processual. Isso porque, nem sempre o interessado no âmbito do direito material é o ente legitimado à defesa desse interesse em juízo. É o caso, por exemplo, dos interesses transindividuais, cuja legitimidade ativa deriva do ordenamento jurídico.

Enquanto nas ações individuais, em regra, a legitimidade pertence ao titular do direito violado/ameaçado que, por consequência, busca a tutela jurisdicional com a finalidade de recompor o bem jurídico lesado ou, até mesmo, impedir que a lesão ao seu direito subjetivo se opere, em sede coletiva, a titularidade dos interesses transindividuais nem sempre é delineada com precisão.

Os interesses difusos, por exemplo, pertencem a pessoas indeterminadas que, por mera circunstância fática, estão ligadas com o objeto de proteção. Não é possível delinear a quem pertencem tais interesses, já que os sujeitos são indetermináveis. Nesta, e em todas as outras modalidades de interesses transindividuais, a lei confere legitimidade a um terceiro, que, a princípio, sequer é titular do interesse em discussão, para buscar em juízo uma prestação jurisdicional condizente com o interesse coletivo violado.

Nessa vertente, o legislador delimitou os entes que possuem legitimidade para figurar no polo ativo das ações coletivas, sendo estes, cada qual com sua peculiaridade: órgãos públicos, associações, sindicatos e partidos políticos com representação no Congresso Nacional, União, Estados, Municípios, Distrito Federal, além das entidades e órgãos da Administração Pública direta ou indireta. Registra-se que o Ministério Público ganhou posição de destaque, porquanto sua participação é obrigatória em todas as modalidades de ações coletivas, seja na condição de autor, seja na de *custos legis* (MENDES, 2014, p. 257). Além disso, qualquer cidadão pode promover ação popular, a qual também pode ser instrumento de defesa processual dos interesses coletivos, de modo a coibir atos ou contratos ilegais ou lesivos ao erário (art. 1º da Lei nº 4.717/1965).

Assim, logo de pronto, observa-se que a legitimidade nas ações coletivas não acontece do mesmo modo como em demandas individuais, na medida em que, nestas últimas, em regra, o legitimado é o próprio titular do interesse violado. Já nas ações coletivas, a legitimidade vem expressa nos instrumentos normativos, sendo vedado que um ente diverso do autorizado em lei proceda com o ingresso da ação coletiva.

Nessa linha de raciocínio, surge a necessidade de verificar se os legitimados coletivos à defesa dos interesses difusos têm liberdade para adoção de negócios jurídicos processuais, uma vez que sequer há como determinar a quem pertencem os interesses objeto de tutela.

Antonio do Passo Cabral (2016), quando leciona acerca da legitimidade das partes para convencionarem sobre matéria processual, elucida que “todo ato de disposição tem que partir do sujeito que titulariza a situação processual, ou ao menos daquele que se lhe afirma titular”, uma vez que, segundo o autor, “as partes não estão autorizadas a deliberar senão sobre situações jurídicas que estejam na sua esfera de autonomia” (CABRAL, 2016, p. 269).

Nesse viés, tem-se que a titularidade analisada sob a ótica das convenções processuais

diverge da titularidade do direito material. O ente legitimado a firmar negócio jurídico processual é aquele que detém a titularidade das situações processuais advindas do direito processual, e não do direito material. Afinal, o objeto deste negócio é limitado ao âmbito processual. O direito material, em regra, deve permanecer intacto⁶, ainda que as partes realizem convenções processuais.

Para análise da legitimidade da parte no âmbito dos negócios jurídicos processuais, deve-se, logo de plano, ter em mente “a independência da relação processual quanto à relação substancial” (CHIOVENDA, 2002, p. 279). Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2011, p. 310-315) enfatizam que a relação jurídica de direito processual se distingue da relação jurídica de direito material e, inclusive, afirmam que a relação jurídica processual independe da relação substancial para ter validade.

O que interesse a presente análise, no entanto, corresponde aos sujeitos da relação jurídica processual. Isso porque, “pode-se deduzir na lide uma relação substancial por uma pessoa com respeito a uma outra que não é sujeito daquela relação” (CHIOVENDA, 2002, p. 279). É o que acontece diante dos interesses difusos tutelados mediante as ações coletivas. O sujeito da relação jurídica de direito material não é o mesmo da relação jurídica processual. Em interesses difusos sequer há como delimitar quem é o titular do interesse violado/ameaçado.

Antonio do Passo Cabral (2013, p. 48) resume:

A ultrapassada apreensão civilista do fenômeno processual identificava as partes com os titulares da relação jurídica de direito material alegada e discutida no processo. Naquele modelo privatista, o autor era o credor e o devedor era réu. [...]. Com a constatação de que a relação jurídica processual era diversa daquela oriunda do direito material, bem como a teorização sobre as sentenças de improcedência e as ações declaratórias negativas, tal concepção foi abandonada.

Ou seja, para que seja possível aduzir quem são os entes legitimados à adoção de convenções processuais, ao menos na esfera dos interesses difusos, é preciso voltar a atenção à relação jurídica processual, e não à relação jurídica substancial. Afinal, as convenções processuais terão como objeto as situações vivenciadas no processo e não no âmbito extraprocessual.

Justamente por isso, é possível conjugar os dispositivos do microsistema processual civil que conferem a legitimidade ativa aos entes especificados para propositura da ação coletiva, com o disposto no artigo 190 do Código de Processo Civil, o qual autoriza que as partes convençionem acerca das situações processuais e do procedimento.

As partes ali delimitadas correspondem às partes da relação processual e não da relação de direito material. Como parte da relação processual deve ser entendida aquela que participa do processo, enquanto sujeito parcial do contraditório e que ocupa posição em determinada situação processual, não sendo necessário que integre também a relação jurídica de direito material (DIDIER JUNIOR, 2016, p. 290).

Assim, o artigo 190 do Código de Processo Civil, ao aduzir o termo “partes”, está autorizando e conferindo liberdade para que os legitimados à defesa dos interesses difusos

⁶ Ao menos no âmbito dos interesses difusos, justamente pela natureza indisponível destes.

também convençionem em matéria processual. Ao contrário dos interesses transindividuais, cujo interessado, em determinadas situações, sequer pode ser determinado, nas ações coletivas para sua defesa, os titulares das situações processuais são conhecidos. São as leis do microsistema processual coletivo que conferem a titularidade das situações do processo aos entes determinados à defesa dos interesses transindividuais, quando lhes possibilita que figurem no polo ativo da ação coletiva.

Justamente por isso é que os entes legitimados à defesa dos interesses coletivos em juízo podem ser vistos como partes, nos termos do art. 190 do CPC, e em razão disso poderão eventualmente firmar negócios jurídicos processuais, não lhes podendo ser negada essa possibilidade em face de eventual alegação de que não são titulares dos interesses em exame no processo. Essa possibilidade deriva dos próprios instrumentos normativos relacionados ao processo civil coletivo, os quais consignam taxativamente quais os entes legitimados à defesa coletiva em juízo. Assim, o que se verifica é a necessidade de analisar as convenções processuais com os olhos voltados para o processo em que estas serão celebradas e não a partir das perspectivas do direito material, o qual sequer é objeto desta espécie de negócio jurídico.

Evidentemente, além dessa questão ora examinada, remanesce ainda como tema de importante reflexão, verificar o âmbito de negociação possível a esses legitimados, em razão da natureza dos interesses que serão objeto do processo, matéria que não é objeto deste trabalho.

CONCLUSÃO

Com o objetivo de garantir que os litigantes tenham maior participação na conformação do processo às situações carentes de tutela, o Código de Processo Civil de 2015, através de seu artigo 190, inovou ao introduzir os negócios jurídicos processuais atípicos, que possibilitam que as partes convençionem acerca de ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Em tal contexto, verificou-se que o termo “parte” inserido em mencionado dispositivo corresponde aos agentes capazes de, eventualmente, tornarem-se sujeitos processuais, desde que estes possuam capacidade negocial, vislumbrada na possibilidade de defesa de interesses materiais em juízo. Isso porque, não se pode entender que o termo “partes” inserido no artigo 190 corresponda a todo ente capaz de se tornar sujeito processual, na medida em que o Estado-juiz, considerado um dos sujeitos da relação processual, não tem capacidade negocial para celebrar acordos processuais.

Outrossim, a partir de tal entendimento, vislumbrou-se a possibilidade de que os entes legitimados à defesa coletiva em juízo, ainda que não sejam os titulares dos interesses transindividuais objeto de proteção, podem ser reconhecidos como legitimados para figurarem como parte nesses acordos processuais.

Em um primeiro momento, porque mencionados entes se tornarão sujeitos processuais em eventual e futura demanda coletiva, ao passo em que também detêm capacidade negocial, eis que são eles os responsáveis por defender os interesses transindividuais em juízo. Em um segundo aspecto, é possível a celebração dos acordos processuais pelos legitimados coletivos, porquanto, embora em parcela das situações não seja possível delimitar sequer o titular dos interesses coletivos,

como acontece com a modalidade dos interesses difusos por exemplo, nas ações coletivas para sua defesa os titulares das situações processuais são conhecidos, já que são as leis do microsistema processual coletivo que conferem a titularidade das situações do processo aos entes determinados à defesa dos interesses transindividuais, quando lhes possibilita que figurem no polo ativo da ação coletiva.

Por tal razão os entes legitimados à defesa dos interesses transindividuais em juízo não podem ter negada a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais sob o fundamento de que não detém a titularidade dos referidos interesses. Quem lhes confere essa possibilidade são os próprios instrumentos normativos relacionados ao processo civil coletivo, os quais consignam taxativamente quais os entes legitimados à defesa coletiva em juízo e, portanto, lhes assegura a titularidade das situações jurídicas processuais que serão objeto da convenção processual.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

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

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: JusPodivm, 2016.

BELLINETTI, Luiz Fernando; HATOUM, Nida Saleh. Aspectos relevantes dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 260, p. 49-71, out. 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo, legitimidade ad actum e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013. v. 1, p. 43-95.

CARDOSO, Carolina Dorta; BERTOLLA, Luana Michalski de Almeida. A influência das convenções processuais no processo civil: a autonomia das partes na conformação do procedimento frente ao protagonismo do juiz. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 26., 2017, Brasília. **Anais...** Brasília, 2017. p. 117-132.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 25, v.3.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**.

- In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2.
- FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meio de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo II. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval, Marcos Ehrhardt Jr
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. In: _____. (Org.). **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 87-98
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil Brasileiro. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; CABRAL, Antonio do Passo. **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 1). Cap. 4.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1.
- REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: processo de conhecimento. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?

In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015. Cap. 3.

Como citar: CARDOSO, Carolina Dorta; BELLINETTI, Luiz Fernando. A possibilidade de participação nos negócios jurídicos processuais dos entes legitimados à defesa coletiva em juízo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 3, p. 144-159, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p144. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 24/08/2018.

Aprovado em: 24/09/2018.

EL DESARROLLO DEL SISTEMA DE REPARACIÓN DE LOS DAÑOS ENTRE CÓNYUGES EN EL DERECHO ESPAÑOL

THE DEVELOPMENT OF THE SYSTEM OF REPAIR OF DAMAGES
BETWEEN SPOUSES IN SPANISH LAW

Yasna Elizabeth Otarola*

Como citar: OTAROLA, Yasna Elizabeth. El desarrollo del sistema de reparación de los daños entre cónyuges en el derecho español. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 3, p. 160-180, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p160. ISSN: 2178-8189.

* Doutora em Direito em 2015 pela Pontificia Universidad Católica de Chile (UC - CL).
Mestre em Ciência Jurídica em 2010 pela Pontificia Universidad Católica de Chile (UC - CL).
Graduada em Direito em 2002 pela Universidad de Talca (UTALCA- CL).
E-mail: yotarola@uandes.cl

Resumen: El artículo analiza y evalúa el desarrollo que ha experimentado el Derecho español respecto de la admisión de la reparación del daño provocado por el incumplimiento de los deberes matrimoniales con el objeto de determinar si el sistema acepta la indemnización y, por ende, si ha incorporado el principio de la reparación en el Derecho Matrimonial español.

Palabras claves: Responsabilidad civil- Incumplimiento marital- Indemnización de perjuicios.

Abstract: The article analyzes and evaluates the development that Spanish Law has experienced regarding the admission of compensation for the damage caused by the breach of matrimonial duties to determine if the system accepts the compensation and, therefore, if it has incorporated the principle of the repair in Spanish matrimonial law.

Keywords: Civil liability- Marital breach- Compensation for damages

INTRODUCCIÓN

En el Derecho Español, los pronunciamientos jurisprudenciales en los que se concede una indemnización a favor del cónyuge que ha sufrido daño por el incumplimiento de los deberes conyugales por parte del otro se han caracterizado por proporcionar una protección limitada, solo para algunos tipos de daños que se dan en circunstancias y con requisitos muy concretos. Y si bien en un primer momento los jueces se mostraron reacios a resarcir este tipo de daños, al estimar que aquellos que eventualmente podían desencadenarse de tal transgresión no son indemnizables, en la actualidad esta doctrina, al parecer, ha cambiado.

Sobre la base de una interpretación limitada del criterio general de imputación de responsabilidad, esto es, la culpa, sin distinción de grados, según resulta del artículo 1902 del Código Civil español, se ha resuelto que en el Derecho de Familia únicamente serán resarcidos aquellos daños que, originados en el ámbito matrimonial, su producción obedece a que el autor del hecho ha incurrido, no en una diligencia media, sino en dolo o culpa grave, pues de otro modo los tribunales se verían obligados a conocer de demandas de indemnización de perjuicios basadas en la alegación de incumplimientos triviales de las obligaciones conyugales (CARRASCO, 2008; LLAMAS POMBO, 1999).

