

COORDENAÇÃO:

ISABEL PRATES DE OLIVEIRA CAMPOS
RAYSSA RODRIGUES MENEGHETTI

VOLUME 1

1º Congresso Internacional

**da Faculdade de Direito de
Conselheiro Lafaiete - FDCL**

TÓPICOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO, PROCESSO CIVIL E DIREITO DO TRABALHO

DIÁLOGOS INTERNACIONAIS DA FDCL

ORGANIZAÇÃO

LÍLIAM APARECIDA CALDEIRA DE OLIVEIRA
GUILHERME LUIZ LEÃO BOELSUMS
DARLAN ROBERTO DOS SANTOS
WAIDD FRANCIS DE OLIVEIRA
CIRLEY JOSÉ HENRIQUES





FACULDADE DE DIREITO DE CONSELHEIRO LAFAIETE - FDCL

DIRETOR-GERAL - PROF. CIRLEY JOSÉ HENRIQUES
DIRETOR DE CONTROLE ACADÊMICO - PROF. ÁLISSON THIAGO DE ASSIS CAMPOS
COORDENADOR DE CURSO - PROF. SÉRGIO LUIZ MILAGRE JÚNIOR
BIBLIOTECÁRIA RESPONSÁVEL - SANDRA MARA PINTO
RUA LOPES FRANCO, 1001 BL. C/D, BAIRRO CARIJÓS - CONSELHEIRO LAFAIETE - MG / CEP 36406-119
TELEFONE: (31) 3769-1919 EMAIL: FDCL@FDCL.EDU.BR

CONSELHO EDITORIAL

ÁLISSON THIAGO DE ASSIS CAMPOS
DEILTON RIBEIRO BRASIL
FABRÍCIO VEIGA COSTA
PAULO ROBERTO DE CASTRO
SÉRGIO LUIZ MILAGRE JÚNIOR
VINÍCIUS BIAGIONI REZENDE

COORDENAÇÃO

ISABEL PRATES DE OLIVEIRA CAMPOS
RAYSSA RODRIGUES MENEGHETTI

ORGANIZAÇÃO

LÍLIAM APARECIDA CALDEIRA DE OLIVEIRA
GUILHERME LUIZ LEÃO BOELSUMS
DARLAN ROBERTO DOS SANTOS
WAIDD FRANCIS DE OLIVEIRA
CIRLEY JOSÉ HENRIQUES

PROJETO GRÁFICO, FORMATAÇÃO E DIAGRAMAÇÃO

ÁLISSON THIAGO DE ASSIS CAMPOS
SÉRGIO LUIZ MILAGRE JÚNIOR

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação - CIP

341.1
D536
2021 Diálogos internacionais da FDCL: tópicos de direito tributário, processo civil e direito do trabalho. v. 1 / [coordenador por] Isabel Prates de Oliveira Campos, Rayssa Rodrigues Meneghetti; [organizador por] Líliam Aparecida Caldeira de Oliveira, Guilherme Luiz Leão Boelsums, Darlan Roberto dos Santos, Waidd Francis de Oliveira, Cirley José Henriques. Conselheiro Lafaiete: FDCL, 2021.

000 p. v. 1. (1º Congresso Internacional da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete- FDCL)

Vários autores
ISBN: 978-65-995390-0-8

1. Direito. 2. Direito Internacional. 3. Direito Tributário. 4. Processo Civil. 5. Direito do Trabalho I. Título

CDD 341.1

Catalogação elaborada por Sandra Mara Pinto – CRB6/2487

O PADRÃO ORTOGRÁFICO E O SISTEMA DE CITAÇÕES E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS SÃO PRERROGATIVAS DE CADA AUTOR. DA MESMA FORMA, O CONTEÚDO DE CADA CAPÍTULO É DE INTEIRA E EXCLUSIVA RESPONSABILIDADE DE SEU RESPECTIVO AUTOR, INCLUSIVE EM RELAÇÃO A DIREITO DE IMAGEM E PROPRIEDADE INTELECTUAL.

APOIO





1º Congresso Internacional

da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - FDCL

A PUBLICAÇÃO DESTA OBRA TEM FINALIDADE ACADÊMICA, SEM QUALQUER INTUITO COMERCIAL. O LIVRO FOI INTEGRALMENTE CUSTEADO PELA FACULDADE DE DIREITO DE CONSELHEIRO LAFAIETE - FDCL, COM AUXÍLIO DOS PATROCINADORES (2ª SUBSEÇÃO DA OAB - CONSELHEIRO LAFAIETE E NACIONAL TINTAS). NESSE SENTIDO, OS AUTORES NÃO DESEMBOLSARAM QUALQUER VALOR PARA A PUBLICAÇÃO E, PORTANTO, NÃO DEVEM REALIZAR A VENDA, EIS QUE SE TRATA DE PUBLICAÇÃO DE DIVULGAÇÃO GRATUITA QUE BUSCA DIFUNDIR O CONHECIMENTO.

ESTE E-BOOK SÓ FOI POSSÍVEL EM RAZÃO DO TRABALHO DOS COORDENADORES E ORGANIZADORES E DO CORPO TÉCNICO ADMINISTRATIVO DA FACULDADE DE DIREITO DE CONSELHEIRO LAFAIETE - FDCL.

RESSALTE-SE, POR FIM, QUE O PADRÃO ORTOGRÁFICO E O SISTEMA DE CITAÇÕES E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS SÃO PRERROGATIVAS DE CADA AUTOR. DA MESMA FORMA, O CONTEÚDO DE CADA CAPÍTULO É DE INTEIRA E EXCLUSIVA RESPONSABILIDADE DE SEU RESPECTIVO AUTOR, INCLUSIVE EM RELAÇÃO A DIREITO DE IMAGEM E PROPRIEDADE INTELECTUAL.

CONSELHEIRO LAFAIETE, MAIO DE 2021

A ORGANIZAÇÃO





PREFÁCIO

AO CONTRÁRIO DO QUE MUITOS IMAGINAM, A CIÊNCIA NÃO ESTÁ PRESENTE APENAS NOS LABORATÓRIOS E TUBOS DE ENSAIO. NOSSA VIDA É PERMEADA DE CIÊNCIA, EM TODOS OS SEUS ASPECTOS - INCLUSIVE, NO DIREITO. NESSE SENTIDO, A FACULDADE DE DIREITO DE CONSELHEIRO LAFAIETE, EM CONSTANTE PREOCUPAÇÃO COM A FORMAÇÃO DE SEUS DISCENTES, FOMENTA O DEBATE CIENTÍFICO, ATRAVÉS DE VÁRIAS INICIATIVAS. OS ANAIS QUE ORA APRESENTAMOS REFEREM-SE A UMA DESSAS INICIATIVAS: O I CONGRESSO INTERNACIONAL DA FDCL, REALIZADO ENTRE 3 E 7 DE MAIO DE 2021.

NESTA PUBLICAÇÃO, PROFISSIONAIS DO DIREITO, ESTUDANTES E A COMUNIDADE EM GERAL TERÃO A OPORTUNIDADE DE CONHECER ALGUMAS DAS IDEIAS APRESENTADAS E DEBATIDAS DURANTE O EVENTO, QUE REUNIU DEZENAS DE PESQUISADORES, EM ÂMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL. TRATA-SE DE CONSIDERÁVEL CONTEÚDO DE PESQUISA, A RESPEITO DOS DESAFIOS E POSSIBILIDADES QUE SE COLOCAM NO MEIO JURÍDICO, EM NOSSO SÉCULO. O DIREITO, ASSIM COMO A SOCIEDADE, É MUTÁVEL, E SEU DINAMISMO DEVE-SE GUIAR PELAS DEMANDAS HUMANAS. DAÍ A IMPORTÂNCIA DE EVENTOS CIENTÍFICOS E PUBLICAÇÕES COMO ESSA.

CONFORME RESSALTA O CIENTISTA AMERICANO CARL SAGAN, "EXISTEM MUITAS HIPÓTESES EM CIÊNCIA QUE ESTÃO ERRADAS. ISSO É PERFEITAMENTE ACEITÁVEL; ELAS SÃO A ABERTURA PARA ACHAR AS QUE ESTÃO CERTAS". DIANTE DISSO, CARO PESQUISADOR, LEIA OS TEXTOS QUE COMPÕEM ESSE EXEMPLAR. QUESTIONE, DISCUTA, PONDERE, REFLITA! É DESSA MANEIRA QUE PODEMOS AMPLIAR AS CIÊNCIAS JURÍDICAS, CONTRIBUINDO PARA SEU DESENVOLVIMENTO E PARA O DESENVOLVIMENTO SOCIAL - QUE, AFINAL, É NOSSO GRANDE PROPÓSITO. BOAS LEITURAS!

CIRLEY JOSÉ HENRIQUES

DIRETOR-GERAL DA FACULDADE DE DIREITO DE CONSELHEIRO LAFAIETE -
FDCL



APRESENTAÇÃO

NO DIA 3 DE MAIO DE 2021, OCORRERAM AS APRESENTAÇÕES DO GT1 DO I CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO ORGANIZADO PELA FACULDADE DE DIREITO DE CONSELHEIRO LAFAIETE - FDCL, EM COMEMORAÇÃO AOS SEUS 50 ANOS DE HISTÓRIA, COM TEMAS EM PROCESSO CIVIL, DIREITO DO TRABALHO E DIREITO TRIBUTÁRIO.

OS ORGANIZADORES DO EVENTO MERECEM SER ENALTECIDOS PELA RESPONSABILIDADE E PELO COMPROMISSO COM A EDUCAÇÃO E COM A PESQUISA, POIS, ATRAVÉS DE MUITO ESFORÇO, FOI POSSÍVEL REALIZAR ESSE TÃO GRANDIOSO EVENTO, DE FORMA INTEGRALMENTE VIRTUAL, GARANTIDO A SEGURANÇA E O ISOLAMENTO DOS PARTICIPANTES NESTES TEMPOS EM QUE TRAVAMOS UMA FIRME LUTA CONTRA A COVID-19.

ACERCA DOS TRABALHOS, ESSES IMPRESSIONAM PELA ATUALIDADE DOS TEMAS E PELOS TEXTOS COERENTES, TÉCNICOS E NECESSÁRIOS, EM ESPECIAL, PORQUE FORAM PRODUZIDOS MAJORITARIAMENTE POR ALUNOS DE GRADUAÇÃO.

NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO FORAM APRESENTADOS INSTIGANTES TEMAS COMO A QUARTEIRIZAÇÃO NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS; AS ALTERAÇÕES NA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA E SEUS IMPACTOS NO DIREITO DO TRABALHO; BEM COMO A INSERÇÃO E A PERMANÊNCIA DAS MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO NO CONTEXTO PANDÊMICO.

O PROCESSO CIVIL TAMBÉM FOI DISCUTIDO E ANALISADO EM DIVERSOS PONTOS, COM AUTORES QUE EVIDENCIARAM PROBLEMÁTICAS ATUAIS, CUJA TRATATIVA É FUNDAMENTAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, COMO A NECESSÁRIA RESSIGNIFICAÇÃO DO PAPEL DO JUIZ NESTE PARADIGMA QUE REQUER UM PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO; A SENTENÇA ESTRUTURAL DIALÓGICA E O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA; A POSSIBILIDADE DO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA RESOLVER CONFLITOS; A MODERNIZAÇÃO, A DIGITALIZAÇÃO E A NECESSIDADE DA DESBUROCRATIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL; A EVOLUÇÃO DA SENTENÇA E DA COISA JULGADA; O ACESSO À JUSTIÇA E A TENTATIVA PRÉVIA DE AUTOCOMPOSIÇÃO; A ANÁLISE DA TUTELA DE EVIDÊNCIA E O MOMENTO OPORTUNO PARA APRESENTAÇÃO DE DÚVIDA RAZOÁVEL.

O GT CONTOU AINDA COM RELEVANTE DISCUSSÃO NO ÂMBITO DO DIREITO TRIBUTÁRIO, QUE TRATOU SOBRE A POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DO ICMS EM SITUAÇÕES DE REGIMES ESPECIAIS DE EXPORTAÇÃO NO ESTADO DE MINAS GERAIS. PARA TANTO, FORAM APRESENTADOS OS DIFERENTES POSICIONAMENTOS SOBRE O TEMA.

A JUNÇÃO DOS MENCIONADOS TRABALHOS CULMINOU NA PUBLICAÇÃO DO PRESENTE LIVRO, QUE MERECE A LEITURA E A DIVULGAÇÃO PELA PERTINÊNCIA DOS TEMAS QUE, SOMADOS, POSSIBILITAM A COMPREENSÃO CONSTITUCIONALIZADA DOS RAMOS DO DIREITO TRATADOS NO GT1, CAPAZ DE EDIFICAR A COMUNIDADE JURÍDICA DE MODO A TORNÁ-LA MAIS DEMOCRÁTICA E PLURAL, CONTRIBUINDO PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE MAIS FRATERNA E IGUALITÁRIA.

AGRADECEMOS, PARABENIZAMOS E DESEJAMOS A TODOS UMA PRAZEROSA LEITURA!

BELO HORIZONTE -MG, 13 DE JUNHO DE 2021

RAYSSA RODRIGUES MENEGHETTI

DOUTORANDA E MESTRA (2018) EM PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA UNIVERSIDADE DE ITAÚNA - UIT, COM ÁREA DE CONCENTRAÇÃO NA LINHA DE PESQUISA DIREITO PROCESSUAL COLETIVO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (2018). PÓS-GRADUANDA EM DIREITO TRIBUTÁRIO PELA UNIVERSIDADE PONTIFÍCIA CATÓLICA DE MINAS GERAIS (2019). PÓS-GRADUADA EM DIREITO PROCESSUAL PELA UNIVERSIDADE PONTIFÍCIA CATÓLICA DE MINAS GERAIS (2017). PÓS-GRADUADA EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL PELA UNIVERSIDADE ANHANGUERA-UNIDERP (2014).

ISABEL PRATES DE OLIVEIRA CAMPOS

MESTRE E BACHAREL EM DIREITO PELA UFMG. PROFESSORA DA FACULDADE DE DIREITO DE CONSELHEIRO LAFAIETE (FDCL). ADVOGADA

SUMÁRIO

DAS DIFERENÇAS DE POSICIONAMENTO QUANTO À POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DO ICMS EM SITUAÇÕES DE REGIMES ESPECIAIS DE EXPORTAÇÃO NO ESTADO DE MINAS GERAIS: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ADMINISTRATIVA E JUDICIAL A RESPEITO DO TEMA	7
Alessandro Henrique Pereira Lacerda	
O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A DOGMÁTICA PROCESSUAL BÜLOWIANA: A INCOMPATIBILIDADE DA CENTRALIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL NA FIGURA DO JUIZ	24
Beatriz Ribeiro e Letícia Ribeiro	
LEI 14.112/2020: AS ALTERAÇÕES NA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA E SEUS IMPACTOS SOBRE O DIREITO DO TRABALHO	38
Bráulio de Almeida Pereira Paiva	
O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UMA BREVE ABORDAGEM SOBRE A RELAÇÃO ENTRE A SENTENÇA ESTRUTURAL DIALÓGICA E O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA	53
Eduardo Leão de Paula	
CONSIDERAÇÕES ACERCA DO FENÔMENO DA QUARTEIRIZAÇÃO NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS	67
Ariane Maria Rezende e Eduardo Moraes Lameu Silva	
COVID 19: O NOVO OBSTÁCULO PARA A INSERÇÃO E PERMANÊNCIA DAS MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO	80
Wagner Camilo Miranda e Elisa Santana Fonseca	
SENTENÇA E COISA JULGADA: ESTUDO COMPARATIVO ENTRE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	91
Laís Lopes de Sousa	
A POSSIBILIDADE DO USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: PREMISSAS BÁSICAS	105
Franciele Marques da Silva e Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes	
DESNECESSIDADE DE TENTATIVA PRÉVIA DE AUTOCOMPOSIÇÃO DA LIDE À LUZ DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA	116
Rafael Carvalho Pereira, Renato Armanelli Gibson e Nilo Roberto Goulart	



DO MOMENTO OPORTUNO PARA APRESENTAÇÃO DA DÚVIDA RAZOÁVEL À TUTELA DE EVIDÊNCIA REQUERIDA COM FUNDAMENTO NO ART. 311, INCISO IV, DO CPC 130

Tamires Nerys Freitas e Rainer Bomfim

A MODERNIZAÇÃO, A DIGITALIZAÇÃO E A NECESSIDADE DA DESBUROCRATIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CÍVEL 145

Thais Mara Mendes Vieira

DAS DIFERENÇAS DE POSICIONAMENTO QUANTO À POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DO ICMS EM SITUAÇÕES DE REGIMES ESPECIAIS DE EXPORTAÇÃO NO ESTADO DE MINAS GERAIS: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ADMINISTRATIVA E JUDICIAL A RESPEITO DO TEMA

Alessandro Henrique Pereira Lacerda¹

RESUMO: O presente artigo busca, a partir da comparação de jurisprudências administrativas e judiciais selecionadas, observar as diferentes versões dadas pela Fazenda Pública Estadual e o contribuinte quanto à possibilidade de cobrança do ICMS nos casos de regime especial para exportação. No presente caso, o estudo será focado nos casos do Depósito Alfandegado Certificado (DAC) e do Regime Aduaneiro Especial de Exportação e de Importação de Bens Destinados às Atividades de Pesquisa e de Lavra das Jazidas de Petróleo e de Gás Natural (Repetro).

PALAVRAS-CHAVE: ICMS; Regime especial de exportação; Análise de jurisprudência.

ABSTRACT: The presente article aims, from the comparison of selected administrative and judicial jurisprudence, to observe the diferente versions given by the State Public Treasury and the taxpayer regarding the possibility of charging ICMS in cases of special export regime. In the present case, the study will focus on the cases of Certificated Customs Deposit (DAC) and of Special Customs Regime for Exporting and Importing Goods for Research and Mining Activities in Oil and Natural Gas Deposits (Repetro).

KEYWORDS: ICMS; Special Export Regime; Jurisprudence analysis

¹ Advogado especialista em Direito Tributário pela PUC Minas, graduado em Direito pela Universidade Federal de Lavras (UFLA) e graduando em Ciências Contábeis pela Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). E-mail: alessandroh_lacerda@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 155, §2º, inciso X, alínea “a”, bem como o artigo 21, §2º, da Lei Complementar nº 87/96 –a chamada Lei Kandir –, versam sobre a prerrogativa constitucional de imunidade tributária do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) para mercadorias que se encontram em processo de exportação ou em vias de ser exportadas.

Contudo, é sabido que, com o crescimento ascendente das dívidas estatais, tem ocorrido um movimento por parte do Fisco Estadual de incremento de cobranças de tributos de competência estadual, dentre eles, principalmente, o ICMS.

A fim de evidenciar o acima exposto, realiza-se uma comparação entre alguns posicionamentos jurisprudenciais quanto à possibilidade de cobrança do ICMS em casos de mercadoria disposta à exportação sob o regime aduaneiro Depósito Alfandegado Certificado (DAC) e sob o Regime Aduaneiro Especial de Exportação e de Importação de Bens Destinados às Atividades de Pesquisa e de Lavra das Jazidas de Petróleo e de Gás Natural (Repetro). Nesse sentido, a fim de delimitar o objeto da pesquisa, restringiu-se a discussão ao estado de Minas Gerais. A aferição de posicionamentos foi feita a partir de observação de jurisprudências de natureza administrativa e judicial, oriundas respectivamente do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais (CCMG) e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG).

Como fontes de pesquisa, utilizaram-se aqui os Acórdãos de nº 21.884/15 e 22.168/16, ambos advindos, respectivamente, de julgamentos da 1ª e da 3ª Câmaras do Conselho de Contribuintes e o julgado de nº 1.0313.09.292580-6/001 de ordem da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Em relação ao procedimento adotado na presente pesquisa, optou-se pela comparação, uma vez que se utiliza de julgamentos selecionados anteriormente e compara seus argumentos e posicionamentos de acordo com a situação-problema. Por ser uma comparação, a abordagem aqui realizada é de cunho descritivo, haja vista que emprega métodos já padronizados para a coleta de dados, os quais consistem em observação, registro, análise, classificação e interpretação dos dados conforme a situação-problema apresentada (BEUREN; RAUPP, 2004, p. 81).

O viés a ser adotado no presente estudo será o qualitativo, pois que se pretende fazer um contraste entre os posicionamentos, apresentados pelas jurisprudências utilizadas, quanto ao problema descrito, não havendo qualquer intento de aferição numérica, o que seria o intuito de uma pesquisa quantitativa.

A fim de se clarear o tema e os argumentos deliberados pelos posicionamentos aqui selecionados, será feita primeiramente uma breve digressão quanto à definição e às principais características do ICMS, ao conceito de imunidades em matéria tributária, aos regimes especiais de arrecadação do ICMS e, por fim, aos regimes de diferimento do imposto. Somente após se fará a comparação pretendida entre as perspectivas da Fazenda Pública Estadual e do contribuinte.

1. BREVES DELIBERAÇÕES

Nesta seção será feita uma breve digressão quanto à definição e às principais características do ICMS, ao conceito de imunidades em matéria tributária e, por fim, aos regimes especiais de arrecadação de ICMS.

1.1. Do ICMS

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços tem sua abrangência delimitada pelo artigo 2º, *caput*, e 2º, §1º da Lei Complementar nº 87/1996, incidindo sobre as hipóteses elencadas nos seus respectivos incisos, a saber: operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares; prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores; prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza; fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios; entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade; fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre

serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual; serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior; entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Conforme leciona o artigo 155, inciso II da Magna Carta, a competência de instituição do ICMS recai sobre os estados da federação e contém determinados núcleos de delimitação do seu fato gerador, a saber: a circulação de mercadorias, a prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual e comunicações (JORGE, 2008, p.4).

Entende-se mercadoria, sobre a qual incide o ICMS, como o objeto que se pretende negociar por meio de ato de mercancia (JORGE, 2008, p.9). Nesse sentido, por ser a cobrança repercussão da circulação de mercadorias, não pode o imposto ser cobrado em riqueza que não seja decorrente do ato de negociação daquelas (JORGE, 2008, p.90). Consequentemente, atesta-se a necessidade da base de cálculo do tributo como sendo a soma da operação mercantil realizada ou o valor gasto na mercadoria até a sua saída para a via comercial (JORGE, 2008, p.92).

Conforme observado, no que se refere à aplicação de suas alíquotas, por ter o imposto vários fatos geradores, a fixação de sua alíquota dependerá de qual fato gerador foi observado e de circunstâncias próprias avaliadas caso a caso, como o local de acontecimentos do fato gerador, sua cronologia, entre outros. (JORGE, 2008, p.117).

Em linhas gerais, observa-se que o imposto é seletivo – uma vez que tem suas alíquotas definidas conforme a essencialidade do produto –, não-cumulativo – haja vista que o capital aferido a título do imposto pode ser abatido e utilizado como crédito posteriormente em utilização da mesma mercadoria, não se acumulando na cadeia –, indireto – pois que incide sobre um produto ou mercadoria e não pessoa física – e, por fim, possui finalidade fiscal, sendo a principal fonte de arrecadação dos estados nos tempos atuais (SABBAG, 2012, p.1059).

É necessário salientar que, apesar de o Código Tributário Nacional ter sido elevado à condição de Lei Complementar após a promulgação da Constituição Federal

em 1988, no que tange ao ICMS, seu regramento se encontra defasado. Para aferição de normas nacionais, relativamente à aplicação do imposto, utiliza-se a Lei Complementar nº 87/1996, que se configura conforme o estipulado pelo artigo 155, §2º, inciso XII da CF/88 e suas delimitações, que garantem que cabe a Lei Complementar a implementação de normas gerais relacionadas à implementação do imposto.

Ressalta-se que o ICMS é assunto muito amplo e a presente digressão quanto a este foi feita apenas para apresentar ao leitor o contexto do imposto, de forma a situá-lo em meio às discussões que serão feitas a seguir. Nesse sentido, delimita-se que as informações repassadas, nesta subseção, são somente aquelas que se correlacionam ao conteúdo das jurisprudências a serem destrinchadas, deixando claro que não permeiam toda a complexidade do assunto.

1.2. Das imunidades

As imunidades constitucionais genéricas são tratadas pelo artigo 150, inciso VI da CF/88, que elenca suas hipóteses. São elas: patrimônio, renda ou serviços entre entes da federação; templos de qualquer culto; patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser. Ricardo Lobo Torres entende que a matéria é a exteriorização ou o âmbito de validade do direito de liberdade (TORRES, 2011, p. 65). Assim, a não tributação, nessas situações, se reflete justamente na importância dos objetivos por ela defendidos (TORRES, 2011, p. 65). Delimita-se que a União possui competência para instituir tributos sobre os bens mencionados, mas não o faz em virtude da preservação de determinados valores que a Constituição julga interessantes (AMARO, 2014, p.157).

De forma clara, Luciano Amaro sintetiza o conceito de imunidades tributárias englobando todas estas circunstâncias:

A imunidade tributária é, assim, a qualidade da situação que não pode ser atingida pelo tributo, em razão de norma constitucional que, à vista de alguma especificidade pessoal ou material dessa situação, deixou-a fora do campo sobre que é autorizada a instituição do tributo absoluta de referidas situações devido à natureza dessas liberdades existentes (AMARO, 2014, p.157)

Contudo, o rol de imunidades constitucionais não versa somente sobre imunidades genéricas. É certo que existem outras imunidades específicas trazidas esporadicamente no texto constitucional, relativas a impostos específicos.

No presente caso, tendo em vista que o foco do presente trabalho é o ICMS, serão observadas as imunidades em relação a esse imposto, dando ênfase a sua não cobrança no caso de exportação. Desse modo, cabe aqui transcrição integral do artigo 155, §2º da CF/88 e seus incisos, os quais determinam:

X - não incidirá:

- a) sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar;
- a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores
- b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;
- c) sobre o ouro, nas hipóteses definidas no art. 153, § 5º;
- d) nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita (BRASIL, 1988)

Observa-se, portanto, que o imposto não incide sobre operações que destinem mercadorias para o exterior. Anteriormente havia dúvida acerca do alcance dessa imunidade, ou seja, se se referia a etapas específicas do processo de exportação ou a todo o processo; contudo, já existe entendimento sedimentado na jurisprudência de que a imunidade se dá em toda a cadeia de exportação (JORGE, 2008, p.147).

1.3. Dos regimes especiais de arrecadação do ICMS

O regime especial trata de um grupo especial de normas referentes a um determinado grupo de contribuintes. Estas podem ser aplicadas de forma consensual, a requerimento do contribuinte ou de ofício, por ordem da própria Autoridade Fiscal

(JORGE, 2008, p.211). A aplicação das normas direcionadas se dá em razão da atividade empresarial do contribuinte ou da tentativa de coerção do Fisco ao contribuinte para que cumpra suas obrigações tributárias (JORGE, 2008, p.211).

É necessário, neste sentido, aludir que os chamados regimes especiais fazem parte da legislação tributária que, segundo o artigo 96 do Código Tributário Nacional, compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes. Dando ainda mais garantia e segurança jurídica ao instituto, leciona o artigo 100 do mesmo dispositivo de lei que constituem normas complementares das leis, tratados, convenções internacionais e decretos: os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas; as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa; as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas e os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Ressalta-se que os regimes especiais interferem diretamente na característica de não-cumulatividade do ICMS, haja vista que somente autorizam o creditamento da entrada de mercadoria pelo adquirente de produto de contribuinte diverso, cabendo a este a possibilidade de regime especial somente se, no ato de apresentação das mercadorias, ocorra a apresentação das guias de pagamento do imposto devidamente quitadas (JORGE, 2008, p.213).

Conforme observado, a instituição de regimes especiais se dá caso a caso em situações específicas. No caso em fomento, dada a matéria jurisprudencial recortada, discorrer-se-á sobre o Depósito Alfandegado Certificado (DAC) e o Regime Aduaneiro Especial de Exportação e de Importação de Bens Destinados às Atividades de Pesquisa e de Lavra das Jazidas de Petróleo e de Gás Natural (Repetro).

1.3.1. Depósito Alfandegado Certificado (DAC)

O DAC é o regime aduaneiro que considera exportada a mercadoria situada em recinto alfandegário, vendido a pessoa sediada no exterior, mediante contrato de entrega no território nacional e à ordem do adquirente. A consideração de mercadoria

exportada é observada para todos os direitos de ordem fiscal, creditícia e cambial, conforme disposições elencadas pelo artigo 493 do Regulamento Aduaneiro.

De acordo com disposição do artigo 3º da Instrução Normativa SRF Nº 266/2002, os recintos alfandegários ou instalações portuárias serão elencados e previamente autorizados pelo Superintendente Regional da Receita Federal (SRRF) com jurisdição sobre o local, mediante a expedição de Ato Declaratório Executivo – ADE.

Conforme determina o artigo 5º da Instrução Normativa SRF 266/02, serão hipóteses de aplicação do regime:

Art. 5º A admissão no regime será autorizada para mercadoria:

- 1.3.1.1. - vendida a pessoa sediada no exterior, que tenha constituído mandatário credenciado junto à SRF, mediante contrato de entrega no território brasileiro, à ordem do comprador, em recinto autorizado a operar o regime, por ele designado;
 - 1.3.1.2. - desembaraçada para exportação sob o regime DAC no recinto autorizado, com base em DDE registrada no Siscomex;
 - 1.3.1.3. - discriminada em conhecimento de depósito emitido pelo permissionário ou concessionário do recinto autorizado a operar o regime; e
- V - subsumida nos gêneros de cargas previstos no ADE de autorização.
(BRASIL, 2002)

Conforme o artigo 13 da referida Instrução Normativa, para que ocorra a transferência da mercadoria ou extinção do regime, são necessárias a emissão de Nota de Expedição (NE) e a correspondente anotação, pela fiscalização aduaneira, em todas as vias desse documento. Para a adequação do contribuinte ao regime, é necessário que este se credencie junto a SRF local, portando mandato que o habilite a atuar em nome do comprador, documento de identificação e de inscrição no CPF e contrato social e correspondente inscrição no CNPJ, quando for o caso, segundo disposição do artigo 16 da IN SRF nº 266/02.

Observa-se, portanto, que a legislação necessária para o melhor entendimento do regime é vista no artigo 93 do DL nº 37/1966, no artigo 6º do DL 2472/1988, nos artigos 493a 498 do DL 6.759/2008 e nas Instruções Normativas da SRF de números 682/2006, 266/2002 e 121/2002.

1.3.2. Regime Aduaneiro Especial de Exportação e de Importação de Bens Destinados às Atividades de Pesquisa e de Lavra das Jazidas de Petróleo e de Gás Natural (Repetro)

O Repetro é um regime aduaneiro especial que permite que uma empresa situada no exterior adquira, de um fabricante nacional ou externo, alguns bens elencados na IN 04/01, desde que utilizados em pesquisa e lavra de petróleo ou gás natural, havendo isenção de impostos federais de importação sobre a transação (JORGE, 2008, p.214). Considera a admissão temporária, *drawback* ou até mesmo a exportação ficta da mercadoria (JORGE, 2008, p.214).

O regime busca o incentivo da indústria nacional, concedendo ao fabricante nacional da seara de equipamentos e produção e exploração de petróleo a equiparação, no que tange a sua carga tributária, com o fabricante do exterior, valendo-se principalmente do instituto da exportação ficta (JORGE, 2008, p.214).

Delimita-se que é justamente nesta consideração de exportação ficta, no âmbito de aplicação do Repetro, que se situa grande parte da divergência de entendimentos aqui elencados, haja vista que o estado de Minas Gerais inclusive ajuizara ações objetivando a desconsideração do instituto sob pena de invasão de competência federal sob a esfera estadual (JORGE, 2008, p.214). Ademais, o argumento contrário à imunidade se pautava no sentido de que não ocorre de fato a passagem da mercadoria para o exterior, mas uma ficção, visto que as mercadorias permanecem em território nacional, sendo, portanto, fato gerador do ICMS (JORGE, 2008, p.214).

O regime é orientado pelo Regulamento Aduaneiro – Decreto nº 6759/2009 –, bem como apresenta diretrizes pré-estabelecidas pela IN RFB nº 1.415, de 2013.

1.4. Dos regimes diferenciados de ICMS

O diferimento é uma consequência da própria característica de não-cumulatividade do imposto citada anteriormente. Consiste na possibilidade de adiar o recolhimento do ICMS (HARADA, 2017, p. 160). O instituto do diferimento não pode ser compreendido como transferência do momento de ocorrência do fato gerador para evento futuro, mas como transferência do momento de recolhimento do imposto ou de lançamento do tributo pelo ente federado (HARADA, 2017, p. 160).

O instituto não pode também ser confundido com o da moratória, a qual, conforme própria alusão ao artigo 154 do Código Tributário Nacional, consiste na dilação

de prazo ao constituinte para que ocorra o recolhimento do tributo. A diferenciação perpassa justamente o fato de que o instituto do diferimento requer a exclusão de responsabilidade do tributo por parte do contribuinte, repassando-o a terceiro que seria o real obrigado ao pagamento da obrigação tributária (HARADA, 2017, p.160). É, portanto, uma modalidade bastante comum de recebimento de créditos tributários pelos entes estaduais, haja vista que facilita a cobrança bem como a fiscalização de tributos indiretos e não-cumulativos, como é o caso do ICMS (HARADA, 2017, p.161).

É a partir deste fenômeno tributário que advieram as situações de recolhimento do ICMS “para frente” e “para trás”, que inclusive são autorizadas constitucionalmente conforme previsão elencada no artigo 150, §7º da Magna Carta.

Quanto a exemplos práticos de aplicação do instituto, observa-se a ocorrência da substituição tributária “para frente” no caso da saída de um veículo da indústria automobilística em vias da concessionária, com a cobrança do ICMS recaindo na própria indústria automobilística, sendo que seu fato gerador ocorre somente na venda do bem na concessionária, enquanto a substituição tributária “para trás” se dá no caso da venda de leite de um produtor rural para uma empresa de laticínios, na qual o fato gerador do imposto ocorre no momento da venda de leite do produtor rural para a empresa, contudo, sua cobrança recai sobre a empresa de laticínios (SABBAG, 2012, p.1060).

De forma geral, foram apresentados os principais conceitos e características dos temas que são objeto das jurisprudências a serem abordadas. Assim, na próxima seção, serão observadas as divergências de posicionamentos quanto ao Fisco estadual e ao contribuinte, conforme esmiuçado na Introdução.

2. COMPARAÇÃO DE VISÕES ENTRE A FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL E O CONTRIBUINTE NAS JURISPRUDÊNCIAS SELECIONADAS

A presente seção, conforme mencionado anteriormente, versará sobre os diferentes entendimentos quanto à matéria tratada pela jurisprudência, administrativa e judicial, selecionada. A fim de facilitar a compreensão dos entendimentos, cada um destes será apresentado em conexão com a jurisprudência na qual foi exposto. Ainda, em relação à aplicação do ICMS, é necessário suscitar que, no caso de Minas Gerais,

sobretudo de defesas administrativas, o Fisco estadual utiliza como parâmetro o RICMS/02, sendo outros dispositivos legais utilizados de forma ocasional.

2.1. Acórdão de nº 22.168/16 de julgamento da 3ª Câmara do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais

Em síntese, o presente acórdão versa sobre imputação feita pelo ente fiscal a respeito da ausência do recolhimento do ICMS diferido no período compreendido entre 1º de junho de 2013 e 30 de junho de 2014, relativo a aquisições de mercadorias que foram objeto de saídas posteriores isentas, sob o regime aduaneiro DAC, ou empresas habilitadas no Repetro por parte da Usiminas.

2.1.1. Do entendimento do Conselheiro Relator Eduardo de Souza Assis proferido em voto de qualidade

De forma sucinta, o julgador concorda com a cobrança do ICMS da contribuinte Usiminas com base na inexistência da figura de exportação ficta em texto constitucional, na autonomia do ente estadual em delimitar regramentos em relação ao ICMS e na impossibilidade de isenção heterônoma.

Retornando aos conceitos trazidos, a chamada exportação ficta é justamente aquela prevista, tanto pelo regime do DAC quanto pelo Repetro, que considera exportada a mercadoria quando esta se encontra em meio a recinto alfandegário devidamente credenciado pela Receita Federal e estejam atendidos os pressupostos de concessão dos regimes.

Na visão do julgador, a Constituição, ao versar em seu artigo 155, §2º, X, b, trata exclusivamente do conceito de exportação física da mercadoria. Logo, para que se configure a imunidade ou a possibilidade de diferimento do imposto, deve ocorrer a transposição da mercadoria ao estrangeiro, não cabendo a hipótese de esta ficar alocada em recinto alfandegário credenciado.

Outro argumento de Assis afirma como estadual a competência para instituição do ICMS. Esta foi uma questão abordada anteriormente no presente artigo. Nesse sentido, alega o julgador que, com base no princípio da especialidade, e

concomitantemente na repartição de poderes, não pode um ente federal ditar regras acerca de um imposto de competência estadual. Ainda, cabe aqui a deliberação feita pelo constituinte, em sua defesa administrativa, referente à imunidade constitucional de impostos sobre mercadorias exportadas para o estrangeiro, bem como à existência de regramentos de parte da legislação tributária que tratam dessa questão, concedendo benesses aos integrantes dos chamados regimes especiais.

O julgador, em seu voto, desconsidera a competência das Instruções Normativas, portarias e decretos que fazem parte da legislação tributária e leva em conta para sua deliberação tão somente o RICMS/02, uma vez que, em sua visão, somente o estado seria competente para instituir e adotar medidas e regramentos relativos ao ICMS.

Por consequência, caso levadas em conta as diretrizes dos componentes da legislação tributária, estar-se-ia observando a concessão de uma isenção heterônoma, que é justamente o termo dado à isenção concedida a ente diverso do competente. Acerca da isenção heterônoma, é necessário aludir ao artigo 151, inciso III da Constituição Federal: “Art. 151. É vedado à União: III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.” (BRASIL, 1988). Nas palavras de Eduardo Sabbag, trata-se justamente de uma garantia que garante a execução correta do pacto federativo de forma a conservar a autonomia dos poderes e a correta arrecadação fazendária dos entes (SABBAG, 2012, p.278). Logo, na visão do julgador, caso fosse dada a imunidade sobre o imposto ao contribuinte, estar-se-ia ocorrendo uma isenção heterônoma, uma vez que o ente competente para instituir a isenção seria o estado e não a União.

2.1.2. Do entendimento divergente da Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão

Em breve monta, a conselheira entende pela ilegalidade da cobrança do ICMS, sugerindo a possibilidade do entendimento de exportação como sendo um depósito alfandegário credenciado, desde que observadas as ordens de concessão do regime especial.

Nesse sentido, o entendimento da julgadora aponta que a Constituição instituiu a imunidade de imposto sobre mercadoria destinada à exportação, não delimitando que para ser aplicada deveria ser compreendido somente o contato físico da mercadoria

com o exterior. Logo, desde que a mercadoria seja considerada juridicamente como exportada, configura-se a imunidade.

Ademais, na visão da julgadora, não é possível se falar em apropriação de competência pela União ao serem aplicadas as determinações da Constituição e de demais fontes da legislação tributária no caso em fomento, haja vista que o regime especial e a imunidade constitucional, aqui delimitados, recaem tão somente sobre exportação, sendo, portanto, competência da União, conforme texto constitucional. A competência do estado não foi surrupiada, pois que nenhum destes regramentos versa sobre ICMS, o que seria de competência do ente estadual. Assim, na opinião da conselheira, razão assista ao contribuinte, devendo, portanto, ser aplicada a imunidade no caso em concreto em seu favor.

Postos esses dois direcionamentos, passa-se à análise daquele emitido no Acórdão 21.884/15.

2.2. Acórdão de nº 21.884/15 de julgamento da 1ª Câmara do Conselho de Contribuintes

Em síntese, o referido acórdão lavra quanto à apropriação indevida de créditos de ICMS provenientes da aquisição de mercadorias – peças e acessórios automotivos – que logo após foram comercializadas sob o abrigo de isenção, com destino à Zona Franca de Manaus (ZFM), nos meses de janeiro a dezembro de 2009.