A esta interpretación se agrega una objeción nacida no solo de la jurisprudencia, sino también de una parte importante de la doctrina que, en ese momento, advertía que si bien dicha infracción es capaz de producir daños patrimoniales y no patrimoniales –morales– distintos del mero incumplimiento, no es posible aplicar las normas que regulan la responsabilidad contractual. Primero, porque el matrimonio no es un contrato y los deberes conyugales no son obligaciones que emanen de él, sino tan solo las consecuencias o efectos jurídicos expresamente tipificados por el legislador, segundo, debido, especialmente, a que entiende que los deberes conyugales, si bien tienen reconocimiento jurídico, su contenido es más ético y social, lo que conlleva a que su cumplimiento dependa más de la conciencia de los individuos que de su coercibilidad jurídica, determinando de forma contundente que la infracción de dichos deberes no origina ningún derecho a indemnización.

En este contexto, se ha propuesto analizar y evaluar el desarrollo que ha experimentado el Derecho español respecto de la admisión de la reparación del daño provocado por el incumplimiento de los deberes matrimoniales con el objeto de determinar si el sistema acepta la indemnización y por ende ha incorporado el principio de la reparación en el Derecho Matrimonial español.

En ese empeño, en primer lugar, se describe la posición inicial de la doctrina y la jurisprudencia respecto a la posibilidad de reparar a través de la indemnización el daño provocado por el incumplimiento matrimonial. En segundo lugar, las razones que, con posterioridad a la reforma del año 2005, justifican que los tribunales hayan decidido condenar a pagar una indemnización. Finalmente, se analiza el asidero de las objeciones que pretender limitar la reparación.

1 LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA

En tal sentido, ha de admitirse que no existe acuerdo unánime en la doctrina española en torno a las objeciones que en principio ha planteado la jurisprudencia, esto es, la naturaleza no jurídica de los deberes conyugales; los criterios de imputación necesarios para indemnizar el daño provocado por el incumplimiento de los deberes matrimoniales; la aplicación exclusiva de las acciones de Derecho de Familia y la vía para exigir la indemnización.

En este contexto, un grupo de autores opina que los deberes conyugales son obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico a través de normas pertenecientes al Derecho de Familia. De lo contrario, no tendría razón que el Código Civil los incluyera entre los efectos del matrimonio, ni que legalmente fueran calificados como tales por los artículos 67 y 68 de dicho texto legal que, al enunciarlos, habla de que los cónyuges “deben” o “están obligados” a cumplirlos. Precisamente, agrega que la significación jurídica de tales deberes es la razón por la cual los contrayentes tienen que asumirlos, al tiempo de prestar su consentimiento, y que su transgresión genera, como cualquier otra obligación, el deber de reparar a través de la indemnización si se ha causado un daño patrimonial o moral (NOVALES ALQUEZAR, 2006; DE VERDA Y BEAMONTE, 2003).

A mayor abundamiento, se ha esgrimido que el matrimonio restringe en su ámbito la expresión de la personalidad de cada cónyuge, quien, en cierta medida y libremente, deja de serlo, precisamente porque, como expresa Rogel Vide (2005, p. 562) “en la concepción europea tradicional, marido y mujer se hallan vinculados en una comunidad total e íntima –‘consortium omnis vitae’– al cual ha de subordinarse la espontaneidad y el arbitrio de los partícipes.” En consecuencia, si los cónyuges –según Rogel– han contratado al celebrar el matrimonio y, por lo tanto, han quedado vinculados jurídicamente entre sí, la idea de vínculo sugiere, inmediatamente, que se está obligado a llevar a cabo un comportamiento determinado a favor de otra u otras personas; quien se casa, está renunciando voluntariamente a la libertad y quien desea recuperarla debe indemnizar el daño que pueda provocar al otro.

De acuerdo con las normas generales de responsabilidad civil, en estas situaciones deberán aplicarse las reglas sobre el incumplimiento de las obligaciones contractuales y, en último término, las relativas al ilícito civil, porque el matrimonio si bien es *intuitu personae* y personalísimo, en un sentido amplio es un contrato, es decir, como acuerdo de voluntades; pero no en su acepción rigurosa, que se reduce a los acuerdos de voluntades en materia patrimonial. Esta es la razón por la que no puede reclamarse el cumplimiento mediante su imposición coactiva por parte del Estado, en concreto, a través de la ejecución forzada de las obligaciones.¹ Por otra parte, incluso en el ámbito de los negocios de carácter patrimonial, se excluye la ejecución de las obligaciones contractuales en los casos en los que la naturaleza de la obligación o su carácter personalísimo hacen inviable tal ejecución (PASTOR VITA, 2005, p. 33).

En este orden de cosas, tal carácter sitúa el incumplimiento de los deberes matrimoniales

¹ Respecto de los artículos 67 y 68 del Código Civil español, se ha señalado que aunque, “en los mismos se hable de los deberes de los cónyuges, [...] lo cierto es que difícilmente puede constreñirse al cumplimiento de unas y otros, al margen de que, en no pocas ocasiones, el incumplimiento no sea ni tan siquiera constatable, por producirse al interior de las conciencias. Ciertamente, las conductas más contradictorias con los dichos deberes y con los buenos tratos que, de su cumplimiento se derivan para los cónyuges son sancionables, tienen consecuencias en la vía civil e incluso, en la penal.” (ROGEL VIDE, 2005, p. 563).

dentro del amplio espectro de la responsabilidad civil contractual u obligacional, que comprende otros supuestos distintos del contrato en sentido estricto, siempre que haya un ligamen o vínculo jurídico previo, cualquiera que sea su fuente. Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior no debe descartarse la facultad de demandar por dicha vía la reparación del daño moral sufrido por el incumplimiento de los deberes matrimoniales, considerando, además, la general aceptación que hoy en día tiene la reparación de ese daño en sede contractual.

Otros, en tanto, si bien comparten la tesis de aceptar la indemnización, la han matizado, señalando que en la medida en que el incumplimiento origine un daño que se pueda reputar como injustamente causado, aunque los deberes jurídicos no tengan carácter patrimonial, podrá ser resarcido a través de medios o instrumentos que logren la satisfacción económica, si se dan los requisitos para exigir responsabilidad (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, 2002). De este modo, la transgresión de los deberes matrimoniales sí puede originar un daño moral susceptible de ser indemnizado en sede extracontractual, pero dependerá del caso concreto, y más bien considerando los factores de gravedad, reiteración y consecuencias que deriven de ella, si se vulneran derechos o bienes del otro cónyuge dignos de tutela jurídica. El criterio de imputación, en este caso, a diferencia del de la responsabilidad civil, según resulta del artículo 1902 del Código Civil, es el dolo o al menos la culpa grave, según se desprende de la regulación establecida para las situaciones de familia en el Derecho español.²

Finalmente, respecto de si pudiese aplicarse igualmente, al menos como posibilidad teórica, la normativa general de la responsabilidad civil extracontractual, artículos 1902 y siguientes del Código Civil español, no obstante, los supuestos en que este prevé acciones que otorgan una forma especial de resarcimiento, se considera que es posible, aunque tal aplicación no ha de ser automática, sino matizada en virtud de las características propias del ámbito familiar. Todo ello porque no todo el daño efectivamente causado con la nulidad, la separación o el divorcio entre cónyuges es objeto de compensación económica mediante los artículos 97 y 98 del Código Civil español. Con el artículo 98 solo se indemnizan daños materiales al cónyuge de buena fe que sufre la nulidad; igualmente, el artículo 97 solo repara de forma limitada los daños patrimoniales y exclusivamente aquellos que sean resultado del desequilibrio económico que resulte de comparar la situación anterior y posterior al divorcio. Y tampoco contempla los daños morales, tales como los perjuicios de naturaleza psicológica y espiritual que inevitablemente puede producir la ruptura matrimonial.³ De esta manera, las normas de responsabilidad civil pueden complementar la

2 Aunque la segunda tesis sostiene que la responsabilidad civil en el ámbito familiar no solo se origina cuando el agente del daño ha incurrido en dolo, sino también cuando ha incurrido en culpa grave. Tal posición encuentra apoyo en ciertos preceptos del ordenamiento jurídico español que regulan daños entre cónyuges, vigente el matrimonio y que se rigen por la sociedad de gananciales: artículos 1390 y 1391 del Código Civil. Sin embargo, algunos consideran que de estos preceptos no puede derivarse la regla general sobre los criterios de imputación de responsabilidad civil aplicables a cualquier daño entre familiares. Fundamentalmente porque este tipo de preceptos del Código Civil, ubicados en la normativa reguladora del Derecho de Familia, que prevén el resarcimiento del daño como medida, solamente cabe aplicarlos al supuesto especial que regulan, que suele ser muy concreto (RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2011). Concuerdan con los criterios de imputabilidad (NIETO ALONSO, 2006; GARCÍA DE LEONARDO, 2006; FERRER RIBA, 2003).

3 Tras la nueva redacción del artículo 97 del Código Civil por la Ley 15-2005, de 8 de julio, estas conclusiones acerca de su cobertura limitada de los daños no han variado, sino que se han reforzado. De los debates parlamentarios en los que se aprueba finalmente la citada ley se deduce, sin ninguna duda, que no se indemnizan los daños morales ocasionados por el incumplimiento de los deberes matrimoniales. Durante dichos debates se rechaza la enmienda

protección limitada que el Derecho de Familia entrega.

En definitiva, dada la protección limitada y que ningún precepto del Código Civil restringe las acciones ejercitables a las señaladas en el Derecho de Familia, se afirma que se puede solicitar la indemnización de los daños morales y patrimoniales originados por la separación o el divorcio, no cubiertos por estos preceptos, en particular el incumplimiento de los deberes matrimoniales.

2 LA JURISPRUDENCIA

La doctrina favorable a admitir la indemnización por el daño provocado por el incumplimiento de los deberes matrimoniales ha tenido un reflejo más bien escaso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Dejando aparte los casos de responsabilidad civil derivada de la comisión de delitos o faltas y de los supuestos vinculados a la infracción de los derechos de la personalidad, con respecto a los deberes conyugales se ha limitado a reclamaciones de exmaridos por incumplimientos del deber de fidelidad conyugal por sus cónyuges, que habían dado lugar a la concepción de hijos que durante un tiempo ellos habían creído suyos y que posteriormente resultaron no serlo.

En tales decisiones, el máximo tribunal ha señalado que la infidelidad conyugal, si bien constituye una infracción merecedora de innegable reproche, no es susceptible de generar derecho a reparación económica alguna, en concepto de daños morales. Sin embargo, en la primera sentencia dictada por aquel, y al menos de forma indirecta, ha logrado sentar las bases para establecer un principio de indemnización del daño provocado por el incumplimiento de los deberes matrimoniales si el cónyuge infractor que ha provocado el daño ha actuado con dolo.

Dichas sentencias corresponden a las dictadas el 22 y 30 de julio de 1999. Ciertamente es que la fundamentación jurídica de una y otra no son enteramente coincidentes. En la primera, el Tribunal Supremo rehúsa condenar a la mujer sobre la base del artículo 1902 del Código Civil porque no aprecia una conducta dolosa de su parte.⁴ Así, la sentencia del máximo Tribunal rechaza la pretensión indemnizatoria del padre engañado por haberle ocultado la paternidad, ya que señala que no puede imputarse dolo a la mujer. Esto dio lugar a un recurso ante el Tribunal Constitucional, que no se pronunció sobre el fondo del asunto. Mientras que la segunda sentencia estableció la doctrina de que el incumplimiento de los artículos 66, 67 y 68 del Código Civil, que se refieren a los derechos y deberes de los cónyuges, solo determina la ruptura de la unión, no una reparación indemnizatoria y mucho menos basada en el artículo 1101 del mismo texto, que concierne a la responsabilidad contractual.⁵

Así, aunque en ambas resoluciones se determina el incumplimiento de los deberes número 35 al articulado del Proyecto de Ley 121-00016 por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio, presentada en el Congreso de los Diputados por el grupo parlamentario mixto, en la que se propone añadir en la redacción dada al artículo 97 del Código Civil, a la hora de fijar la pensión compensatoria, el incumplimiento de las obligaciones y deberes conyugales. VIII legislatura, BOCG, Congreso de Diputados, serie A: Proyectos de Ley, n. 16-18, 15 mar. 2005, p. 30-31.

4 El artículo 1902 del Código Civil español señala que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a indemnizar el daño causado” (ESPANHA, 1889).

5 SSTS, 1ª, 22 de julio 1999, FD 3º (RJ 5721) y 30 de julio de 1999, FD 4º (RJ 5726).

matrimoniales, no se da lugar a la indemnización. El mérito, en consecuencia, es que desde que se dictaron estas dos sentencias –hace ya más de diez años– se han pronunciado numerosas decisiones en apelación en casos de este mismo tipo. En general, se aprecia que las Audiencias Provinciales han acatado la doctrina del Tribunal Supremo en lo relativo a que no es indemnizable el daño moral provocado por la infidelidad conyugal; sin embargo, igualmente conceden la indemnización sobre la base de la sentencia de 22 de julio de 1999 respecto a la conducta dolosa de la mujer al ocultar la verdadera paternidad, pues ha sido interpretada por casi todas ellas –salvo la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 30 de septiembre de 2003– como una posibilidad de atribuir responsabilidad al cónyuge infiel si se demuestra este factor de imputabilidad.

En efecto, en el primer caso referido, el marido solicita indemnización por el daño moral sufrido por haberle ocultado la verdad sobre su paternidad y por los alimentos otorgados al hijo que creía suyo durante 15 años. Desestimada la demanda, el marido recurrió ante el Tribunal Supremo alegando la infracción, por inaplicación del artículo 1902 del Código Civil, y argumentando en los hechos que se había visto sometido a un procedimiento de impugnación de paternidad en el que su cónyuge reconoció que había mantenido relaciones extramatrimoniales y que de ello había resultado el nacimiento de un hijo que consideraba propio y que no lo era. Dicha situación le ocasionó “unos daños morales innegables al haber sido humillado y lesionado en su honor y dignidad”. El Tribunal Supremo estimó que si bien la mujer podía tener sospechas de que el hijo que esperaba no era de su cónyuge, nunca tuvo “un conocimiento pleno y de total certidumbre” y concluyó que, al no haber dolo por parte de esta, no podía accederse a ninguna de las pretensiones del marido.⁶

En la segunda sentencia, que se dicta unos días después, el 30 de julio de 1999, el tribunal se refirió a un supuesto de hecho muy parecido. En la acción impetrada por el marido contra su excónyuge, se solicita indemnización basado en la infracción de los artículos 67 y 68 del Código Civil español,⁷ en particular por la violación del deber de fidelidad, amparado en el artículo 1101 del texto legal citado, y en la ocultación de la paternidad;⁸. Ello se ve impulsado por el hecho de la impugnación de la paternidad de los hijos matrimoniales, solicitada por la excónyuge y madre, después de haberse producido la separación matrimonial y posterior divorcio por cese efectivo de la convivencia; el actor, entre las pretensiones, también reclama una cantidad por los alimentos prestados a quienes resultaron no ser sus hijos. La demanda fue acogida parcialmente por el tribunal de primera instancia, pues consideró que el actor había sufrido un engaño sobre los que creyó que eran sus hijos, por lo que había pasado de tener familia a no tenerla, con el sufrimiento psíquico y espiritual que ello conllevaba. Dicho fallo fue objeto de apelación a petición exclusiva de la mujer, la Audiencia Provincial acogió íntegramente el recurso, rechazando en definitiva la pretensión. El

6 SSTS, 1ª, 22 de julio 1999, FD 3º (RJ 5721) y 30 de julio de 1999, FD 4º (RJ 5726).

7 Los artículos 67 y 68 del Código Civil español establecen, respectivamente, que “el marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia” y que “los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente”. (ESPANHA, 1889)

8 El artículo 1101 del Código Civil español señala que “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquélla”.(ESPANHA, 1889).

marido presentó recurso de casación, fundado en la infracción de los artículos 67 y 68 del Código Civil en relación con el artículo 1101. Respecto de los primeros, el exmarido señalaba que el deber de fidelidad “es una obligación contractual, que tiene su origen en el contrato de matrimonio y que la esposa viene obligada a cumplir”. En cuanto a los daños morales, indicaba “no solo que ha vivido en engaño permanente, sino que el resultado final del propio engaño ha sido la pérdida de los hijos, así como un sufrimiento psíquico o espiritual de ver venirse abajo todos sus proyectos”.

Frente a este planteamiento, el Tribunal Supremo hace suya la argumentación del tribunal de apelación y asevera que “indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social”, desaprobación que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten el deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla la legislación española es la de estimar la ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82, pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que de ningún modo es posible abarcar dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97, como tampoco su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales en razón de la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar; discurrendo “que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna”, lo cual origina la imposibilidad de atribuir al tribunal a quo haber infringido los artículos 67 y 68, en relación con el artículo 1101 del Código Civil español.⁹

Ha de resaltarse de los argumentos de la primera sentencia que el tribunal rechaza la pretensión porque la mujer demandada no había ocultado intencionalmente la verdad a su marido, mientras que en la segunda resolución sí lo sabía, pese a lo cual el Tribunal Supremo considera este hecho como irrelevante, pues el daño reclamado está íntimamente vinculado a la infracción del deber de fidelidad y la propia sentencia declara expresamente que no produce la obligación de indemnizar el daño moral provocado al otro cónyuge. Por lo tanto, la posición del Tribunal Supremo en esta segunda sentencia es clara en el sentido de negar la indemnización solicitada, aludiendo a la aplicación exclusiva de las sanciones o efectos expresamente previstos por el legislador para el incumplimiento de los deberes conyugales y a la proliferación de demandas, en circunstancias de que lo que pretendía el demandante era la reparación de los daños a consecuencia de la infracción de tales deberes jurídicos.

A partir de ahí se establece que no ha de indemnizarse el daño moral provocado por el incumplimiento del deber de fidelidad, porque falta la conducta dolosa de la mujer, tendiente a ocultar la identidad del padre del menor nacido fuera del matrimonio y, por ende, el principio de que para reparar los daños entre cónyuges, éstos han de ser cometidos con dolo, de manera que los daños culpables no se indemnizan.

La explicación de ello, según apunta Rodríguez Guitián (2011, p. 738), radica en que si bien

⁹ El artículo 1101 del Código Civil español. (ESPANHA, 1889).

en el ordenamiento español el artículo 1902 del Código Civil exige culpa o negligencia y no dolo, en las relaciones familiares no se aplica esta disposición, sino que se requiere un agravamiento de la responsabilidad. Roca, en cambio, duda que este sea el motivo para negar la indemnización, pues como se ha visto en la segunda decisión, sí hay dolo de la ex esposa, ella inicia el procedimiento de impugnación de la paternidad y aun así se rechaza, aunque a través de argumentos distintos, consideran que es sólo para evitar demandas triviales y basadas en incumplimientos menores (ROCA TRÍAS, 1999, p. 561).

Sin embargo, si bien en este caso no hay dolo en la ocultación del hecho a su marido en cuanto la mujer no conoce a ciencia cierta la verdadera paternidad del hijo, no es menos cierto –se ha dicho– que, si se tiene una aventura fuera del matrimonio sin poner los oportunos impedimentos para una futura procreación, se entra en el abanico de posibilidades de un embarazo extramatrimonial (RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2003, p. 65).

De ambas ha primado la tesis de que en estos supuestos de ocultamiento de la verdadera paternidad del hijo por parte del cónyuge infiel, el dolo se equipara a la culpa grave y no cabría sino aplicar –en ambas hipótesis– los efectos de la responsabilidad civil contemplados en el ordenamiento jurídico español (FARNÓS AMORÓS, 2007; MENDOZA ALONZO, 2011; ROMERO COLOMA, 2012).

2.1 Los fundamentos de la admisibilidad por las Audiencias Provinciales

La admisión de la indemnización ha sido adoptada con posterioridad por la jurisprudencia emanada de las Audiencias Provinciales que, con inéditas sentencias, han acogido la indemnización del daño moral en el ámbito de los deberes conyugales.

Dichas sentencias tratan del adulterio de la mujer, de la ocultación de la paternidad de los hijos que el demandante creía suyos y el posterior descubrimiento de la verdadera filiación; además de la devolución de los alimentos que hasta entonces habían sido pagados.

En efecto, mediante estas primeras resoluciones, los tribunales de apelación van a conceder por primera vez la indemnización por daños de orden extrapatrimonial en casos de incumplimiento de los deberes matrimoniales, acudiendo a la responsabilidad extracontractual, según lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil español. Estas decisiones son, sin duda, destacables, pues admiten la extensión de la responsabilidad civil, sin que exista norma alguna que lo acoja. Además, que constituyen el recipiente sobre el que se vierte –a contrario sensu– el principio establecido por la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1999, ya citada, de que se requiere la conducta dolosa de los demandados. Sin embargo, se advierte que esta condición de responsabilidad deviene en otorgarle un cierto carácter sancionatorio a la indemnización, pues en general se concede ante el ocultamiento de la paternidad; la procreación de hijos de manera negligente; el no haberse realizado –ante la duda– las pruebas de paternidad en forma inmediata y la concepción de hijos extramatrimoniales.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de

2004,¹⁰ relativa a una demanda impetrada por el marido contra su exesposa y contra el verdadero padre de tres de los cuatro hijos nacidos durante el matrimonio, se distingue, por un lado, la cuestión de la infidelidad conyugal, respecto a la cual se rechaza la indemnización y se dice compartir plenamente la doctrina del Tribunal Supremo de 1999. En cambio, respecto a la ocultación de la verdadera paternidad de los hijos presuntamente matrimoniales, concluye que los demandados incurrieron en “negligencias en sus relaciones íntimas, ya que conocían que los métodos anticonceptivos que utilizaban no eran seguros”. Además, les imputa una conducta dolosa consistente en ocultar la verdad sobre la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio, permitiendo que se inscribiesen en el Registro Civil como hijos del demandante y que pasaran a formar parte de su familia, situación que mantuvieron durante más de seis años. La sentencia concluye condenando al pago de una cantidad de dinero en concepto de daños morales al considerar que, en este tipo de casos, el “sufrimiento puede ser superior al de la muerte de los menores, al no poder elaborar el duelo como respuesta a la pérdida sufrida”.¹¹

Las sentencias posteriores siguen la misma línea argumentativa; estiman que hay dolo por parte de la mujer, ya que oculta al marido la verdad sobre la paternidad de los hijos, condenando en ocasiones, junto a la exesposa, al verdadero padre de los hijos atribuidos al demandante. Todas parecen mantener, sin duda, que la mera infidelidad no es un daño indemnizable y que únicamente lo son los derivados de la ocultación de la paternidad del hijo.¹²

En ese sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 5 de septiembre de 2007 se pronuncia sobre la acción de indemnización solicitada por el marido por los daños morales padecidos al conocer que el último de sus hijos no era suyo, alegando una sensación de pérdida asimilable a la muerte de este.¹³

Con posterioridad, se dictan las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz de 3 de abril de 2008 y de Murcia de 18 de noviembre de 2009.¹⁴ La primera concede indemnización

10 En la sentencia, el marido de la cónyuge formuló demanda de juicio declaratorio ordinario contra quien fuera su esposa, reclamando una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de que tres de los cuatro hijos que creía suyos y concebidos durante el matrimonio eran, en realidad, hijos biológicos de otro hombre. La Audiencia Provincial estableció, respecto al hecho de la infidelidad, que esta no es indemnizable. Sin embargo, admitió el resarcimiento del daño moral causado por la actuación negligente de los demandados en la concepción de los hijos y por la ocultación dolosa de la paternidad y su falsa atribución al marido, condenándoles solidariamente al pago de 100.000 euros al demandante. Indemnización a un hombre por el daño moral sufrido tras descubrir que no era el padre de 3 de los 4 hijos nacidos durante el matrimonio. Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7ª, 2 nov 2004. La Ley. Sentencia del día nº 59 de 13 de enero 2005, pp. 7-13. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7ª, 02.11.2004,nº597/2004.

11 Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7ª, 02.11.2004,nº597/2004.

12 Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 3ª, nº 389-2009. JUR/2010-79320. Sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 2ª, nº 1-2007. JUR/2007-59972 y de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, nº 27-2007. JUR/2007-323682. Más recientemente, Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5ª, nº 262-2009. AC/2010/60. Otras sentencias acaban absolviendo a la esposa, pero por falta de pruebas de su conducta dolosa. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, nº 510-2005. JUR/2006-163268. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 14ª, nº 597/2008. AC/2009/93, y de la secc. 18ª, nº 472-2009. JUR/2009/464365.

13 Se indemnizó a un padre que descubre no serlo en realidad. La Audiencia Provincial de Valencia también indemnizó a un padre que descubre no serlo, al respecto declara que si bien la infidelidad conyugal no es indemnizable, sí lo es la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultación al cónyuge, sancionando de esta manera la “*negligencia en la procreación del hijo*”. No obstante, se tuvo en cuenta el escaso tiempo de convivencia del actor con el menor –no más de un año– para reducir la indemnización fijada en primera instancia (100.000 euros) a la cuantía de 12.000 euros. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7ª, nº 466-2007. JUR/2007/340366.

14 Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 2ª, nº125-2008. JUR/2008/234675 y Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5ª, nº262-2009. AC/2010/60.

por el daño moral provocado por el incumplimiento negligente del deber de fidelidad, con la diferencia de que estima que tal violación es un ilícito susceptible de ser indemnizado vía artículo 1902 del Código Civil español. Para llegar a esta conclusión, la sentencia destaca que los deberes conyugales no son meros imperativos éticos, sino que la protección constitucional del matrimonio como institución obliga al legislador a mantener una sanción jurídica ante la infracción.¹⁵ Así, afirma que:

[...] en este sentido quien contrae matrimonio adquiere la legítima expectativa de que su cónyuge lleve a efecto los compromisos que adquirió al prestar su consentimiento y debe tener derecho a obtener una indemnización si el incumplimiento cualificado de aquellos le ha causado un daño [...]. Y ello aunque tal posición pudiera generar una inflación de pleitos en tal sentido, considera que no es argumento de peso mientras esté vigente el artículo 1902 del Código Civil [...]. El incumplimiento del deber de fidelidad cualificado por la ocultación a su esposo del mantenimiento de relaciones sexuales simultáneas con otro hombre sin procurar la averiguación de quién podía resultar ser el padre tras su embarazo, justifica la presencia de un ilícito civil susceptible de generar la responsabilidad de la demandada.

Agrega que luego de la reforma 15/2005 existe el deber de “dar contenido jurídico al matrimonio y sancionar las conductas antijurídicas que se den en su seno”.¹⁶ Concluye que deben admitirse “las acciones indemnizatorias que entable cualquiera de los cónyuges por la infidelidad del otro si acredita que con ello se le ha causado un daño moral o económico apreciable, fuera del padecimiento psicológico ordinario que sigue a cualquiera ruptura de la pareja”.