2.2.1. Do entendimento do Conselheiro Relator Marcelo Nogueira de Moraes e do Conselheiro Presidente Antônio César Ribeiro proferido em voto de qualidade

Inicialmente suscita-se que, conforme entendimento proveniente do artigo 4º do Decreto nº 288/67, a exportação de mercadorias de origem nacional para consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus, ou reexportação para o estrangeiro, serão, para todos os efeitos fiscais, constantes da legislação em vigor, equivalente a uma exportação brasileira para o estrangeiro.

Logo, o Conselheiro Relator e o Conselheiro Presidente afirmam que, por equiparação, seria pertinente ao presente caso a imunidade do ICMS relativa a

mercadorias predispostas à exportação, sendo inclusive este o entendimento majoritário da Câmara, cujos julgadores, em maioria, entenderam que a aplicação do decreto supracitado seria válida no presente caso, invocando a possibilidade de utilização da imunidade prevista no artigo 155, §2º, X, b. Nesse sentido, seria aplicável a imunidade a toda a cadeia de exportação, conforme entendimento majoritário exposto acima.

2.2.2. Do entendimento divergente do Conselheiro Marco Túlio da Silva

De forma sucinta, o conselheiro evoca que o decreto de lei que equipara a exportação de bens para a Zona Franca de Manaus não é cabível para o caso em concreto, devendo ser utilizado tão somente as leis de origem estadual referentes ao ICMS. Ademais, alega que o CC/MG não tem competência para julgar a inconstitucionalidade de leis instituídas, logo, diverge da maioria, suscitando a necessidade de aplicação de leis de cunho estadual concernentes ao ICMS em virtude da legislação que equipara a exportação de mercadorias para a ZFM à exportação de mercadorias para o estrangeiro.

Desse modo, sustenta-se que a legislação estadual não orienta a isenção do ICMS no caso descrito pelo Decreto nº 288/67, abarcando o sentido de que somente o contribuinte que pratica as modalidades *transformação* e *montagem de matéria-prima* é considerado industrial fabricante e é contemplado pela isenção do imposto, segundo as diretrizes da norma estadual, cabendo orientação distinta ao contribuinte que não atenda a essas condições.

Logo, o entendimento do conselheiro se resolve pelo término do diferimento no caso em concreto e pela legalidade de cobrança dos valores a título de ICMS mais multa pelo ente estadual.

2.3. Do entendimento do Acórdão nº 1.0313.09.292580-6/001 de ordem da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Diferentemente da metodologia adotada para a dissecação dos julgados de origem administrativa, o acórdão judicial, tendo em vista sua brevidade, será exposto na íntegra:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ICMS. REGIME ADUANEIRO ESPECIAL. DESNECESSIDADE DE CONVÊNIO ESTADUAL PREVENDO ISENÇÃO PARA EXPORTAÇÃO FICTA. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR EM COMÉRCIO EXTERIOR. IMUNIDADE CONSTITUCIONAL. NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. IMUNIDADE CONSTITUCIONAL. RECURSO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. I - Compete à União legislar sobre comércio exterior e, portanto, definir o que considera exportação. O legislador federal, dentro de sua esfera de atribuições conferidas pela Carta Magna, pode ampliar conceitos, que irão repercutir em outras aéreas, desde que não ultrapassem os limites constitucionais. II - A União, para corrigir a distorção existente entre a isenção tributária de produtos fabricados pelo alienígena e importados, favorecendo-o sobremaneira em detrimento do nacional para o setor monopolístico da atividade econômica, passou a considerar exportação a operação de remessa ficta de mercadorias ao exterior, restabelecendo a igualdade. III - A imunidade tributária prevista no art. 155, inciso X, "a", da Constituição da República alcança as operações de exportação, como ocorre no caso em tela em que a tradição se deu entre a empresa nacional e a de outro país, não cabendo ao ente federado estadual restringir a não incidência do tributo para as exportações que contemplem tão somente a saída física da mercadoria do território nacional, visto que não é dado aos estados legislar sobre comércio exterior. VI - Devem ser mantidos os honorários advocatícios fixados pelo magistrado singular quando se apresentam razoáveis. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 1.0313.09.292580-6/001)

De maneira bastante breve, observa-se que o julgado judicial de relatoria do Desembargador Bittencourt Marcondes coaduna com o entendimento da Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão em julgamento do Acórdão de nº 22.168/16 pela 3ª Câmara do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais.

Delibera sobre a competência da União de legislar acerca da matéria exportação sem entrar na competência de outros entes federados, haja vista que a imunidade é dada com o intuito de assegurar a preservação de valores que o legislador nacional julga profícuos. Reafirma também o entendimento de que a imunidade se aplica a toda a cadeia produtiva de exportação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo objetivou demonstrar a diversidade de entendimentos quanto a possibilidade de cobrança do ICMS em situações de regime especial de exportação no estado de Minas Gerais a partir da análise de acórdãos administrativos e judiciais selecionados previamente.

A fim de melhorar a compreensão do tema abordado, foram trazidas noções básicas de alguns institutos, como, por exemplo, o ICMS, imunidades em matéria tributária, regimes especiais do ICMS – mais diretamente DAC e Repetro -e, por fim, dos regimes diferenciados no imposto escolhido.

Com isso examinou-se cada voto dos conselheiros dos acórdãos do Conselho de Contribuintes, bem como de acórdão oriundo do Tribunal de Justiça aplicando cada uma dessas noções básicas explicitadas, demonstrando, pois, que a matéria é ampla e ainda não é consenso de entendimento junto a jurisprudência administrativa e judicial e que ainda é matéria de muita discussão entre o Fisco e o contribuinte.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BEUREN, Ilse Maria; RAUPP, Fabiano Maury. Metodologia da pesquisa aplicável às Ciências Sociais. In: BEUREN, Ilse Maria. **Como elaborar trabalhos monográficos em contabilidade: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 76-97.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. 1998. Brasília, 1998. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. **Leinº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, 1966. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. **Instrução Normativa SRF nº 266, de 23 de dezembro de 2002**. Dispõe sobre o regime de Depósito Alfandegado Certificado. Brasília, 2002. Disponível em:
<<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=15147>>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. **Instrução Normativa SRF nº 4, de 10 de janeiro de 2001**. Dispõe sobre a aplicação do regime aduaneiro especial de exportação e importação de bens destinados às atividades de pesquisa e de lavra das jazidas de petróleo e de gás natural (Repetro). Disponível

em:
<<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=12827>>. Acesso em 27 mar. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996**. Lei Kandir. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967**. Altera as disposições da Lei número 3.173 de 6 de junho de 1957 e regula a Zona Franca de Manaus. Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0288.htm>. Acesso em: 27 mar. 2021.

HARADA, Kiyoshi. **ICMS: doutrina e prática**. São Paulo: Atlas, 2017.

JORGE, Tárzis Nametala Sarlo. **Manual do ICMS: Direito Tributário Material, Processual e Direito Penal Tributário**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

MINAS GERAIS. Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais. **Acórdão nº 21.884/15**, Relator(a): Conselheiro Marco Túlio da Silva, 1ª Câmara, julgamento em 11/06/2015, publicação no Diário Eletrônico em 03/07/2015. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/secretaria/conselho_contribuintes/acordaos/2015/1/21884151.pdf>. Acesso em 27 mar. 2021.

MINAS GERAIS. Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais. **Acórdão nº 22.168/16**, Relator(a): Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, 3ª Câmara, julgamento em 06/09/2016, publicação em Diário Eletrônico em 28/09/2016. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/secretaria/conselho_contribuintes/acordaos/2016/3/22168163.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2021.

MINAS GERAIS. **Regulamento do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação**. 2002. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/ricms/sumario2002.html>. Acesso em: 27 mar. 2021.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível 1.0313.09.292580-6/001**, Relator(a): Desembargador Bitencourt Marcondes, 8ª Câmara Cível, julgamento em 12/01/2012, publicação da súmula em 31/01/2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A DOGMÁTICA PROCESSUAL BÜLOWIANA: A INCOMPATIBILIDADE DA CENTRALIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL NA FIGURA DO JUIZ

Beatriz Ribeiro¹

Letícia Ribeiro²

RESUMO: O tema-problema do presente artigo refere-se à análise da compatibilidade da centralização do processo na figura do juiz face ao advento do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim, por meio da utilização do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, adotando-se como marco teórico a teoria neoinstitucionalista do processo de autoria de Rosemiro Pereira Leal, o estudo se propõe a realizar um exame crítico-científico da dogmática processual de Oskar von Bülow que propõe a autonomia da relação jurídica processual, bem como o protagonismo do decisor e suas repercussões, ainda, existentes no Direito Processual brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria neoinstitucionalista; Estado Democrático de Direito; Dogmática processual; Relação jurídica processual; Protagonismo judicial.

ABSTRACT: The theme-problem of this article refers to the analysis of the compatibility of the centralization of the process in the figure of the judge facing the advent of the Democratic State of Law established by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. Thus, through the use of the deductive method and bibliographical research, adopting as its theoretical framework the neoinstitutionalist theory of process authored by Rosemiro Pereira Leal, the study proposes to perform a critical-scientific examination of the procedural dogmatics of Oskar von Bülow, which proposes the autonomy of the procedural legal relationship, as well as the protagonism of the decision-maker and its repercussions, still existing in Brazilian Procedural Law.

KEY-WORDS: Neoinstitutionalist theory; Democratic Rule of Law; Legal dogmatics; Procedural legal relationship; Judicial protagonism.

¹ Mestranda pelo Programa de Pós Graduação Strictu Sensu da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil). Estagiária Docente da Revista de Direito Meritum. Integrante do grupo de pesquisa em Direito Processual registrado no CNPQ. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Advogada. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5832-2377>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4918764590566626>. E-mail: ribeirobiabeatriz97@gmail.com

² Mestranda pelo Programa de Pós Graduação Strictu Sensu da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil). Estagiária Docente da Revista de Direito Meritum. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Advogada. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3635-7303>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7604428071744743>. E-mail: leticia12@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

A dogmática processual remonta sua origem aos ideais preconizados por Oskar von Bülow que, em 1868, propôs a autonomia da relação jurídica processual em relação àquela consubstanciada pela de direito material.

Corroborar o ideal de que a intitulada ciência processual se consubstancia em uma relação jurídica importa o reconhecimento de que as partes encontram-se subordinadas ao magistrado e ao seu protagonismo na relação processual, na medida em que a ele fora conferido o poder de decisão e às partes o dever de submissão e cooperação – como se busca demonstrar por meio do presente trabalho.

O desenvolvimento desse ideal vai ao encontro do discurso socializador do processo compatível com o advento do Estado de Bem-Estar-Social em que se observa a intervenção estatal nas relações sociais. Com o advento do Estado Democrático de Direito, todavia, faz-se necessária a compatibilização do processo ao marco teórico instituído pelo artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) a fim de que a instituição não se concentre no protagonismo do decisor. Com efeito, mostra-se imprescindível problematizar a concepção do processo enquanto um instrumento da jurisdição a serviço da paz social e da realização de escopos metajurídicos.

Seguindo essa perspectiva a presente pesquisa objetiva demonstrar que a concepção de processo, conforme estruturado pela dogmática jurídica, não se compatibiliza ao Estado Democrático de Direito.

Para tanto, em um primeiro momento, demonstrar-se-á a dogmática processual bülowiana, seu contexto histórico, bem como suas implicações. Em seguida, abordar-se-ão as repercussões da teoria processual de Oskar von Bülow na concepção de processo no Direito Processual brasileiro mesmo após o advento do Estado Democrático de Direito. Assim será possível analisar o tema-problema da presente pesquisa que pode ser sintetizado pela seguinte pergunta: a centralização da relação jurídica na figura do decisor compatibiliza-se ao Estado Democrático de Direito?

Para alcançar o objetivo do presente trabalho e responder ao tema-problema proposto utilizar-se-á o método dedutivo por meio da realização de pesquisa bibliográfica, partindo das críticas propostas por Rosemiro Pereira Leal e sua teoria

neoinstitucionalista do processo como marco teórico.

1. A DOGMÁTICA PROCESSUAL EM BÜLOW

Oskar von Bülow, considerado o fundador da dogmática processual (LEAL; THIBAU, 2019, p. 71), preconizou em 1868 na obra intitulada *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* a autonomia da relação jurídica de direito público materializada pela relação entre as partes e o tribunal que se desenvolve gradualmente daquela consubstanciada pela de direito material (BÜLOW, 1964, p. 1):

Nunca se duvidou que o direito processual civil determina as facultades e deveres que colocam em mútuo vínculo as partes e o tribunal. Mas, dessa maneira, afirmou-se, também, que o processo é uma relação de direito e obrigações recíprocas, ou seja, uma relação jurídica [...] os direitos e obrigações processuais aplicam-se entre os funcionários do Estado e os cidadãos, desde que se trata no processo da função dos oficiais públicos e uma vez que as partes são levadas em conta unicamente no aspecto de seu vínculo de cooperação com a atividade judicial, essa relação pertence, portanto, a uma relação jurídica pública. A relação jurídica processual se distingue das demais relações de direito por outra característica singular, que pode ter contribuído, em grande parte, ao desconhecimento de sua natureza de relação jurídica contínua. O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo, enquanto relações jurídicas privadas que constituem a matéria do debate judicial apresentam-se totalmente concluídas; a relação jurídica processual se encontra em embrião³. (BÜLOW, 1964, p. 1-2, tradução livre).

Os ensinamentos de André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau (2019, p.73), todavia, permitem compreender que a teoria processual de Bülow (1964) não empreendeu somente uma crítica à ciência jurídica que confundia a relação jurídica de direito material com a de direito processual. Ao contrário, André Cordeiro Leal demonstrou que a ciência processual estruturada por Bülow (1964) ao centralizar-se na figura do juiz e incumbir às partes tão somente o dever de cooperar com esse oficial

³ No original: "Nunca se há dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se há afirmado, también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una relación jurídica [...] Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta unicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública. (BÜLOW, 1964, p. 1-2)

público, proporcionou o aumento do poder do Estado, juízes e tribunais (LEAL, 2008, p. 45). Isso porque, segundo a perspectiva da dogmática processual de Bülow incumbia ao juiz solitariamente o dever de decidir o litígio (LEAL; THIBAU, 2019, p. 74).

Muito embora os ensinamentos em *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* já evidenciassem a centralização da relação jurídica processual na figura do magistrado, é na obra intitulada *Gesetz und Richteramt*⁴, de acordo com André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau (2019, p. 74), que a confiança no senso inato de justiça e no saber intuitivo do juiz é realçada, na medida em que ao magistrado é reconhecida a possibilidade de criar uma determinação jurídica.

Em outras palavras, Bülow considerava possível que o juiz decidisse o litígio segundo suas convicções a despeito da (in)existência de lei que o regulamentasse:

[...] Quando acontece, várias vezes, das decisões dos juízes contrariarem o sentido e a vontade da lei, isso deve ser aceito, tranquilamente, como um destino inevitável, como um tributo, o qual os legisladores e juízes prestam à fraqueza do poder de expressão e comunicação humanas. Entretanto, nem essa consideração escusante, nem qualquer artifício jurídico pode nos deixar desviar da verdade em questão, de que todas as muitas divergências sobre as decisões judiciais de dispositivos legais serão, mesmo assim, confirmadas pelo poder estatal. O Estado é obrigado a suportá-las, bem como dotá-las com o selo da força jurídica. Mesmo a decisão contrária à lei possui força de lei. Ela é, como qualquer decisão judicial, uma determinação jurídica originária do Estado, validada pelo Estado e por ele provida de força de lei. Com isso, não se quer dizer outra coisa além de que o juiz deve ser autorizado pelo Estado a realizar determinações jurídicas, as quais não estão contidas no direito legislado, mas sim encontradas pelos juízes, por eles criadas, escolhidas e desejadas (BÜLOW *apud* LEAL; THIBAU, 2019, p. 75).

Dessa forma, percebe-se o surgimento de uma teoria que se ancorava no reforço do papel desempenhado pelo juiz, sendo o conceito de relação jurídica essencial a esse ideal, na medida em que asseguraria a subordinação das partes à decisão proferida pelo juiz, partindo-se do pressuposto de que não haveria regulamentação legal para todos os casos concretos e de que o juiz não se encontrava adstrito à lei.

Conseqüência lógica dessa percepção é a constatação de que o processo fora reduzido ao instrumento da jurisdição atribuído da resolução das controvérsias (LEAL; THIBAU, 2019)

⁴ A obra *Gesetz und Richteramt* não é voltada à teoria processual, mas à metodologia de aplicação e interpretação do direito (LEAL, 2020, informação verbal).

p. 75-76). O que não se encontra em Bülow, conforme apontado por Karl Larenz (LARENZ, 1997, p. 78), são os critérios para o controle desse saber intuitivo e criador de regulamentação legal desenvolvido pelo juiz.

É, nessa perspectiva, que André Cordeiro Leal aponta o paradoxo existente nas teorias que buscaram o controle da atividade judicial pelos fundamentos da dogmática bülowiana:

Toda tentativa no sentido de elevar o processo impregnado da herança bülowiana à condição de garantidor de direitos fundamentais falha exatamente em razão do fato de que não poderia ser esse processo, ao mesmo tempo, instrumento do poder (de criação e do dizer o direito pelo juiz) e sua limitação eficaz (LEAL, 2008, p. 64-65)

Nesse contexto, depreende-se que a dogmática bülowiana é também dotada de cunho político na medida em que, por meio de sua teoria, Bülow objetivava intervir nas regulamentações legais (LEAL, 2008 p. 45). Com efeito, é possível afirmar que “o que Bülow buscava no fim das contas, desde 1868, era oferecer uma saída para o ‘formalismo’ desencadeado pela Escola Histórica do Direito alemã pela utilização Jurisprudência dos Conceitos” (WIEACKER *apud* LEAL, 2008, p. 45). Daí se extrai o ideal de que Bülow seria o precursor do movimento intitulado Movimento do Direito Livre⁵ tendo em vista que sua doutrina se baseava na interpretação teleológica da lei (LARENZ, 1997, p. 78).

Nesse sentido, André Cordeiro Leal destaca a crítica promovida por Oskar von Bülow em face ao legalismo e ao historicismo, pontuando que:

Contra o enfoque dos legalistas, para quem o direito legislado esgotaria a fonte jurídica e para os quais o juiz nada mais faz que aplicar respostas prontas obtidas dos textos legais aos casos que lhe são apresentados, Bülow demonstra que a perspectiva encerraria uma *contraditio in terminis*, porque, considerados seus próprios fundamentos, tornar-se-ia absolutamente despidendo qualquer estudo científico sobre o direito. É que, como o legalismo pressupõe que a lei diria tudo o que seria a dizer, tudo o que seria necessário à sua aplicação, seria descartável, segundo Bülow, a formulação de teorias que dissessem o que a lei já havia dito [...] Outra crítica ao legalismo, talvez ainda mais desconcertante, principalmente da perspectiva histórica, e que reforçava a tese de Bülow, estaria

⁵ A expressão teoria do Direito Livre reconduz-se a uma conferência de EUGEN EHRLICH de 1903. Contra uma aplicação puramente esquemática do preceito da lei à situação da vida, acentua EHRLICH a importância de uma livre investigação do Direito. Com o que não procura uma jurisprudência segundo a apreciação discricionária do juiz chamado a dar a decisão, mas uma jurisprudência que arranque da tradição jurídica e aspire ao Direito justo, no sentido de STAMMLER.” (LARENZ, 1997, 78-79)

no fato de que, segundo o autor, a Alemanha sequer possuía texto de lei determinativa da recepção do direito romano- o que retirava a importância da lei para a história do direito alemão, já que, na ausência da lei, tornava-se impossível e inconsistente atribuir à legalidade a introdução e vigência do legado romano no território alemão. Assim, Bülow justifica que tendo em vista a fragmentação do poder na Alemanha, a partir do século XIII, que conduzia ao risco de uma anomia total, a recepção só se empreedera e se tornara possível, em verdade, pelo trabalho salvador dos magistrados, até então ignorado pelo legalismo [...] Quanto àquela outra vertente metodológica, a Escola Histórica, Bülow parece atacá-la em virtude da falha que representa a afirmação pura e simples do costume como fonte de direito [...] Para Bülow, no entanto, a referência aos costumes como fonte jurídica seria uma tentativa de esvaziar a importância dos juizes na história da Alemanha, numa ruptura grosseira com a tradição alemã, a qual apontaria, em verdade, e a partir da reconstrução histórica que empreende, não para os costumes propriamente ditos, mas para seu aproveitamento mediante o trabalho brilhante e imprescindível da magistratura. Assim, é que Bülow elabora a síntese de suas objeções aos enfoques legalista e da Escola Histórica, reafirmando o papel central da magistratura (LEAL, 2008, p. 54-58)

Isso porque, paralelamente, às propostas processuais de Bülow constata-se a ascensão, no âmbito legislativo, das ideias de Anton Menger, um dos principais expoentes do discurso socializador do processo, preconizando um reforço do papel do juiz na relação jurídica processual a fim de que a igualdade material fosse alcançada (ANDRADE; FARIA, 2014).

Nesse contexto, é possível observar o processo enquanto uma instituição estatal voltada à consecução do bem estar social; um instrumento (NUNES, 2008b, p. 17).

Não é por acaso que se observa, em 1895, a edição da primeira legislação socializadora do processo, qual seja, a Ordenança Processual Civil do Império Austro-Húngaro de 1895 elaborada por Franz Klein, que fora aluno de Anton Menger, enfatizando o papel do juiz enquanto figura central na relação processual, bem como sua função enquanto legislador do caso submetido a sua análise:

O processo só será racional e estará de acordo com a concepção moderna do Estado quando a tutela jurídica for garantia de fato da assistência estatal não apenas com o veredicto, mas já desde o primeiro passo do procedimento. Mas isso não é nenhuma utopia. Precisa-se apenas liberar as forças do órgão estatal, a serviço do direito, do bem comum e da paz social [...] A legislação se contenta com a metade do trabalho e joga a outra metade sobre os ombros do juiz, que tem de escolher, dentre o grande número de possibilidades que estão subordinadas ao conceito em si e para si, aquela para a qual a norma jurídica deve valer dentro do espírito da lei. As linhas abordadas de tais indícios fáticos deixam considerável espaço para o pensamento original, que é próprio apenas dele, do juiz. A jurisdição se torna tanto mais pessoal, já que se submeter ao conceito legal e, em outros, eliminá-los sem que seu dever venha a ferir qualquer um desses casos-limite, pois é justamente apenas em seu saber que

cada um vê, pensa, decide e julga. (KLEIN *apud* NUNES, 2008a, p. 83-85).

Percebe-se, portanto, que a teoria bülowiana insere-se em um contexto em que se observa a transição do modelo liberal⁶ de processo para a socialização processual em que o juiz, mediante seu saber intuitivo, materializaria o sentimento e os anseios do povo, sendo o processo, nesse cenário, o instrumento da jurisdição, como se demarcará a seguir.

2. A PERPETUAÇÃO DA DOGMÁTICA BÜLOWIANA: O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DA JURISDIÇÃO

As influências da dogmática bülowiana, muito embora o decurso de longo lapso temporal (mais de um século e meio da edição dos primeiros escritos) a obra de Bülow⁷, ainda, repercute na intitulada ciência processual que em seus ensinamentos prôpos a preconização do processo como instrumento da jurisdição (LEAL, 2008).

Seguindo essa linha de pensamento Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco consideram o processo um instrumento através do qual a jurisdição opera e encarando-o em seu duplo aspecto os processualistas afirmam que o processo compreende o conjunto de atos que o materializam e as relações entre os sujeitos que o compõe (2015, p. 317):

⁶ A atividade judiciária, enquanto função essencial do Estado, organiza-se entre o final do século XVIII e início XIX com Montesquieu, em sua obra “O espírito das leis”. A função, todavia, era cercada de desconfiança atribuindo-se ao juiz o poder de tão somente aplicar o comando normativo em sua literalidade ao caso *sub judice*. (MONTAGNOLI, 2008, p. 28-30). Importante destacar que a presente pesquisa não ignora que, anteriormente, a sistematização da separação às funções essenciais do Estado estabelecida por Montesquieu John Locke também ofertou uma teoria em relação à temática em sua obra Segundo tratado sobre o governo

⁷ André Cordeiro Leal (2008) na obra intitulada “A instrumentalidade do processo em crise” apresenta considerações que conduzem ao reconhecimento de que o paradoxo de Bülow repercutiu teoricamente no desenvolvimento da dogmática processual. Nesse sentido, o autor demonstra que Chiovenda não conseguiu superar o paradoxo de Bülow na medida em que promove um entrelaçamento entre processo e jurisdição, reforçando a autoridade dos juízes, pressupondo que a atividade do julgador seria imparcial a partir da separação das funções essenciais do Estado (LEAL, 2008, p. 72-80). Carnelutti, segundo a concepção de André Cordeiro Leal, da mesma forma, não consegue superar o paradoxo de Bülow, uma vez que considera que a força seria o meio para se alcançar solução pacífica do conflito. Percebe-se na teoria carneluttiana que o processo é o instrumento para se alcançar esse fim e que ao julgador incumbia o poder de promover a justiça, utilizando-se de critérios de legalidade e de equidade (LEAL, 2008, p. 81-95). Com efeito, André Cordeiro Leal conclui que para Carnelutti “jurisdição é a atividade do juiz (na justa composição da lide pelo processo e com um enfoque teleológico do ordenamento) e cujos desdobramentos, lembre-se, exibiriam diretrizes pedagógicas (domesticadoras, diríamos) para toda a sociedade” (LEAL, 2008, p. 95-96)

São três os sujeitos principais da relação jurídico-processual, a saber: Estado, demandante e demandado. É de tempos remotos a assertiva de que *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*- entrevendo-se aí a ideia da relação jurídica processual. O que concorre para dar a esta uma identidade própria e distingui-la da relação material não é só a mera presença do Estado-juiz mas sobretudo sua presença na condição de sujeito exercente do *poder* (jurisdição). Correlativamente, as **partes figuram na relação processual em situação de sujeição ao juiz. No binômio poder- sujeição é que reside a principal característica da relação jurídica processual, do ponto de vista subjetivo.** (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 323- 327, grifo nosso).

Nos ensinamentos de Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 328) percebe-se, assim como em Bülow, que na relação composta pelas partes e o Estado, isto é, na relação jurídica processual, se faz presente o dever de submissão das partes ao juiz. Por conseguinte, depreende-se que não há igualdade entre o juiz e as partes, uma vez que ao magistrado incumbe, segundo os processualistas, o poder de pacificação social e da realização da justiça:

Desde que o juiz, no processo, não é sujeito em nome próprio, porém órgão através do qual age o próprio Estado e, desde que o Estado-juiz não vem ao processo em disputa com as partes sobre algum bem nem tem com estas qualquer conflito de interesses, mas exerce sobre elas a sua autoridade soberana, então a relação entre ele e estas é tipicamente uma relação de direito público. As relações de direito público, como se sabe, são aquelas que se caracterizam pelo desequilíbrio entre as posições dos seus sujeitos, um dos quais é o Estado na sua condição de ente soberano. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 331)

Ainda no que se refere ao protagonismo judicial, Cândido Rangel Dinamarco (2013) preconiza que ao magistrado, ao interpretar a lei e o texto constitucional, incumbe a afirmação pelas opções axiológicas dominante da nação:

Negar que de alguma forma o juiz concorra, em cada caso, a contribuir ou completar o preceito da lei (compondo a lide) não pressupõe o desconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade em que vive. Imbuído dos valores dominantes, o juiz é um intérprete qualificado e legitimado a buscar cada um deles, a descobrir lhes o significado e a julgar os casos concretos na conformidade dessa interpretação. Esse *iter* lógico-axiológico está inserido na vida dos direitos e só poderia ser negado à custa de reduzir a ordem jurídica às dimensões do texto legal. Cada direito, em concreto (ou cada situação em que a existência do direito é negada), é sempre resultante da acomodação de uma concreta situação de fato nas hipóteses oferecidas pelo ordenamento jurídico: mediante esse enquadramento e o trabalho de investigação do significado dos preceitos abstratos segundo os valores que, no tempo presente, legitimam a

disposição, chega-se à *vontade concreta da lei*, ou seja, ao concreto preceito que o ordenamento dirige ao caso em exame. Por isso é que, quando os tribunais interpretam a Constituição ou a lei, eles somente canalizam a vontade dominante, ou seja, a síntese das opções axiológicas da nação. (DINAMARCO, 2013, p. 47)

Extraí-se da dogmática processual de Cândido Rangel Dinamarco (2013) que considerar o processo enquanto instrumento pressupõe a determinação dos objetivos que se pretende alcançar através desse meio. E, por isso, de acordo com a concepção do processualista “a perspectiva instrumentalista do processo é teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos.” (DINAMARCO, 2013, p. 178).

O escopo do processo, segundo o autor, não poderia ser reduzido a realização dos direitos subjetivos ou a confirmação da ordem jurídica, afirmando Dinamarco (2013, p. 183) que a finalidade do processo compreende a pacificação social e a segurança jurídica.

É, nessa perspectiva, que André Cordeiro Leal esclarece que Cândido Rangel Dinamarco não inovou ao propor o processo enquanto um instrumento da jurisdição, tendo em vista que esse consectário já se fazia presente na dogmática processual bülowiana, inovando tão somente ao enunciar escopos metajurídicos (econômico, social e político) que deveriam ser considerados pelo juiz em sua atividade julgadora (LEAL, 2008, p. 60)

3. A TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA E O ROMPIMENTO DA CENTRALIZAÇÃO NA AUTORIDADE DO JUIZ

É por meio da teoria neoinstitucionalista, cuja autoria pertence a Rosemiro Pereira Leal e remonta ao ano de 1999, que se percebe o rompimento da conceituação de processo enquanto um instrumento da jurisdição e as implicações que essa consideração importa⁸ (LEAL; THIBAU, 2019).

Para a teoria neoinstitucionalista, o processo compreende uma instituição

⁸ Conforme abordado no capítulo 2 considerar o processo enquanto uma relação jurídica importa o reconhecimento de que o processo apresenta como protagonista o juiz e que as partes encontram-se a ele subordinada, incumbindo-lhes apenas o dever de cooperação.

constitucionalizada formada pelos princípios institutivos da ampla defesa, isonomia e contraditório constitui o pressuposto da legitimidade de criação, transformação e extinção de direitos.

Com efeito, para essa vertente teórica, não há espaço para um juiz criador de normas que enuncie em sua atividade escopos metajurídicos. Ao contrário, para a teoria neoinstitucionalista o magistrado sujeita-se ao princípio da reserva legal, devendo-se extrair do próprio código as informações necessárias a compreensão de seu sentido⁹.

Nesse contexto, extrai-se da teoria neoinstitucionalista, diferentemente da dogmática bülowiana, que no direito, com o advento do Estado Democrático de Direito, não há espaço para a centralização do processo na figura do decisor, uma vez que se assim o fosse haveria o rompimento da simétrica paridade dos sujeitos do processo (LEAL, 2018).

Por conspectivo Rosemiro Pereira Leal (2018b, p. 51) aponta o equívoco operado pela dogmática processual ao transplantar para o exercício da jurisdição a discricionariedade proveniente do Direito Administrativo que enfatiza os critérios da oportunidade e conveniência para adoção de um comportamento dentre vários que a lei faculta. Tal refutação decorre para Rosemiro Pereira Leal da impossibilidade de compatibilizar os escopos metajurídicos, face a sua obscuridade, com o Estado Democrático de Direito (2018a, informações verbais):

Quando se colocava historicamente a jurisdição como fenômeno criador do processo nas épocas pretorianas, tal como também o faz até hoje a chamada *Escola Instrumentalista* ou da *Relação Jurídica*, sem considerar o adensamento dos princípios do processo por ampliação das conquistas teóricas dos direitos fundamentais da personalidade, da ampla defesa, do contraditório, da isonomia, do devido processo legal, afirmavam-se os velhos institutos do direito administrativo, que têm apoio no princípio da continuidade da função administrativa, como fundamento da existência do Estado, influenciando na

⁹ Rosemiro Leal (2008; 2010) reformula o problema de quem é o intérprete da lei, tal como fez Popper com o problema da indução de Hume. Assim, antes de tentar dar uma resposta imediata, Leal investiga como o significado se irrompe e se o significado da lei na democracia poderá ser obtido do mesmo modo [...] Leal conclui que no direito democrático não podemos buscar o significado das leis e dos provimentos na realidade, isto é, que o eixo perceptivo-cognitivo e nem o pacto cultural pressuposto podem ser paradigmáticos para a construção de significados jurídicos. Reafirma, assim, a hipótese inicial de que o problema não deve ser colocado em termos de quem é o intérprete da lei e sim qual é o interpretante da lei, o referente lógico jurídico na democracia. Desdobrando-se a teoria neoinstitucionalista, sobretudo na obra *O Processo como Teoria da Lei Democrática*, esclarece que o Devido Processo exerce função metalinguística (linguagem em uma dimensão organizada para avaliar outras linguagens) na discursividade jurídica para possibilitar a estabilização do sentido na construção de uma hermenêutica jurídica na constitucionalidade democrática. (ALMEIDA, 2019, p. 44-45).

conceituação do direito processual. Entretanto, seria hoje absolutamente impróprio admitir qualquer resquício de arbítrio ou discricionariedade no exercício da função jurisdicional que já não se faz por si mesma, aos moldes da concepção voluntarista do século passado, mas decorre da existência ativadora da estrutura normativa processual que tem suas raízes nos direitos fundamentais já constitucionalizados em diversos países do mundo, como é o caso do Brasil. (LEAL, 2018b, p. 49)

É, nesse sentido, que Rosemiro Pereira Leal (2017), citando os ensinamentos de Rosa Maria Cardoso Cunha¹⁰ (1979), aponta o caráter retórico do princípio da legalidade na escola instrumentalista do processo. Isso porque, segundo o autor, é inegável a promoção dos juízos dos julgadores em detrimento dos juízos democráticos de direito em que o contraditório, a ampla defesa e a isonomia devem se fazer presente em todo *iter* procedimental (LEAL, 2017, p. 153-154).

O que se observa é que não há a igualdade na interpretação do direito que é colocada à disposição do decisor:

A desprezar o devido processo assegurado na constituição processual democrática brasileira (art. 5º, incisos LIV e LV) é fatal prevalecer uma consciência judicante (decisória) solitária a imprimir “caráter retórico” ao princípio da legalidade, tendo em vista que se seguiria, nessa visão subjetivo-monológica, o paradigma dos modelos liberal, republicanista ou proceduduralístico de democracia e não o modelo co-institucionalista do processo e já escriturado no discurso constitucional brasileiro pela conjunção dos arts. 1º e 5º, LIV e LV. Relevar notar, desde já, que a estratégia do **positivismo jurídico** é não se distinguir do **positivismo sociológico** nas diversas exposições que os positivistas fazem quanto ao *princípio da legalidade*. Como acentuamos por várias vezes, o “positivista” é aquele que no direito não vai admitir uma igualdade no exercício da interpretação para todos, o que sempre acarreta uma hermenêutica jurídica entregue à consciência, ao talento, sensibilidade, bom-senso e conveniência, do *decisor*. Esse é impasse da interpretação jurídica que é resolvido pelo “positivista” mediante a outorga de atributos especiais de discernimento egressos de uma **inteligência jurisdicional** que se define como instrumento de **realização da justiça** (paz social). (LEAL, 2017, p. 155, grifo no original)

Rosemiro Pereira Leal, ao discorrer sobre a incompatibilidade do processo como instrumento da jurisdição com o Estado Democrático de Direito, teoriza que o direito democrático é contrário a centralização do processo na figura do juiz e sua concepção de justiça:

¹⁰ Nesse sentido ver CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979

Quando Cândido Rangel Dinamarco proclama, ao se contrapor a Fazzalari, que a diferença entre ambos “*é que o professor de Roma põe o Processo ao centro do sistema*” enquanto a proposta é que “*ali se ponha a jurisdição*”, conclui-se facilmente que o insigne professor paulista e seus inúmeros discípulos, em todo o Brasil e no mundo, ainda não fizeram opção pelo estudo do direito democrático, pensando ainda ser o plano da *DECISÃO* exclusivo do decididor (juiz) e não um espaço procedimental de argumentos e fundamentos processualmente assegurados até mesmo para discutir a legitimidade da força do direito e dos critérios jurídicos de sua produção, aplicação e recriação. Em face da teoria constitucional legalmente adotada na Constituição brasileira de 1988, o *momento decisório* não é mais a oportunidade de o juiz fazer justiça ou tornar o direito eficiente e prestante, mas é o instante de uma *DECISÃO* a ser construída como resultante vinculada à estrutura procedimental regida pelo *PROCESSO* coconstitucionalizado. Nessa perspectiva, que é de direito democrático, o processo não é instrumento da jurisdição ou mera relação jurídica entre as partes e juiz, porque é instituição linguístico-jurídica do existir do sistema (aberto) normativo coconstitucional-democrático e que legitima o exercício normativo da jurisdicionalidade em todas as esferas de atuação do Estado, o qual, por sua vez, também se legitima pelas bases processuais institutivas de sua existência constitucional (LEAL, 2016, p. 60).

Percebe-se, portanto, que ao magistrado com o advento do Estado Democrático de Direito deve ser defeso atuar além dos conteúdos normativos, sob a justificativa de se buscar alcançar escopos metajurídicos tendo em vista que no direito democrático o processo deve voltar-se à legitimidade do direito e aos critérios jurídicos de sua produção, aplicação e recriação (LEAL, 2016, p. 59).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A implementação do Estado Democrático de Direito, sob a perspectiva da teoria neoinstitucionalista, exige o rompimento com a dogmática processual a fim de que o processo possa se erigir como base instituinte e co-instituinte na criação do direito e de sua posterior fiscalização, aplicação, modificação e extinção.

Por conseguinte, tem-se a imprescindibilidade de rompimento com a dogmática bülowiana e suas repercussões do Direito Processual brasileiro tendo em vista o paradoxo de sua teoria ao propor uma atividade desenvolvida pelo juiz desvinculada de abordagens formalista e da observância do princípio da legalidade.

O reconhecimento da incompatibilidade da centralização do processo na figura do decisor e de seu saber apriorístico é indispensável à adequação do processo ao Estado Democrático de Direito. Isso porque nas democracias contemporâneas não se sustenta qualquer possibilidade de discricionariedade, protagonismo ou a preconização

de condições privilegiadas ao decisor face aos princípios instituidores do processo; a saber: contraditório, isonomia e ampla defesa.

Buscou-se esclarecer, portanto, que erigir o juiz como protagonista do processo pressupõe o rompimento da igualdade entre os sujeitos que integram o processo e, por conseguinte, com o direito democrático que deve atentar-se à legitimidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Andréa Alves de. O devido processo como teoria sgnica para construção da leina democracia. *In: Processo como democracia na contemporaneidade: colóquio em homenagem ao professor Rosemiro Pereira Leal*. Orgs. Leal, André Cordeiro; BATISTA, Sílvio de Sá; PENIDO, Flávia Ávila; SANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo dos; ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. Cap. II, p. 43-67.

ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de; FARIA, Guilherme Henrique Lage. O modelo social de processo: conjecturas sobre suas origens, desenvolvimento e crise frente ao novo paradigma do Estado Democrático de Direito. **Processo e jurisdição I organização CONPEDI/UFPB**; Orgs. LEITE, Rosimeire Ventura; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; PIMENTEL, Alexandre Freire. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 293-322.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

BÜLLOW, Oskar von. **La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel. Buenos Aires: Rosas Lichtschein. Ediciones Juridicas Europa America, 1964.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

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

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, André Cordeiro. Aulas expositivas, lecionadas pelo Professor André Cordeiro Leal, no segundo semestre de 2020, para a disciplina **Processo Constitucional e Legitimidade do Direito** do curso de Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia da Faculdade de Ciência Humanas/ FUMEC.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte:

Mandamentos, 2008.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. O processo como instituição regente da procedimentalidade jurídico-democrática. *In: **Processo como democracia na contemporaneidade***: colóquio em homenagem ao professor Rosemiro Pereira Leal. Orgs. Leal, André Cordeiro; BATISTA, Sílvio de Sá; PENIDO, Flávia Ávila; SANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo dos; ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. Cap. III, p. 69-96.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Decisão Jurídica e Estado Democrático de Direito**. Congresso de Direito Processual OAB/MG: 8 jan. 2018a. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=mjv0CU5Ayg&ab_channel=OAB%2FMG. Acesso em: 20 mar. 2021. Informações verbais.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018b.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MONTAGNOLI, José Américo Silva. **A possibilidade de inclusão discursiva radical do povo nas atividades decisórias do judiciário**. 2008. 148f. Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições Políticas) - Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC, Belo Horizonte.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2008a.

NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas- Edição Especial, 2008b, p. 13-29. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/e6e2f27a187cdf92f1b8300b4dc8a8a4.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2021.

LEI 14.112/2020: AS ALTERAÇÕES NA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA E SEUS IMPACTOS SOBRE O DIREITO DO TRABALHO

Bráulio de Almeida Pereira Paiva¹

RESUMO: Os últimos acontecimentos nas esferas política, econômica e sanitária fizeram com que o Brasil - que já vinha com mercado em retração e cenário de desemprego ascendente - começasse a sofrer dificuldades ainda maiores em período de pandemia. O governo federal já vinha mantendo discurso de atualização de textos legais, com o pretexto de modernização das relações jurídicas e comerciais para reaquecer a economia e impulsionar novo tempo de prosperidade para a classe empresária brasileira. Neste cenário, ganhou força a ideia de reforma da Lei de Falências e Recuperação Judicial – Lei 11.101/2005 – com vistas a combater a recessão econômica e apoiar a classe empresária, sobretudo com base no princípio da continuidade da empresa para a defesa dos lucros, recolhimento de impostos, manutenção de vagas de emprego, circulação de bens e valores. Neste diapasão foi publicada em 24 de dezembro de 2020 a Lei 14.112 que tendo início de vigência em 23 de janeiro deste ano promete trazer boas estratégias para o empresário e também para o mercado em procedimentos de recuperações judiciais, extrajudiciais e falências, embora já comece a aquecer ferrenhos debates ladeados por princípios constitucionais especialmente na seara laboral.

PALAVRAS-CHAVE: Recuperação Judicial, recuperação extrajudicial, falência, reforma, pandemia.

RESUMEN: Los últimos acontecimientos en los ámbitos político, económico y sanitario han hecho que Brasil, que ya tenía un mercado en contracción y un escenario de creciente desempleo, comience a sufrir dificultades aún mayores en un período de pandemia. El gobierno federal mantenía un discurso para actualizar los textos legales, con el pretexto de modernizar las relaciones legales y comerciales para reactivar la economía e impulsar un nuevo período de prosperidad para la clase empresarial brasileña. En este escenario, la idea de reformar la *Lei de Falências e Recuperação Judicial - Lei 11.101 / 2005* - cobró fuerza con el fin de combatirla recesión económica y apoyar a la clase empresarial, especialmente en base al principio de continuidad de la empresa para la defensa de utilidades, recaudación de impuestos, mantenimiento de puestos vacantes, circulación de bienes y valores. En esta bifurcación se publicó la Ley 14.112 el 24 de diciembre de 2020 que, a partir del 23 de enero de este año, promete traer buenas estrategias para el emprendedor y también para el mercado en procedimientos judiciales, extrajudiciales y de recuperación concursal, aunque ya lo ha hecho. comenzó a tener efecto, calentar debates feroces flanqueados por principios constitucionales, especialmente en el campo del trabajo.

PALABRAS-CLAVE: Recuperación judicial, recuperación extrajudicial, quiebra, remodelación, pandemia.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Pós Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Internacional Signorelli. Doutorando em Derecho Laboral pela Universidade de Buenos Aires. Sócio do Escritório Tavares, Carvalho e Paiva Advogados. Professor. Palestrante. Procurador Municipal de Capela Nova/MG.

INTRODUÇÃO

Desde o ano de 2005 o Brasil conta com legislação própria e unificada sobre os procedimentos de falência, recuperação judicial e recuperação extrajudicial. Trata-se de normativa surgida para impulsionar a economia com medidas protetivas para as empresas que passam por turbulências. Em cenários de incertezas econômicas – tão típicas no Brasil, especialmente pelos abalos políticos e conflitos sociais recorrentes -, temos que se tornou extremamente necessária a adoção de uma agenda legal comum para dar suporte às empresas que por infelicidade do mercado ou falhas em sua administração interna passam a suportar dificuldades financeiras com grande receio de fecharem as portas e acarretarem não só a frustração do empresário, mas também, a perda de divisas para o Poder Público, com o fim da arrecadação de impostos daquele empreendimento ou a debilidade surgida ainda pela perda devagas de emprego e maior peso sobre os programas sociais e a previdência pública.

Apesar do sucesso das medidas propostas na lei de 2005, o cenário atual do país que já caminhava para ímpeto reformador próprio do governo atual passou a demandar também postura urgente do Estado para tentar modernizar a organização das empresas que sofrem cada vez mais com as dificuldades do panorama de pandemia que enfrentamos.

Diante disso, o Congresso aprovou e o presidente sancionou, no final de dezembro de 2020, nova lei que cuida de reformar os dispositivos da Lei 11.101/2005 para estimular uma recuperação de empresas cada vez mais voltada para o público empresário, mesmo que para isso seja preciso podar algumas vantagens e benefícios outrora instituídos em favor dos credores. Assim, nas próximas linhas é apresentada análise sobre as mudanças com olhar que visa equilibrar interesses empresários e proletários, em exame de lei com forte tendência de protecionismo para a classe que nas últimas décadas tem reivindicado maior apoio do Estado.

1. IMPACTOS DA LEI 14.112/2020 SOBRE O DIREITO DO TRABALHO

Dando sequência ao contexto de inovações legislativas implantadas nos últimos anos com ímpeto de “salvar” a economia brasileira recentemente estagnada, entrou em

vigência no último dia 23 de janeiro a Lei 14.112/2020, destinada a modernizar a legislação própria da recuperação judicial, extrajudicial, e dos procedimentos de falência do empresário e da sociedade empresária pretendendo dar maior agilidade às empresas e à economia com procedimentos mais dinâmicos e céleres.

O maior pressuposto para legitimar a iniciativa reformadora foi a necessidade de dotar de celeridade os procedimentos nas Varas de Falência e Recuperação Judicial. Entretanto, conforme os dispositivos da Lei 11.101/2005 foram sofrendo mutações, passaram a existir também implicações diretas da Lei 14.112/2020 no Direito do Trabalho.

É preciso observar que a Lei surgiu com *vacatio legis* de 30 dias, sendo que mesmo após a sua entrada em vigor tem sido aplicada a teoria do isolamento dos atos (art. 14, CPC) de modo a garantir que, via de regra, os atos já praticados anteriormente, sob vigência da lei antiga, deverão permanecer inalterados, sendo que os novos dispositivos passam a ter aplicação imediata aos procedimentos em curso, desde a data de sua entrada em vigor, em 23 de janeiro de 2021.

Há importante ressalva a ser feita, eis que o próprio art. 5º traz em seu parágrafo 1º a previsão de atos que serão praticados conforme a “lei antiga” bem como procedimentos que permanecerão inalterados para pedidos de recuperação judicial e decretações de falência ocorridas em período anterior ao advento da Lei 14.112/20, que seguirão o rito original, a partir do entendimento de que os câmbios na lei de forma imediata afetariam o recuperando e seus credores de maneira inesperada, gerando afronta ao princípio da não surpresa e enfim acarretando prejuízos de elevada monta em momento bastante delicado para a gestão da empresa.

Nesta situação podemos destacar, por exemplo, as previsões do inciso II daquele art. 5º, parágrafo 1º, que garante que para os processos em que tenha ocorrido o protocolo da inicial de recuperação judicial ou que tenha sido determinada a falência – ainda que como resultado de insucesso no processo de recuperação – antes da lei nova, deverá ser aplicada a lei antiga.

Neste caso em voga, há que se destacar que a lei reformadora cuidou de alterar a ordem de credores na recuperação judicial, sendo que os créditos trabalhistas de caráter extraconcursal deixaram de ocupar o primeiro lugar na ordem de pagamento pela recuperação judicial e foram deslocados para o quarto lugar na escala de tais

pagamentos.

Temos, portanto, claro exemplo de situação em que a norma novel não pode ser aplicada a “processos antigos”, afinal, se houve deferimento da recuperação ou decretação da falência com escalonamento de pagamento na “ordem antiga”, qualquer alteração geraria evidente prejuízo para classe que teria precarizado seu direito. Relembremos que o plano precisa ser aprovado em assembleia geral de credores. Assim, se o planejamento proposto foi aprovado com créditos trabalhistas extraconcursais em posição privilegiada, qualquer alteração posterior geraria perda de valores para classe fragilizada em verdadeiro ato contrário ao princípio da não surpresa.

Há na reforma introduzida pela Lei 14.112 outras alterações que também causam estranheza. Em que pese ter o Legislativo andado bem quanto à matéria de positivar os procedimentos de prorrogação de suspensões de prazos para dotar de maior fôlego a recuperação, por outro lado instituiu medidas que geram controvérsias e que fatalmente deverão chegar a debates mais amplos com pedidos de inaplicabilidade de artigos alterados, conforme abordam de forma brusca temas bastantes sensíveis no universo falimentar.

Em nosso país sempre houve relevante cautela para com a necessidade de pagamento preferencial de verbas trabalhistas por seu caráter alimentar. Diante disso a redação original da Lei 11.101 elevava a categoria dos créditos trabalhistas ao patamar de prioridade total, alocando os créditos de caráter laboral no primeiro nível da ordem de credores proposta em seu art. 83.

Havia apenas uma limitação imposta a classe trabalhadora que poderia se valer da posição privilegiada na classe de credores somente até o patamar de 150 salários mínimos. Os valores que ultrapassassem esse limite passariam a ser tratados como quirografários.

De todo modo, a legislação atual passou a apresentar novo entrave à satisfação do crédito do trabalhador. Com a premissa de que a empresa recuperanda naturalmente precisa de fôlego ainda maior no momento atual da economia, e, com o pretexto de inflar sua capacidade financeira para evitar a falência, a normativa reformadora trouxe a novidade de que a recuperanda poderá pleitear a extensão do prazo inicial para quitação de débitos de origem trabalhista. Inicialmente, a norma trazia a previsão de que o prazo para pagamento de tais valores que fossem de cunho

concurso – surgidos até a data do pedido de recuperação judicial – teria limitador temporal de um ano.

Pela normativa novel este prazo passou a comportar extensão que será precedida de apresentação de garantias pela empresa que se mostrem suficientes ao juízo. Também será necessária a aprovação desta prorrogação de prazos pelos credores trabalhistas que passam a ter enfim a garantia de pagamento de seus créditos de forma integral; sem qualquer deságio, conforme inovou o recém incorporado §2º, com respectivos incisos I, II e III ao art. 54 da Lei 11.101.

Lado outro, a legislação nova impôs a obrigatoriedade de pagamento no prazo máximo de 30 dias dos valores de natureza trabalhista que digam respeito exclusivamente à salários vencidos nos últimos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial; valores estes que serão limitados à cinco salários mínimos, evidenciando o caráter de urgênciada verba destinada a gastos básicos do indivíduo.

O art. 6º da LRF também teve a inclusão de três incisos, visando desmembrar a antiga previsão de que diante de decretação de falência ou deferimento da recuperação judicial deveria ser suspensa a prescrição e as ações e execuções, em sua totalidade, que estivessem tramitando em face dos sócios solidários da empresa por dívidas particulares.

Era uma normativa bastante engessada e que fatalmente tinha aplicação mitigada pelos tribunais. Não há dúvidas de que a inclusão do devedor nestes procedimentos especiais logicamente deveria levar a suspensão da prescrição, eis que estaria ocorrendo blindagem em torno do devedor que não poderia utilizar desta premissa para defender uma prescrição de débito que a própria justiça teria impedido a cobrança por período determinado.

Todavia, sobre a matéria da suspensão das ações, nossos tribunais já se postavam no sentido de garantir o pleno andamento dos processos nas varas específicas até que fosse enfim alcançada a liquidação com geração da respectiva certidão do crédito. Neste momento então o credor utilizaria de tal certidão para fazer habilitação de seu crédito no foro em que tramita a falência ou recuperação judicial.

Vejamos que não havia qualquer razoabilidade em impedir o regular andamento do processo de conhecimento – e até mesmo da liquidação – se apenas seriam praticados atos de mero expediente, com teor decisório insignificante ou pelo menos de

baixa relevância que não dificultaria o processo de recuperação financeira e organizacional da empresa recuperanda.

Já existia a previsão amparada no art. 114 da Constituição Federal de que as ações de natureza trabalhista deveriam ser processadas perante a Justiça do Trabalho até a apuração do respectivo crédito, que então seria inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença (OLIVEIRA, 2021).

O inciso III acrescentado ao aludido art. 6º também cuidou de regulamentar outra posição que se mostrava majoritária na jurisprudência apesar de ser marcada por omissão legislativa antes da Lei 14.112/2020. Tal dispositivo passou a conter a previsão expressa de que todos os créditos e débitos que envolvem a empresa ré devem se concentrar em um juízo, qual seja o juízo falimentar que determinará todos os atos voltados ao equilíbrio financeiro da empresa. Com isso, passou a existir óbice intransponível que veda práticas de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e qualquer tipo de constrição judicial ou extrajudicial em torno de bens do devedor por juízos diversos do falimentar em que se processa a recuperação judicial ou a falência. A postura evidenciada é destinada justamente a impedir práticas de juízos diversos que de forma inadvertida venham a bloquear ativos e patrimônio do devedor que constarão exatamente do plano de recuperação ou do planejamento de pagamento de credores na falência, atingindo patrimônio que seria dedicado a outro tipo de débito que restaria, enfim, desguarnecido pela inexistência de valores a serem constrictos.

O §8º do art. 163, passou a garantir a possibilidade de suspensão dos procedimentos executórios também nas hipóteses de recuperação extrajudicial.

O artigo 6º, parágrafo 4º, recém promulgado, implantou a possibilidade de prorrogação formal do prazo de suspensão das execuções. A redação inicial garantia que a partir do despacho de deferimento da recuperação judicial ocorreria suspensão das execuções pelo prazo de 180 dias, até então improrrogável. Decorrido tal prazo, as execuções voltariam a fluir normalmente, sendo resguardado o razoável tramitar com restabelecimento da oportunidade de os credores praticarem atos processuais em suas ações e execuções.

Na nova redação do parágrafo passou a ser possível a prorrogação do prazo de 180 dias por igual período quando não for possível a aprovação do plano de Recuperação pela empresa recuperanda no prazo original e ainda ficar demonstrado

que o decurso de tal prazo de forma inócua não foi causado pela própria empresa.

Como já era previsto pela Lei 11.101/2005, no prazo tido como *stay period* (suspensão de ações por 180 dias – ou até 360, nos casos que for admitida a prorrogação pelo juízo falimentar) a empresa submetida a recuperação judicial deverá apresentar seu plano de recuperação que, caso não seja exposto em tempo hábil, ou, mesmo sendo apresentado, restar reprovado pela assembleia geral de credores, dará espaço para que os próprios credores levem ao juízo um plano de recuperação por eles organizado que, caso seja aprovado, deverá ser seguido pela empresa por ordem do juízo falimentar. Temos aqui interessante inovação legal pautada no princípio da cooperação, exposto no art. 6º do CPC/2015.

Vale lembrar que a apresentação de plano pelos credores é mera faculdade concedida pela nova redação da LRF, sendo que caso os credores prefiram não trazer seu próprio plano ao juízo falimentar, poderão seguir normalmente em suas execuções, eis que não haverá a suspensão de processos executivos e ainda poderão ocorrer as medidas constritivas, como efeito lógico a partir da improcedência do pedido de recuperação judicial que automaticamente ocorrerá pelo descumprimento dos requisitos próprios de tal instituto. Neste caso ocorrerá ainda a decretação da falência do devedor.

Voltando à matéria do cômputo do prazo de *stay period*, temos que caso o plano apenas venha a ser aprovado no final do prazo de 360 dias – já contada a prorrogação ao prazo inicial –, seria ainda possível novo prazo de prorrogação previsto no § 4º-A, elevando o prazo total de suspensão de execuções para 540 dias.

A alteração legal também visa pacificar outra situação outrora controversa, que doravante passa a ter entendimento híbrido consolidado na norma, qual seja a contagem de prazos. O art. 189 da Lei 11.101/2005 já determinava a contagem de prazos conforme o antigo Código de Processo Civil. Com a entrada em vigor do novo código em 2015 surgiram questionamentos sobre a aplicação do art. 219 daquela lei que determina a contagem de prazos em dias úteis e a praxe seguida na Recuperação Judicial de contagem de prazos em dias corridos, conforme proposto pela lei processual civil antiga.

De todo modo, com a nova redação do citado art. 189 acaba por se dissipar, pelo menos por ora, a discussão sobre a contagem de prazo, eis que em uma solução híbrida a nova lei mesclou a contagem de prazo em dias úteis, conforme segue adotando as

previsões do CPC/2015, porém, faz a ressalva de que tal sistemática apenas será adotada quando não se mostrar “incompatível com os princípios da Lei 11.101/2005”.

Outra importante novidade é a inclusão do § 1º ao artigo 189, que, em seu inciso I, passou a prever expressamente que todos os prazos previstos na Lei 11.101/05 ou aqueles que dela decorram serão contados em dias corridos. Teremos, portanto, regime híbrido já admitido anteriormente pela jurisprudência que mescla as duas formas de contagem de prazos:

Apesar de certa ambiguidade na redação do novo dispositivo, parece-nos que a intenção do legislador foi estabelecer a contagem dos prazos previstos na Lei 11.101/05 em dias corridos, desde que próprios do procedimento recuperacional e falimentar, mantendo em dias úteis a contagem dos prazos previstos no Código de Processo Civil, tais como os prazos recursais, na esteira do entendimento que já vinha sendo adotado por parcela da jurisprudência (ALMEIDA, 2021).

A Lei 14.112 também trouxe inovações polêmicas, como no caso dos parágrafos 7º- B e 11º do art. 6º, da LRF, pois, passa a valer previsão de inaplicabilidade dos incisos I, II e III do *caput* do mesmo art. 6º em relação às execuções de natureza previdenciária e tributária sofridas pela empresa recuperanda, que deixam de ser suspensas no *stay period*. Consequentemente sua tramitação deverá ocorrer na Justiça Especializada, e não no juízo universal da falência.

A alteração causa certa perplexidade, pois, ao mesmo tempo que notamos desvalorização do crédito trabalhista, especialmente daquele de natureza extraconcursal – que sofre rebaixamento na ordem de credores -, ocorre uma elevação no grau de prioridade das verbas previdenciárias e tributárias que sequer serão suspensas. Os créditos tributários advindos da relação de trabalho bem como os valores apurados de caráter previdenciário – derivados das verbas trabalhistas – ascendem e tomam de forma surpreendente o patamar privilegiado que antes era reservado ao crédito laboral.

Sob a ótica do princípio da gravitação jurídica, as obrigações decorrentes do contrato de trabalho, de caráter previdenciário, fiscal ou até mesmo referentes às aplicações de multas por fiscais do trabalho deveriam seguir suspensas assim como as execuções trabalhistas submetidas à recuperação judicial. Conforme sempre ocorrera, o acessório deveria acompanhar o principal.

Com a novidade instaurada pela Lei 14.112 ocorre inquestionável precarização do crédito trabalhista, pois, deixa de existir a preferência outrora garantida ao credor trabalhadora fica possibilitada a satisfação de forma preferencial e integral de valores derivados daqueles créditos trabalhistas que, por sua vez, apenas serão quitados conforme o escalonamento previsto no plano de recuperação. Resta violado tanto o princípio que garante preferência de pagamento de crédito alimentar como passa a ser implantada dificuldade excessiva de recebimento pelos demais credores que estão em posições menos favorecidas no plano de pagamento; e que seguirão com grande risco de que o capital da empresa não seja suficiente para pagá-los.

Bernardes então destaca que

Tais motivos permitem sustentar a inconstitucionalidade do art. 6º, §11, da Lei 11.101/2005 (redação dada pela Lei 14.112/2020), por violação ao princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, *caput*, conjugado com o art. 100, *caput*) já que o legislador não tem “discricionariedade” para dispensar tratamento inferior uma espécie de crédito que a própria Constituição trata como privilegiado. (BERNARDES, 2021).

Outra inovação bastante significativa pode ser observada em relação ao acréscimo do inciso XVII no art. 50 da Lei 11.101/2005. Em uma empreitada ainda mais fugaz de manter a empresa recuperanda em atividade, o legislador passou a admitir fenômeno que antes era vedado, justamente por outrora permanecer à míngua de previsão legal. Agora, o credor passa a ter a faculdade de converter seu crédito em capital social e, com isso, ingressar na empresa.

Para estimular ainda mais o credor que se propõe a ingressar no empreendimento empresarial, o art. 50, § 3º passou a conter previsão de que o sócio que ingressar na sociedade como forma de garantir o recebimento de seu crédito não poderá ser atingido por qualquer tipo de execução. Logicamente, seu patrimônio – tanto pessoal quanto sua cota parte na empresa - não poderá ser constricto, jamais podendo ser alcançado por qualquer tese de responsabilidade do adquirente por sucessão empresarial. O mesmo ocorre com o investidor quando aporta novos recursos ou no caso de substituição dos administradores da devedora. (CAIRO JR, 2021).

A lei nova também modificou a previsão de pagamento de créditos trabalhistas com alteração nos prazos. Pela redação antiga do art. 54, a Lei de Recuperação Judicial previa prazo máximo de 1 (um) ano para pagamento de valores oriundos de relação

laboral, tanto em relação à remuneração (salário e acréscimos) quanto indenizações por acidentes de trabalho. A normativa tratava – e continua tratando - de créditos surgidos até a data do pedido de recuperação judicial, afinal, os créditos surgidos a partir de tal momento configuram-se como extraconcursais e ocupam posição diversa na ordem de pagamento de credores; logo, com prazos diversos. De todo modo, urge observar que o parágrafo único do artigo 54 foi transformado em parágrafo 1º, pois, apesar de seguir contendo a previsão de que serão pagos em no máximo trinta dias (a contar da aprovação do plano) os créditos de origem trabalhista surgidos nos últimos três meses que antecederam o pedido de recuperação (limitados a cinco salários mínimos por trabalhador), passou a existir ainda um parágrafo 2º que, para privilegiar a reestruturação da empresa tratou de prever a extensão do prazo do *caput* (de até um ano para pagamento de créditos trabalhistas) para até três anos (1 ano previsto no *caput* + 2 anos previstos no parágrafo 2º) a contar do pedido de recuperação judicial desde que a empresa cumpra com os requisitos expressos nos incisos I, II e III do mesmo parágrafo 2º, quais sejam a “apresentação de garantias consideradas como suficientes pelo juiz” (I); aprovação do pedido pelos credores das verbas de caráter trabalhista constantes do plano de recuperação (II), e, por fim, o compromisso da empresa recuperanda de que com a extensão do prazo o pagamento ocorrerá obedecendo aos valores integrais devidos à cada credor (III).

A Lei 14.112 inovou também com a criação do art. 82 – A, que passa a reger a relação entre as execuções em processos de recuperação judicial e falências e os pedidos de credores pela desconsideração da personalidade jurídica da recuperanda.

Inicialmente o dispositivo trata de esclarecer situação bastante óbvia, impedindo a extensão dos efeitos da recuperação judicial e da falência aos bens particulares dos sócios de responsabilidade limitada, bem como aos controladores e aos administradores da sociedade falida.

Logo em seguida o parágrafo único dirime qualquer dúvida fazendo a ressalva de que podem, entretanto, responder com seu patrimônio particular nos casos em que for determinada a desconsideração da personalidade jurídica. De todo modo, destaca-se que o procedimento de desconsideração da personalidade jurídica deverá tramitar no juízo universal da falência. Como era de se esperar, com as inovações propostas pela Lei de Liberdade Econômica – Lei 13.874/2019 – a desconsideração da personalidade

jurídica precisa se submeter ao rito do art. 50 do Código Civil que, conforme redação novel, necessita de análise sobre dois fatores primordiais que geram a responsabilidade: o desvio de finalidade da pessoa jurídica e a confusão patrimonial.

Ou seja, estando comprovado o intuito do empresário de praticar conduta lesiva ao direito dos credores - com esvaziamento do patrimônio da empresa - e desvirtuar a finalidade, será sim possível o IDPJ, que pela nova redação da Lei 11.101/2005 deverá tramitar normalmente no juízo da falência.

Anteriormente, o IDPJ deveria ser processado na própria justiça especializada, pois, passando a ser alcançado o patrimônio pessoal dos sócios da empresa recuperanda para saldar débitos na Justiça do Trabalho, esta teria competência para a lide, não sendo necessário o arrastamento de tal procedimento para o juízo falimentar – que apenas cuidaria de ações da empresa, enquanto pessoa jurídica.

Neste sentido Rafael Lara Martins explica que

O fundamento da competência da Justiça do Trabalho para decretação da desconsideração da personalidade jurídica era pautado na lógica de que os bens dos sócios não se confundem com os bens da sociedade (Princípio da Autonomia Patrimonial), não se submetendo à “vis attractiva” do Juízo Universal (art. 76 da Lei 11.101/2005). (MARTINS, 2021).

Parece bastante claro que o legislador talvez buscasse a unidade do procedimento garantindo que todo processo de desconsideração da personalidade jurídica do devedor – empresa recuperanda ou falida – tramitasse tranquilamente no juízo falimentar.

E muitos doutrinadores – como Rafael Lara Martins – defendem a formação de juízo universal na Vara de Falências também para o IDPJ, partindo da ideia de que se a lei não excepcionou da previsão genérica os créditos trabalhistas, não caberia ao julgador fazê-lo.

De todo modo, ousamos divergir para ressaltar que pelo caráter alimentar das verbas decorrentes de contrato de trabalho, o palco melhor estruturado para o IDPJ seria, de fato, a Justiça Especializada, que se caracteriza pela celeridade e ainda por contar com previsão expressa do art. 76 da Lei 11.101/2005 que não foi alterado e segue com a previsão de que todas as ações movidas em face do falido (leia-se também “recuperando”) deveriam tramitar no juízo universal da falência. Entretanto, por aquela

própria norma já possuir a previsão de que os créditos trabalhistas seriam excepcionados do juízo universal, seguimos insistindo que por omissão legal – propositada, a nosso ver – seria necessário o prosseguimento das execuções trabalhistas na Justiça Laboral, mesmo quando deferido o IDPJ.

Outra mudança bastante controversa nos procedimentos da recuperação judicial e falência diz respeito à possibilidade de cessão de créditos trabalhistas à terceiros.

Relembremos que em período anterior à entrada em vigor da Lei 11.101, no ano de 2005, havia grande circulação de negócios caracterizados como “cessão de créditos trabalhistas”, em que frequentemente o trabalhador acabava por transferir a um terceiro o seu direito a receber verba de caráter trabalhista em recuperação judicial. Havia um grande mercado de negociatas em que o cessionário de tal crédito (terceiro) fazia propostas para adquirir créditos garantidos a trabalhador de empresa em recuperação judicial. Neste caso a proposta considerava relativo deságio com a promessa de que o credor (trabalhador, vulnerável) conseguiria levantar quantia menor do que aquela constante de seu título de crédito, mas, que receberia mais rápido do que em uma custosa recuperação judicial. Com isso indivíduos de grande conforto financeiro passavam a ocupar o lugar dos trabalhadores (cessionários) que deixavam o colégio de credores.

Com o advento da Lei 11.101/2005 houve profunda mudança neste arranjo, pois, os cessionários dos créditos trabalhistas que antes ocupavam exatamente o mesmo lugar do credor cedente – posição privilegiada pela natureza do crédito trabalhista – passou a ser preterido na ordem de pagamento de credores sendo reclassificado como credor quirografário, logo, sem qualquer prioridade. Era a previsão do art. 83, parágrafo 4º. E parecia bastante justa, afinal, a qualidade do credor trabalhista como privilegiado apenas ocorria pela natureza pessoal de seu crédito para sustento próprio (alimentar), que, de certo, desaparecia quando era concentrado pelo cessionário que naquele momento adentrava ao processo de recuperação não como trabalhador, mas, como negociante de crédito que passava a ter roupagem mercantil, comercial.

A nova Lei 14.112/2020 cuidou então de retirar essa previsão e voltar o entendimento anterior – desta vez positivado - de que o adquirente de crédito no fenômeno de cessão de crédito trabalhista passa a substituir o antigo credor (trabalhador) exatamente no mesmo lugar que aquele ocupava, mantendo a qualidade

de credor prioritário na ordem do art.83, *caput*.

De forma apriorística emerge deste cenário o intuito do legislador com o maior trânsito de direitos creditícios na economia brasileira, eis que impulsiona os cessionários nestes negócios a voltarem a praticar relações que vinham em declínio. Conseqüentemente os trabalhadores com créditos retidos em longos e lentos processos de recuperação terão a vantagem de receber de forma mais célere com percepção de ofertas de aquisição de seus créditos em quantidade ligeiramente maior.

Entretanto, há que se registrar a preocupação de que estejamos na iminência de cenário que precarizará as verbas devidas aos trabalhadores, que terão maior número de ofertas por seus créditos e que em cenário de crise e aumento da pobreza ficarão expostos a negócios cada vez mais prejudiciais, alienando seus créditos com grandes deságios; o que culminaria em precarização do direito do trabalhador.

Entendemos que deve haver olhar cauteloso sobre tal situação, eis que possivelmente surgirão questionamentos sobre a (in)validade dessa alteração que indiretamente gera ferrenhos prejuízos ao trabalhador – parte hipossuficiente não só da relação trabalhista inicial, mas, também na recuperação judicial e, por fim, no negócio mercantil que envolve a cessão dos créditos que possui e aguarda receber na recuperação judicial ou na falência.

O art. 84 da Lei 11.101/2005 também sofreu relevante modificação, afinal, os créditos referentes “às remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, aos reembolsos devidos a membros do Comitê de Credores, e aos créditos derivados da legislação trabalhista ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência” deixaram de ter prioridade como determinado outrora e passaram do primeiro para o quarto lugar na ordem dos créditos extraconcursais. De todo modo, seguem ainda em relação privilegiada aos demais créditos concursais elencados na ordem preferencial do art. 83.

Vejamos ainda que ocorre interessante modificação na Lei 11.101/2005 na parte referente à recuperação extrajudicial, em que Martins explica que

Importante novidade foi trazida no parágrafo 1º do artigo 161 da Lei 11.101/05 que trata da negociação com os credores do plano de recuperação judicial, pois prestigia a negociação coletiva, exigindo que tal requisito seja cumprido para fins de submissão à recuperação dos créditos de natureza trabalhista e por acidentes de trabalho à recuperação. (MARTINS, 2021).

Se em período pretérito o legislador optou por vedar a negociação extrajudicial de créditos de origem laboral (incluindo indenizações por acidentes de trabalho), com o advento da Lei 14.112 passa a ser possível que também estes créditos sejam negociados, porém, dependem ainda de negociação coletiva entre a empresa (ou sindicato que a represente) e o sindicato que representa a categoria dos trabalhadores.

Leitão comenta que

Outro grande incentivo trazido pela reforma foi a inclusão da possibilidade de versara recuperação extrajudicial também em relação aos créditos de natureza trabalhista e decorrentes de acidentes de trabalho, desde que, por óbvio, haja negociação coletiva com o sindicato da respectiva categoria profissional. Já no tocante aos créditos tributários, continua sendo vedada qualquer disposição sobre eles (LEITÃO, 2021).

Este entendimento privilegia a negociação coletiva. Simplifica o procedimento da recuperação extrajudicial, tornando-a menos rígida e engessada, mas, não afasta a proteção necessária ao trabalhador, hipossuficiente, que precisará seguir protegido e representado por seu próprio sindicato.

Parece que estamos diante de relativo avanço, sobretudo para instrumentalizar o recebimento de créditos pelo trabalhador. De todo modo, o cenário ainda é por demais nebuloso, eis que fatalmente surgirão dúvidas sobre a legalidade dos procedimentos adotados nos sindicatos, como questão de quórum para votação e redação de atas. Ainda gerarão questionamentos a ocorrência de variados sindicatos representando categorias diversas na empresa recuperanda, bem como o alto risco de manobras ilegais em procedimento que apenas chegará ao Judiciário para análise direta de cumprimento de pressupostos objetivos, eis que na recuperação judicial ocorre grande liberalidade para as partes transacionarem, especialmente com o maior prestígio conferido as negociações coletivas após a Lei 13.467/17.

Fatalmente aparecerão com frequência procedimentos de fraudes e desvirtuamento do processo especialmente em relação aos créditos trabalhistas. De todo modo, uma coisa é certa: não será admitida a negociação individual de créditos trabalhistas e resultantes de acidentes de trabalho na recuperação extrajudicial. Não há qualquer espaço para tal procedimento; tanto porque o dispositivo em análise se refere expressamente à “negociação coletiva”, como porque a CLT não elenca tal situação

dentre os direitos que desde novembro de 2017 podem ser transacionados pelo empregado sem assistência de seu sindicato e porque definitivamente estará escancarado o desequilíbrio de formas econômicas e intelectuais entre as partes que ocupam patamar de forças bastante desproporcional e não aceito pelo princípio da proteção do trabalhador.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Diogo R. **A Reforma da Lei de Recuperação Judicial e Falência**. Acesso em: < <https://genjuridico.com.br/2021/01/06/reforma-lei-recuperacao-judicial-e-falencia>>. Acesso em: 04 de abril de 2021.
- BERNARDES, Felipe. **Aspectos processuais trabalhistas da Lei 14.112/2020: a modificação do regime legal de recuperação judicial e falência**. Instituto Trabalho em Debate. Disponível em: <Aspectos processuais trabalhistas da Lei 14.112/2020: a modificação do regime legal de recuperação judicial e falência - Trabalho em Debate>. Acesso em 19 de março de 2021).
- CAIRO JR, José. **Nova Lei de Falências: primeiras impressões trabalhistas**. **Direito do Trabalho Digital**. Disponível em: < <https://direitodotrabalhodigital.com.br/nova-lei-de-falencias-primeiras-impressoes-trabalhistas/>>. Acesso em: 15 de março de 2021.
- LEITÃO, Luciano F. **A Reforma da Lei de Falências e o fortalecimento da Recuperação Extrajudicial**. <<https://lucianoleitao5.jusbrasil.com.br/artigos/1181023032/a-reforma-da-lei-de-falencias-e-o-fortalecimento-da-recuperacao-extrajudicial>> Acesso em: 06 de abril de 2021.
- MARTINS, Rafael Lara. **Breves comentários à Lei 14.112/2020 e seus impactos na seara trabalhista**. Portal Rota Jurídica. Disponível em: <<https://www.rotajuridica.com.br/rota-trabalhista/breves-comentarios-a-lei-14-112-20-e-seus-impactos-na-seara-trabalhista/>>. Acesso em: 26 de março de 2021.
- OLIVEIRA, Daniela M. L. **A nova Lei de Recuperação Judicial e os créditos trabalhistas**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-17/martin-lei-recuperacao-judicial-creditos-trabalhistas>>. Acesso em 16 de março de 2021.

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UMA BREVE ABORDAGEM SOBRE A RELAÇÃO ENTRE A SENTENÇA ESTRUTURAL DIALÓGICA E O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA

Eduardo Leão de Paula¹

RESUMO: Esse trabalho tem o escopo de apresentar brevemente o que é o estado de coisas inconstitucional, suas nuances mais importantes e a forma como as Cortes Constitucionais encontraram para superá-lo. Inicialmente apresenta-se uma conceituação e características dos direitos fundamentais. Após, passa-se a uma breve conceituação do estado de coisas inconstitucional e a sentença estrutural dialógica. Será fundamentado que a sentença estrutural dialógica, por mais que se possa considerá-la ativista, pautará suas motivações nos remédios flexíveis capazes de estreitar e fortalecer o liame democrático entre os Poderes Públicos. Enfim, na conclusão é feito um apanhado do essencial e finalizado com a relação entre a sentença estrutural dialógica e a democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de coisas inconstitucional; sentença estrutural dialógica; ordem flexível.

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo presentar brevemente cuál es el estado de cosas inconstitucional, sus matices más importantes y la forma en que los Tribunales Constitucionales encontraron para superarlo. Inicialmente se aborda el punto crítico del problema, a saber, la violación generalizada de los derechos fundamentales. Posteriormente, el estado de cosas es inconstitucional y la sentencia estructural dialógica. Se notará que la sentencia estructural dialógica, por mucho que la califique como activista, basará sus motivaciones en remedios flexibles capaces de estrechar y fortalecer el vínculo democrático entre Poderes Públicos. Finalmente, en la conclusión, se hace un resumen de lo esencial y se finaliza con la relación entre la sentencia dialógica estructural y la democracia.

PALABRAS-CLAVE: estado de cosas inconstitucional; oración dialógica estructural; orden flexible.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete/MG

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de analisar brevemente o estado de coisas inconstitucional, as consequências advindas da intervenção judicial na elaboração de políticas públicas e, bem assim, verificar se a sentença estrutural dialógica, decisão proferida nesse tipo de ação, pode ser considerada uma ponte democrática entre os Três Poderes.

O artigo apresentará argumentos favoráveis em relação à ligação que há entre os poderes e a sentença dialógica, pautada em ordens flexíveis e dinâmicas capazes de proporcionar maior eficácia na elaboração e monitoramento de novas políticas públicas.

Metodologicamente, o artigo inicia com elementos gerais dos direitos fundamentais, eis que a violação dessas garantias é pressuposto fundamental para o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, visto, por óbvio, de uma forma estrutural e que abrange um número considerável de afetados.

Posteriormente, traz-se uma conceituação sobre a origem, os pressupostos de formação e como as Cortes Constitucionais enfrentam de forma menos invasiva o estado de coisas inconstitucional.

A sentença estrutural dialógica é uma decisão que não implica em ordens estáticas, comandos isolados que usurpam a separação de funções públicas. A contrário senso, o Judiciário se preocupa em colaborar na criação e monitoramento de políticas públicas capazes de encerrar o quadro de violação desordenada de direitos fundamentais e complementar a lacuna ou omissão do legislativo ou executivo na implementação de tutelas pessoais.

A pesquisa se deu essencialmente pela metodologia científica, analítica e dissertativa de doutrina e jurisprudência, principalmente as da Corte Constitucional da Colômbia e do Supremo Tribunal Federal, esse último com especial atenção à ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347. Os ensinamentos para a concretização do estudo foram os do Prof. Dr. Edilson Vitorelli, Prof. Dr. Bernardo Gonçalves e os artigos e teses de doutorado do Prof. Dr. Carlos Alexandre de Azevedo Campos.

O tema proposto é de fundamental importância para os profissionais do direito,

uma vez que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional é, em regra, uma violação a direitos fundamentais dos indivíduos de maneira massiva, decorrente da inércia ou omissão de políticas públicas do Legislativo e Executivo. De outro viés, a solução encontrada pelas Cortes Constitucionais para o enfrentamento dessa situação de inconstitucionalidade foi o diálogo entre os Poderes por meio de sentenças dialógicas.

Os objetivos genéricos do trabalho se resumem na análise do estado de coisas inconstitucional, bem como tentará responder se há fortalecimento do vínculo entre os poderes estatais por meio de uma sentença dialógica. Já os objetivos específicos tratam do aprimoramento acadêmico, conhecimento de causa, estudo do tema.