La segunda sentencia, por su parte, junto con condenar a indemnizar los daños morales y patrimoniales causados al exmarido tanto por la mujer como por el padre biológico del hijo extramarital, resalta el tema de la prescripción de la acción, en el sentido de que el término del plazo para el ejercicio de la acción se inicia no desde la ocultación de la verdadera paternidad, sino desde que adquiere firmeza la sentencia que estima la demanda sobre impugnación y reclamación de filiación.¹⁷

15 En el caso, el marido, tras la separación legal de su mujer, se sometió a unas pruebas de paternidad de las que resultó no ser el padre de los que creía sus hijos. Demandó a su mujer solicitando una indemnización por el daño moral provocado por la infidelidad y por el ocultamiento de la información acerca de sus hijos. En primera instancia se rechazó sancionar la conducta infiel de la esposa y se consideró, asimismo, que no había quedado acreditado el conocimiento pleno de aquella de que su hijo no lo fuese también de su marido. Posteriormente, la Audiencia Provincial declaró “*que no resulta precisa la concurrencia de un dolo explícito en la conducta de la demandada para imputarle responsabilidad y que el mero incumplimiento del deber de fidelidad cualificado por el embarazo de un tercero atribuido falsamente por vía de presunción al marido es hecho que por sí mismo genera su responsabilidad civil*”. Acto seguido, condenó a la demandada a indemnizar al ex marido la cantidad de 31.706 euros por los daños causados por la ocultación de la verdadera paternidad respecto del hijo habido durante el matrimonio; a devolver los alimentos percibidos, aplicando la doctrina del cobro de lo indebido; el pago de los gastos de viaje para ejercitar el derecho de visitas; el 50% de los gastos sufragados para hacerse la correspondiente prueba de paternidad y una indemnización por los daños psicológicos y morales resultantes, a pesar de que la relación con la que suponía su hija no duró más de un año. Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 2ª, nº 125-2008. JUR/2008/234675.

16 Considerando segundo nº 2, nº 125-2008. JUR/2008/234675.

17 Frente a la sentencia de instancia que condena a los demandados (mujer y padre biológico) a pagar una indemnización por los daños morales y patrimoniales causados como consecuencia de la ocultación por “aquellos de la verdadera paternidad al demandante; los primeros interponen recurso de apelación argumentando que en contra de lo que considera la resolución apelada la acción está prescrita, aduciendo que el conocimiento de la paternidad es anterior al 5 de diciembre de 2006 y, cuando menos, desde el año 2001, mientras que la demanda fue presentada el 5 de diciembre de 2007; que se ha valorado erróneamente la prueba del dolo y que no existe daño moral”. Audiencia Provincial de Murcia, (fundamento 1º), secc. 5ª, 18.11.2009, nº 262-2009. AC/2010/60.

Con un criterio distinto, la Audiencia Provincial de Barcelona, el 16 de enero de 2007, otorga una indemnización al marido por el daño moral derivado de descubrir que no era el padre de la menor que durante cuatro años había creído hija suya. El tribunal estima que la mujer ha incurrido en culpa grave, atendido a que omite adoptar las medidas oportunas dirigidas a determinar la paternidad biológica, ya que pudo y debió sospechar que el padre de la menor podría ser otro distinto a su marido. Primero, porque la madre había mantenido relaciones sexuales simultáneamente con su marido y con su amante y, segundo, porque en los primeros años de matrimonio se había sometido a un tratamiento de fertilidad sin lograr quedar embarazada. Respecto de la procreación de la hija fuera del matrimonio, basa la existencia del daño moral en la pérdida de afectos y en el vacío emocional equivalente o muy próximo a la pérdida definitiva de un ser querido, al descubrir la verdad biológica de la hija, causado –a diferencia de los casos anteriores– por el incumplimiento culpable de la demandada.¹⁸

En este derrotero, al contrario de las otras decisiones, la Audiencia Provincial de Segovia el 30 de septiembre de 2003 niega la indemnización, basada en el argumento tradicionalmente esgrimido de que los deberes conyugales tienen un carácter puramente ético o moral, es decir, no son una obligación jurídica en sentido estricto, por lo que su falta de cumplimiento no da lugar a un daño resarcible. Así queda de manifiesto cuando subraya que no entran dentro de la indemnización por daño moral:

[...] los daños causados por infidelidades, abandonos o ausencia de lealtad en las relaciones personales, amistosas o amorosas, pues tales supuestos entran en el terreno de lo extrajurídico, no debiendo proliferar categorías de daños morales indemnizables que encarnen intereses que no sean jurídicamente protegibles, y en los que el derecho no debe jugar papel alguno ni debe entrar a tomar partido.¹⁹

Finalmente, aunque negativa, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, el 31 de octubre de 2008, rechaza la indemnización no sobre la base de que el daño provocado por

18 La sentencia vuelve a tratar la misma cuestión, si bien recalcando, como en los casos anteriores, que el incumplimiento del deber de fidelidad como tal no se indemniza, sino que lo que se concede es el resarcimiento del daño ocasionado como consecuencia de la actuación negligente por parte de la mujer. En esta ocasión, el demandante suscribió un convenio regulador de separación por el que se procedía al reparto de los bienes del matrimonio, en la creencia errónea de que era el padre biológico de su hija menor. Una vez constatado el error, pretendió que se declarase nulo el convenio alegando la equivocación sufrida. Solicitó, además, una indemnización por el daño moral ocasionado. En primera instancia, se rechazaron ambas peticiones. La Audiencia Provincial exigió a la esposa una mayor diligencia a la hora de averiguar la verdadera paternidad de la niña y le recriminó que nada obstaba a que se hubiese hecho las pruebas de paternidad pertinentes para clarificar el hecho con la mayor celeridad posible. La conducta negligente de la madre, que no se hizo las pruebas indicadas, motivó que se le condenase a pagar una indemnización al marido, sustentada en el artículo 1902 del Código Civil, por los daños morales resultantes. También consideró que el marido había sufrido daño moral, el que equipara a la muerte física de un hijo. Considerandos segundo y tercero. Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, 16.01.2007, nº 7-2007. JUR/2007/323682.

19 En esta línea se pronuncia la SAP de Segovia aunque referida a otro deber conyugal. En el caso, la mujer solicitó una indemnización por el sufrimiento que le había causado su marido al abandonar el domicilio conyugal, dada la situación de grave enfermedad que aquella padecía, y a pesar de que el marido había estado satisfaciendo la mitad de la pensión desde que cesó la convivencia entre ambos. La Audiencia denegó el derecho a pedir tal indemnización alegando que si bien es cierto que los deberes de ayuda y socorro mutuos entre ambos cónyuges están proclamados en los artículos 67 y 68 y son comprensivos no solo de lo que materialmente pueda entenderse como alimentación, sino de otros cuidados de orden ético y afectivo, se trata de deberes incoercibles que no llevan aparejada sanción económica alguna –con excepción del deber de alimentos, que en este caso no fue incumplido– sino, como decimos, son contemplados exclusivamente como causa de separación, divorcio y desheredamiento. Audiencia Provincial de Segovia, secc. única, 30.09.2003, nº 186/2003. JUR/2003/244422.

la ocultación de la verdadera paternidad no sea indemnizable, sino porque no es posible apreciar la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad extracontractual, en particular el dolo; por lo que señala que “comprende la desazón del actor y no niega el juicio de reproche que merece el incumplimiento del deber de fidelidad y la negligencia de los demandados en siquiera dudar de la posibilidad de una paternidad alternativa, en los tiempos de la concepción”. Pero en pos de resolver, concluye que no está prevista en el ordenamiento español la responsabilidad por pérdida de la relación paternofamiliar, derivada de una infidelidad, para los casos de culpa o negligencia, y que, en este proceso, no está resolviendo una acción de responsabilidad extracontractual por la falta negligente en la práctica de pruebas de filiación extramatrimonial, ni ante una acción de enriquecimiento injusto, para la devolución de pensiones ya pagadas.²⁰

Luego, sobre la base de tales argumentos, se pueden identificar los principios jurisprudenciales en torno a los cuales se decide otorgar la indemnización que provoca el incumplimiento de los deberes matrimoniales, haciendo la aprehensión de que se trata más bien de conductas ligadas a tales transgresiones que violaciones propiamente tales.

Entre los que se encuentran los siguientes:

A) No se indemnizan los daños causados por el incumplimiento del deber de fidelidad, salvo que se hubiese actuado con dolo.

El primer principio, y el más importante en lo que atañe a los deberes matrimoniales, es el que establece que el daño originado por la infidelidad no se indemniza. En efecto, en todas las resoluciones se parte haciendo esta declaración. Sin embargo, ante un incumplimiento cualificado, el cónyuge tiene derecho a obtener una indemnización si se le ha provocado un daño moral o económico apreciable, independiente del padecimiento psicológico ordinario que sigue a cualquier ruptura matrimonial.

Dicha extensión de la reparación ha sido posible, gracias a que los comportamientos por los cuales se ha recurrido ante los tribunales indican que ha habido una intención de provocar daño y también al alcance y sentido que los jueces le han otorgado a la derogación de las causas de separación y a la falta de sanción a la infidelidad, tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005, que establece la mera expresión de voluntad para romper con el vínculo conyugal.

Sin embargo, el reconocimiento constitucional de la garantía institucional del matrimonio y, por ende, su consideración como derecho fundamental ha logrado que los tribunales, pese al cambio normativo, perseveren en la idea de que se debe dotar de contenido al matrimonio frente a otras instituciones de convivencia, sin perjuicio de que la infracción de los deberes matrimoniales ya no constituya causal de divorcio o separación.

En definitiva, el principio no pretende sino, por una parte, otorgar contenido al matrimonio y, por otra, sancionar las conductas antijurídicas en las que incurra uno de los cónyuges en el ámbito de los derechos personales del matrimonio. Tal responsabilidad queda sujeta –según la

²⁰ Esta vez se rechazó el recurso de apelación interpuesto contra el tribunal de primera instancia respecto de la acción de daños y perjuicios por la pérdida de la relación paterno-familiar, fundado en la falta de ocultación dolosa del hecho de la concepción de la menor, pues una vez que la menor desarrolló caracteres físicos propios de la familia del padre, hechas las pruebas comunicó el resultado al actor. Audiencia Provincial de Barcelona, 30.09.2003, n° 597-2008. AC/2009/93.

jurisprudencia— a lo que establecen las normas sobre esta materia y, en ese sentido, será necesaria la condición de un ilícito civil de cierta trascendencia, del daño y de la culpa o dolo de uno de los cónyuges. Pues a partir de ello, se ha llegado —según hemos visto— a la convicción de que existe el derecho a obtener una indemnización si el incumplimiento agravado de los deberes conyugales ha causado un daño.

B) Se indemnizan los daños provocados por la ocultación de la verdadera paternidad, la pérdida de los hijos se asimila a la muerte de éstos.

Frente al principio de que se indemnizan los daños originados por la ocultación de la verdadera paternidad y de que la consecuente pérdida de los hijos se asimila a la muerte de éstos, se plantean dos cuestiones. Por un lado, que la conducta de procrear un hijo extramatrimonial sin revelar la verdad al cónyuge debe sancionarse a través de la indemnización si se tiene la certeza de que el marido no es el padre, tras comprobarlo por métodos científicos.²¹ Las sentencias subrayan esta circunstancia al señalar que:

[...] no puede simplificarse en la existencia o inexistencia de relación entre el actor y el padre biológico, cuando la conducta de éste fue la de, a sabiendas de su más probable paternidad, mantener una total inactividad al respecto permitiendo que se le atribuya la paternidad al demandante, para cuando lo estimó conveniente, destruir el vínculo creado entre padre e hijo.

En cuanto a la demandada, “el temor o miedo a la reacción de su marido, ciertamente no está acreditado como tan intenso e insuficiente que no le permitiera actuar desde un principio, ejerciendo su derecho a separarse y a que se reconociera la verdadera paternidad del hijo”.²² Y al contrario, si solo existen posibilidades y sospechas y no un conocimiento pleno y de total certidumbre, no puede concluirse que haya una ocultación de la paternidad y, por ende, un derecho a la indemnización.²³

Por otro lado, una vez descubierta la verdad, se da por hecho la pérdida de los hijos y, por lo tanto, el daño moral del demandante. Y sobre esa base se ha encuadrado su existencia, prescindiendo de pruebas directas y objetivas, tan solo porque se entiende consustancial a la generalidad de los casos descritos. En consecuencia, se ha llegado a la convicción de que el cónyuge fue objeto de daño moral sin acreditarlo.

Ahora bien, reconociendo que dicha circunstancia no imposibilita legalmente a los tribunales para poder fijarlo, en los hechos debiera acreditarse la afectación psicológica de la víctima.

En definitiva, según se ha visto, se decide en estos casos que cabe la indemnización por la infidelidad y por la afectación psicológica que se produce por el ocultamiento y la pérdida de los hijos, ya que ambas obedecen a los mismos hechos y se enlazan entre sí de manera inseparable,

21 Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 2ª (considerando segundo nº 1), 03.04.2008, nº 125-2008. JUR/2008/234675.

22 Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (considerando segundo), 16.10.2009, nº 389-2009. JUR/2010/79320.

Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5ª (considerando tercero), 18.11.2009, nº 262-2009. AC/2010/60.

23 Audiencia Provincial de Barcelona (considerando tercero), 29.09.2005, nº 510-2005. JUR/2006/163268.

aunque se niegue la primera, las circunstancias demuestran que la indemnización se otorga – igualmente- por hechos constitutivos de infidelidad.