Desta feita, o que se quer é apresentar uma perspectiva geral sobre os direitos fundamentais e encaminhar a pesquisa para um segundo ponto, a saber, a ideia de estado de coisas inconstitucional e o meio encontrado pelas Cortes Constitucionais para a estabilidade social. Será possível vislumbrar uma correlação entre a sentença proferida nessa espécie de ação e o aprimoramento de um diálogo institucional entre os Poderes e, por conseguinte, o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

1. DIREITO FUNDAMENTAL

Primeiramente é importante ressaltar as razões pelas quais se inicia o trabalho de uma perspectiva sobre os direitos fundamentais. Como se verá mais adiante, o pressuposto mais importante do estado de coisas inconstitucional encontra-se numa combinação de dois fatores: o primeiro é a ausência de políticas ou atos públicos e o segundo é a violação maciça de direitos fundamentais decorrentes dessa inércia estatal.

A importância do estudo preliminar deste tópico, possibilitará uma revisão teórica dos aspectos mais importantes dos direitos fundamentais, bem assim reiterar que se não houver uma violação estrutural desses axiomas também não será preciso reconhecer o estado de coisas inconstitucional.

O Constitucionalismo moderno foi um verdadeiro marco para o reconhecimento de direitos fundamentais, porque possibilitou afastar um autoritarismo estatal diante de uma nova fase mundial de direitos e, com isso, limitar o poder dos déspotas pela força da Lei e não pelo direito da força.

Além de o Constitucionalismo moderno trazer uma nova definição de como seriam as relações entre os indivíduos e o Estado, também positivou internamente os direitos fundamentais num regramento escrito, na medida em que os interesses dos cidadãos se equilibravam ou até mesmo se sobrepunham aos estatais.

Nesses termos, os direitos fundamentais seriam vistos não só como direitos de defesa (garantias negativas), ligadas a um dever de omissão, (um não fazer ou não interferir do Estado no universo privado dos cidadãos), e direitos de prestações (garantias positivas) para o exercício das liberdades (e aqui, entendidos como obrigações de fazer ou de realizar) por parte do Estado, mas, além disso, nos termos objetivos, eles, como a base do ordenamento, seriam um “vetor” a ser seguido (pelos Poderes Públicos e particulares) para interpretação e aplicação de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais. (FERNANDES, 2018).

Definir um conceito polido de direitos fundamentais não é tarefa fácil, muito pelo contrário, há que se ter cautela para não os reduzir à insignificância. O professor Ingo Wolfgang Sarlet leciona que:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo). (SARLET, 2012).

Os direitos fundamentais são dotados de vários aspectos históricos, geográficos e temporais, bem como transpassam a função científica e são aplicados na vida de toda a sociedade.

O doutrinador Sylvio Motta explica que “altera-se o sentido ou a amplitude do direito fundamental conforme o momento histórico em que seja analisado, podendo até mesmo ocorrer a extinção de certo direito reconhecido como fundamental em época anterior.”. (MOTTA, 2018).

A imprescritibilidade se relaciona com o fato de aumentar a aplicação, abranger o maior número possível de tutelas individuais difusas, sem, contudo, perder ou extinguir o que se conquistou, não há perda de direitos pelo decurso de tempo.

As normas que prescrevem direitos fundamentais devem ser aplicadas

imediatamente aos interesses individuais. O professor Bernardo Gonçalves Fernandes cita que “em nossa atual Constituição o art. 5, §1º da CR/88 preleciona que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”. (FERNANDES, 2018).

Desde o surgimento do princípio da dignidade da pessoa humana ficou impraticável dissociar os direitos fundamentais à existência humana. Os direitos fundamentais não sofrem alienação, não podem ser trocados nem transferidos a título gratuito ou oneroso.

A relatividade é uma característica relacionada à impossibilidade de se trabalhar como direitos fundamentais de maneira ilícita, ou seja, não é permitido praticar atos ilegais calcados na justificativa de se estar no exercício de tutelas individuais. Ou seja, a regra é que os direitos fundamentais não podem ser utilizados como fundamentação para o exercício de condutas arbitrárias.

É preciso reconhecer que os direitos fundamentais não são dotados de caráter absoluto, em determinados casos, para a defesa individual, a relativização é medida que se impõe. Implica dizer que não há sobreposição entre eles, mas sim uma limitação de atuação, consagrando-se o princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas.

Revisado os aspectos gerais dos direitos fundamentais, precipuamente em relação às características e eficácia imediata determinada pela própria constituição, é de se esboçar que conceituado o pressuposto essencial do estado de coisas inconstitucional pode-se passar ao temapropriamente dito, eis que para reconhecimento desse é preciso elevar o estado à esfera estrutural.

2. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Inicialmente o estado de coisas inconstitucional foi trabalhado pelo professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, bem como apresentado pela primeira vez no Brasil na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, analisada pelo Supremo Tribunal Federal, em que trata da superlotação dos presídios e violações maciças de direitos fundamentais da população carcerária, no afã de a Corte Suprema do Brasil reconhecer o estado de coisas inconstitucional.

Em segundo plano, há de se reconhecer como notória a participação da Corte Constitucional da Colômbia nos diversos momentos em que declarou o estado de coisas inconstitucional, sendo os mais evidentes o que se relacionou com a omissão do Poder Executivo a violações a direitos sociais dos professores e a ação sobre o sistema carcerário.

A Corte Constitucional da Colômbia – certamente um dos tribunais constitucionais com atuação mais destacada na defesa dos direitos humanos em todo o mundo - vem desenvolvendo uma fecunda técnica decisória, voltada ao enfrentamento de violações graves e sistemáticas da Constituição, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas que envolvam um grande número de pessoas, e cuja superação demande providências variadas de diversas autoridades e poderes estatais. Trata-se do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional. (CAMPOS, 2015).

O estado de coisas inconstitucional é caracterizado pela generalizada violação de direitos fundamentais, mediante a omissão reiterada dos Poderes Legislativo e/ou Executivo na implementação de políticas públicas ou até mesmo na realização de funções estatais típicas, o que pode causar um quadro grave de desrespeito aos preceitos indispensáveis das pessoas.

O primeiro elemento do estado de coisas inconstitucional é a grave e sistêmica violação maciça dos direitos fundamentais, já o segundo elemento é a causa do primeiro, qual seja, a omissão ou inércia reiterada do Poder Legislativo e Executivo na elaboração de medidas capazes de satisfazer o exercício de direitos do indivíduo.

Aqui há que se ressaltar que não se trata apenas de única vez, há séria e constante omissão ou inércia de órgãos e instituições em relação ao desrespeito com as políticas públicas, administrativas e orçamentárias que deveriam resguardar os interesses fundamentais das pessoas.

O terceiro elemento se liga à resolução do estado de coisas inconstitucional, eis que depende da união entre os Três Poderes. Assim, foi preciso a utilização dos chamados remédios flexíveis para emoldurar a forma como a intervenção judicial se daria, sem se tornar um ativismo desenfreado e ineficiente.

Os remédios flexíveis abrem caminhos para uma decisão pautada na participação conjunta entre os Poderes, a fim de se buscar soluções à situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Esses remédios são mecanismos de

remodelagem aproximação e diálogo, no qual proporciona uma ponte entre os Três Poderes.

Com ordens flexíveis da espécie, cortes respeitam as credenciais democráticas e as capacidades institucionais dos outros poderes, mantêm de pé as fronteiras entre Direito e Política e minimizam riscos de não cumprimento das decisões. Em vez de servir ao “fechamento do Congresso”, o ECI pode contribuir à sua atuação ao chamaratenção para direitos de grupos vulneráveis e minorias sub-representadas, cujos interesses acabam caindo em “pontos-cegos legislativos”. Em vez de ir contra a Constituição e os direitos fundamentais, o ECI pode servir para diminuir a distância entre o garantismo textual e a realidade desigual e desumana em diferentes quadras. Em vez de oportunizar a declaração de “inconstitucionalidade do Brasil”, o ECI podecontribuir a torná-lo um país mais inclusivo e atento à dignidade humana como bem intrínseco de todo e qualquer indivíduo. (CAMPOS, 2015).

O quarto e último requisito diz respeito ao indeterminado número de pessoas afetadas com a violação generalizada dos direitos fundamentais, bem como a necessidade de o Poder Judiciário reter a elevada quantidade de possíveis ações ajuizadas à Corte Suprema.

O professor Alexandre de Azevedo, em artigo publicado na revista eletrônica CONJUR, aduziu que configurado o estado de coisas inconstitucional a “corte se encontra diante da figura do litígio estrutural, que é caracterizado pelo alcance a número amplo de pessoas, a várias entidades e por implicar ordens de execução complexa.”. (CAMPOS, 2015).

Como já expus em outras oportunidades, a CCC assentou haver três pressupostos essenciais para a configuração do ECI: no plano dos fatos, viger uma realidade manifesta de violação massiva e sistemática de diferentes direitos fundamentais; no plano dos fatores, a situação inconstitucional decorrer de ações e omissões estatais sistêmicas (falhas estruturais, máxime de políticas públicas), e se perpetuar ou mesmoagravar-se em razão de bloqueios políticos e institucionais persistentes e, aparentemente, insuperáveis; no plano dos remédios, ante as causas estruturais, a superação do quadro exigir medidas não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade desses (remédios ou sentenças estruturais). (CAMPOS, 2015).

A petição que desencadeou a ADPF nº 347, com referência à própria decisão da CorteConstitucional da Colômbia, esboçou com singularidade quais são os requisitos essenciais paraconfiguração do estado de coisas inconstitucional.

Como dito anteriormente, dois elementos essenciais são a vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas,

combinada com a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos.

Outro fator é a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolve mudanças estruturais que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas.

E, por fim, o elemento da potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados socorrerem-se individualmente ao Poder Judiciário.

Esses pressupostos revelam conexão entre o estado de coisas inconstitucional e a figura do “litígio estrutural”, caracterizado por : “ 1) afetar um número amplo de pessoas que alegam, diretamente ou através de organizações , a violação de seus direitos; 2) envolver várias entidades estatais como demandadas por serem responsáveis pelas falhas sistemáticas de políticas públicas; e 3) implicar ordens de execução complexa, mediante as quais o juiz instrui a várias entidades públicas a empreender ações coordenadas para proteger a toda população afetada (não somente os demandantes do caso concreto)”. A ideia de “litígio estrutural” vincula o estado de coisas inconstitucional à fixação de “remédios estruturais” para sua superação. A violação sistemática e generalizadas de direitos e a existência de falhas estruturais como fatores dessa violação são pressupostos do estado de coisas inconstitucional e características dos litígios estruturais, e ambos reclamam “remédios estruturais...”. (CAMPOS, 2015).

Pois bem, delimitados os requisitos para o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, passa-se ao modo como as Cortes Constitucionais têm se apresentado para o enfrentamento do litígio estrutural.

Importante destacar que a jurisdição é dotada de efeito imperativo, ou seja, suas decisões são tratadas como ordens rígidas tanto para restabelecer a paz social quanto para reparação de danos e prevenção de reincidência. Entretanto, para tentar resolver o estado de coisas inconstitucional o Judiciário não poderia ferozmente invadir a função do Legislativo ou Executivo, pois geraria uma das formas prejudiciais de ativismo judicial.

O ativismo judicial, mesmo sem um conceito fechado pela doutrina e, geralmente, tratado no sentido pejorativo, pode ser esboçado como a invasão das funções constitucionalmente típicas do Legislativo e Executivo pelo Judiciário, exercendo o papel que não lhe caberia na vida política.

No entanto, o ativismo judicial estrutural dialógico pode ser visto como possível

remédio flexível para tentar resolver o grave problema da violação massiva de direitos fundamentais, não no sentido de se afirmar na função dos outros poderes públicos, mas na esteira de promover, incentivar e monitorar o implemento de políticas públicas.

Ocorre que, mesmo diante do surgimento dos remédios flexíveis, ainda pairavam dúvidas sobre a participação ativista. Nesse contexto, surgiram alguns questionamentos como os bloqueios políticos, a capacidade institucional do Poder Judiciário e a supremacia judicial que deveriam ser afastadas das sentenças estruturais dialógicas para que não se configurasse oativismo judicial.

O bloqueio político pode ser entendido como a impossibilidade de o Judiciário agir diante de generalizadas violações de direitos fundamentais, criadas pelo estado de coisas inconstitucional, por conta da inércia ou omissão da estrutura pública na elaboração e execução de eficientes políticas públicas. Caso o Judiciário tomasse providência a esse quadro de grave diminuição de direitos, seria taxada de ativismo judicial.

Na verdade, o bloqueio político e o ativismo judicial foram afastados do estado de coisas inconstitucional, eis que diante da omissão legislativa ou inércia do executivo, o Judiciário deve estabelecer diretrizes para que os entes públicos retomem suas atividades e produzam políticas públicas eficazes para tratar o problema.

A alegação de que o afastamento do bloqueio político acarretaria a invasão e enfraquecimento do princípio da separação de poderes não prossegue, eis que como dito acima, os remédios flexíveis não invadem a função típica do legislador.

A contrário senso, o Judiciário age no sentido de incitá-lo a elaborar normas capazes de solucionar o estado de coisas inconstitucional.

Já as críticas quanto à violação da separação de poderes encerram, com a devida vênia, dois equívocos sucessivos. Primeiramente, partem de uma concepção estática do princípio, de poderes não só separados, como distantes e incomunicáveis. As pretensões transformativa e inclusiva da Carta de 1988 requerem, ao contrário, um modelo dinâmico, cooperativo de poderes que, cada qual com as ferramentas próprias, devem compartilhar autoridade e responsabilidade em favor da efetividade da Constituição. Em segundo lugar, ainda que se reconhecesse como plenamente vigente esse modelo estático de poderes que se excluem funcionalmente, circunstâncias próprias do ECI — violação massiva de direitos fundamentais e bloqueios políticos e institucionais — configuram motivos suficientes à flexibilização, nos casos concretos sob o ângulo de princípios de moralidade política, razões de separação ortodoxa de poderes. (CAMPOS, 2015).

A segunda motivação foi a incapacidade institucional do Poder Judiciário de atuar no âmbito político, na realização, implementação e execução de políticas públicas. No entanto, esse argumento também foi por terra, quando se percebeu que os próprios Poderes capacitados para isso não conseguiram superar o estado de coisas inconstitucional.

O Poder Judiciário não pode se manter inerte diante de graves violações aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, sendo que a atuação é imprescindível para o restabelecimento do Estado Democrático de Direito.

A terceira objeção é contra a supremacia judicial causada pelo ativismo intrinsecamente relacionado às intervenções estruturais oriundas do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional. De fato, não se pode questionar que nessas ações o Poder Judiciário participa de forma ativa no incentivo, programação e execução de ações de diferentes atores do governo.

Apesar de se ter formado um ativismo judicial, restou ao Judiciário a atividade de minimizá-lo, se portar de maneira diferente da tradicional, de forma participativa e colaborativa, sem invadir as funções dos demais Poderes. Essa definição de atuação somente seria possível por meio de uma decisão dialógica capaz de estabelecer ordens dinâmicas e flexíveis.

A saída para a supremacia judicial e, conseqüentemente, a última palavra no contexto de intervir na vida política foi o diálogo institucional entre os poderes. Assim, manter as alianças entre os poderes é essencial no enfrentamento do estado de coisas inconstitucional e para isso, o Poder Judiciário, por meio de remédios flexíveis, como dito anteriormente, vai apontar a omissão estatal, a violação dos direitos fundamentais e estipular prazos para a superação desse estado.

Depois de formuladas e implementadas as medidas pelos poderes políticos, a corte deverá monitorar e avaliar os resultados, mantendo um “colóquio contínuo” sobre as práticas adotadas, por meio, principalmente, de audiências públicas, com a participação dos órgãos estatais envolvidos e parcelas interessadas da sociedade civil. Não se trata, portanto, de “corrigir a incompetência dos outros poderes”, mas de promover diálogos democráticos entre os poderes e a sociedade em torno das melhores soluções. As sentenças estruturais, próprias do ECI, em conterem ordens flexíveis e sujeitas a monitoramento, buscam promover a colaboração harmônica e deliberativa entre os poderes em torno de um objetivo comum: superar o quadro de inconstitucionalidades. Portanto, não há supremacia, subjetivismo ou arbítrio judiciais, e sim diálogos e cooperação institucionais. (CAMPOS, 2015).

A expertise na aplicação dos chamados remédios flexíveis é a possibilidade que o Poder Judiciário tem para dialogar com os demais Poderes e, desta forma, deixar a criação e execução das ações combativas a cargo do Legislativo e Executivo, atuando apenas no monitoramento, sem se tornar um invasor.

Outro fator que essa espécie de remédio flexível permite, é a possibilidade de se ampliar a participação da sociedade civil, principalmente por meio de audiências públicas, de modo que a população afetada pelo estado de coisas inconstitucional possa manifestar suas demandas e indicar caminhos hábeis para o Estado aperfeiçoar suas ações.

Não se pode olvidar que os remédios flexíveis proporcionam uma aproximação entre Três Poderes, principalmente num momento extremo de rupturas estruturais de direitos fundamentais, em que a possibilidade de uma intervenção judicial poderia ser de maneira absolutista e unilateral, com a expedição de ordens rígidas e invariáveis, sem nenhuma oportunidade de diálogo.

A sentença estrutural dialógica ou ativismo judicial estrutural dialógico é a melhor forma que as Cortes Supremas encontraram para agir em combate ao chamado estado de coisas inconstitucionais, a uma porque se mantêm participativas e ativas na resolução de graves demandas judiciais; a duas, por permitir, por meio de instrumentos flexíveis, que o poder Legislativo e Executivo permaneçam com suas funções políticas intocáveis, exercendo o Judiciário apenas o monitoramento das políticas públicas.

Não se pode negar que, mesmo diante de sentenças flexíveis, há o chamado ativismo judicial, percebe-se, porém, que não de maneira pejorativa, invasiva. No ativismo judicial estrutural dialógico, o poder Judiciário mantém-se afastado das funções políticas e não interfere na própria elaboração de formas combativas ao ECI, pelo contrário, traça diretrizes e monitora as implementações.

As ordens flexíveis são melhor cumpridas se a fase de implementação da decisão recebe o monitoramento da própria corte. Os juízes que determinaram a superação do estado de coisas inconstitucional, mas deixaram margens de escolhas aos outros poderes acerca da forma adequada para o cumprimento dessa tarefa, devem reter jurisdição sobre o sucesso dos meios escolhidos. O acompanhamento permite aos juízes, uma vez devidamente informados, tomarem medidas capazes de assegurar a implementação das ordens, o que contribui para soluções superiores comparadas a eventuais decisões unilaterais. O monitoramento envolvido em audiências públicas e com a

participação ampla da sociedade civil, permite aos juízes saber se as instituições democráticas estão progredindo ou se os bloqueios se mantiveram. Atuando assim, em vez de supremacia judicial, as cortes, por meio de remédios estruturais flexíveis e sob supervisão, promovem o diálogo amplo entre as instituições e a sociedade. (CAMPOS,2015).

Enfim, a sentença estrutural formada pelos remédios flexíveis é um caminho dialético e integrador do Três Poderes diante da declaração do estado de coisas inconstitucional, pois amplia o espaço de participação popular e, precipuamente, enaltece e resguarda a parcela estatal dos Poderes Legislativo e Executivo, de modo que a democracia é fortalecida e preservada mesmo diante de uma situação generalizada de afronta aos interesses fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo é um breve estudo sobre o estado de coisas inconstitucional, a sentença estrutural dialógica e, por conseguinte, os efeitos benéficos para a democracia e a divisão de poderes.

Em sede final, é bom reiterar que este trabalho não se deu de forma exaustiva, pois o tema é de tamanha complexidade e relativamente recente nas cortes, sendo que a ADPF nº 347 sequer foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, devido à necessidade de já se conhecer um possível processo constitucional estrutural capaz de combater generalizadas crises sociais de violação de direitos fundamentais, optou-se por apresentá-lo.

A questão que se quis analisar com o presente trabalho é se a sentença estrutural dialógica, pautada por ordens flexíveis, proferida no âmbito do estado de coisas inconstitucional, além de acarretar a retomada da proteção dos direitos fundamentais, pode fortalecer o diálogo institucional entre os poderes públicos, sem se tornar uma prática ativista antidialógica.

A aproximação que a sentença estrutural dialógica causa entre os poderes reflete decisivamente na remodelagem de políticas públicas capazes de resguardar os direitos fundamentais dos indivíduos, de forma que haja a promoção da dignidade da pessoa e sem invadir funções ou perverter a imagem das demais instituições.

Como nessa espécie de sentença, como há uma solidariedade entre as

instituições públicas para minimizar a violação de direitos, respectivamente também haverá o respeito à democracia e às funções estatais dos Três Poderes, sendo que o Judiciário atuará no monitoramento da implantação de ações públicas responsáveis pelo enfrentamento da crise.

Conclui-se que, independentemente da nomenclatura, a atuação do poder Judiciário será de forma ativista. No entanto, como se pode notar, de acordo com as ordens flexíveis que pautam a decisão estrutural, o diálogo entre as instituições é fortalecido e atinge diretamente na relação de respeito democrático, havendo cooperação e combate ao estado de coisas inconstitucional.

Dessa forma, o ativismo judicial apresentado nas sentenças estruturais ocorre de maneira estrutural e dialógica, sem interferir no processo político destinado ao Legislativo e Executivo, fortalecendo a democracia e demais poderes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Portal eletrônico do STF**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 18 abril 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”**. 2015.248 f. Tese (Doutorado em Direito Público) –Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. CONJUR. Disponível em : <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em 18 abril 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Devemos temer o “estado de coisas inconstitucional”**. CONJUR. Disponível em : <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em 18 abril 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia SU-559, de 6/11/1997. Relator:Antonio Barrea Carbonell. **Portal eletrônico da CCC**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em 18 abril 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32ª ed. São



Paulo, Saraiva, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 10.ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

MOTTA, Sylvio. **Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos ao litígio coletivos**. 2ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

WOLGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Disponível em: www.passeidireto.com. Acesso em: 20 maio 2020.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO FENÔMENO DA QUARTEIRIZAÇÃO NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Ariane Maria Rezende¹

Eduardo Moraes Lameu Silva²

RESUMO: O presente artigo visa uma investigação histórica e jurídica da quarteirização, tendo como fundamento os fatos da década de 1980 onde o fenômeno da terceirização expandiu devido à globalização, por consequência da queda dos governos socialistas, principalmente depois da crise do petróleo, da reafirmação do sistema capitalista e a doutrina neoliberal ocasionando uma exigência do próprio mercado, pois as empresas precisavam se recuperar dessa grande crise gerada pelo próprio sistema do capital. A terceirização sempre foi vista pela doutrina como um aspecto negativo, uma forma de precarização das relações de trabalho, onde se observava que muitos empregados modificavam essa relação com a empresa ocasionando o fenômeno da pejetização. Para tanto será realizada uma análise jurisprudencial e serão expostos os contornos da Lei nº 13.429/2017 que veio para trazer uma segurança jurídica e vedar tal fenômeno da pejetização.

PALAVRAS-CHAVE: Quarteirização. Terceirização. Reforma Trabalhista. Lei nº 13.429/2017. Lei nº 13.429/2017.

ABSTRACT: The present article aims at a historical and legal investigation of quarantine, based on the facts of the 1980s where the phenomenon of outsourcing expanded due to globalization, as a result of the fall of socialist governments, mainly after the oil crisis, the reaffirmation of the capitalist and neoliberal doctrine causing a demand from the market itself, as companies needed to recover from this great crisis generated by the capital system itself. Outsourcing has always been seen by the doctrine as a negative aspect, a form of precarious work relationships, where it was observed that many employees modified this relationship with the company causing the phenomenon of pejetization. To this end, we will carry out a jurisprudential analysis and dissect the contours of Law No. 13.429 / 2017 that came to bring legal certainty and prohibit this phenomenon of pejetization.

KEYWORDS: Outsourcing. Outsourcing. Labor Reform. Law No. 13,429 / 2017. Law No. 13,429 / 2017.

¹ Pós graduanda em Direito Material e Processual do trabalho pelo Instituto Elpídio Donizetti. Pós Graduanda em Direito Previdenciário pelo Instituto Elpídio Donizetti. Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Graduada em Administração pela Universidade Presidente Antônio Carlos.

² Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC). Pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Anhanguera UNIDERP (2015). Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais PUC MG (2016). Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito Conselheiro Lafaiete (2014). Professor na Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho, por excelência, é um dos ramos da ciência jurídica que se encontra em processo constante de transformação devido à também constante dinamicidade das relações sociais. Fato é que, diuturnamente, os Tribunais são chamados a decidir acerca de novas questões jurídicas decorrentes das relações de trabalho que o legislador celetista não foi capaz de prever.

Considerando a importância da constante atualização sobre o tema, pretende-se neste artigo abordar acerca do fenômeno da terceirização nas relações trabalhistas.

Para construir uma linha de raciocínio lógica sobre o tema, o presente artigo foi estruturado em quatro capítulos versando: primeiramente sobre uma breve evolução histórica sobre o Direito do Trabalho no mundo e o surgimento de normas protetivas; posteriormente um capítulo dedicado a uma abordagem conceitual dos elementos que compõem a relação de emprego; seguindo, um capítulo dedicado a abordagem da terceirização nas atividades meio e atividades fim; e, por fim, um último capítulo dedicado ao fenômeno da terceirização.

O método aqui utilizado foi o dedutivo através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sobre o tema

Espera-se que esse artigo seja fonte de consulta para futuros trabalhos acadêmicos sobre o tema, de tamanha relevância prática.

1. BREVE HISTÓRICO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O marco do Direito do Trabalho no Mundo foi a revolução Industrial 1650 até 1850. Antes da revolução industrial tinha-se o regime de corporações de ofício em que havia a figura do mestre, que era o detentor do saber e passava todo o seu conhecimento do processo produtivo de determinado ofício para os seus aprendizes.

Com a revolução industrial, todo esse processo produtivo modificou-se substancialmente - dentro da realidade industrial não se tem o conhecimento do processo produtivo como um todo, o que se tem é cada passo dentro do processo produtivo, ou seja, tem-se um conhecimento específico. Nesse contexto ocorre a primeira terceirização, que é a chamada “terceirização externa” - retirar o saber do

artesão e passar para a indústria, para o processo produtivo, onde se tem a fragmentação do conhecimento em cada etapa do desse processo.

Dentro da realidade industrial a matéria prima que é fornecida para uma indústria, também faz parte do processo produtivo - o que antes ficava somente dentro do processo produtivo do artesão passa a ter uma produção muito maior dentro da realidade industrial e cada parte desse processo produtivo é a terceirização externa. Então surge a divisão do trabalho trazida através dessa nova realidade, que quebra os paradigmas das corporações de ofício, as péssimas condições de trabalho, exploração desumana da força de trabalho, o trabalho Infantil como uma característica dessa época e o trabalho feminino muito presente

Sendo esse o contexto histórico da época quando surgiu o Direito do Trabalho, diante desse cenário os trabalhadores começam a se unir e a reivindicar pelo movimento coletivo, dentro dessa linha de produção mecânica e exaustiva. A “mais valia”, conceito muito debatido por Karl Marx é a extração da própria condição de trabalho do empregado dentro desse processo produtivo, ou seja, ele produz, ele contribui para determinado produto, ele emprega uma força física e mental para produzir sua atividade, mas o produto é vendido no mercado, porém o lucro que é a extração da mais valia não vai para esse empregado; e sim para o empresário (MARX, 1988)

Dentro dessa nova realidade, surgiram vários modelos de processos produtivos, também proporcionando o surgimento da Administração enquanto ramo científico. Na primeira fase tem-se o modelo do taylorismo em que cada tipo de indústria adota um tipo de processo, estuda, determina a técnica mais eficiente, analisa o trabalho do operário, cronometra todos os movimentos elementares, e tem como objetivo melhorar o lucro da empresa dentro do processo gerencial estudando cada atividade, cronometrando o tempo, estipulando metas e concedendo prêmios. De acordo com Braverman, o taylorismo caracteriza-se como “o controle do trabalho através do controle das decisões que são tomadas no curso do trabalho” (BRAVERMAN, 1987, p. 98).

Benjamin Coriat formulou objeções contundentes ao modelo taylorista ao afirmar que: “não se trata somente de expropriar aos trabalhadores seu saber, senão também de confiscar este saber - recolhido e sistematizado - em benefício exclusivo do capital” (CORIAT, 1976; p.94). Em decorrência, “o que aqui se instaura maciçamente é a separação entre trabalho de concepção e de execução, um dos momentos chave da

separação entre trabalho manual e intelectual” (CORIAT, 1976; p.94). Ou seja, é retirar o saber e o poder intelectual do empregado, porque ele não irá conhecer todo o processo para que exerça determinada atividade apenas de forma mecânica., sem ter conhecimento de todas as etapas do produto.

Em 1913 surge o modelo Fordismo e introduziu-se a esteira no processo produtivo. O Fordismo fez uma socialização da proposta do taylorismo através da esteira, o que reforça a produção em larga escala. No entender de Lipietz e Leborgne (1989):

(...) o fordismo marca o fim da revolução taylorista, iniciada no princípio deste século. Os princípios básicos são conhecidos: uma padronização rigorosa dos gestos operários, e concomitantemente; uma rigorosa separação entre projeto e oficina, entre a concepção e a execução manual (LIPIETZ; LEBORGNE; 1989, p.22).

Nos anos 60 o Fordismo entra em crise, em resposta a rigidez dos investimentos entrando em declínio as taxas de lucro e a saturação dos mercados consumidores, onde a oferta era muita e não havia demanda o suficiente. Neste cenário as empresas começam a vender aos próprios funcionários seus produtos ofertando descontos.

Com a crise do sistema fordista, e com a ascensão do modelo japonês de produção (Toyota), inicia-se a era do *just in time* a entrega rápida levando o produto até o consumidor, começa-se a destacar uma maior participação dentro da terceirização, porque para produzir o produto com a menor taxa de custo possível possuindo uma entrega ágil era necessário terceirizar a produção. Assim, percebe-se a presença clara da terceirização com o intuito de enviar uma resposta rápida ao consumidor e diminuir o custo da mão de obra. A técnica da descentralização da empresa pela via da terceirização serviu aos grandes empresários fazendo recair sobre as firmas terceiras os imprevistos conjunturais impondo aos assalariados dessas últimas o peso da precariedade contratual.

Esse sistema Toyotista acarretou no âmbito econômico o aumento da competição internacional, uma dispersão industrial que é a própria terceirização externa, tendo como resultado um aumento de pequenas e médias empresas para atender as demandas das empresas maiores. Tal flexibilização do emprego e dos procedimentos produtivos diminui ao máximo as legislações protetivas.

No âmbito social tem-se a redução relativa e absoluta dos trabalhadores industriais e manuais como era na antiga classe operária, aumento da proporção de técnicos e trabalhadores de alta qualificação educacional e profissional sendo especialistas naquilo que se propõe realizar, justificando assim aos capitalistas a terceirização com o argumento que as empresas terceirizadas são especialistas naquilo que fazem, então por isso é necessário terceirizar, pois dessa forma haverá um produto de maior qualidade.

No Brasil a proteção chegou bem tardiamente, com a abolição da escravidão, no ano de 1888, pois não havia espaço para discutir relação de emprego na escravatura. A doutrina traz a ideia da evolução do Direito trabalhista dividindo em três fases. Primeira fase teve as manifestações incipientes ou esparsas partindo do ano de 1888 a 1930, momento em que nasceram tímidos avanços na esfera trabalhista. A segunda fase denominada de institucionalização ou oficialização do Direito do Trabalho começou a partir de 1930 até 1945, com um governo autoritário comandado pelo presidente Getúlio Vargas, criando um modelo centralizado e fechado, fase que foi um marco no avanço dos direitos trabalhistas. Tem-se a herança nos dias atuais desse governo pela unicidade sindical, além da Consolidação das Lei Trabalhistas (CLT) – Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. E por fim tem-se a transição Democrática principalmente pós 1980, tendo a criação da Constituição República Federativa do Brasil em 1988, que traz uma modificação grandiosa introduzindo os direitos sociais como direitos fundamentais pelos arts. 7º ate 11º.

No próximo tópico serão abordados os elementos que a CLT exige simultaneamente para que seja reconhecida a relação de emprego.

2. RELAÇÃO DE EMPREGO: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Trabalho é gênero, em que a relação de emprego é espécie. Anteriormente à Emenda Constitucional nº45 de 08 de dezembro de 2004, a Justiça do Trabalho era restrita às relações de emprego. A partir de 2004 todas as relações de trabalho foram remanejadas e direcionadas à Justiça do Trabalho.

Para ser considerada uma relação de emprego é necessário a presença de quatro elementos fáticos, devido à aplicação do princípio da primazia da realidade sobre

a forma, quais sejam: pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação. Tais requisitos encontram-se previstos no diploma celetista no art. 3º: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” (BRASIL, 1943).

O empregado é sempre pessoa física. Como a finalidade é proteger a parte mais fraca na relação de emprego, buscou-se proteger o ser humano, dessa forma, excluiu-se a figura do empregado pessoa jurídica.

A não eventualidade significa que o trabalho deve ser habitual, ter certa continuidade. A CLT reconhece e admite que essa não eventualidade seja fracionada, por exemplo, um professor universitário que administra duas vezes na semana aula será considerado empregado. Lembrando que não se confunde com o trabalho doméstico que tem legislação própria (LC nº 150 /2015) - que só configura o empregado doméstico a prestação por período superior a dois dias semanais: “Art. 1º Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei.” (BRASIL, 2015)

A onerosidade, presume que a prestação de serviço é exercida mediante salário. Pode-se analisar esse requisito por dois aspectos: o objetivo que se faz pelo pagamento de salário e o subjetivo que é a expectativa do recebimento da recompensa pelo trabalho prestado. Sendo irrelevante a forma de pagamento para a configuração da onerosidade, pode-se convencionar salário fixo ou variável, *in natura*, variável, por comissão, através de porcentagem, recebendo a contraprestação é configurado a onerosidade.

A subordinação, conforme previsto na CLT: “empregado trabalha sob dependência do empregador”. (BRASIL, 1943). Conforme o princípio da alteridade o empregador assume o risco do empreendimento, não podendo repassar ao empregado; dessa forma o empregador tem o ônus de se organizar e o poder protetivo, esse poder não é absoluto tendo o empregador observar os direitos do empregado.

Com base nesses requisitos passa-se à análise da terceirização.

3. DA TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE MEIO A ATIVIDADE FIM

A terceirização pressupõe uma relação diferenciada no âmbito das relações trabalhistas. Há a empresa tomadora de serviços e a empresa prestadora de serviço contratada que vai prestar serviço dentro da empresa tomadora de serviços. Não é uma terceirização do trabalhador, é uma terceirização dos serviços, a terceirização da mão de obra é vedada pelo ordenamento jurídico.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou a Súmula 331 pois no Brasil não havia uma regulamentação prevista para a terceirização dos serviços. De acordo com a súmula o empregador que desejasse terceirizar os serviços em sua empresa deveria obedecer a alguns requisitos.

Só era permitido terceirizar as atividades meio e as atividades secundárias da empresa, sendo que as atividades-meio são aquelas que auxiliam na produção dos objetivos da empresa, contribuem para o produto final, porém não são ligadas às atividades fim, não são o objetivo principal daquela empresa. São atividades que auxiliavam na produção final, mas não estavam diretamente ligadas a produção. A terceirização seria considerada ilícita caso verificasse a ligação com as atividades fim da empresa, acarretando na responsabilidade solidária pelas verbas trabalhistas da empresa tomadora de serviços com a empresa terceirizada.

Tramitou no Congresso Nacional cerca de 20 anos o Projeto de Lei 4302/1998 que tinha como objetivo alterar os dispositivos da Lei 6019/74 para regulamentar a terceirização de serviços, que trazia uma preocupação em se ter como consequência a precarização das relações de trabalho. Em 22 de março de 2017 referido projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados e para que a lei fosse mais eficaz, adotou-se a terminologia distinta para as partes envolvidas na terceirização e no trabalho temporário.

A Lei 13.429/2017 permitia a terceirização de todas as atividades, mas não ficou explícito se estava permitido terceirizar as atividades fim da empresa, o que gerou uma insegurança jurídica. Essa Lei alterou além da CLT a Lei 6.019/74 que tratava do trabalho temporário.:

Art.4-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. (Redação dada pela Lei nº13.467 de 2017) (BRASIL, 2017)

A súmula 331 não foi revista pelo TST depois da Lei da reforma, porém com essas duas legislações fica claro a possibilidade de terceirizar tudo em relação às atividades, permanecendo os requisitos da ausência de subordinação e pessoalidade, pois há a terceirização do serviço e não a pessoa do trabalhador. Na hipótese de ficar demonstrada no caso concreto a pessoalidade e a subordinação será verificada fraude reconhecendo o vínculo direto entre contratante e terceirizado. A empresa tem que demonstrar a capacidade econômica para adimplir as verbas trabalhistas de seus empregados, o seu inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços fica demonstrado à falta da capacidade econômica e a terceirização será considerada ilícita.

De acordo com o Enunciado 78 da Jornada material de direito do Trabalho:

Enunciado 78- A capacidade econômica da empresa prestadora de serviços, compatível com a execução do contrato, nos termos do art. 4º-a da lei 6.019/1974, deve ser aferida pela contratante no ato da contratação e no curso do contrato, e não se restringe à observância do capital social mínimo exigido pelo art. 4º-b, inciso iii, que é requisito de funcionamento e que deve estar integralizado. Consiste, mais, na situação econômica positiva para cumprir todos os compromissos decorrentes da atividade contratada, pressupondo: (a) pactuação de preço do serviço compatível com os custos operacionais (comerciais, trabalhistas, previdenciários, tributários etc.); e (b) inexistência de passivo comercial, trabalhista, previdenciário e/ou fiscal, decorrente de outro(s) contrato(s), que constitua risco ao adimplemento contratual. (BRASIL, 2007).

Assim, pode-se entender que a empresa contratante dos serviços prestados tem que necessariamente, ao contratar uma empresa prestadora de serviços, verificar se essa empresa possui condição econômica positiva, se tem condições de adimplir as verbas trabalhistas e previdenciárias de seus funcionários, além de fiscalizar a contratação e o cumprimento desse contrato, sob pena de ser caracterizada terceirização ilícita.

Os empregados da empresa terceirizada quando dentro das dependências da empresa tomadora de serviços terão direito a alimentação igualmente aos dos empregados contratados diretamente, além de utilizar o mesmo serviço de transporte, ter o mesmo atendimento médico ou ambulatorial e treinamento quando a atividade exigir para que a execução das atividades seja realizada com segurança.

O TST pela OJ-SDI1-383 em 2011 manifestava o posicionamento de que poderia

o empregado terceirizado pleitear a equiparação salarial com o empregado contratado diretamente, pautando-se no princípio da isonomia. A lei 13.467/2017 estabeleceu que em relação a questão salarial é permitida a diferenciação no valor recebido pelo empregado da empresa terceirizada e o trabalhador direto, pois existe uma faculdade das empresas em equiparar esses salários. Contudo permanece o posicionamento do TST que deve ser aplicado à equiparação salarial sendo um direito do trabalhador que provém do princípio da isonomia salarial.

A quarentena da empresa prestadora de serviços diz respeito ao requisito do item III da sumula 331 do TST que previa que a terceirização seria licita se em relação às atividades-meio da empresa não possuindo nenhuma vedação em relação à dispensa do empregado pela tomadora de serviços e a integração do mesmo ao quadro societário da empresa prestadora de serviços, porém facilitava o fenômeno da pejetização que é vedada pelo ordenamento jurídico, nesse sentido editou-se pela lei trabalhista um prazo de quarentena de dezoito meses para que os trabalhadores sem vínculo possa tornar-se sócio da empresa contratada, salvo se forem aposentados. O empregado direto sendo dispensado não poderá ser recontratado pela empresa terceirizada prestando serviço para a empresa que foi dispensado pelo prazo de dezoito meses.

Constitui requisitos mínimos para a terceirização que a empresa obtenha cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, registro na Junta Comercial e capital social compatível para que a empresa consiga arcar com as obrigações trabalhistas e previdenciárias. Neste contrato de terceirização se faz necessário qualificar as partes, especificar o tipo de serviço que será prestado, pois a ideia é de um serviço altamente qualificado; se houver prazo para o desenvolvimento deste trabalho, este deverá conter nesse instrumento e o valor da prestação de serviço.

No próximo tópico serão feitas algumas considerações sobre a polêmica questão da quarteirização, como era abordado esse tema no ordenamento jurídico pátrio e como está sendo aplicado diante todas essas reformas.

4. DO FENÔMEMO DA QUARTEIRIZAÇÃO

A quarteirização é um fator de desdobramento da terceirização, em que a empresa terceirizada, para obter diminuição de seu custo, repassa parte de sua

produção a outra empresa. Dessa forma tem-se uma maior descentralização dos serviços da empresa tomadora de serviços. Anteriormente à Lei nº 13.429/2017 a quarteirização era considerada como fraude às relações de emprego e como consequência o reconhecimento da responsabilidade solidária, conforme se verifica no seguinte julgado:

QUARTEIRIZAÇÃO. FRAUDE. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS JÁ TERCEIRIZADOS. O fenômeno da "Quarteirização" ocorre quando uma empresa prestadora de serviços, coloca à disposição da empresa Tomadora de Serviços, empregados de outra empresa, em serviços ligados à sua atividade fim. Nesse caso, a Empresa tenta esquivar-se das suas obrigações trabalhistas, por meio da intermediação de mão de obra, o que é vedado, nos termos da Súmula nº 331, Item I, do C. TST. Recurso da Segunda Reclamada não provido no particular (TRT-15 - RO: 4283320125150126 SP 026324/2013-PATR, Relator: HELCIO DANTAS LOBO JUNIOR, Data de Publicação: 12/04/2013).

Porém tal posicionamento não é uniforme, pois é possível verificar na jurisprudência, posições favoráveis à validade da quarteirização:

QUARTEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS TOMADORES DE SERVIÇOS. O tomador de serviços responde subsidiariamente com o contratado pelas verbas trabalhistas devidas aos empregados que prestaram serviços em seu favor (Súmula 331 do TST). Havendo a "quarteirização" de serviços, ou seja, o contratado transfere a prestação de serviços para outra empresa, a qual é empregadora dos trabalhadores, todos os tomadores de serviços dessa cadeia produtiva respondem subsidiariamente. Recurso do reclamante provido em parte para responsabilizar subsidiariamente os tomadores de serviços (TRT-4 - RO: 00006518420125040451, Data de Julgamento: 06/07/2016, 6a. Turma)

Com a edição da Lei 13.429/2017 concretizou-se aparato legislativo para reconhecer a validade da quarteirização, o que vem se concretizando na jurisprudência mais atual:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. QUARTEIRIZAÇÃO. Ainda que se admita que entre 1ª e 2ª réis existia uma relação cooperacional, o trabalhador não se enquadra na condição de cooperado, prevista no art. 442, parágrafo único, da CLT. O que se depreende dos autos, do ponto de vista trabalhista, é que a 1ª Reclamada funcionou como intermediadora de mão de obra para a 2ª Reclamada que, por sua vez, prestava serviços à 3ª Ré. Trata-se de efetiva quarteirização de serviços, com incidência dos termos da Súmula 331, IV, do C. TST. (TRT-2 10000615920195020303 SP, Relator: IVETE BERNARDES VIEIRA DE SOUZA, 17ª Turma - Cadeira 4, Data de Publicação: 04/02/2021)

Dessa forma, a lei autorizou expressamente a subcontratação conforme demonstrado acima e a responsabilidade subsidiária diante as obrigações trabalhistas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado nesse texto, com o passar dos anos verificou-se diversas modificações nas relações de trabalho. Tais modificações são inerentes à constante evolução da sociedade.

O direito precisava apresentar resposta a tais fenômenos na sociedade. Através de sua evolução legislativa, primeiro a terceirização foi proibida. Com a evolução desse fenômeno e com a necessidade de se adequar à realidade laboral brasileira, o TST editou uma sumula 331 com a primeira regulamentação visível.

Avançando no tempo presente foi a modificação da legislação trabalhista e a sua interpretação hoje se inclina para a permissão da terceirização não somente nas atividades-meio, como também nas atividades fim da empresa. Além disso hoje desenvolve-se uma outravertente de tal fenômeno, qual seja, a quarteirização – também admitida no ordenamento jurídico.

Com esse breve texto demonstrou-se a evolução das relações do trabalho e a atual regulamentação do mais recente fenômeno da quarteirização. Impende salientar que tal tema não se esgota nas linhas aqui propostas e será tema de aprofundamento futuro.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

(ANAMATRA). **2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017)**.

Disponível em:

https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_sit_e.pdf Acesso em: 01 abr. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm Acesso em: 02 abr.2021.

BRASIL, **Lei Complementar nº 150, de 1º de Junho de 2015**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/2015/leicomplementar-150-1-junho-2015-780907-publicacaooriginal-147120-pl.html> Acesso em: 02 abr. 2021

BRASIL. **Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm Acesso em: 02 abr. 2021.

BRAVERMAN, H. **Trabalho e capital monopolista: a degradação do trabalho no século XX**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

CORIAT, Benjamin. **Ciencia, tecnica y capital**. Madrid: H. Blume, 1976.

CORREIA, Henrique. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15.ed. São Paulo: LTr, 2016.

LIPEETZ, Alain e LEBORGNE, Daniele. **Despues dei fordismo y su espacio in ciencias economicas** - Revista de la Universidad de Costa Rica. São José C..R. Editorial Universidadde Costa Rica, (IX): 21-41, 1989.

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. 3a éd., v.I. São Paulo: Nova Cultural, 1988. (Série "Os economistas").

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. **RO: 10000615920195020303 SP**, Relator: IVETE BERNANDES VIEIRA DE SOUZA, Data de Publicação: 04/02/2021. Disponível em: <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1163946504/10000615920195020303-sp> Acesso em: 02abr. 2021

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. **RO: 00006518420125040451**. Data de Julgamento: 06/07/2016. Disponível em: <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/430716183/recurso-ordinario-ro-6518420125040451>

Acesso em: 02 abr. 2021.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. **RO: 4283320125150126 SP** Relator: HELCIO DANTAS LOBO JUNIOR, Data de Publicação: 12/04/2013. Disponível em: <https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24592533/recurso-ordinario-ro-4283320125150126-sp-026324-2013-patr-trt-15> Acesso em: 02 abr. 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, **Orientação Jurisprudencial da SDI-1 número 383**. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html Acesso em: 01 abr 2021.



TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, **Súmula 331**. Disponível em:
https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.htm
| Acesso em: 02 abr 2021.

COVID 19: O NOVO OBSTÁCULO PARA A INSERÇÃO E PERMANÊNCIA DAS MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO

Wagner Camilo Miranda¹

Elisa Santana Fonseca²

RESUMO: O presente artigo propõe-se a provocar reflexões críticas acerca dos impactos da pandemia da Covid-19 no mercado de trabalho das mulheres, levando-se em consideração o princípio da igualdade e do valor social do trabalho. Após a origem da pandemia no Brasil as mulheres estão em luta constante para inserção e permanência no mercado de trabalho, pois a pandemia acabou mudando a realidade do trabalho da mulher, motivo pelo qual se faz necessário aprofundar o debate acerca do tema, de maneira a enxergar o trabalho da mulher sob novas perspectivas no cenário pandêmico e pós-pandemia. Para o alcance do objetivo proposto, utilizaram-se o método de abordagem indutivo e a pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica, por meio da consulta de obras, artigos, trabalhos acadêmicos e legislação pertinentes à abordagem.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho da mulher; pandemia; covid-19; novas perspectivas.

ABSTRACT: This article aims to provoke critical reflections about the impacts of the Covid-19 pandemic on the labor market of women, taking into account the principle of equality and the social value of work. After the origin of the pandemic in Brazil, women are in constant struggle to enter and remain in the labor market, as the pandemic ended up changing the reality of women's work, which is why it is necessary to deepen the debate on the topic, in order to see women's work from new perspectives in the pandemic and post-pandemic scenario. To achieve the proposed objective, we used the method of inductive approach and dogmatic-legal research of a bibliographic nature, through the consultation of works, articles, academic works and legislation relevant to the approach.

KEYWORDS: Women's work; pandemic; covid-19; new perspectives.

¹ Doutorando em Direito do Trabalho pela PUC-Minas. Mestre em Direito pela Universidade FUMEC. Advogado. Professor da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - FDCL.

² Bacharelanda em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - FDCL

INTRODUÇÃO

A luta feminina para sua inserção, permanência e ascensão no mercado de trabalho estendeu-se ao longo dos anos e, apesar de conquistas significativas, ainda hoje deparamos com situações no mercado de trabalho que discriminam as mulheres, evidenciando as desigualdades existentes entre os gêneros.

No contexto social, onde a Pandemia da COVID 19 fez com que a humanidade reestruturasse seu dia a dia a fim de evitar a propagação de um vírus, em que o trabalho em Home Office passou a ser a regra e o presencial a exceção, onde as escolas e creches são mantidas fechadas e as crianças e adolescentes valem-se do estudo remoto para a continuidade de sua formação básica, a jornada de trabalho da mulher vem sofrendo um aumento significativo, o que reafirma o modelo estrutural desigual entre homens e mulheres.

Diante desse contexto, faz-se as seguintes indagações: Como as mulheres estão conseguindo manter-se no mercado de trabalho diante das mudanças causadas pela Pandemia? Como as mulheres que possuem filhos, estão conseguindo lidar com o aumento excessivo de suas jornadas? Conseguirão elas se manterem no mercado de trabalho? Como lidar com o aumento significativo de suas responsabilidades perante seus familiares? Estes questionamentos precisam ser levantados em consideração sob pena das mulheres retrocederem em suas conquistas.

A proposta do presente artigo científico é provocar reflexões críticas acerca dos impactos da pandemia da Covid-19 no mercado de trabalho das mulheres, tomando por base os princípios da igualdade e do valor social do trabalho. Para tanto valer-se-á método de abordagem indutivo e da pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica, por meio da consulta de obras, artigos, trabalhos acadêmicos e legislação pertinentes à temática.

1. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Apesar de o princípio da igualdade de todos os homens resultar de mandamento constitucional e não ser regra exclusiva do Direito do Trabalho, o fato de ser comum a

outras disciplinas jurídicas não impede sua inclusão entre os princípios fundamentais no Direito do Trabalho.

Na concepção de Rodriguez (2000), o que se costuma chamar de princípio de igualdade tem alguns elementos que levam a considerá-lo como princípio. Em primeiro lugar, por seu profundo fundamento constitucional, doutrinário e internacional, que se vincula à própria dignidade do ser humano. Em segundo lugar, por sua condição de fonte geradora de ideias e consequências, pela amplitude e riqueza de suas aplicações e pela indeterminação de seus limites.

O princípio da igualdade é de extrema importância para que se estabeleçam parâmetros harmônicos nas relações de trabalho, possibilitando a homens e mulheres condições de equidade de direitos, equilibrando, desta forma, as relações sociais.

O art. 5º, caput, da Constituição Federal, consagra serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, tendo em vista que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Isso porque, no Estado Social efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversadaquela apenas formalizada pela lei.

Celso Antônio Bandeira de Mello parece ter encontrado parâmetros sólidos e coerentes em sua clássica monografia sobre o tema do princípio da igualdade, na qual estabelece três questões a serem observadas, a fim de se verificar o respeito ou desrespeito ao aludido princípio. O desrespeito a qualquer delas conduz a inexorável ofensa à isonomia. Assim o referido autor as enumera:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados (LENZA, 2008).

Esclarece Cármem Lúcia Rocha Antunes:

As Constituições Contemporâneas incluem o direito à vida e os princípios da igualdade e da liberdade como vertentes de todos os direitos fundamentais que são arrolados em suas declarações e que se estendem bem além daqueles

formais de natureza política que se continham nos primeiros documentos constitucionais. Assim, a vida impõe respeito e segurança de todos os direitos que a garantam digna e saudavelmente. A liberdade determina a garantia de todos as suas manifestações e dos direitos que a façam emoção vivida e dominante em todos os movimentos e condutas sócio-políticas e econômicas dos indivíduos. Todos os direitos e deveres decorrentes da convivência civilizada do Estado devem ser dominados pela eficiência do princípio da igualdade, cujos desdobramentos são definidos nos diferentes desempenhos da convivência social (ROCHA, 1991).

Nas palavras de Roberta Pappen da Silva:

O princípio da isonomia enseja e exige a equivalência real, caso a caso, in concreto, para não se correr o risco de tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, o que seria desigualdade flagrante, e não igualdade substancial. No direito do trabalho o princípio da isonomia surgiu como conseqüências de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração, inclusive mais abusivas e iníquas. Para tanto, o legislador, através do princípio da isonomia, na tentativa de buscar medidas para garantir uma igualdade jurídica que desaparecia diante da desigualdade econômica no direito do trabalho, busca-se uma justiça real, concreta ou material. O nível de capacidade legal de agir, de contratar, em que se defrontavam operário e patrão, ambos iguais porque ambos soberanos no seu direito, cedia e se tornava ficção com a evidente inferioridade econômica do primeiro em face do segundo. Se a categoria de cidadão colocava os dois no mesmo plano de igualdade, não impediria essa igualdade, como alguém observou, que o cidadão proletário, politicamente soberano no Estado, acabasse, economicamente, escravo na fábrica. Assim, se traçaram normas públicas reguladoras das relações jurídicas impondo-se direitos e obrigações. Desta forma, foram criadas restrições ao poder econômico, estabelecendo regras mínimas quanto à jornada, ao salário, à forma de contratação, ao trabalho do menor e da mulher etc (SILVA, 2009).

Adriana Goulart de Sena dispõe que:

O tratamento igualitário das pessoas em relação aos seus direitos e das partes quando litigando judicialmente deve ser preservado. O acesso à justiça, como direito do cidadão, não pode ser compreendido somente quanto ao ajuizamento de ações judiciais e sim, quanto ao direito à verdadeira pacificação social, ou seja, possibilidade do cidadão ter acesso ao Judiciário por meio de um tratamento igualitário (SENA, 2010).

Sob o prisma do mercado de trabalho, Calil explica que as mulheres sofrem discriminação pelo fator biológico, em razão da maternidade, enquanto a distinção fundada no fator social dataria da industrialização, desde quando mulheres são discriminadas pelo simples fato de serem mulheres (CALIL, 2007).

Correlacionando tais afirmações ao hodierno contexto social, tem-se que, diante

das imposições atribuídas às mulheres, a igualdade material dessas nas relações de trabalho encontra-se comprometida, tendo em vista a sobrecarga que lhes são rotineiramente impostas que, com o advento da Pandemia causada pelo SARS-CoV-2, aumentou sobremaneira, tendo em vista a distribuição desigual de atividades familiares, fato esse amplamente abordado pelo Observatório das Desigualdades e Sempreviva Organização Feminista, cujo tema será a seguir aprofundado.

2. A SEXUALIZAÇÃO DO TRABALHO DOMÉSTICO E SEU IMPACTO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO FORMAL

A sociedade é marcada por uma divisão dicotômica entre os sexos, de maneira que se atribuiu a cada um deles características específicas com papéis sociais bem delineados. A filósofa Judith Butler (2016) ensina que esse sistema, mesmo que implicitamente, constrói a crença de uma correlação entre sexo e gênero, ao passo que, obrigatoriamente, o gênero deve refletir o sexo ou deve ser por ele determinado.

Historicamente, as relações de trabalho foram estabelecidas a partir dessa divisão dicotômica, de maneira que, as atividades economicamente desvalorizadas, como o cuidado com os filhos e os afazeres domésticos, foram reservadas às mulheres e aos homens atribuiu-se o sustento familiar, a partir da atuação ativa no mercado de trabalho. É o que se extrai das palavras de Maria Cecília Máximo Teodoro e Ailana Santos Ribeiro:

[...] todas as instituições sociais desenvolveram-se sob a égide do patriarcalismo – inclusive a própria família, haja vista que, diante da exaltação da função essencialmente econômica masculina, de mantenedor do lar, à mulher foram destinadas apenas funções consideradas secundárias, que deveriam ser realizadas com afincamento a fim de reverenciar e retribuir a “generosidade” do homem que sustenta o lar [...] (TEODORO; RIBEIRO, 2018).

Com o advento da Revolução Industrial e necessidade de mão de obra para compor o chão de fábrica, as mulheres passaram a integrar o mercado de trabalho, mas em condições precárias e com evidente desvalorização perante o sexo oposto. “Ao mesmo tempo em que o chão de fábrica intensifica a superexploração da mão de obra feminina, ele propicia as trabalhadoras reconhecerem-se enquanto pares e articularem-se sem defesa aos abusos sofridos” (TEODORO; RIBEIRO, 2018).

Em que pese toda a luta feminina por sua emancipação e os resultados positivos daí decorrentes, manifestações da desigualdade de gênero ainda são persistentes na sociedade, como o que ocorre no mercado de trabalho, em que as mulheres ainda são minoria e recebem menores remunerações, o que, segundo o Boletim nº 8 do Observatório das Desigualdades, acarreta um “aprofundamento do quadro de pobreza entre as mulheres com relação aos homens, fenômeno que passou a ser denominado de feminização da pobreza” (OBSERVATÓRIO DAS DESIGUALDADES, 2020).

Uma das justificativas encontradas para essa desigualdade foi o casamento que, nos termos da lei, visa estabelecer uma comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges³. Segundo os dados colhidos pelo Observatório das Desigualdades (2020), o casamento tem um peso muito diferente na vida das mulheres se comparado aos homens. Vejamos:

[...] percentual de homens com renda de até um quarto do salário mínimo é semelhante para homens em arranjos casal com filho, casal sem filho e pessoa só. Já para as mulheres, quando vivem sozinhas, possuem rendimento mais próximos ao dos homens, mas, quando se casam e têm filhos, a situação piora consideravelmente para elas, enquanto para eles se mantém parecida, o que aumenta a desigualdade entre os gêneros (OBSERVATÓRIO DAS DESIGUALDADES, 2020).

A discrepância se justificaria, entre outros fatores, no “aumento do trabalho doméstico gerado para as mulheres pelo casamento e pelos filhos” (OBSERVATÓRIO DAS DESIGUALDADES, 2020). Diante dos dados, pode-se inferir que a sociedade reafirma a ideia de que existem papéis específicos a serem desempenhados por cada um dos sexos.

As mulheres conquistaram a participação e vêm lutando por mais igualdade no mercado de trabalho, porém a responsabilidade pela reprodução física e pelas tarefas domésticas, socialmente naturalizadas, manteve-se. Quanto ao papel masculino, esse concentra-se somente no dever de sustento e a reprodução econômica da família.

Outro dado estatístico que ampara essa afirmação e que aqui merece destaque, diz respeito ao aumento da jornada de trabalho das mulheres que possuem filhos e marido, sobrecarga que as levam a trabalhos com carga horária menor ou até mesmo a

³ De acordo com o Art. 1.511 do Código Civil, o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

se afastarem do mercado de trabalho:

[..] estudo aponta que nas famílias em que a pessoa de referência é a mulher, verifica-se que os arranjos formados por casal com filhos são aqueles em que ela enfrenta a maior jornada (28,4 horas). Comparando-se com os arranjos em que a mulher vive só, constata-se um aumento de mais de sete horas na jornada doméstica decorrente da presença de marido e filhos. Ao comparar tal jornada com a de outro arranjo em que ela vive apenas com os filhos (não tem cônjuge), observa-se que a presença do marido aumenta a jornada delas em mais de quatro horas. Esta sobrecarga poderá afetar a inserção das mulheres no mercado de trabalho, tornando-as mais sujeitas a trabalhos em tempo parcial ou mais precários e, portanto, com menores rendimentos. (OBSERVATÓRIO DAS DESIGUALDADES, 2020).

Se por um lado o Estado assegura às mulheres igualdades nas relações de trabalho, por outro, em razão da divisão injusta do trabalho doméstico, há uma limitação das oportunidades de trabalho feminino e, quando há a escolha pelo desenvolvimento profissional, constituindo-se o que é conhecido como dupla ou tripla jornada de trabalho: trabalho remunerado, seguido de afazeres domésticos e seguido de cuidado com filhos e outros dependentes.

Com o advento da Pandemia, causada pelo SARS-CoV-2, houve um aumento considerável no trabalho doméstico, tendo em vista os cuidados necessários para impedir a propagação do vírus, dentre os quais destaca-se o trabalho em Home Office e a necessidade de interromper o funcionamento presencial de instituições como creches e as escolas, concentrando-se a manutenção das pessoas em suas residências. Conseqüentemente, a dimensão dos trabalhos desempenhados pelas mulheres na sociedade teve um aumento significativo durante esse período.

A SOF – Sempre Viva Organização Feminista, realizou pesquisa quantitativa com objetivo conhecer as dimensões do trabalho e da vida das mulheres durante a pandemia, por meio do qual buscou-se compreender os efeitos da crise da saúde e do isolamento social sobre o trabalho, a renda das mulheres e a sustentação financeira, contemplando o trabalho doméstico e de cuidado realizado de forma não remunerada no interior dos domicílios.

A pesquisa foi realizada por meio de um questionário online composto por 52 (cinquenta e duas) questões fechadas, divididas em oito blocos. O período de coleta de dados foi de 24 de abril de 2020 a 11 de maio de 2020, oportunidade em que foram coletadas 2.641 (duas mil seiscentas e quarenta e uma) respostas (SOF, 2020).

A partir dos resultados obtidos, constatou-se que, para 72% (setenta e dois por cento) das mulheres entrevistadas houve o aumento da necessidade do monitoramento e companhia, o que ressalta uma dimensão do cuidado muitas vezes invisibilizada. Diante do contexto atual, as jornadas de trabalho das mulheres se sobrepuseram entre os tempos do cuidado e os tempos do trabalho remunerado, enquanto realizam outras atividades cotidianas seguem atentas (SOF, 2020).

Do total de entrevistadas, 41% (quarenta e um por cento) seguiram trabalhando durante a pandemia, com a manutenção de seus salários, porém afirmaram trabalhar mais durante a quarentena, pois, em razão do Home Office o volume de trabalho tornou-se maior, imbricando-se com as atividades domésticas que não são igualmente distribuídas entre os demais integrantes do grupo familiar (SOF, 2020).

Percebe-se que, com relação a atividades secundárias, como os afazeres domésticos e o cuidado com os filhos, há uma sobrecarga das mulheres que antecede ao período de isolamento social e, em razão do atual contexto pandêmico, foi intensificado. Essa fato traz um alerta para a necessidade de revisões quanto a aplicação do Princípio da Igualdade nas relações de trabalho.

Considerando que as obrigações impostas às mulheres resultam em jornadas múltiplas, necessária atenção ao obstáculo daí decorrente, que compromete a colocação e ascensão das mulheres no mercado de trabalho. Tendo em vista que esse acúmulo de obrigações faz com que suas escolhas profissionais se pautam em questões que vão além do ambiente de trabalho, o que remonta à ideia de desigualdade de gênero nas relações sociais, conseqüentemente há o comprometimento da efetivação da igualdade material nas relações de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luta pela emancipação feminina teve como marco importante a inserção da mulher no mercado de trabalho. Apesar de tal fato ter sido marcado pela precariedade e pela superexploração da mão de obra feminina, foi a partir desse evento que a mulher passou a ser reconhecida com um ator social, bem como se organizou com seus pares para busca de outros direitos.

A mulher passou a assumir novos postos na sociedade sem que houvesse a

redistribuição das funções que anteriormente lhe foram outorgadas, como os afazeres domésticos e cuidado com os filhos, uma vez que houve a naturalização dessas imposições ao sexo feminino.

O que pouco se discute são as consequências dessa sobrecarga no desenvolvimento feminino no mercado de trabalho formal, tendo em vista que antes de atentar-se ao seu desenvolvimento profissional, a mulher se vê forçada a avaliar a sua capacidade de suprir outras demandas.

Com a decretação do estado de pandemia, causada pelo vírus SARS-CoV-2 e a necessidade de contenção da disseminação da doença, houve a concentração das atividades humanas no ambiente doméstico. A mulher, então, vê sua jornada de trabalho, que já era demasiadamente extensa, ser ainda mais sobrecarregada, tudo isso em virtude de uma divisão desigual do trabalho doméstico.

Mostra-se necessário destacar que não seriam a constituição de uma família e a constância de um casamento os grandes vilões da vida de uma mulher, mas sim a forma patriarcal em que a sociedade está organizada, que direciona tão somente ao sexo feminino o exercício de atividades economicamente desvalorizadas.

Face a esse contexto, percebe-se a fragilidade dos direitos conquistados pelas mulheres, com a evidente necessidade de reafirmação desses perante a sociedade a fim de se coibir ações discriminatórias que permeiam as mais diversas áreas da vida feminina. A ampliação de ações educativas no sentido de se romper com a ideia dicotômica de gênero, onde impera-se os papéis específicos para cada sexo, é meio hábil para garantir às mulheres melhores condições para seu desenvolvimento a longo prazo, tanto no âmbito profissional quanto no pessoal.

Para uma solução imediata, mostra-se necessária à criação de políticas públicas em todas as esferas (municipal, estadual e federal) com a finalidade de inserção e incentivo a permanência das mulheres no mercado de trabalho no cenário da pandemia e pós-pandemia como incentivo fiscais para os empregadores que realizassem a contratações de mulheres ou não demitirem do seu quadro de empregados mulheres, durante 12 meses após a cessação da pandemia no país.

Importante ressaltar que a política pública federal adotada hoje pelo Brasil, em relação ao auxílio emergencial (2021) de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) não cumpre o papel social da proteção ao trabalho e incentivo ao crescimento dos postos

de trabalho, o que acaba refletindo diretamente em todas as mulheres, pois são as primeiras a serem demitidas dos postos de trabalho, ou acabam pedindo demissão, considerando as inúmeras atribuições que comprometem o exercício profissional.

A desigualdade de gênero precede a pandemia da Covid-19, mas faz-se necessário criar mecanismos e se atentar as alterações trazidas para o trabalho da mulher em todas as esferas, criando novas perspectivas para a inserção e permanência das mulheres no mercado de trabalho pós-pandemia, atendendo o princípio constitucional da igualdade e não discriminação de gênero no mercado de trabalho.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Laís Wendel. A inserção da mulher no mercado de trabalho: uma força de trabalho secundária? Tese de Doutorado (USP). São Paulo. Data de defesa: 20 ago. 2007. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-23102007-141151/pt-br.php> Acesso em 30 março. 2021.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 134.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 26.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito do Trabalho da Mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática**. São Paulo: LTr, 2007, p. 15.

HAZAN, Ellen Mara Ferraz. **Mulher, trabalho e emprego**. Belo Horizonte, RTM, 2013, p.6.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostragem Domicílios Contínua (PNAD Contínua)**
Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23924-diferenca-cai-em-sete-anos-mas-mulheres-ainda-ganham-20-5->

[menos-que-homens](#)]. Acesso em: 08 de abril de 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 12. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com a EC n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 596-597.

OBSERVATÓRIO DAS DESIGUALDADES. **Pobreza, substantivo feminino. Boletim nº 8**. Organização: Fundação João Pinheiro e CORECON/MG - Conselho Regional de Economia de Minas Gerais. Abril de 2020. Disponível em: <http://observatoriodesigualdades.fjp.mg.gov.br/?p=935#:~:text=J%C3%A1%20est%C3%A1%20no%20ar%20o,como%20algumas%20de%20suas%20causas>]. Acesso em

09 de abril de 2021.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Constituição e Constitucionalidade**. Belo Horizonte: Lê, 1991. p. 33.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2000.p. 440.

SCOTT, Joan. **Igualdade versus diferença: os usos da teoria pós-estruturalista**. In: DebateFeminista

SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coords.). **Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2010. p. 56.

SILVA, Roberta Pappen da. O princípio da igualdade no Direito do Trabalho. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5962]. Acesso em: 6 outubro 2020.

STEIL, Andréa Valéria. **Organizações, Gênero e posição hierárquica – compreendendo o fenômeno do teto de vidro**. Revista de Administração, São Paulo, v. 32, n. 3, p. 62-69, julho/setembro 1997.

SOF – Sempreviva Organização Feminista. **Sem parar: o trabalho e a vida das mulheres na pandemia**. Abril de 2020. Disponível em: [http://mulheresnapandemia.sof.org.br/wp-content/uploads/2020/08/Relatorio_Pesquisa_SemParar.pdf]. Acesso em 08 de abril de 2021.

TEODORO, Maria Cecília Máximo, **O direito do trabalho da mulher enquanto "teto de vidro" no mercado de trabalho brasileiro**. Disponível em: [<https://migalhas.uol.com.br/depeso/258792/o-direito-do-trabalho-da-mulher-enquanto--teto-de-vidro--no-mercado-de-trabalho-brasileiro>]. Acesso em 26 de janeiro de 2021

TEODORO, Maria Cecília Máximo; RIBEIRO, Ailana Santos. **Um olhar histórico sobre os movimentos sociais pela emancipação feminina: conquistas e cicatrizes de uma luta inacabada**. Movimentos sociais versus retrocessos trabalhistas: poder e resistência no mundo do trabalho. Coordenadores: Fernanda Nigri Faria, Márcio Túlio Viana. São Paulo: LTr, 2018. p. 34-38.

SENTENÇA E COISA JULGADA: ESTUDO COMPARATIVO ENTRE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Laís Lopes de Sousa¹

RESUMO: Este estudo é resultado das pesquisas desenvolvidas a partir do exame comparativo entre o Código de Processo Civil de 1973 e o Código de Processo Civil de 2015, no tocante aos institutos da sentença e da coisa julgada. Ocupa-se, portanto, da investigação dos principais tópicos que circundam esses institutos, de maneira a vislumbrar as inovações decorrentes do Novo Código em face do Código anterior. Partindo disso, o referencial teórico que orienta esta pesquisa é composto, principalmente, por um conjunto de obras de Direito Processual Civil, asquais dividem-se entre os períodos de vigência dos dois Diplomas Processuais, possibilitando uma cristalina averiguação em derredor do objeto de estudo.

Palavras-chave: sentença – coisa julgada – Código de Processo Civil – inovações

ABSTRACT: This study is the result of research developed from the comparative examination between the Civil Procedure Code of 1973 and the Civil Procedure Code of 2015, with regard to the sentence and res judicata institutes. It is concerned, therefore, with the investigation of the main topics that surround these institutes, in order to glimpse the innovations resulting from the New Code in the face of the previous Code. Based on this, the theoretical framework that guides this research is composed mainly of a set of works of Civil Procedural Law, which are divided between the periods of validity of the two Procedural Diplomas, allowing a crystalline investigation around the object of study.

KEYWORDS: sentence – res judicata – Code of Civil Procedure – innovations

¹ Graduanda do 6º período no curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) – Unidade Diamantina. E-mail: laislopes88320@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Este estudo tem como fundamento principal as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 com relação aos institutos da sentença e da coisa julgada, em comparação com as abordagens acerca desses institutos no Código de Processo Civil de 1973. Destarte, consistem em objetivos deste trabalho examinar o conceito e os contornos da sentença na Cartilha Processual de 1973 e na Cartilha de 2015 numa análise comparativa e investigar, nesse mesmo sentido, o conceito e os delineamentos da coisa julgada em ambos os diplomas, constatando, por conseguinte, a pertinência das inovações ocasionadas pelo Novo Código no âmbito dos institutos em evidência. Para tanto, a pesquisa envereda-se pela vertente jurídico-comparativa, por meio do estudo comparado dos manuais de Direito Processual Civil e orienta-se pela técnica jurídico-descritiva, a partir da análise interpretativa pormenorizada dos estudos já existentes a respeito da temática em tela.

Ademais, parte-se da hipótese de que o Novo Código trouxe modificações muito significativas no contexto da sentença e da coisa julgada, tendo em vista, principalmente, que o CPC de 1973 submeteu-se por amiúdes reformas no decorrer de sua vigência, as quais se fizeram necessárias devido à imprescindibilidade de harmonia entre o ordenamento jurídico e os anseios e avanços diuturnos da sociedade. Em razão desses reparos e emendas, o Código de 1973 foi quase completamente desconfigurado, devendo ser substituído integralmente por uma nova redação. Em face desse cenário é que levanta-se a conjectura de que o CPC de 2015 veio acompanhado de inovações pontuais, embora acredite-se que este diploma ainda permanece equivocado em determinados aspectos.

Desta feita, insta apontar que o estudo comparativo proposto por este trabalho demonstra-se notadamente relevante, uma vez que torna palpável a compreensão, por parte do pesquisador e daqueles que desfrutarão da pesquisa e de seus resultados, do Direito Processual Civil num panorama amplo, ao ensejar questionamentos e apreensões a partir de aspectos históricos e temporais que perpassam a sociedade e, conseqüentemente, a legislação.

1. ASPECTOS GERAIS DA SENTENÇA

Como pontapé inicial desta empreitada, interessa retomar as noções propedêuticas atinentes ao processo judicial, para que o entendimento no entorno deste e dos outros tópicos se dê de maneira cristalina. Trata-se o processo do remédio instituído pelo ordenamento jurídico para solucionar a lide oriunda da impossibilidade de resolução voluntária de um conflito de interesses entre os sujeitos que o compõe. Assim, o processo corresponde ao instrumento utilizado para provocar o Poder Judiciário, a fim de que o Estado-juiz exerça a prestação jurisdicional que lhe é incumbida, a partir do exame dos fatos demonstrados pelas partes em face da observância de parâmetros normativos. Impende evidenciar, ainda, que o processo visa, em última análise, atender ao interesse público coletivo, tendo em vista, principalmente, que busca atingir a pacificação social.

A partir dessas observações preliminares, chega-se ao deslinde de que a sentença corresponde à decisão em torno do âmago do processo, isto é, do objeto da demanda, por meio da manifestação factual daquilo que a Lei dispõe. Consoante ao disposto no artigo 162, §1º do Código de Processo Civil de 1973, a sentença correspondia ao “ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. Contudo, tratava-se de um dispositivo corriqueiramente criticado, principalmente em razão de que, muitas vezes, a sentença não encerrava de fato o processo, considerando a possibilidade, em alguns casos, de interposição de recursos contra a decisão proferida. Para mais, existiam casos em que a execução da sentença ocorria no interior do próprio processo em que foi proferida, significando, nesses termos, que a sentença não teria encerrado o processo, conforme era proposto pelo dispositivo em análise.

Dentro dessa ótica, com o advento da Lei 11.232/2005, optou-se por alterar o conceito de sentença. Assim, pois, a partir da modificação da redação do artigo 162, § 1º, a sentença passou a ser definida como o ato do juiz que implicasse alguma das situações previstas no art. 267 ou no art. 269 do CPC/1973. O primeiro dispositivo citado na nova redação é compatível com o artigo 485 do atual Código de Processo Civil, uma vez que tratava dos casos de extinção do processo diante da impossibilidade de julgamento do mérito da causa. O artigo 269, por suavez, equivale ao artigo 487 do Novo

Código, prevendo hipóteses de resolução do mérito. Dessa maneira, em razão das novidades trazidas pela Lei 11.232/2005, a sentença deixou de ser entendida unicamente como o fenômeno que dava cabo ao processo, tendo em vista a relevância atribuída ao conteúdo do ato, uma vez consideradas as hipóteses de julgamento ou não do mérito.

Todavia, segundo entendimento amplo da doutrina, o conceito decorrente da nova legislação também não se revelou oportuno. Isso, pois, o conteúdo não é próprio unicamente dasentença, podendo se referir a alguma outra decisão que não encerre o procedimento, como é o caso, *v.g.*, das decisões interlocutórias de mérito. Para além disso, Daniel Amorim AssumpçãoNeves (2016, p. 1353-1354) afirma que

[...] o conceito de sentença passou a resultar de uma análise conjunta dos arts. 162, §1.º, 267 e 269, todos do CPC/1973. Da conjugação desses dispositivos legais conclui-se que as sentenças terminativas passaram a ser conceituadas tomando-se por base dois critérios distintos: (i) conteúdo: uma das matérias previstas nos incisos do art. 267 do CPC; e (ii) efeito: a extinção do procedimento em primeiro grau de jurisdição. A hibridez de critérios na conceituação da sentença terminativa — conteúdo e efeito — não se repetia na sentença definitiva, considerando-se que o art. 269, caput, do CPC/1973 não fazia nenhuma menção à necessidade de extinção do processo para que o ato decisório seja considerado uma sentença. Dessa forma, a questão de colocar ou não fim ao procedimento em primeiro grau passava a ser irrelevante na conceituação da sentença de mérito, bastando para que um pronunciamento fosse considerado uma sentença definitiva que tivesse como conteúdo uma das matérias dos incisos do art. 269 do CPC/1973. Essa realidade, entretanto, não foi bem recebida por parcela considerável da doutrina, em especial pelo receio de que o conceito de sentença de mérito nesses termos levaria a existência de sentenças parciais de mérito, com a interposição de apelações em diferentes momentos procedimentais.

Diante disso, parcela majoritária da doutrina e, após, a jurisprudência, admitiram a associação da sentença definitiva ao efeito de encerramento do processo ou de alguma etapa procedimental — com ênfase à etapa cognitiva — anunciando, à época, a preferência por partedo sistema processual brasileiro pelas decisões interlocutórias de mérito em detrimento das decisões parciais de mérito.

Já no Diploma Processual Civil de 2015, o conceito de sentença adotado pelo artigo 203, §1º, se aproxima daquele explicitado pela redação original do Código anterior, somado aocritério de conteúdo do ato que fora trazido pela Lei 11.232/2005. Desse modo, o supracitado dispositivo prevê que “sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos artigos 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do

procedimento comum, bem como extingue a execução.” Além disso, ressalva “as disposições expressas nos procedimentos especiais”. Conforme já aludido, o artigo 485 refere-se às decisões sem resolução de mérito, enquanto o artigo 487 diz respeito às decisões com resolução de mérito.

Em sede de complementação desta matéria, interessa apontar que Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello (2016, p. 541), em comentário ao artigo 316 do CPC/15 — o qual versa que o processo será extinto por meio de sentença — afirmam que

De rigor, a sentença, segundo o próprio Código (art. 203, § 1.º) é o ato do juiz que põe fim à fase cognitiva do procedimento comum. Só na linguagem comum, e perfeitamente compreensível, é que se pode dizer, tanto à luz da última versão do CPC/73, quanto no contexto do NCPC, que a sentença é a decisão do juiz que põe fim ao processo. Fala-se em fase de cumprimento da sentença, em que não há nova citação do réu/devedor/executado. É a mesma relação processual, ainda viva, em que serão praticados atos de natureza executória, caso não haja o cumprimento 'espontâneo' (provocado pela perspectiva de ficar responsável por uma multa). Pode também pôr fim à fase de conhecimento a interlocutória de mérito. Quando houver mais de um pedido, e o juiz decidir um deles prematuramente, terá posto fim à fase de cognição em relação àquele pedido. E não se tratará de uma sentença, na terminologia proposta pelo Código.

Diante das considerações ora expostas, verifica-se a intenção de superação, por parte do legislador da Nova Cartilha Processual Civil, da desaprovação destinada à Lei nº 11.232/2005 quando da modificação da redação do artigo 162 do CPC de 1973. Isso, pois, inovou-se o conceito de sentença no CPC de 2015, a fim de diferenciá-la das decisões interlocutórias de mérito, passando a sentença a ser identificada a partir do emprego simultâneo dos critérios de finalidade — encerramento da fase cognitiva do procedimento em primeira instância, extinguindo a fase de cumprimento de sentença ou a execução — e de conteúdo — necessidade de lastreio nos artigos 485 ou 487, alternativamente.

2. ELEMENTOS DA SENTENÇA

Inicialmente, é necessário elucidar que o art. 489 do CPC de 2015, em seus incisos I, II e III é o dispositivo que se refere, assim como fazia o art. 458 do CPC de 1973, aos elementos essenciais da sentença. Contudo, a redação do Código anterior se

utilizava do termo requisitos, em vez de elementos, aspecto modificado pelo legislador do Novo CPC. Impende mencionar que em ambos os diplomas processuais os elementos da sentença são os mesmos, a saber, relatório, que deverá conter os nomes das partes, o resumo do pedido e da resposta do réu, assim como a descrição do histórico do processo; os fundamentos, em que o magistrado deverá analisar as questões de fato e de direito; e o dispositivo (*decisum*), no qual serão resolvidas as pretensões submetidas pelas partes ao magistrado. Dentre os três elementos supracitados, as alterações a respeito dos fundamentos são as mais relevantes e devem ser evidenciadas nesta discussão. Isso, pois, diferentemente do CPC de 1973, o Novo CPC trouxe a exigência de fundamentação exauriente das decisões judiciais, sob pena de nulidade da decisão.