C) Se indemniza el daño provocado por la actuación negligente en la concepción de los hijos extramatrimoniales

Desmarcándose del requisito del dolo y sobre la base de argumentos de texto, como es que de acuerdo con la culpa o negligencia a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil español deben utilizarse, también, estos conceptos en la calificación de la conducta del cónyuge, por ser más amplios que el dolo o la intención maliciosa y porque cualquier hecho dañoso, antijurídico, imputable a una falta de diligencia de quien los comete genera responsabilidad. Los tribunales han resuelto que la omisión de la adopción de medidas dirigidas a determinar la paternidad constituye una negligencia, pues debe presumirse que “si mantiene simultáneamente relaciones sexuales con un hombre distinto del cónyuge y queda embarazada sabe o puede saber que existe más de una paternidad posible”.²⁴

De ahí que –gracias a la aplicación del precepto citado– se ha modificado la jurisprudencia que hasta ese momento consideraba que la indemnización requería un dolo explícito en la conducta, manteniendo su valor, puesto que en base a éste último se ha logrado sentar el primer principio de la reparación en el ámbito de los derechos personales entre los cónyuges e incluir posteriormente una fórmula que incorpora la culpa para el caso de los daños provocados por el incumplimiento del deber de fidelidad cualificado por el embarazo de un tercero que no es el marido.

D) Los daños patrimoniales derivados del descubrimiento del carácter extramatrimonial del hijo inscrito como matrimonial: no procede la devolución de los alimentos

Las decisiones de los tribunales en esta materia han establecido el principio de que no procede la devolución por parte del hijo como de la madre de las cantidades pagadas por el supuesto padre en concepto de alimentos, fundado en que respecto del hijo existe la obligación de contribuir, atendido el vínculo jurídico que crea la filiación. En tanto, en relación con la madre, se presume que mientras estuvo vigente el matrimonio contribuyó a las cargas comunes, conforme a los artículos 1362 y 1438 del Código Civil español.²⁵

Sin embargo, atempera tal principio, la condena aplicada al padre biológico y que lo obliga a la devolución de las cantidades pagadas por este concepto, a partir de la fecha de la interposición de la demanda de reclamación de paternidad, toda vez que la determinación de la verdadera filiación tiene efectos retroactivos y se entiende desde esa fecha que el hijo ha dejado de tener vínculo con el que creía era su padre. Asimismo, lo obliga a la devolución de aquellos alimentos que se hubiesen establecido en la demanda si se ha actuado con dolo. Lo que demuestra que la referida fórmula ha sido reemplazada por una más amplia, como la de que procede la devolución de los alimentos por parte del padre biológico desde la sentencia que declara la verdadera paternidad.

Así, los tribunales han evitado la injusticia que constituye el enriquecimiento o provecho que ha obtenido el padre biológico producto del pago que ha realizado el supuesto padre por

²⁴ Audiencia Provincial de Barcelona (considerando segundo), 29.09.2005, n° 510-2005. JUR/2006/163268.

²⁵ Audiencia Provincial de Cádiz (considerando tercero n° 2), 03.04.2008, n° 125-2008. JUR/2008/234675. Audiencia Provincial de León (considerando cuarto), 02.01.2007, n° 1-2007. JUR/2007/59972.

concepto de alimentos, no existiendo obligación entre este y el hijo que la recibe por falta de causa y en la creencia de que él debía hacerlo porque el derecho lo obligaba.

Al margen de estas decisiones que acogen la indemnización por hechos indicativos de incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, se ha de considerar otras dos que permitirían llegar a la misma conclusión porque se accede a la indemnización del daño provocado por la privación del derecho a tener una relación con el hijo, y la segunda, aunque rechaza la reparación por la pérdida de una hija, por los daños morales producidos por la separación; por el deterioro de la fama, honor derivado del conocimiento de la infidelidad de su mujer y, por último, por el daño patrimonial y enriquecimiento injusto que ha significado haber criado, educado y alimentado a una hija que no es propia; esboza desde el punto de vista de la licitud un cuestionamiento a la conducta de la demandada.

La primera corresponde a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo español el 30 de junio de 2009, en la que se condena a la madre a pagar una indemnización por el daño moral provocado al padre por haberlo privado de la relación con su hijo, luego de haberse marchado a vivir a otro país e ingresado a una iglesia.²⁶ La particularidad de esta sentencia es que, como destaca Rodríguez Guitián (2011, p. 674), la doctrina “ha creído ver en ella la aceptación de la indemnización por transgresión de los deberes de familia, aunque el padre haya obtenido la guarda y custodia de la hija al poco tiempo de haber emigrado la madre con éste a otro país.” Por tanto, no habría realmente una obstaculización al derecho de relacionarse del padre con el hijo, excepto en el momento inicial.

La segunda resolución emana del mismo tribunal y data de fecha 14 de julio de 2010, resalta la ausencia de un pronunciamiento respecto si los daños provocados por la infidelidad pueden indemnizarse y si se requiere dolo o no. Tan solo reconoce la dudosa licitud de la conducta de la demandada que cesa con la separación y que los daños ocasionados por una separación conyugal no son indemnizables, para finalmente rechazar la acción de responsabilidad extracontractual porque la acción ha prescrito. En este caso, el Tribunal Supremo conoce de la infidelidad de la cónyuge y del nacimiento de un hijo que no es de quien se ha señalado ser en la inscripción de paternidad.²⁷

En conclusión –como puede constatarse– la proyección de las sentencias del Tribunal Supremo no ha inhibido el abandono de la rígida postura inicial que señalaba que el daño provocado por la transgresión del deber de fidelidad, y con ello también de los otros deberes maritales, no era posible de indemnizar.

²⁶ Tras la ruptura de la relación sentimental con el demandado, la madre decide marcharse con el menor a USA a raíz de su entrada a la Iglesia de la Cienciología. El padre no vuelve a ver al niño desde el 23 de agosto del año 1991. Sentencia Tribunal Supremo, sala civil, secc. 1ª. RJ/2009/5490.

²⁷ Con fecha 29 de junio de 1973 el demandante y la demandada contraen matrimonio. El 27 de febrero de 1984 es inscrita en el Registro Civil una niña como hija del matrimonio, nacida el 22 del mismo mes y año. Entre ambas partes se sigue un procedimiento de separación, que concluye por sentencia de 12 de julio de 2001, confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de 26 de noviembre de 2001, declarando la separación de dicho matrimonio. A instancias de la mujer, se sigue procedimiento de impugnación de la paternidad, que termina por sentencia de 27 de mayo de 2003, por la que se declara que la niña es hija biológica de una persona distinta al demandante, ordenando la rectificación de la inscripción de nacimiento. En el mismo año el demandante interpone demanda de divorcio, solicitando la custodia de otro hijo en común del matrimonio y la extinción de la pensión de alimentos respecto de la niña que no es hija suya. En septiembre de 2004 el demandante solicita la extinción de la pensión compensatoria que pagaba a su exmujer, al empezar está a convivir maritalmente con un tercero. Sentencia Tribunal Supremo, sala civil, secc. 1ª. RJ/2010/5152.

Las Audiencias Provinciales, mediante la aplicación del artículo 1902 del Código Civil español, que se refiere a la responsabilidad extracontractual, han accedido a ella, aunque bajo la premisa arraigada de que no cualquier incumplimiento genera el deber de indemnizar. En conformidad a ello, únicamente han sido resarcidos aquellos daños cuya producción se ha generado a raíz de una conducta dolosa o negligente por parte del cónyuge incumplidor, pues de otro modo se corre el riesgo de la propagación de demandas, cuyo objeto carece de importancia.

Esta doctrina conducirá a que se separe el daño por el incumplimiento del deber de fidelidad de otros que sí se indemnizan, como la ocultación y posterior descubrimiento de la verdadera paternidad biológica, como si fuesen hechos aparte, aunque éstos realmente constituyan una consecuencia directa de dicha infracción. En efecto, este será el razonamiento que seguirán los tribunales sin reparar –algunas veces– en el punto de inflexión que ha provocado en este desarrollo la reforma de 2005 en materia matrimonial.

3 LA REPARACIÓN DEL DAÑO DESPUÉS DE LA REFORMA DEL 8 DE JULIO DE 2005

Luego de la reforma del Derecho de Familia efectuada por la Ley 15/2005, por la que se derogan las causas tradicionales de separación o divorcio, entre las que se encontraba el incumplimiento grave o reiterado de los deberes matrimoniales, ha perdido toda consistencia el argumento de que debe rechazarse la indemnización porque sólo cabe arbitrar estas sanciones en caso de contravención de tales obligaciones (ESPANHA, 2015).

Así, suprimidas estas causas se ha recurrido al artículo 1902 del Código Civil español, que se refiere a las obligaciones que nacen de culpa o negligencia, con el objetivo de conferirles alguna trascendencia jurídica en el caso de una infracción cualificada de estos deberes.²⁸

De ahí que, desde la entrada en vigor de la ley, las diferencias se han planteado desde dos perspectivas. La primera, en cuanto que al no tener ya que esgrimirse alguna causa por parte del cónyuge que pretende la separación o divorcio y, con ello, haberse eliminado por el legislador la principal consecuencia jurídica que tenía antes de 2005 al incumplimiento de los deberes conyugales, éstos han quedado reducidos a deberes de carácter ético o moral, sin sanción en el ordenamiento jurídico español.²⁹

Por el contrario, la segunda, sobre la eliminación del principal efecto del incumplimiento

²⁸ La nueva regulación de la separación y el divorcio se fundamenta en su necesaria adecuación a los valores y principios constitucionales. En tal sentido, en la exposición de motivos se indica que “[...] la separación y el divorcio se concibe como dos opciones, a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común. De este modo, se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos. Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales”. Ley 15-2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. BOE» n. 163, 9 jul. 2005. (ESPANHA, 2005). Pastor Vía (2005, p. 32) indica que con ello “se logra el necesario ajuste de la regulación del divorcio y el respeto al principio constitucional al libre desarrollo de la personalidad, de tal manera que los cónyuges, ya sea de manera conjunta o unilateralmente, sólo tendrán que manifestar ante la autoridad judicial su voluntad de disolver el vínculo matrimonial.”

²⁹ “El incumplimiento flagrante de los deberes conyugales en la esfera personal tiene relevancia jurídica múltiple. [...] dichos malos tratos son constitutivos, en la mayoría de los casos, de un ilícito civil. Cuando el ilícito no existe o no está acreditado o no puede acreditarse, las infracciones de los deberes de los cónyuges en la esfera personal son

de los deberes conyugales –constituir causa de separación y divorcio–, ha tenido como consecuencia que los tribunales han debido aceptar la idea de conferir la indemnización de daños y perjuicios si ha tenido lugar la transgresión de estos deberes y se acredite la existencia de los requisitos de la responsabilidad civil; con esta medida se otorga coherencia al sistema matrimonial, además de que se reafirma el valor jurídico de los deberes matrimoniales.

En apoyo de la primera tesis, algunos autores como Martín-Casals y Ribot señalan que la exposición de motivos de la Ley 15-2005 justifica esta nueva regulación del divorcio en el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad y en la idea de que cuando una persona ha llegado a la convicción de que su matrimonio ya no es cauce de desarrollo de su personalidad, se le debe permitir acudir al divorcio de manera inmediata, pues “el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna” (MARTÍN-CASALS; RIBOT, 2011, p. 544-545). Estas afirmaciones, tanto respecto al reforzamiento del principio de libertad en el matrimonio, como el reconocimiento de mayor trascendencia a la voluntad de la persona para terminar con el matrimonio, excluyen la posibilidad de “realizar un ajuste de cuentas en el momento de la ruptura”, aunque se acredite la infracción de los deberes matrimoniales durante la convivencia, porque hacerlo contradice la intención del legislador al derogar el divorcio-sanción en 1981,³⁰ y posteriormente en 2005, en el sentido de que, por una parte, se ha definido que no se tomará en cuenta la imputabilidad de las conductas de los cónyuges para la determinación de las medidas compensatorias o indemnizatorias arbitradas por el Derecho de Familia y, por otra, sin embargo, los tribunales han abierto la puerta a la imputación de daños vinculados a esas conductas a través de una indemnización que termina por sancionar al cónyuge incumplidor del deber conyugal.

En cambio, para otros autores que parecieren corresponder a la opinión mayoritaria, el legislador de 2005 solo se ha limitado a suprimir una de las consecuencias del incumplimiento de los deberes conyugales: la posibilidad de solicitar la separación o el divorcio por culpa. Es decir, en el caso de que un cónyuge transgreda los deberes que le imponen los artículos 67 y 68 del Código Civil, una de las soluciones posibles para solventar la cuestión es acudir a la separación o el divorcio, con la ventaja de que en la actualidad no se requiere un juicio de valor por parte de la autoridad judicial acerca de si procede tal solución jurídica, sino que bastará con la propia voluntad

difícilmente sancionables, independientemente de que, en ocasiones y como ha quedado dicho, sean difícilmente identificables. La fidelidad, en ocasiones, se puede infringir con la mente y tal infracción, aun conllevando reproches morales, no es susceptible de sanción jurídica. La ayuda y el socorro mutuo, sobre todo en la esfera de los sentimientos, son de difícil concreción en su identidad. Siendo ello así, una cosa se desprende como cierta: los deberes..., más que mínimos obligados, son metas a alcanzar en el matrimonio, principios rectores, buenos tratos contrapuestos a los malos, mediando, entre unos y otros, una especie de tierra de nadie en la que los cónyuges se soportan, se ayudan más o menos, se respetan y comparten, [...], sin que de tal...cumplimiento tibio de los deberes respectivos, resulten consecuencias jurídicas de ningún tipo.”(ROGEL VIDE, 2005, p. 562-564).