2.1. Comentários sobre a fundamentação e as suas respectivas inovações no Novo Código

A fundamentação é elemento substancial da decisão ao passo que diz respeito, além de um elemento da sentença, a um direito fundamental, assegurado pela Carta Constitucional. Isso, pois, apenas é possível vislumbrar a aplicação do princípio do contraditório a partir de uma decisão devidamente fundamentada. Nesses termos, deve-se mencionar que a fundamentação precisa ser edificada racionalmente e com toda a limpidez e coerência necessária, de modo a se entrelaçar, numa relação de congruência, com as decisões proferidas anteriormente sobre a mesma matéria, conferindo certa lógica à história jurisdicional. Salienta-se, todavia, que é plenamente possível que seja construída uma decisão diferente daquelas proferidas anteriormente, desde que a fundamentação seja edificada de maneira a superar e exaurir os argumentos que lastreiam os entendimentos que a precedem.

Há de se destacar, também, as duas funções da fundamentação: a função endoprocessual, a qual busca dar uma resposta às partes, revelando a elas toda a construção doraciocínio do juiz para a tomada de decisão e a função exoprocessual, a qual ocupa-se de aclarar o conhecimento a respeito dos aspectos que rodeiam a decisão à sociedade, de maneira a possibilitar o controle da atividade jurisdicional, por parte dos cidadãos. Esta última pode ser entendida como sendo um instrumento democrático

para frear a atuação do Poder Judiciário —tendo em vista que os seus membros não são eleitos, como ocorre no âmbito das outras duas funções do Estado — ao passo que confere publicidade às decisões e aos seus respectivos fundamentos.

Ainda no tocante à fundamentação, há de se revelar uma inovação trazida pelo CPC de 2015, em seu art. 489, §1º, que merece especial apreciação. O dispositivo menciona que a fundamentação de todas decisões judiciais (não apenas das sentenças) deve atender a determinados parâmetros para que seja efetivamente satisfatória. Saliente-se que o §1º não traz um rol taxativo, uma vez que, segundo a doutrina, os seus incisos são meramente exemplificativos, a considerar outros casos não estabelecidos pela redação do dispositivo em que a decisão é vista como não fundamentada.

De acordo com o art. 489, §1º, I, do Novo Código, carece de fundamentação a decisão “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”. Isso porque, não raro, são proferidas sentenças que tão somente invocam a redação de algum enunciado normativo sem, sequer, correlacionar o texto com a demanda em ênfase na situação concreta. Assim, esse dispositivo demonstra uma límpida tentativa do legislador de 2015 de superar alguns vícios processuais outrora encontrados no Código revogado.

O inciso II do mesmo artigo institui que a decisão que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso” também é considerada não fundamentada. Isso ocorre comumente com os princípios, mas, também tem ocorrido frequentemente com as leis, tendo em vista a textura aberta da linguagem e a consequente amplitude de significados de certos termos, abrindo margens para interpretações diversas. Contudo, embora o mundo contemporâneo das leis tenha trazido consigo vários conceitos vagos e indeterminados, além de expressões marcadas pela carência de interpretação, esta precisa ser devidamente fundamentada, de modo a elucidar, expressamente, a viabilidade de aplicação desses conceitos abertos no caso analisado.

O inciso III, por seu turno, considera que há ausência de fundamentação na decisão que “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”. Isto é, carecem de fundamentação as decisões judiciais padronizadas e que, portanto, poderiam ser empregadas em quaisquer outros casos. Assim, não injustificadamente, a doutrina alcunha a hipótese prevista por esse dispositivo de “vestidinho preto”. Por essas

razões, é indispensável a atuação singularizada de cada sujeito atuante no processo, para que a decisão seja — bem ao revés de uma decisão padrão — singular, em face das particularidades da demanda e das peculiaridades do caso.

Já o inciso IV, prevê que são decisões não fundamentadas aquelas que não enfrentam “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Sobre o assunto, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello (2016, p. 541), em comentário ao artigo 489, IV do CPC/15, são transparentes e pontuais ao elucidar que

Este dispositivo integra os contornos da noção contemporânea do princípio do contraditório. O contraditório não se resume à atividade das partes, no sentido de terem a oportunidade de afirmar e demonstrar o direito que alegam ter. O contraditório só tem sentido se se supõe a existência de um observador neutro, no sentido de imparcial que assista ao diálogo entre as partes (alegações + provas) para, depois, decidir. O momento adequado para o juiz demonstrar que participou do contraditório é a fundamentação da decisão. As partes têm de ter sido ouvidas, apesar de suas alegações poderem, é claro, não ser acolhidas. Até porque o juiz pode decidir com base em fundamentos não mencionados por nenhuma das partes (*iura novit curia*). Mas não sem antes dar às partes oportunidade de se manifestar.

Ou seja, o magistrado deve, necessariamente, ocupar-se da análise de todos os argumentos trazidos pelas partes que sejam considerados relevantes para a resolução da demanda, de maneira a superá-los, desembocando na conclusão da sua decisão.

O inciso V, no que lhe concerne, ocupa-se do carecimento de fundamentação nas decisões que se limitam “a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”. Trata-se de um dispositivo notadamente auto explicativo, porquanto remete à construção argumentativa a ser realizada a partir da análise pormenorizada e justificada da relação existente entre os fundamentos determinantes do precedente ou do enunciado de súmula com os fatos que estão sendo julgados naquela demanda.

Por fim, o inciso VI do § 1º prevê que são decisões não fundamentadas aquelas que deixarem “de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” Em certa medida, é possível mencionar, como já o faz

considerável parcela doutrinária processualista, que o inciso VI é abarcado pelo inciso V, ao passo que estabelece a obrigatoriedade de explicação das razões pelas quais os fundamentos determinantes invocados pelas partes não se aplicam para justificar a decisão no caso concreto.

Uma vez denotadas as considerações acerca dos fundamentos, deve-se destacar que a exigência de fundamentação, na forma segundo a qual ocorre hodiernamente, não era objeto do Código de Processo Civil de 1973. A inovação trazida pelo Novo CPC, portanto, é a regulamentação rigorosamente específica e exauriente, conforme demonstrado neste subtópico, a ser devidamente observada pelo juiz quando da fundamentação da sentença, sob pena de nulidade da decisão.

3. ASPECTOS GERAIS DA COISA JULGADA

À primeira vista, entende-se a coisa julgada como sendo uma garantia constitucional, abarcada pelo art. 5º, XXXVI da Constituição Federal e inspirada, principalmente, nos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Dessa maneira, uma sentença (por sentença entende-se, aqui, quaisquer decisões), ao ser acobertada pelo instituto da coisa julgada, tornar-se-á imutável e indiscutível em grau recursal. Não de ser citados, então, os pressupostos que circundam a coisa julgada, quais sejam, a decisão jurisdicional com cognição exauriente — trata-se da decisão proferida por uma autoridade judiciária no interior de um processo jurisdicional, devendo o juiz ter analisado todo o mérito da causa, exaurindo todas as possibilidades de análise daquele caso — e trânsito em julgado — diz respeito à coisa julgada formal, em que não cabe mais recurso sobre a decisão.

Deve-se destacar, desde já, que a coisa julgada não deve ser confundida com a preclusão, mesmo a despeito de serem institutos que se enveredam pelos mesmos princípios, anteriormente aludidos. Isso, pois, conforme ensinam Wambier e Talamini (2016, p. 310)

[...] a preclusão apenas opera internamente ao processo; a coisa julgada projeta-se para fora da relação processual em que se formou. A preclusão destina-se a conferir segurança e previsibilidade ao jurisdicionado e eficiência à máquina jurisdicional, no curso do processo. Liga-se à garantia do devido processo legal, no sentido de processorazoável. A coisa julgada, inspirada em semelhantes

valores, visa a preservar o resultado da atuação jurisdicional.

Ao ensejo do arremate deste item, cumpre trazer à baila uma breve consideração acerca da eficácia preclusiva da coisa julgada, para fins de complementação das noções ora apresentadas. A eficácia preclusiva é denotada pelo art. 508 do CPC de 2015, o qual possibilita depreender que uma vez que o processo tenha tramitado e as partes tenham tido a possibilidade de trazer todas as suas alegações e não as trouxeram, preclui-se o direito de levantar qualquer outro argumento, tendo em vista a eminente necessidade de encerramento da lide em algum momento.

3.1. Breve análise comparativa sobre o conceito de coisa julgada no CPC de 1973 e no CPC de 2015

Em tempo anterior ao Código de Processo Civil de 1973, a coisa julgada era tida como o principal efeito da sentença. Apesar disso, com o advento do Código de 1973 o principal efeito da sentença passou a ser entendido, por outro lado, como sendo o fenômeno que suscitava o esgotamento do ofício do juiz e, por conseguinte, o encerramento da função jurisdicional, consoante aos termos do art. 463 desse Código. A coisa julgada, por seu turno, passou a corresponder a uma qualidade da sentença que ensejava a imutabilidade e a incontestabilidade da sentença, de tal forma que o Código revogado conceituava em seu art. 467 a coisa julgada como sendo “a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

Nessa esteira, o Novo CPC trouxe algumas mudanças acerca do instituto cá versado, ao passo a coisa julgada passou a ser definida pelo art. 502 da Nova Cartilha não mais como a eficácia de sentença, mas, sim, como a “**autoridade** que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. (GRIFO NOSSO). Ademais, o legislador do Novo Código substituiu o termo “sentença” por “decisão de mérito”. Verifica-se, portanto, uma aprimoração no Novo CPC no contexto aqui investigado, uma vez que, ao substituir a espécie (sentença) pelo gênero (decisões de mérito), retificou o equívoco contido no Código anterior, tendo em vista a existência de outras decisões de mérito com aptidão para transitar em julgado e, demais disso, para produzir coisa julgada material. Para mais, ao desprender a concepção sobre a coisa

julgada da noção de eficácia de sentença, o Novo Código permite, implicitamente, que decisões interlocutórias possam ser alcançadas pela coisa julgada.

4. A QUESTÃO PREJUDICIAL E OS SEUS NOVOS DELINEAMENTOS

A compreensão do assunto tratado neste tópico pressupõe o entendimento acerca dos contornos atinentes ao conceito de questão principal, a qual corresponde à própria lide, ou seja, ao pedido e à sua causa de pedir. Refere-se a questão principal, pois, ao objeto principal levado à apreciação do Poder Judiciário. Diferentemente da questão principal, as questões prejudiciais são relevantes para a solução do caso, mas, apesar disso, não correspondem à causa principal da demanda.

A questão prejudicial é aquela, que por uma imposição lógica, precisa ser resolvida antes da questão principal do mérito. Se a questão prejudicial for decidida num dado sentido, nem mais caberá examinar qualquer outro aspecto do mérito (ou seja, fica "prejudicada" a questão de mérito). Se decidida a questão prejudicial no sentido oposto, ainda haverá o que se resolver quanto ao mérito. (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p.242)

À luz dessas considerações introdutórias, cumpre apontar acerca de uma das inovações mais essenciais trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 no contexto da coisa julgada: a inclusão das questões prejudiciais nos limites da coisa julgada. No CPC de 1973 o manto da coisa julgada apenas cobria as questões prejudiciais quando essas fossem objeto de ação declaratória incidental. Com o advento do Novo Código, passou a ser possível a resolução de questão prejudicial, decidida de forma expressa e incidente no processo, desde que, nos termos do art. 503, §1º, sejam preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: “dessa resolução depender o julgamento do mérito; a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.”

Para a limpidez do entendimento, deve-se observar que os limites da coisa julgada são divididos entre objetivos e subjetivos. Conforme o caput do art. 503 do CPC de 2015, em regra, o limite objetivo da coisa julgada é a questão principal. Entretanto, o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo trouxe a exceção, a qual possibilita que a questão prejudicial seja alcançada pela coisa julgada, desde que decidida

expressamente no processo. Desta feita, sublinha-se que os limites subjetivos são evidenciados pelo art. 506 do CPC de 2015, segundo o qual “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”. As exceções a esse dispositivo são os efeitos *ultra partes* da coisa julgada, os quais ocorrem quando esta atinge terceiros determinados (acontece, por exemplo, nas hipóteses de substituição processual) e os efeitos *erga omnes*, os quais atingem aos jurisdicionados (como é o caso, por exemplo, da ação concentrada de controle de constitucionalidade).

Além disso, interessa apontar que as questões prejudiciais podem ser internas ou externas. Nesse mesmo diapasão, aduzem Wambier e Talamini (2016, p.242):

A questão prejudicial interna é aquela que surge apenas na esfera do próprio processo e que não acarreta a sua suspensão: cabe ao juiz promover a sua instrução e decidir-lhe juntamente com a questão principal. Já a questão prejudicial externa é aquela que já está sendo apreciada em outro processo. A regra do art. 313, V, a, refere-se apenas à prejudicial externa: para evitar que sejam proferidas decisões contraditórias, justifica-se a suspensão do processo até que a questão prejudicial seja resolvida no outro processo.

Assim, conforme instrui o art. 313, V, “a” e §4º, poderá haver suspensão do processo pelo prazo máximo de um ano quando a decisão de mérito depender do resultado do julgamento de matéria objeto de outro processo em andamento, isto é, de questão prejudicial externa. Conforme orienta a jurisprudência, o juiz deve averiguar a factual utilidade da suspensão do processo nos termos apresentados, à luz das circunstâncias do caso concreto. Isso porque a suspensão tem a finalidade de evitar decisões divergentes entre si, embora não seja defeso ao juiz a decisão da questão prejudicial — sem embargo de ela ser a questão principal de outro processo em tramitação.

De todo o exposto, ao alinhar as discussões apresentadas por este capítulo, verifica-se que o Novo CPC operou relevante modificação no instituto da coisa julgada, tendo em vista que ampliou o seu alcance, embora condicionado à observância dos cinco requisitos referidos, para que ocorra a resolução da questão prejudicial. Por fim, a pertinência da inovação no contexto da questão prejudicial revela-se ainda mais expressa quando considerado o seu elevado grau de importância para a resolução do mérito da demanda, uma vez que permeia uma outra questão que dela seja dependente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todas as considerações propostas por esta investigação, resta evidente que o Novo Código de Processo Civil inovou positivamente em diversos aspectos outrora equivocados no Código de Processo Civil de 1973. Assim, pois, com relação à sentença, importa frisar a relevância da exigência de observância aos parâmetros estabelecidos pelo Novo Código quanto à fundamentação da decisão judicial. O dever de fundamentar funciona como um freio do Estado Democrático de Direito à atuação jurisdicional, porquanto a fundamentação é o instrumento com mais aptidão a salvaguardar as partes com relação aos seus direitos e dos deveres que devem reger a atuação do Estado-juiz.

Já em se tratando da coisa julgada, salienta-se as questões prejudiciais, uma vez que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe a possibilidade de resolvê-las no processo, não sendo exigida a proposição de ação declaratória incidental, como ocorria na vigência do Código Processual Civil de 1973. Houve, portanto, um desdobramento da coisa julgada, passando essa a estender-se não apenas sobre questão principal do mérito, mas, também, sobre as questões prejudiciais que precisam ser resolvidas antes da questão principal.

Por derradeiro, é necessário sublinhar que a legislação deve acompanhar os avanços da sociedade. Nesse sentido, embora o Novo Código tenha sido consideravelmente assertivo em suas inovações, ainda carece do direcionamento de olhares a algumas questões, como fora apontado, por exemplo, no tópico em que foi investigado o conceito de sentença terminativa. Arremata-se, em sede conclusiva, que as inovações desencadeadas pelo Código de Processo Civil de 2015 e esmiuçadas por este estudo no que se refere aos institutos da sentença e da coisa julgada, fazem cumprir uma amálgama de pressupostos à concretização da democracia, devendo ser assinalado que adaptações e modificações são necessárias para o progresso do sistema processual.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processual civil**. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRASIL. **Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005**. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. 2005.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. 2015.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. 1973

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: volume único. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DE JESUS DA SILVA MELO, Mateus. **O dever de fundamentar as decisões judiciais no direito**. Monografia (Graduação em Direito) Universidade Federal do Maranhão, São Luis, 2016.

DIDIER Jr., Freddie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER Jr., Freddie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHAR, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. vol. 1. [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Manual de direito processual civil contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, Gabriela Eduarda Marques; ONO, Isabela Gautier; NASCIMENTO, Júlia Gaioso. Limites da coisa julgada: estudo comparativo entre o direito português e brasileiro. **ETIC – Encontro de Iniciação Científica**. v. 16, n. 16 (2020). Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/8667>. Acesso em: 18 fev. 2020.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora RT, 2005.

THEODORO Jr., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

A POSSIBILIDADE DO USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: PREMISSAS BÁSICAS¹

Franciele Marques da Silva²

Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes³

RESUMO: O presente artigo tem como pressuposto analisar a utilização de inteligência artificial voltada à solução de controvérsias no Poder Judiciário Brasileiro. Para tanto, são trazidas diversas regulamentações que envolvem os métodos adequados de solução de conflitos, bem como de que fora, em especial, com a pandemia da COVID-19, esse tipo de método de solução tem gerado uma virada axiológica e paradigmática no direito brasileiro. O que antes era considerado como a prática normal dos juristas, nesse momento, foi necessária uma evolução a ponto de verificar a importância que a tecnologia tem surtido na contemporaneidade, em especial, com a utilização de mediações e conciliações.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência artificial; pandemia; métodos adequados de solução de controvérsias; mediação; conciliação.

ABSTRACT: This article analyze the use of artificial intelligence aimed at the solution of controversies in the Brazilian Judiciary. To this end, several regulations are brought in that involve the appropriate methods of conflict resolution, as well as in the COVID-19 pandemic, this type of solution method has generated an axiological and paradigmatic turn in Brazilian law. What was previously considered to be the normal practice of lawyers, at that time, an evolution was necessary to the point of verifying the importance that technology has had in contemporary times, in particular, with the use of mediations and reconciliations.

KEYWORDS: Artificial intelligence; pandemic; appropriate dispute settlement methods; mediation; conciliation.

¹ Esse artigo é uma versão ampliada de um trabalho apresentado para a disciplina de Direito Processual Civil I, da UEMG-Ituiutaba, ministrada pelo professor Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes.

² Especialista em Educação Especial e Inclusiva e graduada em Ciências Biológicas. Atualmente é graduanda do curso de Direito da Universidade Estadual de Minas Gerais (UEMG). E-mail: franciele.1535066@discente.uemg.br

³ Docente de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil – UEMG/Ituiutaba. Mestre em Direito – UFES. Líder do Grupo de Pesquisa Estado & Direito: Estudos contemporâneos – UEMG/Ituiutaba. e-mail: mrsantanna@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

As plataformas online de solução de conflitos estão crescendo cada vez mais ao longo dos anos, principalmente nos momentos atuais de pandemia no mundo. Desta forma, os métodos adequados de solução de conflitos começam a ganhar espaço na sociedade, em especial, ante a fragilidade e o assoberbamento do Judiciário, cotidianamente. Tais métodos buscam desburocratização do atual cenário do Poder judiciário, que infelizmente está afogado de conflitos pendentes, sem que haja uma solução efetiva, a curto prazo.

No Brasil, existem iniciativas estatais que podem ser destacadas como positivas, no que se refere à difusão das práticas de mediação e conciliação de conflitos, previstas no próprio Código de Processo Civil, bem como a Resolução nº 125/2010 criada pelo Conselho Nacional de Justiça, que viabilizou a difusão destes métodos autocompositivos de resolução de conflitos. Com a 2ª Emenda da Resolução nº 125/2010, tornou-se possível a criação de um Sistema de Mediação e Conciliação Digital ou à Distância, considerando o período da era digital em que muitos cidadãos já se encontram conectados em rede, representando assim uma alternativa efetiva no campo do direito em si, sanando obstáculos burocráticos e financeiros (MACIEL e FERNANDES, 2020).

O objetivo geral deste artigo é analisar a possibilidade do uso de inteligência artificial na resolução de conflitos. Como objetivos específicos, se mostra imprescindível verificar se existe no Brasil, regulamentação com relação às formas tecnológicas de solução de conflito e entender como a expansão tecnológica e o uso da inteligência artificial pode colaborar sob o prisma do direito processual civil no Brasil.

A metodologia utilizada foi uma pesquisa qualitativa do tema, utilizando-se a técnica da pesquisa bibliográfica, assim como o método hipotético-dedutivo e o dialético, com o confronto de artigos científicos publicados.

1. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO

Em primeiro lugar, é importante mencionar como a última década foi decisiva para um avanço tecnológico. Isso porque, com a introdução de vários instrumentos computacionais, tecnologia de *smartphones*, acesso à informações em todo o mundo, a

todo o momento, percebeu-se a importância que isso trouxe para o mundo como um todo.

Tem-se presente que toda essa revolução da informática, é denominada de “Quarta Revolução Industrial”, na medida em que se acreditava que com os avanços visualizados, seria possível chegar ao atingimento de um número considerável de pessoas que teriam acesso a esses instrumentais (MAGRANI, 2018, p. 72-73).

Nesse contexto, para se entender a inteligência artificial, é preciso compreender seu conceito que, basicamente, seriam máquinas que podem pensar e discernir, como se ser humano fossem (KURZWEIL, 2005, p. 85). Nesse caso, toda essa possibilidade de pensar e discernir, vem sendo atribuída ao Direito, com o objetivo de, a partir de algumas premissas, poder solucionar o grave problema que o Judiciário vem enfrentando, na atualidade.

A crise pandêmica da COVID-19 fez evoluir bastante a questão que envolve o uso da tecnologia. Tanto é assim, que para que os processos não parassem de tramitar, foi necessário que cada setor do Judiciário se adequasse para poder, de alguma forma, continuar a prestar a tutela jurisdicional.

Somente assim é que, de fato, seria possível cumprir com os preceitos estatuídos pelo Estado Democrático de Direito, dentre eles, o de justiça efetiva a quem de direito. Isso porque, para se informar que há um devido processo legal, percebe-se a necessidade de se demonstrar que haja princípios e valores, constituídos à entrega do bem da vida que se pretende (DINAMARCO, BADARÓ e LOPES, 2020, p. 107-108)

A doutrina processual, há tempos compreende que a crise do Poder Judiciário perpassa por excesso de ações pendentes de julgamento e demora na prestação jurisdicional. A grande quantidade de processos aguardando julgamento, incluindo também o número crescente de novas demandas, causa a insatisfação da sociedade com os serviços judiciais (WERNECK, 2021, p. 184-185).

Muito embora se tenha ciência de toda essa sistemática inovadora do Código de Processo Civil de 2015, ainda existem resquícios do Código revogado que, por óbvio, as vezes não conseguem dar conta de toda essa toada nova. E, por esse motivo, o profissional do Direito precisa se reinventar.

As Faculdades de Direito ainda estão voltadas, sobremaneira, ao Ensino dogmático do Direito voltado para a solução contenciosa: resquício, como afirmado, de

períodos anteriores (LEAL e THIBAU, 2017, p. 40). Nesse sentido, percebe-se que a concepção de solução de controvérsias de forma consensual, acrescida da tecnologia, tem o condão de modificar, substancialmente, o cenário do direito atual.

Dierle Nunes (2021, p. 30), ao tratar do tema, informa que a virada tecnológica para o Direito ocorre, sobremaneira, naquelas circunstâncias em que institutos jurídicos são alterados e são observadas novas formas de abordagem dos conflitos.

De acordo com Flávia Zanferdini (2012, p. 237) a judicialização ainda é considerada o principal meio de resolução de conflitos, pois a nossa sociedade sempre foi marcada pelo litígio. Não fosse isso, ainda se pensa, em muitas searas de conhecimento, que a resolução através dos métodos heterocompositivos seria a única forma de promover justiça.

É preciso ter claro que o Código de Processo Civil vem com uma nova toada. Inspirado nas premissas de Resolução de Conflitos de maneira autocompositiva, é essa a maior relevância e importância na atualidade, devendo ser estimulada em todo o Judiciário.

Através da dicção do art. 165 do Código de Processo Civil vigente estabeleceu a obrigatoriedade da criação e incentivo ao estabelecimento de “tribunais” de mediação e conciliação. Adaptando isso à concepção mais simples, foram instituídos dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos - CEJUSCs em cada Tribunal nacional, que deverão atuar de forma a propiciar um contato prévio das partes com o conflito, a fim de que possam chegar a uma solução, por si, sem a necessidade de solução por um terceiro. Mas, isso já consta desde o art. 3º, §2º, informando que o Estado deve promover, sempre que conseguir, a solução consensual e o §3º, deixa evidenciado que todos os participantes (sujeitos do processo), devem estimular essa questão⁴.

O aumento das estruturas para suportar o incremento de litígios foi uma das propostas dadas para descongestionar o Judiciário, porém em um contexto de crise econômica, essa ideia não mais se sustenta. Nesse contexto, novas estratégias de solucionar este caos precisam ser encontradas (BRITO e FERNANDES, 2019, p. 103).

⁴ A título de consideração, em recente matéria publicada nas redes sociais, vários CEJUSCs têm adotado a solução através de vários meios, para conciliar, dentre eles, os sistemas eletrônicos disponíveis, bem como, até o *whatsapp*. Para maiores: <https://regionalzao.com.br/2021/03/09/onda-roxa-cejusc-inicia-em-ituiutaba-projeto-com-audiencias-virtuais-para-solucao-de-conflitos/>.

As Resoluções Alternativas de Litígios (ADR)⁵ surgiram como importante instrumento de potencialização da sociedade civil na busca pela pacificação social, uma vez que visam desburocratizar os litígios sociais presentes no dia-a-dia do judiciário.

Diante disso, com a expansão tecnológica surgiram novas espécies de ADRs, tais como, as plataformas on-line de resoluções de conflitos como as ODRs (resolução de disputas online), que revolucionaram o Direito Processual Civil, juntamente da IA (inteligência artificial), resultando em inovações legislativas como a Lei 13.105/15 (o Novo Código de Processo Civil), proporcionando ainda, as soluções alternativas de litígios como a mediação e a conciliação, outrora regulamentadas em legislações específicas.

A Utilização de sistemas de inteligência artificial (IA) vem aumentando, em razão do aumento da eficiência e da precisão dos serviços por eles proporcionados. No Direito, vislumbra-se também esse fenômeno, com a utilização das soluções das *Lawtechs* (empresas, em sua maior parte startups, que desenvolvem tecnologias aplicáveis ao meio jurídico), por exemplo, para otimização de serviços, principalmente no que concerne à litigância de massa. Nos Estados Unidos, foram desenvolvidos sistemas de inteligência artificial, como o Ross e o Watson, utilizados por escritórios advocatícios para realizar pesquisas jurídicas, analisar documentos, confecção de contratos e previsão de resultados. As vantagens do uso dessas tecnologias que resulta em maior rapidez, precisão e qualidade na realização de trabalhos maçantes e repetitivos, têm feito com que cada vez mais escritórios utilizem estes métodos que tem demonstrando eficácia (NUNES e ANDRADE, 2018, p. 430).

Com a inclusão das novas tecnologias da comunicação em nosso cotidiano, o cenário da resolução de conflitos vem sofrendo modificações com o decorrer dos anos, com a possibilidade introduzida pelos meios técnicos de um sistema de resolução de conflitos em linha (“On-line Dispute Resolution”- ODR). Este modelo inovador poderá expandir as possibilidades de intervenção dos sistemas alternativos de resolução de conflitos, com a introdução de mecanismos mais modernos, potencializando a geração de respostas e possíveis soluções para as necessidades e aspirações das partes em

⁵ É importante mencionar que os autores concordam que o termo adequado, na atualidade, é resoluções adequadas de litígio, porém a doutrina ainda os trata como alternativas, motivo pelo qual, ainda se filia à fidedignidade da doutrina utilizada.

conflito. A resolução de conflitos em linha torna-se possível através da utilização de meios tecnológicos tais como as mensagens ou conversas eletrônicas (“Instant Messaging”), o correio eletrônico, a vídeo conferência, os fóruns eletrônicos, as listas de correio, etc (ANDRADE,; CARNEIRO e NOVAIS,2010, p. 26).

2. OS MODOS DE RESOLUÇÃO ONLINE DE LITÍGIOS (ODR)

Já se sabe que os métodos tradicionais que visam a solução de conflitos não são eficazes na resolução dos problemas criados pela sociedade. A era da tecnologia e inteligência artificial, passou a ser vista como uma revolução no mundo do direito, principalmente no que diz respeito aos métodos de resolução de conflitos. Logo, o uso de inovações tecnológicas não apenas impactou a economia mundial como transformou significativamente a maneira como os indivíduos estabelecem relações jurídicas. A rede mundial de computadores passou a ser vista como um espaço no qual se constituem inúmeras relações jurídicas, o que exige dos sistemas jurídicos nacionais uma nova abordagem sobre o antigo problema da resolução de litígios.

Da mesma forma que se reconheceu a falência do sistema Judiciário e passou-se a buscar outras formas de consolidar relações jurídicas, é preciso pensar que um conflito, por si, pode ser resolvido das mais diferentes formas possíveis. A isso denomina-se de *sistema multiportas*, no qual não se pode ter o foco de solução, exclusivamente, através do litígio (SANDER, 1976, p. 260).

Os modos de Resolução Online de Litígios (Online Dispute Resolution – ODR) utilizam recursos tecnológicos para a Resolução Alternativa de Litígios – ADR, em que ODR constitui espécie do gênero ADR.

Existem diversas possibilidades em que podemos utilizar a tecnologia da informação para a solucionar conflitos, e isso envolve questões bem complexas como uso da inteligência artificial para fornecimento de soluções ou mesmo a utilização de ferramentas de Dispute System Design (DSD), aplicando-as aos meios de Resolução Online de Litígios (BAHIA, NUNES e PEDRON, p. 54).

A ODR representa um processo flexível e menos formal de resolução de conflitos, podendo ser facilitador no processo, e a tecnologia opera como meio de comunicação, em que as partes em litígio poderão estar em diferentes e distantes localizações físicas,

tal como um eventual mediador ou árbitro, mas ambos podem se comunicar através de redes telemáticas. Um outro cenário tem a ver com a tecnologia se assemelhar como um assistente de um mediador ou árbitro que toca à planificação da estratégia correta ou tomada de decisão certa (CORTÉS, 2012, p.150).

O Brasil sempre enfrentou empecilhos para o uso dos meios alternativos de Resolução de conflitos. Com a evolução da tecnologia no direito, houve, no entanto, uma apreciável mudança na maneira como os profissionais do direito em geral projetavam os ADR. Os métodos extrajudiciais como a conciliação, a mediação e a arbitragem passaram a serem vistos como eficazes meios de diminuição do número excessivo de processos que tramitam no Poder Judiciário. Podemos observar que a legislação brasileira não contempla o uso dos meios de Resolução Online de Litígios (ODR), referindo-se apenas aos meios mais tradicionais de resolução extrajudicial de controvérsias. Podemos observar algumas experiências com relação à matéria de relações consumo. A plataforma online Reclame Aqui, por exemplo, tem apresentado bons resultados nos índices de resolução de conflitos, proporcionado um balanço de indicadores estatísticos sobre o serviço prestado, com informações e gráficos sobre o tempo médio de respostas das empresas, grau de satisfação do consumidor e índice de resolução das reclamações (MAIA FILHO e JUNQUILHO, 2018, p. 220).

Para os autores Lima e Feitosa (2016, p. 62) a experiência de sistemas baseados na resolução online de litígios (ODR) na esfera do setor privado fornecem benefícios e vantagens nessa etapa de aplicação das Tecnologias da Informação para a prestação jurisdicional, ultrapassando o uso da rede e virtualização de processos. Segue o entendimento:

A resolução de conflitos em rede concretiza o conceito de virtualização do Poder Judiciário, uma vez que viabiliza que todo o procedimento ocorra de forma virtual e mesmo que em determinadas situações as partes acabem optando por dar continuidade ao procedimento de forma presencial. Não se pode considerar virtualização a simples utilização de instrumentos da tecnologia da informação nas salas de audiência tradicionais e fóruns, tais como videoconferências e computadores, ou mesmo a digitalização dos processos. O avanço na matéria da solução de conflitos online se dá não só no aprimoramento do processo eletrônico para que este passe a se desenvolver de forma cada vez mais virtualizada, mas, e principalmente, na elaboração de todo um novo procedimento para a solução online dos conflitos.

No mundo contemporâneo, muitas informações são geradas a todo momento e,

com isso, começou a se tornar quase impossível a prestação de qualquer trabalho sem o apoio tecnológico. Ainda mais no ambiente jurídico, que sempre teve como base do trabalho a pesquisa, a tendência da jurisprudência e das decisões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a inovação tecnológica é necessária uma atualização dos conhecimentos daqueles advogados que estavam acostumados com a advocacia tradicional que era funcional, pois alguns não sabem lidar com as novas tecnologias disponíveis. Passa-se por um momento que o advogado vai ter que conhecer os institutos com profundidade e usá-los para se valer de uma nova perspectiva, e isso é uma ideia de integridade.

Em pouco mais de um ano de pandemia, percebeu-se que os profissionais do Direito precisaram se reinventar para poder lidar com o cotidiano de suas profissões. Além de uma completa democratização do conhecimento, para aqueles que possuem acesso à tecnologia, hoje já não é mais possível angariar clientes da mesma forma que era feito antigamente.

Com a ausência de contato físico, é necessário, cada vez mais, identificar outras formas de conhecimento e de acesso à justiça de formas mais variadas possíveis.

Tanto na vertente de ADR ou ODR, a resolução de conflitos deverá passar por uma adaptação dos tradicionais mecanismos de negociação, mediação e arbitragem, a ser desenvolvidos em ambientes virtuais. Apesar de certos domínios da I.A. se terem desenvolvido mais rapidamente do que seria de esperar, isso não aconteceu com a inter-relação entre a inteligência artificial e o Direito.

A inteligência artificial tem que lidar com o enorme desafio de desenvolver comportamentos inteligentes em computadores, com o objetivo de auxiliar os humanos na realização de tarefas do cotidiano, tais como a capacidade de compreender e utilizar uma linguagem, o reconhecimento de figuras, a aprendizagem ou a resolução de problemas. Entre as características que os investigadores esperam conseguir atribuir às máquinas, estão as de raciocínio, conhecimento, planejamento, aprendizagem, comunicação, percepção e a capacidade para mover ou manipular objetos.

É forçoso reconhecer que a sociedade precisa se adequar à nova realidade que vem sendo guiada pelo desenvolvimento tecnológico e pela busca de soluções rápidas,

eficazes e de baixocusto.

Portanto, verificou-se que a inteligência artificial possui um grande potencial para melhorar o problema da demora da prestação jurisdicional do sistema jurídico brasileiro, porém existe muito trabalho pela frente.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, F.C.P; CARNEIRO, D; NOVAIS, P. A inteligência artificial na resolução de conflitos em linha. **Scientia Iuridica** – Tomo LIX, n. 321, p. 01-28, 2010.. Disponível em: < <https://www.direito.uminho.pt/pt/Publicacoes/Paginas/Scientia-Juridica.aspx> >. Acesso em 8 fev. 2020.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flavio Quinaud. **Teoria Geral do Processo:**

com comentários sobre a virada tecnologia no direito processual. Salvador: Juspodvm, 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 jan. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 29 jan. 2021.

BRITO, T.S; FERNDANDES, R.S. Inteligência Artificial e a Crise do Poder Judiciário: Linhas Introdutórias sobre a Experiência Norte-Americana, Brasileira e sua Aplicação no Direito Brasileiro. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife**, 2019, p. 84-107. Disponível em: < <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA>>. Acesso em 8 fev. 2020.

CORTÉS, Pablo. **Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union**. Nova York: Routledge, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Ridghi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do processo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020

KURZWEIL, Ray. **Singularity is near: when humans transcend biology**. Nova York: Viking: Basic Books, 1999.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinicius Lott. Prova e jurisdicionalismo no Novo CPC

brasileiro. In: **Meritum**, Belo Horizonte, v. 12, n. 2, p. 36-52, jul./dez. 2017

LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Online dispute resolution(ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, p. 53-70, set. 2016. Disponível em:

<<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8360/5586>>. Acesso em: 9 fev.2021.

MACIEL, L.F.S; FERNANDES, A.O.F. Formas tecnológicas de solução de conflitos. IN: **Congresso internacional de direito e inteligência artificial- Formas tecnológicas de solução de conflitos II** [Recurso eletrônico on-line] organização Congresso Internacional deDireito e Inteligência Artificial: Skema Business School – Belo Horizonte,2020. Pag.20- 24. Disponível em:<<https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2020/09/SKEMA-Formas-tecnologicas-de-solucao-de-conflitos-II.pdf>>. Acesso em 4 fev. 2021.

MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV, 2018.

MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: perspectivas deaplicação da inteligência artificial ao direito. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 19, p. 218-237, 2018.

NASCIMENTO JUNIOR, V. F. A evolução dos métodos alternativos de resolução de conflitos em ambiente virtual: on line dispute resolution. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. Disponível em:<<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/439/pdf>>. Acesso em 8fev. 2021.

NUNES, D; MARQUES, A.L . Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. **Revista de Processo**, v. 285, p.

421-447, 2018.

NUNES, Dierle. Virada Tecnológica no direito processual e etapas do emprego da tecnologiano direito processual. Seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia? In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual**.

Salvador: Juspodvm, 2021, p. 17-54.

SANDER, Frank. **The Multi-Door Courthouse: Settling Disputes in the Year 2000**. HeinOnline: 3 Barrister 18, 1976.

WERNECK, Isadora. Online dispute resolution (ODR) e a (des)necessidade de formulação dereclamação prévia. In: In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos;



WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência artificial e Direito Processual**: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Juspodvm, 2021, p. 171-209.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. **Novos Estudos Jurídicos (Online)**, v. 17, p. 237-253, 2012. Disponível em:<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3970> . p. 237. Acesso em 3. abr, 2021.

DESNECESSIDADE DE TENTATIVA PRÉVIA DE AUTOCOMPOSIÇÃO DA LIDE À LUZ DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Rafael Carvalho Pereira¹

Renato Armanelli Gibson²

Nilo Roberto Goulart³

RESUMO: O acesso à Justiça é o direito elencado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Esse direito visa garantir a qualquer pessoa, sem distinção, que tenha direito lesado ou ameaçado, a tutela jurisdicional, ou seja, ajuizar uma ação que será dirimida pelo Estado-Juiz. Nesse sentido, o presente estudo tem por objetivo analisar a nova concepção do princípio do acesso à Justiça, proposta por alguns Juízes de 1ª instância, verificando se ela se sustenta do ponto de vista jurídico. Não obstante, o presente texto também aborda alternativas de solução de conflitos extrajudiciais no que tange as relações de consumidor e fornecedor, e os entendimentos quanto à exigência prévia de solução de conflito fora do âmbito Judiciário, especialmente na plataforma “www.consumidor.gov.br”. Para isso, utilizou-se da pesquisa de doutrinas e jurisprudências para análises teóricas e interpretativas.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça; Solução extrajudicial; Relação de Consumo.

ABSTRACT: Access to Justice is the right listed in art. 5, XXXV of the Federal Constitution. This right aims to guarantee any person, without distinction, who has an injured or threatened right, judicial protection, that is, to file a lawsuit that will be settled by the State-Judge. In this sense, the present study aims to analyze the new conception of the principle of access to Justice, proposed by some Judges of 1st instance, verifying if it is sustained from the legal point of view. Notwithstanding, this text also addresses alternatives for resolving out-of-court conflicts with regard to consumer and supplier relations, and understandings regarding the prior requirement for conflict resolution outside the Judiciary, especially on the platform “www.consumidor.gov.br”. For this, we used the research of doctrines and jurisprudence for theoretical and interpretative analysis.

KEYWORDS: Access to Justice; Extrajudicial solution; Consumer relation.

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL).

² Advogado, mestre em direito pela Universidade Real de Groningen (RuG), Holanda, e professor de ensino superior na Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL).

³ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Conselheiro Lafaiete, especialização em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Conselheiro Lafaiete e doutorado em Doctorado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino, professor de ensino superior na Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL)

INTRODUÇÃO

O presente texto objetiva tratar de um tema que tem dividido advogados, magistrados e doutrinadores, que é a nova concepção que alguns juízes de 1ª instância estão tentando imprimir ao princípio do acesso à Justiça.

À guisa de exemplo, cite-se uma ação que tramitava perante a 3ª Unidade Jurisdicional Cível do Juizado Especial da Comarca de Belo Horizonte, ajuizada em face da Companhia de Saneamento de Minas Gerais – COPASA. Nesta ação, a autora pedia a retificação das informações constantes na unidade atendida por seu hidrômetro, bem como a restituição de valores que entendia ter pago indevidamente.

O Juiz encarregado de apreciar este caso, Dr. Wagner Sana Duarte Moraes, entendeu que a análise do mérito estava condicionada à prévia tentativa de solução extrajudicial. E, como não foi feito requerimento administrativo nesse sentido, Sua Excelência entendeu por bem proferir sentença terminativa, “in verbis”:

Com efeito, em situações como a dos autos, o mínimo que se exige para caracterizar o interesse de agir é que **a parte tenha apresentado o problema ao suposto adversário no processo para tentativa de solução**. Sendo negada pode surgir o conflito, pontual. (Processo de autos nº 9035281.85.2019.813.0024, data da sentença: 19/06/2019, grifo nosso).

O caso acima citado não é isolado, pois o prévio requerimento administrativo para análise do mérito tem sido exigido por cada vez mais juízes de 1ª instância. Implacáveis, eles só aceitam determinar a citação da empresa ré se existir nos autos comprovação de tentativa de autocomposição da lide.

Tal exigência ainda é mais comum quando se trata de causas que versam sobre relação de consumo. Nesse tipo de demanda, os juízes inclusive determinam como deve ser feita a tentativa de solução amigável do problema, que é através de requerimento na plataforma digital chamada “www.consumidor.gov.br”.

Pretende o presente texto, portanto, verificar se tal exigência está em conformidade com o ordenamento jurídico, sobretudo com o princípio do acesso à Justiça, previsto na Constituição Federal.

1. A PLATAFORMA DIGITAL

A plataforma digital “www.consumidor.gov.br” oferece um serviço público que tem sido considerado cada vez mais relevante pela sociedade. De fato, a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, Procons, Defensorias Públicas, Ministérios Públicos, dentre outros órgãos públicos, têm verificado de maneira cada vez mais intensa a forma como este sítio eletrônico tem resolvido problemas fora do âmbito do Poder Judiciário.

A referida plataforma digital foi instituída em 2014 por uma portaria assinada pelo então Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo. O objetivo de tal plataforma, desde a sua criação, tem sido estimular a solução de conflitos entre consumidores e fornecedores de formacélere, sem que seja necessário o ingresso de ações judiciais.

Essa plataforma digital está de acordo com os princípios basilares do direito do consumidor, sobretudo com o art. 7º do Decreto nº 7.963/2013, que institui o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e cria a Câmara Nacional das Relações de Consumo. Dispõe o referido artigo:

Art. 7º - O eixo de fortalecimento do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor será composto, dentre outras, pelas seguintes políticas e ações:

- 1.1. - estímulo à interiorização e ampliação do atendimento ao consumidor, por meio de parcerias com Estados e Municípios;
- 1.2. - promoção da participação social junto ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor; e
- 1.3. - fortalecimento da atuação dos Procons na proteção dos direitos dos consumidores. (BRASIL, 2013)

Por conseguinte, faz-se mister ressaltar que a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) estatuiu em seu art. 4º, V, que os fornecedores devem criar mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo. Uma possibilidade, portanto, colocada à disposição dos fornecedores é justamente essa plataforma digital, criada pelo Governo Federal em 2014.

Nesta plataforma digital, os fornecedores/empresas devem assinar um termo no qual se comprometem conhecer, analisar e investir esforços para solucionar as reclamações dos consumidores. A partir desse termo assinado, a empresa é cadastrada no site.

Destarte, o consumidor verificará se a empresa tem o efetivo cadastro na plataforma digital. Havendo-o, basta que ele registre a sua reclamação para que, no prazo de 10 dias, seja respondida e eventualmente resolvida.

Além das soluções de conflitos de consumo serem céleres nesta estrutura digital, elastambém são desburocratizadas. Dados do site “www.consumidor.gov.br” relatam que 80% das reclamações registradas na plataforma digital são solucionadas pelas partes, ou seja, empresas/fornecedores em conjunto com os consumidores.

A responsável pela gestão, disponibilização e manutenção dessa ferramenta digital é a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça. Este órgão estatal atua em conjunto com Sistema Nacional de Defesa do Consumidor para que os objetivos desse serviço sejam intensificados e ainda mais efetivos.

2. PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

A despeito das enormes vantagens oferecidas pela plataforma digital acima citada, é preciso analisar se o Poder Judiciário pode condicionar a análise do mérito em ações judiciais à sua prévia utilização. Considerando que vários juízes estão proferindo sentenças terminativas ao fundamento de que o autor não teria tentado a composição amigável através da referida plataforma, impende verificar se tal exigência viola o princípio do acesso à Justiça. Como se sabe, o princípio da estabilidade do Poder Judiciário, também conhecido como princípio do acesso à justiça, ou, ainda, princípio do acesso à ordem jurídica justa, é um direito fundamental tutelado pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 1988).

Assim leciona Napoleão Casado Filho:

Interpretando o texto Constitucional, observamos que todos têm acesso à justiça para postular a tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativa a um direito. O conteúdo do princípio contempla não só direitos individuais, como também os difusos e coletivos. A Constituição achou por bem tutelar não só a lesão de direito, mas também a ameaça de lesão, englobando aí a tutela preventiva. (FILHO, 2014, p.63)

Com o advento desse princípio constitucional, o acesso à Justiça passou a ser amplo, acessível até mesmo para as pessoas hipossuficientes do ponto de vista

financeiro. Como se sabe, o acesso à justiça é oneroso, pois a parte interessada no exercício da jurisdição deve recolher custas processuais. Verifica-se, portanto, que a questão financeira consiste, num primeiro momento, em um obstáculo para a efetivação desse direito constitucional de acesso à Justiça.

Nesta perspectiva, para que esse direito abrangesse a todos, de modo igualitário, foi instituída pelo Estado a gratuidade da justiça. Assim, as pessoas consideradas hipossuficientes do ponto de vista financeiro podem postular a tutela jurisdicional sem se preocupar em recolher as custas processuais. Efetiva-se, desse modo, a garantia do direito constitucional ao acesso à Justiça também à camada mais pobre da população.

Nas palavras do saudoso e referido doutrinador, Casado Filho:

Entendemos que, embora mereça reflexão de uma aplicação mais efetiva pelos magistrados, o princípio do acesso à Justiça é um dos pilares da democracia brasileira e precisa continuar assim. Cabe, de fato, ao Estado custear o serviço público de solução de litígios e assegurar que seus cidadãos menos privilegiados tenham acesso minimamente semelhante aos dos cidadãos mais abastados. (FILHO, 2014, p. 66)

Em razão de sua essência, o direito do acesso à Justiça, como direito fundamental, é protegido por cláusula pétrea, como preceitua o art. 60, §4º, IV da CF/88: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”. Assim, entende-se que, como este princípio está tipificado no art. 5º, XXXV, CF/88, ele não poderá ser abolido, nem mesmo por proposta de emenda à Constituição. (GONTIJO, 2015, 18)

3. FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O art. 3º, do Código de Processo Civil de 2015, trouxe alguns meios alternativos ao processo judicial para que as pessoas pudessem resolver seus conflitos de forma consensual. Assim, milita o referido dispositivo legal:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. (...)
§2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§3º 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, 2015, a).

Como bem expresso no art. 3º, §3º, CPC/15, acima transcrito, o magistrado tem o dever de estimular os métodos de solução consensual de conflitos. A lei tipifica a ação de estimular e não exigir de forma imperativa. O estímulo se dá por encorajar, despertar interesse, excitar as partes em aderir a uma alternativa para resolver seus conflitos. Destarte, não cabe ao juiz decidir de forma inquisitiva algo que a lei não lhe confere.

A conciliação, mediação e a arbitragem são consideradas pela doutrina como instrumentos integrantes do chamado sistema multiportas. Esse sistema aduz que a tutela dos direitos não necessita apenas da justiça estatal, pois esses direitos podem ser alcançados por outros meios. (DIDIER JR., 2019, p. 201)

As duas primeiras formas de solução de controvérsias acima mencionadas são técnicas estimuladas pela autocomposição. O conceito de mediação pode ser extraído do art. 1ª, parágrafo único, Lei nº 13.140/15: “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”. (BRASIL, 2015, b)

A arbitragem, assim como a mediação, também possui regulamento próprio, que é a Lei 9.307/96. Nessa forma de dirimir litígios, as partes escolhem um terceiro imparcial para desempenhar a função de árbitro. Distintamente da mediação e conciliação, essa forma de solução de conflito é uma espécie de heterocomposição, como é a própria jurisdição. (DONIZETTI, 2020, p. 98)

Considerando a política de estímulo à utilização de meios consensuais de resolução de conflitos, o doutrinador e Juiz de Direito de São Paulo, Fernando Gajardoni, propõe uma releitura do princípio do acesso à Justiça, ressaltando a exigência de prévio requerimento extrajudicial. Para este Juiz e doutrinador, somente se frustrada a solução extrajudicial é que caberia, então, à propositura da ação judicial. Ou seja, segundo essa proposta, o Poder Judiciário é alçado, portanto, à figura de “ultima ratio”.

Vários juízes de 1ª instância estão em sintonia com esta releitura de aplicação do princípio do acesso à Justiça, inclusive na Comarca de Conselheiro Lafaiete, Minas Gerais. Tome-se como exemplo um processo relativo a direito do consumidor, em que um dos juízes dessa Comarca suspendeu a tramitação do processo por 30 dias, para

que a parte autora promovesse o cadastro de sua reclamação no site do “www.consumidor.gov.br”. Ato contínuo, deveria a parte juntar aos autos não só a comprovação do cadastro da reclamação, mas também a resposta obtida, sob pena do processo ser extinto sem resolução do mérito.

A decisão acima viola, “data venia”, o art. 5º, XXXV, CF/88, uma vez que se escora em interpretação equivocada do princípio do acesso à Justiça. Não caberia ao magistrado exigir que fosse realizado o prévio requerimento administrativo antes da propositura da ação.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Como dito alhures, verifica-se que atualmente vários juízos de piso têm tentado imprimir uma nova concepção ao princípio do acesso à Justiça. Entendem esses magistrados que a aplicação deste princípio ao caso concreto deve estar condicionada à prévia tentativa de solução extrajudicial. Dessa forma, o presente texto procura verificar, a partir da análise de julgados, se os magistrados da 2ª instância estão de acordo com essa nova concepção, defendida pelos juízos da 1ª instância.

4.1. TJMG. AC 1.0000.20.539353-1/002. 18ª CÂMARA CÍVEL. 23.2.2021

A respeito do tema ora discutido, assim decidiu o TJMG:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - INSCRIÇÃO NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO - DESNECESSIDADE - INTERESSE DE AGIR VERIFICADO. I - O interesse de agir exige a verificação da indispensabilidade do procedimento judicial para obtenção da tutela pretendida pela parte autora. II - O acesso ao Judiciário é garantia constitucional assegurada a todo aquele que se sente ameaçado em seu direito, segundo determina o art. 5º, XXXV, da Constituição da República, ao dispor que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, **não havendo óbice à propositura de ação pretendendo a exclusão de apontamento nos cadastros restritivos de crédito sem demonstração de prévia tentativa de solução extrajudicial do conflito.**” (TJMG. AC 1.0000.20.539353-1/002 MG, Relator: Des. João Cancio, 18ª Câmara Cível, 23/02/2021, grifo nosso).

Infere-se do julgado acima que o relator, Desembargador João Cancio, deu

provimento ao recurso de apelação, que vergastava decisão proferida pela 1ª Vara Cível da Comarca de Timóteo, MG. Tratava-se de ação em que o autor alegava irregularidade da negativação do seu nome, baseada em contrato que ele desconhece.

O juízo de primeira instância julgou extinto o processo sem resolução de mérito por ausência de interesse de agir. Entendeu o órgão “a quo” que a ação declaratória de inexistência de débito exigia prévio requerimento administrativo através da plataforma digital “www.consumidor.gov.br”, sobre a qual versa o Item 2 (dois) acima.

Nas palavras do órgão “ad quem”: “Não se pode olvidar que o acesso ao Judiciário é garantia constitucional assegurada a todo aquele que se sente ameaçado em seu direito, segundo determina o art. 5º, XXXV, da Constituição da República.” Ou seja, o Tribunal ressaltou neste caso que só pelo motivo do autor não juntar o prévio requerimento administrativo, na tentativa de solução extrajudicial de conflito, isso não configuraria inexistência de interesse de agir.

Destarte, interpretando corretamente o princípio do acesso à Justiça, garantido pelo art. 5º, XXXV, CF/88, o TJMG impôs a cassação da sentença e determinou o regular o prosseguimento do feito.

4.2. TJMG. AC 1.0000.20.598111-1/001. 16ª CÂMARA CÍVEL. 25.2.2021

Em outra oportunidade, ainda sobre o mesmo tema, assim decidiu o TJMG:

APELAÇÃO CÍVEL - DOCUMENTOS ESSENCIAIS À PROPOSITURA DA AÇÃO - CONCEITO - DETERMINAÇÃO DE EMENDA À PETIÇÃO INICIAL - JUNTADA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO NA PLATAFORMA CONSUMIDOR.GOV.BR - DOCUMENTO NÃO ESSENCIAL À PROPOSITURA DA DEMANDA. - O expediente exigido pelo magistrado de primeiro grau não se amolda à figura da documentação indispensável à propositura da ação (artigo 320 do CPC), não se afigurando legítimo o **indeferimento da peça pelo só fato da falta de tal requerimento administrativo na plataforma consumidor.gov.br.**- Não restando configurada a violação ao disposto no artigo 320 do Código de Processo Civil de 2015, impõe-se a reforma da r. sentença recorrida.” (TJMG. AC 1.0000.20.598111-1/001. Des. Pedro Aleixo, 16ª CÂMARA CÍVEL, 25/02/2021, grifo nosso).

No caso acima, verifica-se que o magistrado de primeira instância indeferiu a petição inicial da apelante por não constar nos autos o seu requerimento na plataforma do consumidor.gov.br. Ou seja, o processo foi extinto sem resolução do mérito porque

a instância “a quo” entendeu que a prévia tentativa de solução extrajudicial da lide era “conditiosine qua non” para que fosse exercido o juízo positivo de admissibilidade da petição inicial.

Como exposto no julgado supra, o indeferimento da inicial pela ausência de prévio requerimento administrativo viola o art. 320, CPC/15. Destarte, da mesma forma que a 18ª Câmara Cível, também a 16ª Câmara Cível do órgão “ad quem” decidiu a favor do autor, aplicando no caso concreto o princípio do acesso à Justiça, respeitando esse mandamento constitucional.

4.3. TJSC. AI 40088169320198240000. 1ª CÂMARA DE DIREITO CIVIL.28.11.2019

Além do TJMG, outros tribunais também já se pronunciaram sobre o tema, como ilustra o aresto abaixo transcrito.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAS E MORAIS. **CONHECIMENTO DA DEMANDA CONDICIONADA À PRÉVIA TENTATIVA DE COMPOSIÇÃO POR MEIO DA PLATAFORMA ELETRÔNICA “CONSUMIDOR.GOV.BR”. INSUBSISTÊNCIA. GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA (ART. 5º, INCISO XXXV, DA CF/88) E O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO.** PROCEDENTES DESTES CORTE DE JUSTIÇA. DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Em que pese a louvável tentativa de composição do conflito pelo Juízo singular, **não se pode condicionar o acesso à jurisdição ao uso de meios alternativos de solução de conflitos, tal como a ferramenta “www.consumidor.gov.br”, notadamente porque a Constituição Federal assegura o exercício do direito de ação, sem a necessidade de submissão prévia à via administrativa,** salvo hipótese em que a própria atuação determinada seja o fator desencadeador do nascimento do direito.” (TJSC. AI 40088169320198240000. Relator: Paulo Ricardo Bruschi, 28/11/2019, Primeira Câmara de Direto Civil, grifo nosso).

No julgado em comento, o órgão “a quo” extinguiu o processo sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, VI, CPC/15. Tal decisão se deu uma vez que a parte autora não submeteu sua reclamação ao procedimento extrajudicial de solução de conflitos da plataforma digital “www.consumidor.gov.br” antes de ajuizar a ação. Não obstante, a parte autora entendeu que a exigência de requerimento administrativo prévio afrontaria o princípio do acesso à Justiça.

Na segunda instância, o argumento da autora apelante foi acolhido, uma vez que o desembargador relator, acompanhado pelos demais magistrados da 1ª Câmara de

Direito Civil, entendeu que a decisão proferida pelo órgão “a quo” tratava-se de uma violação ao princípio do acesso à Justiça, resguardado pela Carta Maior. Dessa forma, assim como o TJMG, também o TJSC entende ser “inexistente o contencioso administrativo obrigatório em nosso ordenamento jurídico”, conforme demonstra o julgado acima transcrito.

5. ORIENTAÇÃO DO NUPEMEC TJMG 01/2020

A despeito dos entendimentos acima transcritos, o TJMG se manifestou favoravelmente à releitura do princípio do acesso à Justiça, confirmando que a ausência de tentativa prévia de negociação pode dar azo à extinção do processo sem resolução do mérito. É o que se infere da Orientação exarada pelo Núcleo Permanente de Métodos de Solução de Conflitos da 3ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (NUPEMEC) NUPEMEC 01/2020, vazada nos seguintes termos:

Nas ações em que for admissível a autocomposição, a exigência de prévia comprovação da tentativa de negociação poderá ser considerada como condição para a aferição do interesse processual, cabendo ao juiz suspender o feito, por prazo razoável, para que a parte comprove tal tentativa, sob pena de indeferimento da inicial ou extinção do feito sem resolução do mérito. (OAB/MG, Nota Técnica nº 01/2021).

O 3º vice-presidente do TJMG e coordenador do NUPEMEC, Des. Newton Teixeira Carvalho, tenta justificar esta orientação argumentando que ela vai ao encontro da política autocompositiva. O magistrado enfatiza que não se trata de impedir o direito de ação judicial, mas sim combater a cultura do litígio, isso tudo de acordo com o art. 3º, § 3º, CPC/15⁴.

Embora o entendimento acima não tenha caráter vinculante, nem convença, é inegável o seu poder de persuasão. Juízes de 1ª instância inclinados a exigirem tentativa prévia de autocomposição se sentirão ainda mais legitimados para adotar tal medida nos processos judiciais.

Felizmente, a OAB/MG se posicionou de maneira enfática, consistente e contrária

⁴ <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/orientacao-recomenda-comprovacao-de-tentativa-de-conciliacao-para-seguimento-de-acao.htm#.YGXWTK9KjIU>. Acesso em 1.4.2021.

ao entendimento vazado pela Orientação do TJMG acima transcrita. De fato, a Nota Técnica 01/2021, exarada pela Comissão de Processo Civil da OAB/MG rebateu de maneira técnica e contundente a orientação do NUPEMEC, afirmando que ela não é condizente com os fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito.

É possível verificar dois vícios nessa Orientação do NUPEMEC, de acordo com a Comissão de Processo Civil. Há vício formal, pois somente compete à União legislar sobre matéria processual, como previsto no art. 22, I, CF/88. Também há vício material, pois a Orientação impõe uma prévia tentativa de solução extrajudicial, sem que tal exigência esteja prevista em lei.

Destarte, a Comissão da OAB propôs a seguinte retificação da Orientação do NUPEMEC:

Nas ações em que for admissível a autocomposição, o NUPEMEC incentivará os cidadãos a buscarem a solução consensual dos seus conflitos antes da propositura de ação judicial, disponibilizando orientações e material didático em seu canal eletrônico. O NUPEMEC orienta, ainda, aos juízes que informem às partes e seus advogados acerca dos benefícios da autocomposição, estimulando-os à tentativa de solução consensual, inclusive no curso do processo judicial. (OAB/MG, Nota Técnica nº 01/2021).

Não há dúvidas que a redação proposta pela OAB é bem melhor do que a do NUPEMEC, uma vez que consegue conciliar a política de estímulo à autocomposição dos problemas com o princípio do acesso à Justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das exposições abordadas neste presente trabalho, verificou-se que o acesso à Justiça consiste num direito fundamental e, por conseguinte, é resguardado por cláusula pétreia, conforme determina o art. 60, §4º, IV, CF/88.

Entretanto, entendem alguns magistrados que esse direito constitucional mereça uma releitura. Eles creem que, havendo a possibilidade de resolver conflitos fora do escopo jurisdicional, no que tange a relação entre consumidor e fornecedor, deverá esta ser prioritária.

Contudo, essa releitura do princípio do acesso à Justiça está equivocada, não encontrando respaldo no ordenamento jurídico vigente. Com efeito, não se pode exigir

do consumidor que realize um requerimento administrativo antes de exercer o seu direito de ação. O Poder Judiciário não poderá excluir ameaça de direito e muito menos lesão a este, sob pena de violação direta à Constituição Federal de 1988.

A exigência da prévia tentativa de solução de conflitos extrajudiciais é uma afronta ao princípio constitucional do acesso à Justiça. Considerando que o direito de ação é abstrato e incondicionado, não é razoável que o Poder Judiciário exija a comprovação de tentativa de composição prévia para a análise do mérito. Corroborando tal assertiva, vários tribunais têm se manifestado contra tal exigência, conforme demonstram os julgados colacionados ao presente estudo.

Conclui-se, por fim, que ainda não há unanimidade doutrinária, nem jurisprudencial, sobre a exigência do prévio requerimento administrativo. Enquanto uma corrente entende que sem este prévio requerimento o autor não teria interesse de agir, a outra corrente entende que tal exigência ofende o princípio do acesso à Justiça. Assim, enquanto não houver precedente vinculante ou texto de lei colocando uma pá de cal sobre este tema, persistirá essa incerteza quanto a essa exigência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasil, 1990. Vade Mecum JusPodivm. 7. ed.ver., atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2020, p. 797.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasil, 2015, (a). Vade Mecum JusPodivm. 7. ed. ver., atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2020, p. 373.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasil, 1988. Vade Mecum JusPodivm 7. ed. ver., atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2020, p. 44.

BRASIL. **Decreto nº 7.963/2013, de 15 de março de 2013**. Brasil, 2013. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato20112014/2013/Decreto/D7963.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%207.963%2C%20DE%2015,que%20lhe%20confere%20o%20art.> . Acessado em 14 de março de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Brasil, 2015, (b). Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acessado em 28 de março de 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.307%2C%20DE%2023,Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20arbitragem.&text=Art.&text=3%C2%BA%20As%20partes%20interessadas%20podem,compromiss%C3%B3ria>

%20e%20o%20c%20compromiss%20arbitral.>. Acessado em 28 de março de 2021.

CONSUMIDOR.GOV.BR. **Sobre o Serviço.** Disponível em:<<https://Consumidor.gov.br/pages/conteudo/sobre-servico>>. Acessado em 14 de março de 2021.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito civil, partegeral e processo de conhecimento.** 21. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de direito processual civil** – 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

FILHO, Napoleão Casado. **Arbitragem comercial internacional e acesso à justiça: o novoparadigma do *Third Party Funding*.** São Paulo, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **A necessidade de prévio requerimento e o uso da plataforma Consumidor.gov.br.** 14 de maio de 2020. Disponível em:<<http://genjuridico.com.br/2020/05/14/previo-requerimento-plataforma-consumidor/>>. Acessado em 15 de março de 2021.

GONTIJO, Danielly Cristina Araújo. **O direito fundamental de acesso à justiça.** São Paulo: LTr, 2015.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **O que é o Consumidor.gov.br.** Disponível em: <<https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/consumidor-gov.br>>. Acessado em 24 de março de 2021.

O CONSUMERISTA. **Afinal, o que é o Consumidor.gov.br.** Disponível em:<<https://www.oconsumerista.com.br/2017/02/afinal-o-que-e-o-consumidor-gov/>>. Acessado em 24 de março de 2021.

OAB MINAS GERAIS. **OAB Minas emite nota técnica sobre comprovação de conciliação para ajuizamento de ação.** Disponível em:<https://www.oabmg.org.br/Noticias/Index/10567/OAB_Minas_emite_nota_tecnica_sobre_ccomprovaca_de_conciliacao_para_ajuizamento_de_acao>. Acessado em 26 de março de 2021.

TJMG – **APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.20.539353-1/002** MG, Relator: Des.(a) João Cancio, Data de Julgamento: 23/02/2021, Décima Oitava Câmara Cível, Data de Publicação 23/02/2021.

TJMG - **APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.20.598111-1/001** – Des.(a) Pedro Aleixo, Data de Julgamento: 24/02/2021, 16ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação 25/02/2021.

TJMG. **Juizado Especial Cível, Criminal e da Fazenda Pública** Comarca de Belo Horizonte. **Sentença, processo nº.: 9044639.74.2019.813.0024** - Procedimento do Juizado Especial Cível.

TJMG. Poder Judiciário Belo Horizonte 03ª Unidade Jurisdicional Cível - **PROJUDI.**



Sentença, processo nº.: 9035281.85.2019.813.0024 - Procedimento do Juizado EspecialCível.

TJSC - **AI 40088169320198240000** Brusque 4008816-93.2019.8.24.0000, Relator: Paulo Ricardo Bruschi, Primeira Câmara de Direto Civil, Data de Julgamento: 28/11/2019.

DO MOMENTO OPORTUNO PARA APRESENTAÇÃO DA DÚVIDA RAZOÁVEL À TUTELA DE EVIDÊNCIA REQUERIDA COM FUNDAMENTO NO ART. 311, INCISO IV, DO CPC

Tamires Nerys Freitas¹

Rainer Bomfim²

RESUMO: Sob a metodologia jurídico-dogmática, objetiva-se demonstrar que a tutela de evidência, prevista no art. 311, inciso IV, do Código de Processo Civil de 2015, somente podese apreciada pelo juízo após o oferecimento da contestação pela parte ré. Todavia, demonstra-se, igualmente, que inúmeros julgadores desrespeitam tal regra apreciando a mencionada tutela em sede liminar, antes da contraprova necessária do réu.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Civil; Tutela Provisória; Tutela de evidência; Momento oportuno para apresentação de dúvida razoável.

ABSTRACT: In the legal-dogmatic methodology, it is aimed to demonstrate that the relief of evidence, provided for in art. 311, item IV, Code of Civil Procedure of 2015, can only be appreciated by the court after the defendant offers the defense. However, it is also demonstrated that many judges disrespect such rule by considering such injunctive relief, before the necessary counterevidence of the defendant.

KEY WORDS: Civil Procedural Law; Provisory Relief; Relief of evidence; Timeliness for presenting reasonable doubt.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pelo Instituto Elpidio Donizette; Advogada atuante em Direito Civil e Processo Civil – E-mail: tamiresnerys@gmail.com

² Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com bolsa CAPES. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Especialista em Direito Previdenciário pela FAVENI. Bacharel em Direito pela UFOP. Professor de Direito na Faculdade Doctum de João Monlevade. Advogado.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015) estabeleceu em seu Livro V, dos artigos 294 a 311, os dispositivos aplicáveis às tutelas provisórias existentes no ordenamento brasileiro.

Este livro demonstra que o códex adotou o sistema de tutelas baseando-se em duas espécies, a tutela de urgência e de evidência. Ambas possuem o caráter de provisoriedade sumariedade, sendo, portanto, tutelas precárias e decididas em cognição resumida (BRASIL, 2015).

O Código ainda demonstrou que a tutela de urgência – que visa guardar um direito que se encontra ameaçado pelo risco de dano em virtude do tempo – se divide em cautelar (conservativa) e antecedente (satisfativa), podendo ambas ser propostas anteriormente ao ajuizamento da demanda, cumulativamente e incidentalmente – essa última hipótese aplicável somente à modalidade cautelar (BRASIL, 2015). Em todos os casos, o juízo ao se deparar com tal requisição poderá apreciar o pedido liminarmente, antes ou depois da citação, a depender do caso concreto.

Por sua vez, a tutela de evidência, conforme exposição do CPC/15, é aquela em que o processo se adequa para maior ou menor evidência em prol daquele que demonstra estar evidente o direito material requerido, ocasionando a satisfação da medida por uma apreciação sumária. Em tal espécie de tutela – art. 311³, do CPC (BRASIL, 2015) –, somente os incisos II e III poderão ser apreciados liminarmente, sendo certo que os incisos I e IV, necessitam de uma contraprova do réu para que o magistrado possa determinar, a partir do efetivo contraditório, em face de quem milita a evidência da pretensão.

No entanto, o presente artigo, sob a vertente metodológica jurídico-dogmática, possui como objetivo a discussão da necessidade de contraprova do réu, por meio da

³ “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.”

contestação, dos requerimentos fundamentados no inciso IV, do art. 311, do CPC (BRASIL, 2015).

1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS TUTELAS PROVISÓRIAS SOBO PRISMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Nesta seção destaca-se quais tutelas provisórias foram estampadas no Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015) e quais são os seus objetivos.

Assim, conforme se depreende da sistemática do Direito Processual Civil atualmente, o objetivo da jurisdição é a realização da vontade concreta da lei, visando principalmente a prestação da tutela do direito material envolvido na lide deduzida em juízo (BRASIL, 2015).

Tutela Provisória, por sua vez, busca assegurar a utilidade do processo visando a prestação dessa tutela definitiva, quando estiverem presentes empecilhos que possam dificultar essa prestação (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 595-604). Em virtude disso, a tutela em discussão é provisória – pois buscam antecipar um resultado provisoriamente – e sumária – pois visam assegurar provisoriamente situações jurídicas que revelam a existência de direitos subjetivos (DIDIER JR., 2015, p. 568).

Em se tratando de tutela provisória, o objetivo principal seria o afastamento dos inconvenientes que a parte requerente estaria suportando enquanto sua pretensão final não lhe é assegurada (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 595-604). Diante desse risco, o Códex distinguiu duas espécies de tutela provisória, nas quais é possível se distinguir duas situações frente ao direito questionado.

A primeira, chamada de tutela de urgência, trata-se de uma tutela provisória em que o risco de dano ou a injustiça, suportados, se deram em privação da prestação ou um dano iminente ao seu direito até a obtenção da tutela final (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 595- 604).

Já a segunda, chamada de tutela de evidência, trata-se de tutela provisória em que um direito evidente não estaria efetivado em razão do decurso de tempo ao qual o processo tramitar para a obtenção da tutela final (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 595-604). Nessa espécie de tutela provisória, o que se busca é antecipação da uma tutela definitiva de um direito evidente posto pela parte, ante a adequação do processo em

favor da parte requerente (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 595-604).

Verifica-se, pois, que em ambas as tutelas o aspecto em comum seria tão somente o *fumus boni iuris*, pois o perigo de demora somente milita em favor da tutela de urgência, sendo dispensado na tutela de evidência.

Quanto a tutela de urgência, o Código definiu que, para o seu requerimento é necessária a demonstração de três requisitos, quais sejam: (i) probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) – aparência do direito material ao qual a parte pretende obter; (ii) *periculum in mora* – também chamado de perigo de dano –, que é a demonstração de existência do dano enquanto perdurar o processo no tempo; (iii) reversibilidade – requisito que a parte deverá demonstrar quanto a possibilidade de reversibilidade da decisão caso exista o provimento jurisdicional negativo (BRASIL, 2015).

Lado outro, necessário igualmente destacar o caráter da prestação ao qual o pedido da tutela provisória se destina. Isso porque a tutela provisória pode ser requerida cautelarmente, isto é, com o objetivo conservatório de um direito e antecipadamente, com o objetivo de satisfação de uma tutela definitiva (AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, 2018, p. 499-500). Para André Luiz Bâuml Tesser, no estudo “As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no Novo Código de Processo Civil”, citado na obra *Coleção Novo CPC*, organizada por Fredie Didier Jr., a diferenciação se daria a partir do resultado:

a nova legislação reafirma a ideia mais antiga de que a distinção entre as medidas dá a partir do resultado com ela obtido para o direito material, posto que a tutela cautelar conservará o direito material somente, ao passo que a tutela antecipada o realizará plenamente; (DIDIER JR., 2016, p. 568)

Ainda, quanto ao momento de requerimento, as tutelas cautelares podem ser pleiteadas em caráter antecedente (art. 305, CPC⁴) (BRASIL, 2015), cumulativamente (art. 308, § 1º, do CPC⁵) (BRASIL, 2015) ou incidentalmente (art. 294, § 1º, do CPC⁶)

⁴ Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

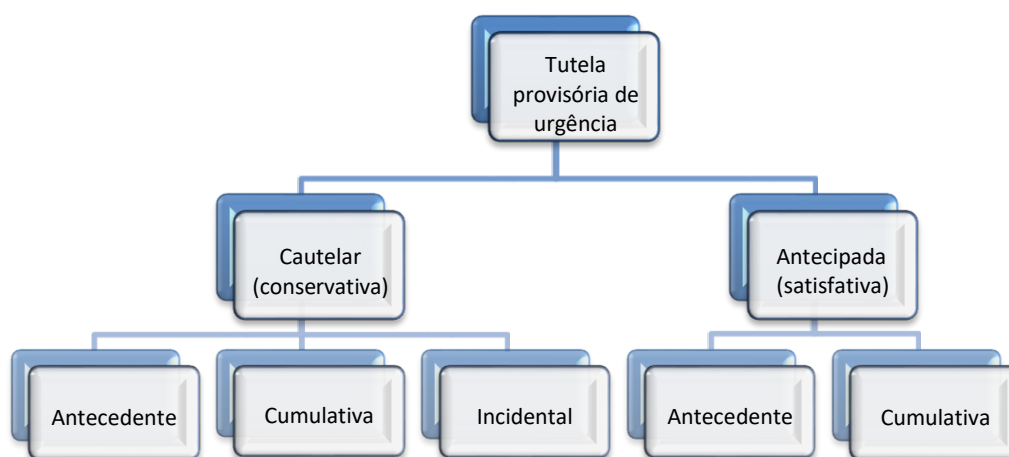
⁵ Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo adiantamento de novas custas processuais.

⁶ Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

(BRASIL, 2015). A tutela provisória requerida em caráter antecedente é aquela formulada anteriormente ao pedido principal deduzido em juízo, a tutela cumulativa é aquela na qual é deduzido o pedido de urgência e o pedido principal, já a tutela provisória em caráter incidental é aquela requerida no curso de um processo já ajuizado (AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, 2018, p. 485-486).

Já a tutela satisfativa (antecipada) poderá ser requerida em caráter antecedente ou cumulativamente.

Figura 1 – síntese esquemática da tutela provisória de urgência



Noutro vértice, o Código de Processo Civil, ainda demonstrou no seu livro outra modalidade de tutela provisória: a tutela de evidência.

Ao contrário da tutela de urgência, na qual o seu maior fundamento se pauta no perigo de dano em face da demora na prestação jurisdicional, a tutela de evidência se fundamenta na pretensão com certo grau de certeza e liquidez no pedido deduzido em juízo (AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, 2018, p. 562-563). Sua maior força se funda no fato de que um processo exaustivamente delongado não seria necessário, pois o direito material deduzido em juízo poderia ser demonstrado de maneira otimizada, sendo possível o deferimento de uma tutela de caráter provisório objetivando a concessão da tutela definitiva (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 595-604).

A mencionada espécie de tutela poderá ser pleiteada em caráter satisfativo, devendo, no entanto, estar comprovado suficientemente o direito requerido (DIDIER JR., 2015, p. 570).

Ainda, quanto a oportunidade do seu requerimento, a tutela de evidência somente

pode ser pleiteada por meio da pretensão principal deduzida em juízo – afinal ela é a própria pretensão –, pois é por meio dela que se pode avaliar a evidência do direito requerido milita em prol da parte (DIDIER JR., 2015, p. 571).

A tutela de evidência está prevista no art. 311, do CPC7 (BRASIL, 2015) e possui quatro hipóteses de cabimento, independente da demonstração de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Todavia, ainda que não seja necessária a demonstração do perigo de dano, para a concessão das quatro hipóteses é necessária a evidência do direito requerido de modo a apoiar a concessão em favor de quem a requerer.

De maneira resumida, apenas os incisos II e III, podem ser ter decisões liminares. No entanto, como será demonstrado adiante, os incisos I e IV podem ter decisões incidentais ao longo do processo.

O inciso II, do artigo 311, do CPC, dispõe que: “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” (BRASIL, 2015). Para a concessão de tal medida são necessários dois requisitos, (i) necessidade de carrear aos autos prova documental idônea que ampare as alegações de direito pleiteadas – tanto pelo réu quanto pelo autor e; (ii) que o fundamento jurídico invocado esteja sustentado por tese de julgamentos repetitivos ou de direito sumulado – ambos pautados em discussões em torno de lacunas da lei e não da aplicação efetiva de uma lei.

O inciso III, do artigo 311, do CPC, dispõe que: “se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa” (BRASIL, 2015). O requisito para a sua concessão é pautado na natureza do contrato firmado entre as partes e na prova documental produzida pela parte que a requer.

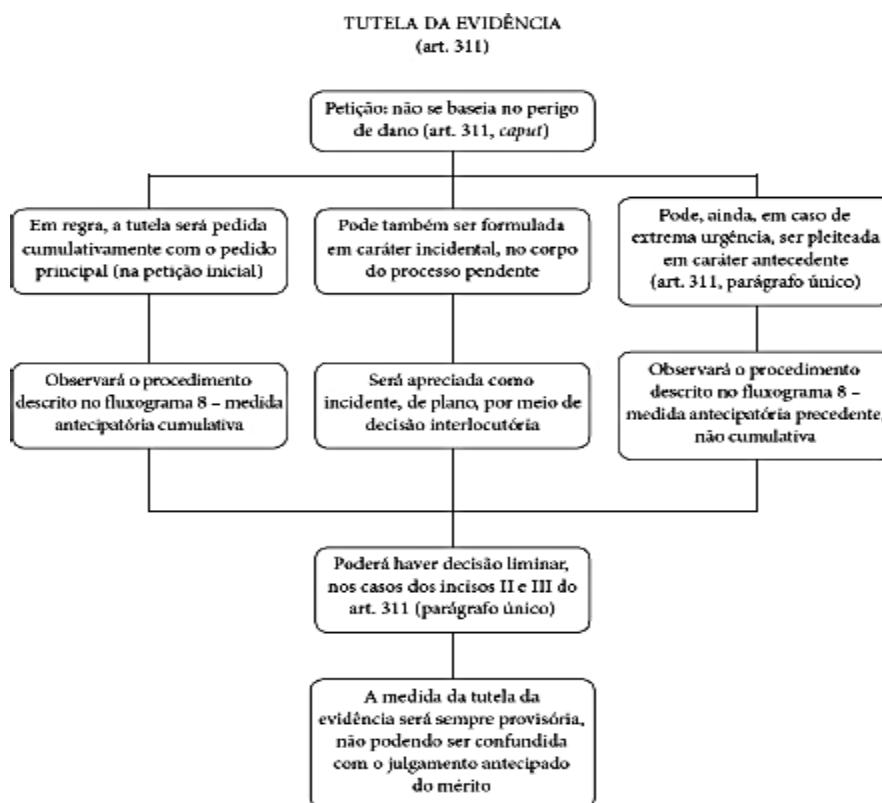
Já o inciso I, do artigo 311, do CPC dispõe que: “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte” (BRASIL, 2015). Esse inciso da tutela de evidência se destina a militar em favor daquele que pleiteia um direito e encontra óbice na defesa ou na protelação do processo ao qual se destina a sua

⁷ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou derisco ao resultado útil do processo, quando: (...) Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente

garantia. O que o Código estampou nesse requisito é a demonstração de que, aquele que dificulta uma prestação, certamente garante à parte contrária maior grau de certeza da sua pretensão. O inciso IV, do artigo 311, do CPC será analisado no tópico a seguir, por se tratar do objeto do presente estudo.