30 En ese sentido, hay que reseñar que la Reforma del Código Civil operada por las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 “pretendió no ser sancionadora del cónyuge ‘culpable’. Se ha afirmado por algún sector doctrinal, incluso, que en el régimen actual se pretendió, pero sin conseguirlo plenamente, la implantación de un sistema objetivo de causas de separación. No obstante, aunque, al parecer, no se trata de indagar acerca de la ‘culpabilidad’ o ‘inocencia’ de los cónyuges, el factor decisivo situándose, en cambio, en la cesación de la vida en común, hay supuestos en los que puede invocarse la separación en función de situaciones que, sin duda, pueden calificarse de injustas para el cónyuge que las padece. En todo caso, la Reforma del 81 dejó de exigir, al menos con carácter absoluto, la tajante división entre ‘culpables’ e ‘inocentes’, si bien se mantienen aún ‘causas culpables’ o legitimadoras de separación. Pero el legislador no contempla, en ese marco, los daños morales que pueden haberse causado al cónyuge ‘inocente’” (ROMERO COLOMA, 2003, p. 352).

del solicitante. La razón de esta modificación legal no radica en la pérdida del carácter jurídico de los deberes conyugales, sino que el legislador ha decidido otorgar una mayor trascendencia a la voluntad de no seguir vinculado al cónyuge, en virtud del respeto al principio del libre desarrollo de la personalidad contenido en la Constitución española.

Es más, en contra de lo que podría esperarse con posterioridad a la modificación, estos artículos –67 y 68– todavía se encuentran en el Código Civil español, pudiendo el legislador haberlos suprimido, sin embargo no lo ha hecho, sino que incluso ha creado un nuevo deber, el de la corresponsabilidad en las responsabilidades domésticas y en la atención y cuidado de terceros, y si bien hay opiniones de que esta introducción carece de eficacia jurídica, no es menos cierto que al no derogar los deberes matrimoniales, más que convertirlos en meros deberes morales, lo que ha hecho es resaltar su carácter jurídico (RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2011, p. 702). En el mismo sentido, López De La Cruz (2007, p. 21), De Verda y Beamonte (2003, p. 171).

En consecuencia, siguiendo a Rodríguez Guitián, una vez establecida la libertad como principio cardinal de los cónyuges en el matrimonio, la transgresión de los deberes matrimoniales pasa a constituirse en el hecho desencadenante para otorgar una indemnización si con ello se ha provocado daño al otro cónyuge, o sea, en un título adecuado y suficiente para reclamar la indemnización de los daños vinculados a tal infracción (ocultamiento de la verdadera paternidad, la pérdida de los hijos), entre otros, y si los tribunales españoles admiten la indemnización como una medida más frente al incumplimiento de deberes conyugales, no es para limitar el ejercicio del derecho del cónyuge a no seguir casado o evaluar la causa concreta por la que adopta o produce esa decisión, más siendo esta irrelevante para el derecho, sino para reparar el daño ocasionado a uno de los cónyuges por el incumplimiento de los deberes matrimoniales (RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2011, p. 732).

Por otra parte y al margen de cualquier violación de los deberes conyugales, también se ha afirmado, producto de la modificación legislativa y en apoyo de la indemnización, que el matrimonio es un contrato bilateral cuyo cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de uno de los cónyuges “[...], el hacerlo amerita el otorgamiento de una indemnización por daños y perjuicios [...] por la ruptura no consensuada.” (ASOCIACIÓN DE MUJERES JURISTAS THEMIS, 2004).

En conclusión, como se ha podido verificar, la proyección de la reforma ha permitido que se descarte el obstáculo de la naturaleza jurídica de los deberes matrimoniales y avanzar en un criterio general de que es posible admitir la indemnización en el caso del incumplimiento de los deberes conyugales para dar contenido al matrimonio y otorgar alguna consecuencia jurídica a tal transgresión, además de brindar reparación a través de la indemnización.

CONCLUSIONES

1º No existe en el sistema español, ni aun después de la reforma de Familia 15-2005, un pleno reconocimiento de la responsabilidad civil por el incumplimiento de los deberes matrimoniales, pues si bien hay un principio de aceptación de la reparación en la jurisprudencia y

en la doctrina mayoritaria en ciertas situaciones, es evidente que persisten varios problemas que oscurecen la aceptación en toda su extensión. Si bien la jurisprudencia española ha determinado que existe un incumplimiento de los deberes matrimoniales, no da lugar a la indemnización, dado que no es indemnizable el daño moral provocado por la infidelidad conyugal. Sin embargo, posterior a la sentencia de 1999 conceden la indemnización, respecto a la conducta dolosa de la mujer al ocultar la verdadera paternidad, por ejemplo.

2º Uno de los problemas consiste en conferir la indemnización de este daño como una pena privada que persigue castigar al culpable de la violación.

3º Otra dificultad consiste en apreciar la indemnización como una forma de compensar el dolor sufrido por el cónyuge.

4º Sin perjuicio de lo anterior, luego de la reforma de 2005, pierde toda consistencia el argumento de que debe rechazarse la indemnización porque solo cabe arbitrar estas sanciones en caso de contravención de tales obligaciones. Asimismo, ha permitido descartar el obstáculo de la naturaleza jurídica de los deberes matrimoniales y avanzar en un criterio general, a través del cual es posible admitir la indemnización en caso de incumplimiento de deberes conyugales, dando contenido a la figura del matrimonio, y otorgar e imponer consecuencias jurídicas a su transgresión.

5º En el ordenamiento español la idea de la reparación por el incumplimiento de los deberes matrimoniales se basa en la existencia de un derecho que ha sido violentado por la conducta dolosa o culpable de uno de los cónyuges, manifestada en el dolor o sufrimiento que este comportamiento pueda provocar.

REFERÊNCIAS

ASOCIACIÓN DE MUJERES JURISTAS THEMIS. **Conclusiones del taller de trabajo de 17 de noviembre de 2004 sobre el anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio**. 2004. Disponible en: <<http://www.mujeresjuristasthemis.org/documentos/familia/index>>. Acceso en: 5 aug. 2018.

CARRASCO, Edison. **Manual de legislación sobre violencia intrafamiliar**. Santiago: Librotecnia, 2008.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. Efectos económicos de las uniones de hecho en la jurisprudencia española. **Revista Chilena de Derecho Privado**, Chile, n. 1, p. 149-180, 2003.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. t. II e IV.

ESPAÑA. **Ley 15/2005, de 8 de julio**. Por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Disponible en: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2005-11864>. Acceso en: 6 aug. 2018.

ESPAÑA. **Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil**. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>>. Acceso em: 5 aug. 2018.

FARNÓS AMORÓS, Esther. Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad. **Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 4, p. 1-25, 2007.

FERRER RIBA, Joseph. Relaciones familiares y límites del derecho de daños. En: CABANILLAS, Antonio (Coord.). **Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo**. Madrid: Editorial Civitas, 2003. p. 1837-1867.

GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa Marín. Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales. **Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial**, España, n. 16, p. 145-162, 2006.

LLAMAS POMBO, Eugenio. **Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor**: entre la “aestimatio rei” y el “id quod interest”. Madrid: Editorial Trivium, 1999.

LÓPEZ DE LA CRUZ. La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares: la nueva redacción del artículo 68 del Código Civil tras la reforma operada por la ley 15-2005, de 8 de junio. **Revista de Derecho Privado**, Madrid, 2007, p. 3-45.

MARTÍN-CASALS, Miquel; RIBOT, Jordi. Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás. **Anuario de Derecho Civil**, v. 64, p. 503-560, 2011.

MENDOZA ALONZO, Pamela. Daños Morales por infidelidad Matrimonial. Un acercamiento al Derecho español. **Revista chilena de Derecho y Ciencia Política**, vol. 2, Chile, p. 41-64, 2011.

NIETO ALONSO, Antonia. El principio de prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación y su superación en el ámbito de la reproducción humana asistida. En: DÍAZ M., Ana (Coord.). **Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España**: el proceso legal de reformas. Madrid: Dykinson, 2006. p. 1-40.

NOVALES ALQUEZAR, María. Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el derecho de familia. el ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges. **Revista Jurídica del Notariado**, España, v. 60, p. 197-218, 2006.

PASTOR VITA, Francisco. Algunas consideraciones sobre la ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio. **Revista de Derecho de Familia**: doctrina, jurisprudencia, legislación, España, n. 28, p. 25-56, 2005.

ROCA TRÍAS, Encarna. **Familia y cambio social**: de la casa a la persona. Madrid: Aranzadi, 1999.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María. La responsabilidad civil en las relaciones de familia. En: IZQUIERDO TOLSADA, Mariano; CUENA CASAS, Matilde (Dir.). **Tratado de derecho de familia**. Navarra: Editorial Thomson Reuters, 2011. p. 659-735.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María. Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho. **Revista de Derecho Patrimonial**, nº 10, España, p. 65-93, 2003.

ROGEL VIDE, Carlos. Buenos y malos tratos. Los deberes de los cónyuges en la esfera personal. **Revista General de Legislación y Jurisprudencia**, España, v. 4, p. 559-572, 2005.

ROMERO COLOMA, María Aurelia. ¿Es indemnizable la violación de los artículos 67 y 68 del Código Civil? En: HERNÁNDEZ CATALÁN, Gloria (Coord.). **En diez años de abogados de familia**. Madrid: La Ley, 2003. p. 349-359.

ROMERO COLOMA, María Aurelia. **Incumplimientos de deberes conyugales y derecho a indemnización**. Madrid: Editorial Reus, 190 p, 2012.

Como citar: OTAROLA, Yasna Elizabeth. El desarrollo del sistema de reparación de los daños entre cónyuges en el derecho español. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 3, p. 160-180, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p160. ISSN: 2178-8189.

Recibido em: 04/09/2018.

Aprovado em: 16/10/2018.

RESENHAS | REVIEWS

ESTEVEES, João Luiz Martins. **O Comando Político-Jurídico da Constituição: Ideologia e Vinculação Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. Capítulo 5, pp. 247-278.

**O COMANDO POLÍTICO-JURÍDICO DA CONSTITUIÇÃO: IDEOLOGIA E VINCULAÇÃO
HERMENÊUTICA**

THE POLITICAL-LEGAL COMMAND OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION: IDEOLOGY AND
HERMENEUTICS

Paulo Roberto Ciola de Castro¹

Como citar: CASTRO, Paulo Roberto Ciola de. O comando político-jurídico da Constituição: ideologia e vinculação hermenêutica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 3, p. 181-185, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p181. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Discorre-se acerca da propositiva visão de João Luiz Martins Esteves, esboçada em sua obra intitulada “O Comando Político-Jurídico da Constituição: Ideologia e Vinculação Hermenêutica”, especificamente no Capítulo 5, titulado “Uma Teoria Jurídica Adequada à Constituição Brasileira”. Expõe-se a visão de referido jurista, no sentido de que se deve buscar a maneira adequada de se interpretar e aplicar as disposições da Constituição Federal Brasileira de 1.988. Poder-se-á notar críticas a teorias comumente adotadas, referentes à vulgarizada técnica de ponderação entre princípios, que fatalmente culmina em desrespeitos aos comandos constitucionais. Além disso, apreende-se a proposta de utilização da metodologia hermenêutica cunhada por Luigi Ferrajoli, acrescida de adaptações à realidade do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Constituição Federal. Hermenêutica. Comando Político-Jurídico.

Abstract: The paper discusses the propositional vision of João Luiz Martins Esteves, outlined in his book entitled “The Political-Legal Command of the Constitution: Ideology and Hermeneutic Binding”, specifically in Chapter 5, titled “A Legal Theory Appropriate to the Brazilian Constitution”. This research explores the view of said jurist, in the sense that one must seek the proper way of interpreting and applying the provisions of the Brazilian Federal Constitution of 1988. Criticisms may be made of the commonly adopted theories of the popular technique of weighing principles, which inevitably culminates in disrespect of constitutional commands. In addition, this study proposes the use of the hermeneutic methodology coined by Luigi Ferrajoli, plus adaptations to the reality of the Brazilian legal system, is apprehended.

Keywords: Federal Constitutional. Hermeneutics. Political-Legal Command.

¹ Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).
Especialista em Direito Civil e Empresarial em 2015 pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (FDDJ).
Graduação em Direito em 2012 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

Na busca de uma teoria adequada para se respeitar os comandos erigidos na Constituição Federal Brasileira de 1.988, ressalta-se a necessidade de se compreender com cautelas, especialmente, as teorias denominadas *garantismo* e *principialismo*, relacionadas à interpretação e aplicação de *diretrizes* e direitos fundamentais, sendo que ambos devem lastrear toda a prestação jurisdicional – com o objetivo de limitar a discricionariedade interpretativa conferida ao magistrado, que estará adstrito ao *núcleo duro* constitucional.

Quanto ao principialismo, sua visível qualidade ou até mesmo, vantagem, reside na possibilidade de se incorporar novas situações sociais ao âmbito constitucional, adequando sua interpretação aos moldes apresentados pela sociedade. Porém, afirma João Luiz Martins Esteves que o método ponderativo, como apontado por Manero, no grau de sua utilização e permeabilidade, contraria o disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição brasileira, que é condição para incorporação de novos direitos. Assim, no Brasil, a função *conformadora* ocorre por meio de procedimentos legislativos pré-estipulados.