Vejamos o fluxograma nº 11 do Curso de Direito Processual Civil, do Professor Humberto Theodoro Junior, página 684:

Figura 2 - Quadro esquemático da tutela provisória de evidência apresentado pelo doutrinador Humberto Theodoro Junior, página 684.



Fonte: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pag.684.

Conclui-se, portanto, que as tutelas provisórias são divididas em tutela de urgência e tutela de evidência, podendo as tutelas de urgência, sejam conservativas ou satisfativas ser apreciadas liminarmente – no sentido preliminar à citação do réu com a sua consequente manifestação ou à apresentação da sua contestação. Já a tutela de evidência somente permite a apreciação liminar nas hipóteses previstas nos

incisos II e III, do artigo 311, do CPC (BRASIL, 2015).

2. DA NÃO OBSERVÂNCIA PELOS APLICADORES DO DIREITO QUANTO AO MOMENTO PARA APRESENTAÇÃO DE DÚVIDA RAZOÁVEL DA TUTELA DE EVIDÊNCIA - ART. 311, INCISO IV, DO CPC

Cumpra estabelecer qual o fundamento jurídico posto em discussão no presente estudo: tutela de evidência requerida na hipótese do art. 311, inciso IV, do Código de Processo Civil:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: **IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.** (BRASIL, 2015, grifo nosso)

Como estampado no tópico anterior, a tutela de evidência é uma tutela que visa por meio da sumarização de cognição garantir em favor da parte que demonstra alta probabilidade do seu direito, os efeitos da tutela satisfativa definitiva (BRASIL, 2015); (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 595-604). Amparada pelo direito fundamental à duração razoável do processo, previsto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal⁸ (BRASIL, 1988), tem-se uma distribuição razoável do ônus temporal processual para que, se o direito ali estiver demonstrado em favor de uma das partes, será cabível a antecipação da sua concessão.

A tutela de evidência aqui discutida é admissível para afirmações de fatos que já estão supostamente comprovadas, vez que o direito emerge evidente em favor de uma das partes. É uma forma de tutela provisória com dois pressupostos, sendo (um) a prova das alegações de fatos e (dois) a probabilidade de acolhimento da pretensão processual (BRASIL, 2015).

O primeiro pressuposto far-se-á no momento de propositura da ação, uma vez que, a petição inicial deverá ser instruída, além do pedido de tutela de evidência cumulada, com os documentos comprobatórios dos fatos constitutivos dos direitos do

⁸ Art. 5º. LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação

autor.

Já para a apreciação da tutela com a probabilidade de acolhimento da sua pretensão processual, é necessário que o réu se contraproponha ou não à prova documental proposta pelo autor (DIDIER JR, 2015, p. 629). Tratando-se de fatos constitutivos a serem demonstrados por meio de provas documentais, é necessário que o contraditório seja produzido, e não diferido, antes de qualquer decisão sabendo-se que o inciso IV, necessita da contraprova do réu para a demonstração de dúvida razoável do que fora apresentado pelo autor como “verdade real” (ASSIS, 2015, P. 51-76).

Se o réu apresentar defesa indireta de mérito (347), com fundamento razoável, que exija uma investigação maior, fica afastada a concessão da tutela de evidência (justamente por colocar em dúvida a fortíssima probabilidade do autor. (ASSIS, MACÊDO, PEIXOTO, FREIRE, 2015, p. 51-67)

Além dos dois requisitos acima, cumpre ressaltar outro aspecto importante para a concessão da mencionada medida. As provas constitutivas do direito do autor que instruem a exordial são as provas documentais. Ao contrário da tutela de urgência, a tutela de evidência com fundamento no inciso IV, não é demonstrada pela simples narrativa verossímil, devendo ser demonstrada por meio de provas documentais e desde que o réu não oponha dúvida razoável.

O primeiro deles é que a evidência seja demonstrada pelo autor e não seja abalada pelo réu **mediante prova exclusivamente documental**. Deve tratar-se de causa cuja prova seja basicamente documental. Uma interpretação extensiva permite que se considere aí abrangida a prova documentada (como a prova emprestada ou produzida antecipadamente), bem como a evidência de fatos que independem de prova ou mais provas (como o notório, o incontroverso e o confessado). O segundo é que o autor traga prova documental (ou documentada) suficiente dos fatos constitutivos do seu direito, que, por isso, já é evidente. E o terceiro é ausência de contraprova documental suficiente do réu, que seja apta a gerar “dúvida razoável” em torno: a) do fato constitutivo do direito do autor; ou b) do próprio direito do autor - quando adequadamente demonstrado fato que o extinga, impeça ou modifique. Insista-se: a contraprova do réu, cuja ausência se pressupõe para a concessão de tutela de evidência, é a documental. Isso porque se o réu não dispuser de nenhum outro meio de prova suficiente, além da documental, então já será caso de julgamento antecipado do mérito por desnecessidade de produção de outras provas (art. 355, I, CPC). (DIDIER, 2015, p.629, grifo nosso)

Não há como se presumir os fatos documentais alegados pelo autor como verdadeiros, sem o contraditório efetivo que se espera confirmar ou apresentar dúvida

razoável ao que fora apresentado.

Como é sabido, para dispor de todos os meios de provas aptos a contrapor os argumentos do requerente da tutela de evidência, o momento oportuno seria quando do oferecimento da contestação. Isso se deve ao fato de a contestação ser o momento em que a parte adversa dispõe de todos os mecanismos de defesa disponíveis para gerar dúvida razoável, como arguição de nulidades, juntada de documentos, defesa de mérito, dentre outros inúmeros atributos. É na contestação é que a parte pode arguir todos os fundamentos possíveis que lhe sejam desfeitos: “Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.” (BRASIL, 2015), sendo então o momento apto a contrapor o pedido do autor da tutela de evidência.

De tal maneira, a tutela deverá ser apreciada somente em posterior oportunidade de contraproposta ofertada pelo réu, sendo tal meio de dúvida ofertado por meio da Contestação e todos os seus atributos, prevista nos art. 335 e art. 336, do CPC (BRASIL, 2015).

Trata-se, pois, de medida destinada a tutela de interesses apenas do autor, e que somente pode ser deferida em caráter incidental, depois de conhecida a defesa do demandado. Em função desta é que o juiz poderá avaliar se a força probante da documentação do autor foi anulada ou reduzida pela contraprova do adversário. (THEODORO, 2015. p. 683)

Veja-se o que dispõe o Professor Humberto Theodoro Junior sobre a concessão incidental da tutela de evidência apenas após a Contestação, nas hipóteses dos incisos I e IV:

II – Concessão incidental: No curso do processo é possível, após a contestação, obter medida de tutela da evidência, em duas situações: quando evidenciado o abuso de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte (art. 311, I). quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não tenha oposto prova capaz de gerar dúvida razoável (art. 311, IV). O requisito básico da tutela da evidência é, tão somente, a comprovação já deduzida em juízo do direito material da parte, ainda não afetada por contraprova séria do adversário. Combate-se a injustiça de, da demora do processo, resultar prejuízo para a parte que, comprovadamente, reúne melhores condições de sair vitoriosa na solução final do processo.” (THEODORO, 2015. p. 676, grifo nosso)

Veja-se como já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - OPÇÃO REMUNERATÓRIA DE SERVIDOR - TUTELA ANTECIPATÓRIA - **TUTELA DE EVIDÊNCIA - HIPÓTESES TAXATIVAS** - TUTELA DE URGÊNCIA - DEMONSTRAÇÃO DA URGÊNCIA - INEXISTÊNCIA - IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO - DESCABIMENTO.

- Não há vedação legal à concessão de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, nas causas de natureza previdenciária (STF e STJ).

- **A tutela de evidência é deferida, liminarmente, apenas** nas hipóteses taxativamente previstas nos **incisos II e III do art. 300, do CPC**.

- **A tutela de evidência prevista no inciso IV, do CPC**, somente pode ser deferida **após a apresentação de Contestação, em razão da necessidade de que seja avaliada a existência de contraprova capaz de gerar dúvida razoável quanto à argumentação do Autor**. (grifo nosso)⁹

Todavia, as tutelas provisórias poderão ser deferidas liminarmente sem a oportunidade do contraditório, somente em caráter excepcional. Conforme entendimento consolidado da doutrina e jurisprudências pátrias, a tutela de urgência requerida em caráter liminar, possui previsão da manifestação da parte adversa, excetuando-se essa oportunidade diante de situações em que o perigo de dano estiver na iminência de ocorrer de modo a não suportar a citação do requerido.

Em virtude dessa concessão a oportunidade de manifestação do réu, o que vem sendo verificado nos juízos de primeiro grau e até em grau recursal é a análise liminar – antes ou depois da citação do réu –, muitas vezes com a oportunidade do contraditório, pode meio dessa manifestação convencional, antes da apresentação de dúvida razoável, aplicando analogicamente as determinações de outras tutelas provisórias, que preveem a possibilidade de apreciação e concessão das tutelas provisórias em sede liminar.

Veja-se algumas decisões por amostragem que não respeitaram a presença do contraditório efetivo nessa espécie de tutela.

Na transcrição a seguir, embora o juiz tenha indeferido a tutela de evidência, chegou a apreciá-la liminarmente, em despacho inicial:

Em sede de tutela de evidência, a parte autora requer sejam mantidos os valores acordados na ação civil pública que tramita na 6ª Vara de Fazenda Pública, da Comarca de Belo Horizonte, a fim de que a ré continue a pagar, mensalmente,

⁹ TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.19.040772-6/001, Relator(a): Des.(a) Alice Birchal, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 29/10/2019, publicação da súmula em 05/11/2019

a importância de um salário-mínimo em seu favor, até o fim do processo ou até que cesse a situação vivenciada pelos autores.
No entanto, entendo que razão não lhe assiste. [...]
Desta feita, indefiro o pedido de tutela de evidência. [...] ¹⁰

Neste caso, novamente verifica-se em despacho inicial a apreciação da tutela de evidência em sede liminar:

[...] Do necessário, é o relatório. **DECIDO sobre os pedidos de tutela de evidência.** Conforme cediço, em se tratando de tutela de evidência, preconiza o Código de Processo Civil a possibilidade de sua concessão, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, devendo, no entanto, restarem preenchidos os seguintes requisitos, in verbis: “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.”
No presente caso, os documentos acostados junto à inicial não são aptos a comprovar, por ora, os fatos constitutivos do direito dos autores, vez que, apesar de ser notório que a cidade de Brumadinho vem sofrendo intensamente com as consequências do rompimento da barragem em tela, com total alteração em seu comércio e no modo de vida da população, não há neste processo sequer indícios do montante que os autores deixaram de auferir com o aluguel do sítio e com a possível realização de eventos no local, que poderia ter sido, inclusive, comprovado através de extratos bancários, livros de caixa e outros documentos contábeis.
Mister consignar que os pleitos de antecipação de valores indenizatórios e lucros cessantes devem ser analisados de acordo com as especificidades de cada caso, notadamente neste em que a parte autora não fez prova de suas alegações, em especial em relação à queda de seu faturamento após o ocorrido no Córrego do Feijão e ao valor auferido por ela antes e depois do dia 25.01.2019, merecendo, pois, dilação probatória as questões trazidas na inicial.
[...] (grifo nosso) ¹¹

Verifica-se que não raras as hipóteses¹², geralmente em despacho inicial,

¹⁰ Decisão interlocutória consultada no processo nº 5002545-78.2019.8.13.0090 que tramita perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais

¹¹ Decisão interlocutória consultada no processo nº 5002247-86.2019.8.13.0090 que tramita perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

¹² “Com efeito, a argumentação deduzida pela ora agravante aponta a inexistência dos requisitos legais para a concessão da tutela de evidência deferida pela Corte Regional, ressaltando o fato de que não existe tese definida em recurso repetitivo sobre o assunto e que, outrossim, nem sequer teria oferecido contestação nos autos principais, do que resultaria violação direta do art. 311, incisos II e IV, do

existe apreciação da tutela de evidência, bastando o requerimento dos autores sob o argumento do perigo de dano – aplicável à tutela de urgência e dispensável na tutela de evidência – sem se ater aos requisitos legais necessários para o pleito de tutela de evidência.

No presente estudo, o posicionamento firmado é que nem ao menos a apreciação, aindaque seja indeferida, poderia ser feita em sede liminar nas tutelas de evidência requeridas com fundamento no inciso IV, do art. 311 (BRASIL, 2015). Justifica-se, pois esse juízo de cognição sumária em sede liminar basearia o indeferimento (i) de ofício pelo juiz e (ii) não se pautaria na dúvida razoável gerada pelo contraditório que o réu

CPC/2015. Confira-se (e-STJ, fl. 149): 72. Os grifos inseridos têm por propósito justamente ratificar que o entendimento do I. Relator derivou para a concessão da tutela de evidência mediante a exclusividade dos fatores documentais contidos nos autos. No entanto, Excelências, é de rigor se afiançar que tal pressuposto mostra-se insuficiente para acolher este tipo de pedido. A grosso modo, ao se olhar para a redação tanto do inciso II quanto do inciso IV do artigo 311 do CPC, constata-se que os mesmos apresentam não critérios alternativos para justificar a tutela, mas critérios cumulativos, que, por sua vez, não foram considerados no decisor. 73. Com efeito, no que toca à previsão contida no inciso II, asseverou o legislador que a tutela será cabível, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas documentalmentemente. Porém, somado a isto, acrescenta a hipótese de existência de tese firmada em julgamento de repetitivos ou em súmula vinculante, como um fator adicional para que a concessão da tutela ocorra. Assim não fosse, e não haveria razão para a inserção da letra “e” no texto legal, que neste caso, funciona especificamente como condicionante para a aplicabilidade do referido instituto. 74. Por outro lado, a peculiaridade do inciso IV é ainda mais cristalina, vez que, além da existência de prova documental suficiente, há que inexistir possibilidade das alegações do réu em suscitar dúvida acerca do declarado pelo autor, o que no caso dos autos sequer ocorreu, eis que o feito em sua origem sequer corre ainda prazo para oferecimento da peça defensiva. 75. Não tendo a Recorrente sequer contestado o feito, não se mostra plausível depreender que não venha a disponibilizar elementos, documentos e provas outras que se mostrem aptas a desconstituir o suposto direito enervado pelo Recorrido.” (AgInt na PETIÇÃO Nº 12.363 - RJ (2018/0250623-3) – Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgamento: 11/12/2018) “Do necessário, é o relatório. DECIDO acerca dos pedidos formulados em sede de tutela de evidência. Conforme cediço, em se tratando de tutela de evidência, preconiza o Código de Processo Civil a possibilidade de sua concessão, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, devendo, no entanto, restarem preenchidos os seguintes requisitos, in verbis: [...] No caso, verifico que o pedido de tutela de evidência em questão, consistente na condenação da mineradora ao pagamento de lucros cessantes no importe de R\$ 1000,00 (mil reais) por mês para a 1ª Requerente e R\$1800,00 (mil e oitocentos reais) por mês para o 2º Requerente, até o deslinde da ação ou, ao menos, um salário mínimo para cada um, não foi instruído com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito autoral. Isso porque a inicial foi instruída, apenas, com cópia dos documentos pessoais e comprovantes de endereço, além de cópia do registro simplificado feito perante a requerida acerca dos fatos alegados, não havendo nos autos documentos que sequer indicam que os autores Leandro e Adriana laboravam quando da ocorrência da tragédia. Ademais, restou comprovado que o autor recebe mensalmente a título de indenização emergencial da requerida, o importe equivalente a um salário mínimo para cada adulto e ½ salário mínimo para cada infante, e o receberá pelo menos até janeiro de 2020, haja vista o teor da decisão exarada nos autos da ACP em curso na Comarca de Belo Horizonte/MG, sendo certo que os requerentes não trouxeram à tona nenhum documento que indique que a referida quantia tem se mostrado insuficiente à satisfação dos fins pretendidos, não havendo sequer relatos nesse sentido. Dessa feita, entendo que as alegações tecidas pelo autor demandam dilação probatória, devendo, pois, ser apreciadas após a devida instrução processual, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Nessa esteira, INDEFIRO o pedido de tutela de evidência.” (Despacho inicial nos autos de nº 5000441-16.2019.8.13.0090. TJMG - 08/11/2019)

disponibilizaria em sede de contestação. Tal indeferimento poderia gerar meios impugnativos contra a decisão, como a interposição de Agravo de Instrumento, sem a constituição necessária da participação do réu.

No presente estudo não se conseguiu apurar qual a justificativa para a não observância dos aplicadores do direito à determinação do Código de apreciação da tutela de evidência somente quando for oportunizada ao réu a contraprova adequada. Não se sabe se seria um procedimento padrão na rotina das varas cíveis ao analisar os pedidos de tutela ainda que formuladas por meio da tutela de evidência, aplicando-se a fungibilidade das tutelas, o que não é devidamente fundamentado pelos magistrados se assim o fazem.

O que se constata na prática é que tal apreciação é feita sem nenhuma justificativa adequada para a antecipação do julgamento da tutela de evidência sem a participação efetiva do réu, de modo que no dia a dia tem-se observado uma grande ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Ademais, ainda que alguns juízes concedam a manifestação da parte contrária convencionalmente aplicada à tutela de urgência - geralmente no prazo de 3 (três) ou 5 (cinco) dias - para o pedido de tutela de evidência, verifica-se que tal oportunidade não é o suficiente para que o réu ofereça dúvida razoável por meio de todos os mecanismos que a contestação dispõe. A hipótese prevista no art. 311, inciso IV (BRASIL, 2015), não pode ser concedida antes da apresentação da contestação, ainda que oportunizada a manifestação do réu e menos ainda em caráter liminar inaudita altera pars.

Ao conceder a manifestação simplória sem todos os mecanismos disponíveis de uma defesa, não conseguir-se-ia gerar a dúvida razoável a ponto de não permitir o deferimento da tutela de evidência.

Em virtude do exposto, verifica-se que a tutela de evidência requerida com fundamento no art. 311, inciso IV (BRASIL, 2015), necessita de ampla demonstração documental do direito requerido e de que o réu não oponha dúvida razoável, sendo essa dúvida razoável somente possível de ser produzida quando do oferecimento de contestação. No entanto, na prática, o judiciário tem enfrentado o pedido de tutela de evidência anteriormente à Contestação, o que vem ferindo gravemente os princípios do contraditório e ampla defesa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, a partir da presente análise que a tutela de evidência se fundamenta em uma cognição resumida de uma tutela final, pois a parte que a requer possui elementos que demonstram a evidência do direito material requerido.

Em virtude disso, visando a garantia de preceitos fundamentais, como o contraditório, a ampla defesa, é que a mencionada tutela necessita da contraprova do réu com todos os seus instrumentos disponíveis, para que uma apreciação e consequente (in)deferimento não estejameivados de dúvida razoável não oportunizada a ser deduzida.

Destarte, é que a necessidade de ser respeitado o contraditório efetivo contra o pleito de tutela de evidência que em tese junta prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito requerido, é premissa fundamental a ser observada pelos julgadores na seara processualcível brasileira.

REFERÊNCIAS

AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel. **Manual de Direito Processual Civil: Vol. Único**. 10ª Edição. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2018.

ASSIS, Carlos Augusto de. **Reflexões sobre os novos rumos da tutela de urgência e evidência no Brasil**. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Doutrina selecionada: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. 2ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2015.

BRASIL. **Código de processo civil**. 2015. BRASIL. **Constituição Federal**. 1988.

DIDIER JR, Fredie. **Coleção Novo CPC: Doutrina Selecionada. V1. Parte Geral**. 2ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2015

LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil Anotado**. 20ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. 56ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



A MODERNIZAÇÃO, A DIGITALIZAÇÃO E A NECESSIDADE DA DESBUROCRATIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CÍVEL

Thais Mara Mendes Vieira¹

RESUMO: Este artigo científico possui o objetivo de demonstrar a contemporaneidade e modernidade do direito, bem como de ressaltar como os avanços tecnológicos tem influenciado de maneira significativa na atuação da advocacia; possui o objetivo também de demonstrar como o que já era tendência passou a ser de extrema necessidade no momento atual ao qual estamos vivendo, qual seja, a pandemia do corona vírus; ainda possui objetivo de demonstrar como o judiciário tem outorgado aos cartórios mais autonomia na área processual como uma forma de desburocratizar e assim atender a população de forma mais rápida e eficiente. Demonstrará, em tempo, uma mudança de comportamento dos advogados, os quais possuem possibilidades atualmente de atender seus clientes em escritórios virtuais e como isso impactado a desnecessidade de um escritório físico para atendimentos, o que há alguns anos atrás não era sequer imaginado. Por fim, a tendência do direito extraprocessual através da facilitação de acordos utilizando de plataformas de mediação ou mesmo do advogado conciliador como forma de “desafogar” o judiciário, dando celeridade e efetividade aos processos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito contemporâneo. Avanços tecnológicos. Atuação na advocacia. Desburocratização. Escritórios virtuais.

ABSTRACT: This scientific article aims to demonstrate the contemporaneity and modernity of law, as well as highlighting how technological advances have significantly influenced the practice of law; it also has the objective of demonstrating how what was already a trend became extremely necessary in the current moment in which we are living, that is, the coronavirus pandemic; it also aims to demonstrate how the judiciary has granted notary offices more autonomy in the procedural area as a way to reduce bureaucracy and thus serve the population more quickly and efficiently. It will demonstrate, in time, a change in the behavior of lawyers, who currently have possibilities to serve their clients in virtual offices and how this impacted the unnecessary need for a physical office for services, which a few years ago was not even imagined. Finally, the trend of extra-procedural law through the facilitation of agreements using mediation platforms or even the conciliatory lawyer as a way to “unburden” the judiciary, giving speed and effectiveness to the processes.

KEY-WORDS: Contemporary law. Technological advancements. Practice in law. Debureaucratization. Virtual office.²

¹ Bacharela em Direito, Pós-Graduada e Especialista em Direito Civil e da Família. Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal. Advogada.

² Declaro que sou autora deste Trabalho de Conclusão de Curso. Declaro também que o mesmo foi feito por mim e integralmente redigido, não tendo sido copiado ou extraído, seja parcial ou integralmente, de forma ilícita de nenhuma fonte além daquelas públicas consultadas e corretamente referenciadas ao longo do trabalho ou daqueles cujos dados resultam de investigações empíricas por mim realizadas para fins de produção deste trabalho. Assim, declaro, demonstrando minha plena consciência dos efeitos civis, penais

INTROUÇÃO

O artigo presente vem trazer a seus leitores como o direito muda com o tempo, como ele é contemporâneo. Os avanços tecnológicos serão abordados com base na análise e comparação da mudança de comportamento na atuação da advocacia. E como isso, como impacta um cenário que já vislumbrava a desburocratização, seja pela maior eficiência e rapidez, ou seja pelo momento atual ao qual estamos vivendo, qual seja a pandemia do corona vírus.

O objetivo geral deste trabalho é demonstrar aos estudantes, profissionais e amantes do direito que, o que se aprende na faculdade atinente ao direito ser contemporâneo é mais de que um ensinamento, é uma realidade a qual, nós profissionais do direito devemos nos adaptar.

A metodologia utilizada será pesquisa de campo de uma advogada, formada no ano de 2015, a qual tem verificado extrema mudança em poucos anos de advocacia e vislumbra uma mudança ainda maior, por isso, o motivo de atenção a contemporaneidade do direito e necessidade de adaptação aos avanços tecnológicos se faz presente, este estudo ainda encontra-se baseado em pesquisa bibliográfica e eletrônica atinente ao tema.

1. DESENVOLVIMENTO

1.1. A contemporaneidade, definição e aplicação no mundo jurídico

Aprende-se já nos primeiros períodos da faculdade de direito que o direito é contemporâneo. E atualmente é evidente este ensinamento, seja pelos avanços tecnológicos, seja por meio do crescimento das mediações, conciliações, ou seja, ainda pelos avanços na área tecnológica e extrajudicial.

Dessa forma, o presente artigo busca provocar e demonstrar que o Direito é uma categoria de mediação social entre facticidade e validade, como apregoado por JURGEN HABERMAS. HABERMAS, J. Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Tempo

e administrativos, e assumindo total responsabilidade caso se configure crime de plágio ou violação de direitos autorais.

Brasileiro, 1997, p. 17-48.

Porém, inicialmente, é necessário definir “contemporaneidade”. Do latim *contemporaneu*, contemporaneidade significa: “o que é do mesmo tempo, que vive na mesma época; coevo; atual”³.

.Já facticidade é, segundo os dicionaristas, o caráter próprio da condição humana pelo qual cada homem se encontra sempre já comprometido com uma situação não escolhida.

Assim sendo, a contemporaneidade fática é a atualidade dos fatos atuais, situações vividas no dia-a-dia, não escolhidas previamente pelo homem.

A contemporaneidade jurídica seria, então, o atual estágio evolutivo dos sistemas jurídicos, todos englobados na expressão “Direito”.

A contemporaneidade fático-jurídica do Direito é definida nas palavras de JURGEN HABERMAS como:

O Direito como categoria de mediação social entre facticidade e validade, sendo uma resposta à necessidade de compreensão, ordenação e regulação dos fatos e das condutas sociais presentes no espectro multidimensional e multifacetado da vida humana.⁴

Diante então da definição acima trazida pelo autor HABERMAS, colhe-se que se deve analisar fatos e validade dos mesmos.

Validade dos fatos dentro do princípio primordial da legalidade. Validade dentro de princípios gerais que não podem ultrapassar princípios básicos, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste ponto, seria louvável citar o surgimento de novos entendimentos e porque não de novos princípios, como o *direito a felicidade*.

Desta forma, tem-se que o direito atravessa mudanças, aparecem novos conceitos, princípios acessórios baseados em princípios basilares.

O que é recomendado ao iniciante em direito é que ele nunca deve ser um indivíduo que não busca novos conhecimentos, a lei muda, os costumes mudam, a prática muda, até mesmo alguns princípios podem desaparecer e este estudante deve estar atento a essa mudança de comportamento do direito.

³ Dicionário Aurélio Eletrônico, Editora Nova Fronteira, 1996.

⁴ HABERMAS, J. *Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 17-48.

Deve o estudante, o operador, o intérprete do direito ter “sede” de conhecimento, de atualização para que consiga acompanhar as grandes e rápidas “mutações” do mundo jurídico.

Como exemplo citado acima falaremos mais a fundo sobre um direito, até há pouco anos sequer ensinado nas faculdades, apesar de entendimento antigo, não era trazido como um direito, porém, hoje tentam fazer valer este direito dada a sua devida importância - o direito a felicidade.

1.2. Direito contemporâneo e o surgimento de novos entendimentos baseados em princípios gerais do direito. O direito a felicidade

Freud afirmou que felicidade é utopia, sentimento impossível de plenitude, eis que existe apenas felicidade parcial. Aristóteles pregou que é pela busca da felicidade que se justifica a boa ação humana. Epicuro definiu felicidade como simples satisfação dos desejos. Confúcio, como harmonia entre os homens; para os budistas, felicidade significa superação dos desejos e liberação do sofrimento. Karl Marx afirmou que o povo seria feliz se suprimisse a religião enquanto ilusão da própria felicidade.⁵

Nossa CF preocupou-se em garantir aos cidadãos garantias fundamentais, assegurar o seu bem estar e proteger sua dignidade, através dos 5º, 6º, 7º. Há ainda leis esparsas que de idêntica forma buscam garantir direitos fundamentais.

Mas a CF não prevê entre os direitos fundamentais o da felicidade.

Porém em voto de 2006, o STF, através do Ministro Celso de Mello, garantiu o direito à busca da felicidade no contexto de uma relação homoafetiva. ADI 3300/DF, de 03/02/2006, do qual se destaca:

“[...] cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva [...]”.

⁵ Extraído de: <http://jus.com.br/revista/texto/18903/a-positivacao-do-direitoabusca-da-felicidade-naconstituicao...>; http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id+11701.

Tramitou no Congresso Nacional, até a data de 26/12/2014, a Proposta de Emenda à Constituição nº 19/2010, apelidada de “PEC da Felicidade”, através da qual se pretendia incluir “a busca da felicidade” entre os direitos sociais do brasileiro.

Referida proposta alteraria o artigo 6 da CF, que passaria a vigorar com o acréscimo de que os direitos sociais ali mencionados fossem essenciais à busca da felicidade.

A proposta de emenda foi arquivada em razão de excesso de prazo em seu trâmite.

Referida proposta traz concretamente um exemplo dessa facticidade e validade.

Da aplicação do Direito contemporâneo no surgimento de novos entendimentos baseados em princípios já conhecidos do direito.

2. DOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS E DA ATUAÇÃO NA ADVOCACIA SOB O OLHAR DA PANDEMIA DO CORONA VÍRUS

Desde algum tempo houve a possibilidade de audiências virtuais, mais especificamente, na esfera cível, com o Novo Código de Processo Civil.

Porém, a audiência por videoconferência é citada no CPP desde 2008 e desde 2015 no CPC.

Alguns juízes e advogados já utilizavam esta tecnologia, mas a grande maioria são novatos.

Em alteração nos requisitos da inicial foi acrescentado o requisito de informar o e-mail das partes.

Com os avanços tecnológicos, foi possível situações como intimações via whatsapp, provas colhidas também pelo do whatsapp, as quais podem ser transformadas em ata notarial para sua maior validade, porém mesmo sem ata notarial, referidas provas possuem grande importância na esfera atual, dada a facilidade de se obter.

De todo modo, já por algum tempo, algumas soluções vem sendo aplicadas por juízes e advogados que já praticavam o judiciário online por algum tempo.

Em que pese já haver essa previsão legislativa e prática judicária online, tudo isso

foi fortemente intensificado com a pandemia do novo corona vírus.

A pandemia surpreendeu todos nós, que apesar de estarmos em desenvolvimento online seja através do que já foi referido, bem como do processo judicial eletrônico, era muito comum, e à época necessário, o comparecimento pessoal de juízes, advogados e partes no fórum.

Devido então a proibição de contato sob risco de contaminação, foram cessadas a grande maioria das audiências, levando o judiciário de forma rápida, a buscar uma solução, pois a justiça não pode parar.

Foi então criado uma plataforma gratuita pelo tribunal e pelo Conselho Nacional da Justiça, a qual nós advogados, partes e juízes, possuímos acesso as audiências por um simples aplicativo, qual seja: cisco webex CISCO WEBEX, Microsof Teams, Zoom, Googl Meet.

Uma vez despachado, o servidor da justiça cadastra todos os envolvidos através de seus e-mail e envia um link de acesso aos futuros participantes do ato.

Essa é a forma que acontece na plataforma Cisco Webex referida.

Não seria possível até então realizar audiências dentro de sua própria casa, seria mesmo inimaginável, mas, a pandemia, e o direito contemporâneo tornaram essa realidade possível.

E, mesmo após a pandemia será esta a nova realidade do direito.

É possível que a testemunha seja ouvida na sua própria casa, através de videoconferência em próprio computador ou smartphone, não sendo necessário que o advogado leve a testemunha para seu escritório, conforme prevê o artigo 6º § 3 da Resolução 314/2020 do CNJ. A própria testemunha também possui acesso ao aplicativo e participará da audiência onde estiver, através de seu próprio smartphone ou computador.

A partir disso, novamente temos a aplicação do direito contemporâneo.

A aplicação de fatos adequados a validade. Teoria já prevista e já citada neste artigo.

3. DOS ESCRITÓRIOS VIRTUAIS

Acima foi falado sobre os escritórios virtuais, utilizados pelos advogados em

contrapartida aos escritórios físicos pelo motivo exclusivo e atual de não ser possível o contato físico com o cliente devido a pandemia do corona vírus.

Os escritórios virtuais funcionam como um local que oferece os serviços sem que se precise ter um espaço físico propriamente dito.

Atualmente é possível realizar consultas via videoconferência com o cliente, pagamento da própria consulta pelo cliente via Pix, transferência por aplicativo e até mesmo por emissão digital de boletos, enfim, a advocacia mudou.

4. DA ADVOCACIA EXTRAJUDICIAL, DA DESBUROCRATIZAÇÃO QUE VISA RAPIDEZ E EFICIÊNCIA

Como afirmado e explanado acima, a advocacia mudou, está mais digital e moderna.

O Judiciário por sua vez, também precisou acompanhar a contemporaneidade, e hoje existe uma plataforma digital reconhecida como PJE (Processo Judicial Eletrônico).

É o fim dos processos de papel!

Os que ainda existem estão sendo digitalizados.

O advogado acessa seu processo via um estilo de pen drive chamado token;

Para assinar seus documentos e petições possui uma assinatura digital.

Sim, é tudo muito novo, é tudo muito diferente e contemporâneo.

Há advogados que estão trabalhando quase que somente de sua própria casa, sendo cada vez mais distante a necessidade de comparecimento físico aos locais e órgãos.

Neste sentido, os cartórios também estão se modernizando. Foi recentemente lançado o divórcio online, no qual partes e advogados sequer precisarão comparecer ao cartório para realizarem o divórcio e inclusive ter acesso a escritura.

Em 26 de maio de 2020, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou o Provimento 100/20, que dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos. Esse Provimento instituiu o Sistema de Atos Notariais Eletrônicos em âmbito nacional e criou a Matrícula Notarial Eletrônica-MNE, possibilitando o DIVÓRCIO VIRTUAL e a lavratura de uma escritura de divórcio sem a necessidade de deslocamento dos cônjuges até o tabelionato.

Os casais, representados por seus advogados, providenciarão o envio de documentos e minuta ao cartório. A novidade se dá no momento da assinatura, que poderá ser feita por videoconferência ou por certificado notarial, emitido

gratuitamente pelo cartório.

O CNJ estabeleceu requisitos, com o objetivo de manter a segurança jurídica, mas os requisitos continuam os mesmos para o divórcio no tabelionato (extrajudicial), ou seja, ainda é necessário o consenso/acordo entre os cônjuges, a inexistência de filhos menores, incapazes ou de nascituro (que é o bebê que ainda está em gestação).

O que de fato mudou: foi o MEIO para a prática do ato, pois não é mais necessário fazer o divórcio presencialmente, logo, agora não há a necessidade de deslocamento até o tabelionato de notas, pois é possível a realização de videoconferência para que seja feita a identificação das pessoas e para que seja captado o consentimento expresso sobre os termos do ato jurídico e do ato notarial eletrônico. A transmissão será gravada e arquivada, fazendo parte do ato notarial, e o ato eletrônico deverá ser assinado digitalmente pelas partes e pelo tabelião de notas.

Assim, temos:

- a) A realização de videoconferência para que seja feita a identificação das pessoas e para que seja captado o consentimento expresso sobre os termos do ato jurídico e do ato notarial eletrônico;
- b) A gravação da transmissão: ela será gravada e arquivada, fazendo parte do ato notarial;
- c) O ato eletrônico deverá ser assinado digitalmente pelas partes e pelo tabelião de notas;
- d) O tabelião poderá emitir gratuitamente certificado digital notariado, para uso na prática de atos notariais eletrônicos.

A medida é importante:

- a) Para o casal que já está separado de fato e queira regularizar o estado civil por meio do divórcio;
- b) Para o casal que já está separado de fato e resida em municípios diferentes, até mesmo em estados diferentes.
- c) Neste período de enfrentamento da pandemia da Covid-19;⁶

Vimos que tudo tem contribuído para a desburocratização, conferindo o judiciário certa autonomia aos cartórios com fim precípuo de garantir ao cidadão a efetivação de seus direitos por meio da rapidez e eficiência.

4.1. Da importância da conciliação na busca da eficiência do judiciário e das câmaras online de mediações

As conciliações vem sendo importante meio de solução rápida e eficaz de conflitos.

O Conselho Nacional de Justiça define a conciliação como sendo “*um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (conciliador), a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo*”.

O Conselho Nacional de Justiça, diante dessa conscientização, em 2006, criou

⁶ Fonte: <https://vkc.jusbrasil.com.br/artigos/857920370/o-divorcio-virtual-on-line-apos-o-provimento-n-100-2020-do-conselho-nacional-de-justica-cnj>

o Movimento pela Conciliação com o intuito de criar a mentalidade favorável à utilização dessa metodologia de solução de conflito. Esse movimento tem como objetivo maior estabelecer a Cultura da Paz. Hermann Hesse afirmava que “a busca pela paz social deve ser um objetivo de todos”.

Perceba-se que, além de restabelecer a cultura da paz na sociedade, a conciliação e a mediação podem trazer o consequente desafogamento do Judiciário, deixando para esse órgão casos mais complexos, que exijam grandes análises e teses dos magistrados.

Além de tudo isso, faz-se necessário, também, mudar a mentalidade do ensino do Direito nas universidades, pois enquanto estudantes, o que se aprende é o ataque e a defesa, o processo, o litígio. Institutos como a conciliação, a mediação e arbitragem são deixados de lado e, por vezes, ficam rebaixados a disciplinas optativas. Transformar o diálogo em ponto alto e imprescindível nas resoluções de conflitos é crucial para que a sociedade possa obter a paz social. A Resolução 125 do CNJ, que instituiu a política nacional de conciliação, justamente para propiciar um maior acesso dos cidadãos às soluções pacíficas de seus conflitos, determinou a criação e desenvolvimento de centros permanentes para esse tipo de atendimento, os chamados CEJUSCs. Desse modo, além do trabalho de propagação de cultura da paz, há locais específicos em que a cultura da paz possa ser ainda mais incentivada e efetivamente praticada.⁷

Atualmente e ainda dentro do assunto da contemporaneidade, a conciliação ou a mediação são importantes mecanismos para que o judiciário possa conseguir prover a solução satisfativa aos cidadãos em menor tempo.

As conciliações atualmente também estão sendo realizadas via virtual dado ao período pandêmico o qual ainda estamos vivendo, mas será uma realidade futura, dado ao explicitado, aos avanços tecnológicos e necessidade de se buscar uma solução eficaz para “desafogar” o judiciário.

Por fim, como último exemplo de contemporaneidade trazemos uma plataforma online privada de mediação de conflitos;

Veja:

O Brasil é o maior litigante per capita do mundo, ou seja, somos o país com o maior número de processos na Justiça. Acreditamos que a difusão dos métodos alternativos de conflito, aliado à tecnologia escalável pode mudar esse cenário. A MOL é uma plataforma especializada na resolução, gestão e prevenção de conflitos, para pessoas físicas, empresas e instituições. Nossa missão é trazer eficiência para o mercado jurídico e democratizar os métodos alternativos de solução de conflitos.⁸

⁷ Texto de: Ana Paula D'Emilio, Advogada, Conciliadora e Mediadora pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

⁸ Fonte: <https://www.mediacaonline.com/sobre>

Por essa referida plataforma, o cidadão acessa diretamente o profissional qualificado para intermediar a resolução de seu conflito.

Tudo isso sem sequer sair de casa, ou seja, de seu próprio meio de comunicação, celular, computador, tablet, enfim, as mudanças são imensas e extremamente rápidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, vimos que a característica do direito atinente a contemporaneidade esta mais viva do que nunca.

A atuação rotineira da advocacia mudou e muito, o advogado passa de uma figura formal para uma mais antenada; os livros de papel, necessários a pesquisa passam a ser digitais; os processos de papel passam para um simples acesso a um sistema eletrônico judicial; ao invés da caneta, se usa um token; ao invés de um escritório padrão, pode-se contratar ou contatar com o cliente de sua própria casa ou escritório home Office; os cartórios já contam com plataformas de divórcios online; as audiências judiciais realizadas por simples aplicativos; diversas conciliações e mediações ocorrendo de maneira mais independente e desafogando assim o judiciário.

Tudo isso nada mais é do que a facticidade, atualidade, contemporaneidade aplicada ao Direito. É simplesmente e esplendidamente o DIREITO CONTEMPORÂNEO!