Noutros sistemas ou modelos jurídicos, como nos Estados Unidos – *common law* –, ou mesmo na Alemanha, concebida sob uma jurisprudência de valores, métodos ponderativos são mais facilmente incorporados e trabalhados para interpretação e aplicação do Direito. Nesses locais, os meios de alteração da Constituição são diversos, considerando-se a forma rígida existente no Brasil.

Entende-se que Robert Alexy, inclusive, forjou sua teoria relacionada à ponderação de princípios ao ambiente do Direito alemão, e afirma este que a maioria das constituições apresenta um catálogo de direitos fundamentais e que isso, necessariamente, resulta no conflito entre esses, cuja resolução se propõe. Na teoria da ponderação dos princípios, além de ser possível a resolução dos conflitos, como apontado, seria também útil a proposta para resolver a questão da vinculação. Exigir-se-ia do aplicador não a negação da vinculação de um princípio em razão de sua não aplicação em determinado caso, mas, antes, sua vinculação nas medidas de suas possibilidades – entendidos os princípios como mandamentos de otimização.

Reconhece Esteves a influência da Lei Fundamental alemã de 1949 na formação da Constituição brasileira de 1988. Porém, entende que os aportes teóricos não se relacionam com os direitos fundamentais, sobretudo os sociais, esses últimos sequer inscritos no texto constitucional alemão. Ainda, aponta que não há na cultura jurídica brasileira uma sólida formação relacionada às interpretações de cunho valorativo.

Por outro lado, expõe-se que Alexy reconhece não haver segurança na vinculação realizada pelo artigo 5º, § 1º, da Constituição brasileira quanto aos direitos sociais, que fatalmente seriam reconhecidos como meros princípios programáticos. Aponta referido jurista alemão, ainda, que as *diretrizes* não seriam dotadas de caráter vinculativo no juspositivismo. Nesse sentido, aponta Esteves que adotar a teoria ponderativa, no Brasil, poderia resultar na relativização de direitos fundamentais – até mesmo porque ausente um diagnóstico da situação brasileira para elaboração da teoria.

Forçosamente, adotando-se a teoria de Robert Alexy, abre-se mão de um direito individual

ou social em prol de outros, ou o contrário. Assim colocada a questão, e isso é recorrente em decisões judiciais no território brasileiro, direitos individuais seriam colocados à frente dos sociais – e aponte-se, nesse momento, que o teor da Constituição brasileira é social. O mesmo pode ocorrer com as *diretrizes*. O comando político-jurídico da Constituição do Brasil seria, naturalmente, desrespeitado; ou no mínimo, a teoria de Alexy deixaria aberta tal possibilidade, ao sabor dos aplicadores.

Feitas essas considerações sobre o principialismo, cuja aplicação não é recomendada para o Brasil por João Luiz Martins Esteves, enfrenta-se a questão do garantismo, por meio do destaque de suas virtudes em face do texto constitucional brasileiro de 1988.

Para Ferrajoli, nos dizeres de João Luiz Martins Esteves, os direitos possuem carga deontológica, cuja força se exprime quando de sua violação, na medida em que será o inadimplente forçado a cumpri-lo. Seriam os princípios, inclusive, considerados regras, nos contornos da teoria do garantismo, que apresenta avanços em relação ao paleopositivismo (quanto à causalidade) e também ao principialismo, justamente por não permitir a derrogação de um direito fundamental em prol de outro nos mais variados casos concretos, até mesmo porque ambos, simplesmente, são regras – e os contornos fáticos delimitariam a aplicação de uma ou outra, apenas.

Deve-se refletir, conforme a orientação contida na obra analisada, inclusive sobre a denominação *direitos* fundamentais, e não *valores* fundamentais. Infere-se, basicamente, que referidos direitos não são valores travestidos de princípios jurídicos, mas verdadeiros direitos subjetivos, e de caráter fundamental. O método ponderativo, como franca abertura à penetração de ideologias do intérprete, não serve à ponderação de regras. Destaque-se que na Constituição não há autorização para aplicação parcial ou total de um direito fundamental, e tampouco mediante o método ponderativo.

Propõe a teoria garantista uma tipologia dos direitos fundamentais, hierarquizados entre *primários* (individuais e sociais) e *secundários* (civis e políticos), ambos diversos dos *direitos patrimoniais*. Para Ferrajoli, os direitos fundamentais estão na base da igualdade jurídica, enquanto estão os patrimoniais no vértice da desigualdade.

Referida tipologia esmiúça o caráter taxativo e de aplicabilidade imediata dos direitos constitucionais, considerados como regras tético-deônticas, que denotam direitos que não necessitam de desrespeitos ou violações para serem afirmados ainda que por ordem jurisdicional (como nas regras hipotéticas, também compreendidas pela teoria garantista). Considere-se, nesse diapasão, os direitos individuais como negativos (expectativa de não lesão) e os sociais sendo positivos (expectativa positiva prestacional).

Traçados os contornos do garantismo, compreende-se pela possibilidade, cuja potencial atitude é conferida ao Poder Judiciário, de serem supridas inconstitucionalidades por meio de dois sistemas (concentrado e difuso), pelos magistrados. Conferiu-se, na obra, especial destaque ao mandado de injunção e à arguição de descumprimento de preceito fundamental, que em tese, exigem atuação jurisdicional afirmativa (o conseqüente significaria exigir uma conduta positiva, e não apenas impor uma sanção ao inadimplente, que pode ser o Estado, diga-se).

Contudo, embora vislumbradas as possibilidades, João Luiz Martins Esteves pontua suas críticas em relação à insuficiência do garantismo no tocante à efetivação das *diretrizes* e da aplicabilidade dos direitos fundamentais. Aponta referido autor que Ferrajoli chegou a afirmar que o mandado de injunção, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta de inconstitucionalidade não conferem ao Poder Judiciário o poder para suprir lacunas normativas.

Entenda-se que a Constituição brasileira pode acolher em seus mecanismos de controle a noção esboçada pelo garantismo relacionada às *garantias legislativas* e às *garantias constitucionais primárias* negativas e positivas. Reconhece o jurista italiano a possibilidade conferida ao Judiciário de apenas reconhecer as inconstitucionalidades, ainda que por omissão, e assinalá-las. Porém, não poderia o Poder Judiciário, concretamente, resolver as lacunas por meio da atividade jurisdicional, eis que tal tarefa estaria relegada ao setor legislativo estatal.

Sustenta-se que no ambiente jurídico sobre o qual Ferrajoli teorizou o garantismo, não havia o controle difuso de constitucionalidade. Em contraposição ao garantismo, deve-se pensar no contexto brasileiro, que necessita da intervenção dos três Poderes para realizar o comando político-jurídico da Constituição. Desigualdades sociais que se apresentam por meio de afrontas a direitos fundamentais, ainda que em casos singulares, reclamam intervenção do Poder Judiciário e este, efetivamente, suprirá lacunas, sobretudo se inertes os outros Poderes.

Aponte-se que no tocante ao mandado de injunção, já chegou o Supremo Tribunal Federal a entender por sua produção de efeitos *erga omnes*. Percebe-se a modificação no entendimento referente a esse mecanismo de controle de constitucionalidade.

Tocante às insuficiências do garantismo defrontado à Constituição Brasileira, Esteves assinala outra: Ferrajoli não entende que as *diretrizes* (princípios diretivos) dispõem do mesmo grau de vinculação conferido aos *princípios regulativos* (inclusos os direitos fundamentais nessa espécie). Entende Ferrajoli que as diretrizes não apresentam obrigações ou proibições determinadas, ainda que reconheça sua importância para a construção de argumentos jurídicos relacionadas a decisões sobre direitos constitucionalmente assegurados. Ou seja, o garantismo não confere às diretrizes constitucionais o caráter deôntico – de dever ser normativo.

Nesse sentido, reside pontualmente a insuficiência do garantismo, à Constituição brasileira, no ponto em que apenas acaba por reforçar a função *reformadora* do texto constitucional, em detrimento das funções *conservadora* e *construtora*. Admitir-se-ia que *diretrizes*, cujo teor deôntico é considerado débil, deixassem de ser aplicadas em face de outras normas constitucionais a que se atribua caráter deôntico; e isso significaria desrespeito ao comando político-jurídico.

Em vias propositivas, Esteves aponta que as *diretrizes* colocadas na Constituição brasileira possuem caráter deôntico, assim como os direitos fundamentais, e exigem não apenas a abstenção estatal, mas sim o agir participativo de todos os entes do Estado para garantia e realização de seu teor ideológico social. As *diretrizes* devem ser entendidas como situações jurídicas, às quais é possível atribuir um conseqüente de atuação, em casos de violação reconhecida.

Utiliza-se como exemplo para avaliar esse entendimento o caso do ancião que, em razão do não reajuste do valor de seus benefícios previdenciários, sofreu ação para ser despejado pelo

locador, pois tornou-se inadimplente. Nesse caso, afirma Esteves que devem ser levados em conta na decisão as diretrizes sistematizadas nos fundamentos da República, bem como nos objetivos do Estado brasileiro, nos direitos fundamentais e nos fundamentos da ordem econômica brasileira. Pontua Esteves que Ferrajoli não estendeu às *diretrizes* as garantias legislativas secundárias; e isso seria necessário para o respeito ao comando político-jurídico da Constituição brasileira. Caberia ao Estado, nesse sentido, estruturar o ordenamento jurídico para atender às *diretrizes*; e se não o fizer, sequer caberia ao Poder Judiciário suprir tal omissão, na medida em que o sistema de controle de constitucionalidade diz respeito apenas aos direitos fundamentais.

Destaque-se, traçados os contornos acima, que cabe ao intérprete e aplicador da norma levar em conta o sentido ideológico do comando político-jurídico da Constituição, considerando-se diretrizes e direitos fundamentais, especialmente, para fundamentar toda e qualquer prestação jurisdicional. Passa-se, então, à vinculação hermenêutica do intérprete a referido sentido ideológico, de cunho, repita-se, social.

Nesse ponto, Esteves indica que embora seja possível ao legislador infraconstitucional elaborar programas de ação governamental de cunho estritamente liberal – sob a perspectiva social e econômica –, deveria o Poder Judiciário reconhecer a desobediência dessa postura legislativa aos ditames sociais impostos pelo sentido ideológico do comando político-jurídico da Constituição brasileira.

Em linhas conclusivas, João Luiz Martins Esteves argumenta não ser possível a aplicação do direito em dissonância com o texto constitucional, e afirma a necessidade de se adotar uma teoria jurídica adequada à efetivação dos direitos constitucionais. As decisões judiciais devem estar vinculadas à teoria jurídica adequada. Buscou o autor identificar a existência de teorias que sejam adequadas, ainda que parcialmente, à Constituição Brasileira, e realizou sua proposta sobre as bases teóricas trabalhadas.

Como citar: CASTRO, Paulo Roberto Ciola de. O comando político-jurídico da Constituição: ideologia e vinculação hermenêutica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 3, p. 181-185, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p181. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 29/09/2018.

Aprovado em: 01/10/2018.

RESENHAS | REVIEWS

ALFONSIN, Betânia. Repercussão da nova-agenda urbana no direito público e privado no Brasil e na América Latina: o papel do direito à cidade. In: BELLO, Enzo; KELLER, Rene José (Org.). **Curso de direito à cidade: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 119-132.

REPERCUSSÃO DA NOVA-AGENDA URBANA NO DIREITO PÚBLICO E PRIVADO NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA: O PAPEL DO DIREITO À CIDADE

REPERCUSSION OF THE NEW URBAN AGENDA IN PUBLIC AND PRIVATE LAW IN BRAZIL AND LATIN AMERICA: THE ROLE OF THE RIGHT TO THE CITY

Jussara Romero Sanches¹

Como citar: SANCHES. Jussara Romero. Repercussão da nova-agenda urbana no direito público e privado no Brasil e na América Latina: o papel do direito à cidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 3, p. 186-188, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p186. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A presente resenha tem como objetivo abordar as ideias principais desenvolvidas no Capítulo 7 do livro “Curso de Direito à Cidade: teoria e prática”, no qual a autora apresenta o percurso histórico da construção do direito à cidade, a maneira como ele se consolida no cenário internacional por meio da Nova Agenda Urbana e as implicações que essa consolidação terá no direito interno dos países, em especial, da América Latina.

Palavras-chave: Direito à cidade. Nova agenda urbana. Direito urbanístico.

Abstract: The purpose of this review is to address the main ideas developed in Chapter 7 of the book entitled “Course on the Right to the City: theory and practice”, in which the author presents the historical course of building the right to the city, how it International scenario through the New Urban Agenda and the implications that this consolidation will have on the internal law of countries, especially Latin America.

Keywords: Right to the city. New urban agenda. Urban law.

¹ Mestre em Direito Negocial em 2018 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)
Especialista em Gestão, Licenciamento e Auditoria Ambiental em 2016 pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR)
Especialista em Direito do Estado em 2014 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)
Graduada em Direito em 2011 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)
E-mail: jussararomerosanches@gmail.com

O Curso de Direito à Cidade, organizado por Enzo Bello e Rene José Keller consiste em uma coletânea composta por treze artigos divididos em três seções. A primeira busca analisar o direito à cidade a partir de uma perspectiva interdisciplinar ao articulá-lo com discussões do campo da ciência política, do serviço social, da sociologia urbana, arquitetura e urbanismo, economia política e geografia.

A segunda seção é destinada a abordar o Direito à Cidade e as suas regulamentações, tanto no plano jurídico interno, como no cenário internacional. A terceira e última seção aborda o Direito à Cidade na prática e apresenta estudos de caso analisados a partir dessa perspectiva.

O capítulo 7 é o primeiro da segunda seção e se propõe a fazer uma retomada do processo de desenvolvimento do direito à cidade articulando movimentos internos e internacionais, e os impactos que a consolidação no âmbito internacional pode acarretar nos ordenamentos jurídicos internos, em especial, na América Latina.

Sobre o desenvolvimento do direito à Cidade, Betânia Alfonsin aponta o livro “Direito à Cidade” de Henri Lefebvre de 1968 como o marco inicial para sua compreensão. O segundo momento de grande importância é a promulgação da Constituição brasileira em 1988, ao ter introduzido no texto constitucional o inédito capítulo sobre política urbana. Em 2001, o Estatuto da Cidade consolida o Direito à Cidade e a partir dele a Carta Mundial pelo Direito à Cidade é lançada pelo Fórum Social Mundial e o Direito à Cidade se expande no âmbito internacional.

A Nova Agenda Urbana resultado da Conferência HABITAT III, em que pese não represente um documento internacional com força vinculante, consolida no âmbito internacional o Direito à Cidade, e uma nova forma de se pensar a urbanização das cidades.

A função social e ecológica da terra exigirá, conforme a autora que os países fortaleçam as normas e regras do Direito Urbanístico para que possam avançar no sentido de promover uma justa distribuição dos ônus e benefícios da urbanização, promovam a regularização fundiária, que democratizem o acesso regular à terra urbana e à moradia, que combatam a especulação imobiliária.

O Brasil é apontado como um dos países que até 2016 tinham avançado significativamente no sentido de mobilizar forças para o desenvolvimento de instrumentos jurídicos urbanísticos capazes de influenciar a materialização do Direito à Cidade, porém a autora ressalta que o atual cenário político que o país se encontra, principalmente após o *impeachment* da Presidenta Dilma, uma agenda de reformas e retrocessos, inclusive na agenda urbana com a edição da Medida Provisória nº 22 de 2016, transformada na Lei nº 13.465 de 2017, que alterou todo o marco legal da política de terras brasileira, essas reformas implicaram em significativos retrocessos nessa temática.

Em relação aos outros países da América Latina, a autora afirma que a introdução do Direito à Cidade na Nova Agenda Urbana, implicará em importantes transformações nos ordenamentos jurídicos internos dos países, principalmente no que diz respeito ao direito de propriedade.

Isso significa que os marcos do direito privado dos países latino-americanos deverão abandonar uma tradição liberal de propriedade, entendida como absoluta, exclusiva e perpétua e

atrelar às funções sociais da cidade ao direito à cidade, desenvolvendo instrumentos que permitirão o monitoramento do cumprimento da função social, bem como a função social e ecológica deverá possuir efeitos jurídicos concretos, ou seja, o Poder Público deverá promover o combate à retenção especulativa de imóveis urbanos, deverá desenvolver e/ou aperfeiçoar instrumentos que permitam a captura de mais valia urbana, entre outras estratégias para a concretização do Direito à Cidade.

Como citar: SANCHES. Jussara Romero. Repercussão da nova-agenda urbana no direito público e privado no Brasil e na América Latina: o papel do direito à cidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 3, p. 186-188, nov. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n3p186. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 01/10/2018.

Aprovado em: 01/10/2018.

INSTRUÇÕES AOS AUTORES

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

SCIENTIA IURIS

A revista científica SCIENTIA IURIS do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL – Universidade Estadual de Londrina tem o objetivo de publicar artigos científicos de autores de instituições de ensino ou pesquisa, nacionais ou estrangeiras.

1. Procedimentos para aceitação dos artigos: Os artigos enviados devem ser **inéditos**, isto é, não terem sido publicados em qualquer outro local. O procedimento adotado para aceitação definitiva será o seguinte:

- **Primeira etapa:** seleção dos artigos segundo critério de relevância e adequação às diretrizes editoriais.
- **Segunda etapa:** parecer de qualidade a ser elaborado por pareceristas “ad hoc”. A Comissão Editorial e os consultores científicos, por eles indicados, compõem o filtro de qualidade responsável por essa etapa. Os pareceres comportam três possibilidades:
 - a. aceitação integral;
 - b. aceitação com alterações;
 - c. recusa integral.

1.1. Línguas: Serão aceitos trabalhos redigidos em inglês ou preferencialmente em português. Trabalhos em outras línguas poderão ser aceitos, dependendo da consulta prévia ao Conselho Consultivo, sendo que neste caso deverá o resumo ser também em inglês (necessário o abstract em qualquer que seja a língua do artigo).

1.2. As opiniões e conceitos contidos nos artigos são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

2. Tipos de colaborações aceitas pela revista: serão aceitos trabalhos originais que se enquadrem na seguinte categoria:

2.1. Artigos Científicos (mínimo de 15 laudas e máximo de 25 laudas): apresentam, geralmente, estudos teóricos ou práticos referentes à pesquisa e desenvolvimento que atingiram resultados conclusivos significativos. Os artigos originais referentes à pesquisa experimental devem conter todas as informações necessárias que permitirão ao leitor repetir as experiências e/ou avaliar as conclusões do autor. As publicações de caráter científico deverão conter os seguintes tópicos: Título (Português e Inglês); Resumo; Palavras-chave; *Abstract*; *Key words*; Introdução; Desenvolvimento; Conclusão; Agradecimentos (quando necessários), e Referências.

• **Os artigos devem conter pelo menos um doutor como um de seus autores ou co-autores. É permitido até 3 (três) autores por artigo.**

Observação importante: Devido ao alto grau de exogenia seguido pela revista (75%), são publicados apenas 2 (dois) artigos de autores pertencentes ao Estado do Paraná por edição, **os quais são destinados, preferencialmente, aos professores e alunos do Mestrado em Direito**

Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

2.2. Resenhas (mínimo de 1 lauda e máximo de 3 laudas).

3. Cadastro dos dados dos autores e do artigo no sistema:

Os autores deverão informar na ocasião do cadastro no sistema:

- Título do artigo em português;
- Resumo e palavras-chave;
- Área(s) e sub-área(s) do conhecimento;
- Nome completo de cada autor, seguido por afiliação institucional;
- Indicação do endereço completo da preferência do autor, telefone e e-mail;
- Resumo da biografia;
- Se apropriado, parágrafo reconhecendo apoio financeiro, colaboração de colegas e técnicos, origem do trabalho (por exemplo: trabalho anteriormente apresentado em evento, derivado de tese ou dissertação, coleta de dados efetuada em instituição distinta daquela informada na afiliação, e outros fatos de divulgação eticamente necessária).

4. Forma de apresentação dos artigos:

4.1. A SCIENTIA IURIS adota as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e a norma de apresentação tabular do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os artigos devem ser digitadas em editor de texto Word for Windows 7.0 ou posterior, em espaço 1,5, em fonte tipo Arial, tamanho 12, não excedendo 80 caracteres por linha e o número de páginas apropriado à categoria em que o trabalho se insere, paginado desde a folha de rosto personalizada, a qual receberá número de página 1. A página deverá ser em formato A4, com formatação de margens superior e esquerda (3 cm) e inferior e direita (2 cm).

4.2. A apresentação dos trabalhos deve seguir a seguinte ordem:

4.2.1. Folha(s) **despersonalizada** contendo apenas:

- Título em português, não devendo exceder 15 palavras;
- Título em inglês, compatível com o título em português;
- **Resumo** (máximo de 200 palavras), redigido em parágrafo único, espaço simples e alinhamento justificado e **Palavras-chave** (mínimo 3 e máximo 5) para fins de indexação do trabalho. Devem ser escolhidas palavras que classifiquem o trabalho com precisão adequada, que permitam que ele seja recuperado junto com trabalhos semelhantes, e que possivelmente serão evocados por um pesquisador efetuando levantamento bibliográfico;
- **Abstract e Key words**, em inglês, compatível com o texto em português. O **Abstract** deve obedecer às mesmas especificações para a versão em português, seguido de **Key words**, compatíveis com as palavras-chave.

4.2.2. Texto propriamente dito.

- Em todas as categorias do trabalho, o texto deve ter uma organização de reconhecimento fácil, sinalizada por um sistema de títulos e subtítulos que reflitam esta organização.
-

• As **citações bibliográficas** devem ser feitas de acordo com as normas da ABNT (NBR 10520 – *Informação e Documentação - Citações em documentos – Apresentação*/ Ago. 2002), adotando-se o **sistema autor-data**. Ex.: Barcellos et al. (1977) encontram...

... posse *pro labore* ou posse-trabalho (NERY JÚNIOR; NERY, 2001).

... sem que essa prestação de serviços ...” (HONRUBIA et al., 1996, p. 224).

Segundo Canotilho (2000 apud ARAUJO, 2001, p. 82),...

– Quando vários trabalhos forem citados no mesmo parágrafo, os mesmos devem ser apresentados em ordem cronológica. Se houver mais de um trabalho do mesmo autor no mesmo ano, devem ser utilizadas letras para distingui-los. Exemplo: Diniz (2003a). O critério para a escolha das letras a, b, c etc. de cada referência é o de ordem alfabética do nome dos artigos ou obras que aquele autor citou naquele mesmo ano.

– No caso de trabalho de até três autores, seus sobrenomes na citação devem vir separados por vírgula e pela palavra “e”. Exemplo: Cintra, Grinover e Dinamarco (2003).

– No caso de mais de três autores, indica-se apenas o primeiro, acrescentando-se a expressão et al. Exemplo: Barcellos et al. (1997).

– Na lista das Referências, cada trabalho referenciado deve ser separado do seguinte por 1 (um) espaço simples. A lista dos documentos pesquisados deve ser apresentada em ordem alfabética, não numerada, seguindo o sobrenome do autor principal, destacando em negrito o título do periódico (para artigos) ou o nome da obra (quando para capítulos de livro), como descrito no item Referências.

• As notas não bibliográficas devem ser colocadas no rodapé, utilizando-se de fonte tamanho 10, ordenadas por algarismos arábicos que deverão aparecer imediatamente após o segmento do texto ao qual se refere a nota.

Observação importante: siglas e abreviaturas devem ser evitadas, pois dificultam a leitura. Quando forem necessárias, as siglas ou as abreviaturas devem ser introduzidas entre parênteses, logo após ao emprego do referido termo na íntegra, quando do seu primeiro aparecimento no texto. Ex.: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Após a primeira menção no texto utilizar somente a sigla ou abreviatura. Todas as abreviaturas em tabelas ou ilustrações devem ser definidas em suas respectivas legendas.

4.2.3. Referências (NBR 6023 – *Informação e Documentação - Referências - Elaboração* / Ago. 2002) Devem conter todos os dados necessários à identificação das obras, dispostas em ordem alfabética. Para distinguir trabalhos diferentes de mesma autoria, será levada em conta a ordem cronológica, segundo o ano da publicação. Se em um mesmo ano houve mais de um trabalho do(s) mesmo(s) autor(es), acrescentar uma letra ao ano (ex. 1999a; 1999b).

• Referências dos documentos consultados: Somente devem ser inseridas na lista de Referências os documentos efetivamente citados no artigo.

5. Direitos autorais:

5.1. Artigos publicados na SCIENTIA IURIS:

Os direitos autorais dos artigos publicados pertencem à revista *SCIENTIA IURIS*. A reprodução total dos artigos desta revista em outras publicações, ou para qualquer outra utilidade, está condicionada à autorização escrita do(s) Editor(es). Pessoas interessadas em reproduzir parcialmente os artigos desta revista (partes do texto que excedam a 500 palavras, tabelas e ilustrações) deverão ter permissão escrita do(s) autor(es).

5.2. Reprodução parcial de outras publicações:

Artigos submetidos que contiverem partes de texto extraídas de outras publicações deverão obedecer aos limites especificados para garantir originalidade do trabalho submetido. Recomenda-se evitar a reprodução de tabelas e ilustrações extraídas de outras publicações. O artigo que contiver reprodução de uma ou mais tabelas e/ou ilustrações de outras publicações só será encaminhado para análise se vier acompanhado de permissão escrita do detentor do direito autoral do trabalho original para a reprodução especificada na *SCIENTIA IURIS*. A permissão deve ser endereçada ao autor do trabalho submetido. Em nenhuma circunstância a *SCIENTIA IURIS* e os autores dos trabalhos publicados nesta revista repassarão direitos assim obtidos.

6. Os trabalhos não aceitos para publicação serão devolvidos aos autores, se solicitados.

7. Sugerimos a leitura da obra de Maurício Gomes Pereira. Título: Artigos científicos: como redigir, avaliar e publicar. Editora: Guanabara Koogan.

DECLARAÇÃO DE DIREITO AUTORAL

A revista se reserva o direito de efetuar, nos originais, alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua e a credibilidade do veículo. Respeitará, no entanto, o estilo de escrever dos autores. Alterações, correções ou sugestões de ordem conceitual serão encaminhadas aos autores, quando necessário. Nesses casos, os artigos, depois de adequados, deverão ser submetidos a nova apreciação. As provas finais não serão encaminhadas aos autores. Os trabalhos publicados passam a ser propriedade da revista, ficando sua reimpressão total ou parcial sujeita a autorização expressa da revista. Em todas as citações posteriores, deverá ser consignada a fonte original de publicação, no caso a Discursos Fotográficos. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

O autor autoriza a republicação e divulgação do artigo em sites especializados na área de direito (ex: academia.edu; emporiododireito.com.br; conjur.com.br, e outros). Autoriza, também, a publicação e/ou divulgação em redes sociais. O artigo será encaminhado para republicação e divulgação pela equipe editorial da Revista Scientia Iuris somente após publicação do artigo na Revista Scientia Iuris para garantir o ineditismo que é uma exigência da publicação.

POLÍTICA DE PRIVACIDADE

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.
