



REVISTA NOVA LIO

O SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS:
25 ANOS AMPLIANDO O ACESSO À JUSTIÇA

1ª EDIÇÃO - DEZEMBRO 2020



COORDENAÇÃO DO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Coordenadora:

Dra. Fabiana Andréa de Almeida Oliveira Pellegrino

Assessoria Jurídica:

Caroline Godeiro
Érica de Menezes
Maria José Oliveira
Natália Cavalcanti
Paula Gargur
Tatiany Ramalho

Organização da publicação:

Érica de Menezes

Conselho Editorial:

Cristiana Menezes Santos
Fabiana Andréa de Almeida Oliveira Pellegrino
Moacir Reis Fernandes Filho
Pablo Stolze Gagliano
Paulo Roberto Lyrio Pimenta
Roxana Cardoso Brasileiro Borges
Jaime Barreiros Neto

Data de fechamento:

25/11/2020

Coordenadora:

Dra. Fabiana Andréa de Almeida Oliveira Pellegrino

Organização da publicação:

Érica de Meneses
Assessoria Jurídica:
Caroline Godeiro
Érica de Meneses
Maria José Oliveira
Natália Cavalcanti
Paula Gargur
Tatiany Ramalho

Conselho Editorial:

Cristiana Menezes Santos
Fabiana Andréa de Almeida Oliveira Pellegrino
Moacir Reis Fernandes Filho
Pablo Stolze Gagliano
Paulo Roberto Lyrio Pimenta
Roxana Cardoso Brasileiro Borges
Jaime Barreiros Neto

Data de fechamento: 25/11/2020

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Revista Novatio : ano I, n. 1 : o sistema dos
juizados especiais : 25 anos ampliando o acesso
à justiça / coordenadora Fabiana Andréa de
Almeida Oliveira Pellegrino. -- 1. ed. --
Salvador, BA : Editora Paginae, 2020.

Vários autores.

Vários organizadores.

ISBN 978-65-89459-01-9

1. Juizados especiais cíveis - Brasil 2. Juizados
especiais criminais - Brasil 3. Poder judiciário -
Brasil I. Pellegrino, Fabiana Andréa de Almeida
Oliveira.

20-53069

CDU-347.994(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Juizados especiais cíveis : Direito
processual civil 347.994(81)
Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

Sumário

Prefácio:	
Os Juizados Especiais e o acesso à justiça	6
<i>Fabiana Andréa de Almeida Oliveira Pellegrino</i>	
Dano moral não é só sofrimento: a crescente superação do “mero aborrecimento”	12
<i>Marcos Dessaune</i>	
Os juizados especiais e sua função atemporal de acesso amplo à justiça	15
<i>Alexandre Chini</i> <i>Marcelo Moraes Caetano</i>	
A tutela do superendividamento como irradiação dos direitos fundamentais nas relações de consumo.....	29
<i>Fabiana Andréa de Almeida Oliveira Pellegrino</i>	
Primeiras linhas quanto ao impacto da Lei Geral de Proteção de Dados na força probante dos documentos eletrônicos em processos submetidos aos Juizados Especiais de relações de consumo.....	51
<i>Belmiro Vivaldo Santana Fernandes</i> <i>Michelline Soares Bittencourt Trindade Luz</i>	
O sistema multiportas como propulsor do acesso à Justiça no âmbito do juizado de Fazenda Pública	68
<i>Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães Ferreira</i> <i>Ana Bárbara Barbuda Ferreira Motta</i>	
Contribuições da jurimetria para a administração da justiça	84
<i>Caroline Dantas Godeiro de Araujo</i> <i>Érica Baptista Vieira de Meneses</i>	
O superendividamento tutelado no âmbito do Sistema dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.....	98
<i>Maria José Oliveira e Silva</i>	

Audiência de conciliação no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública: a indispensável concretização do acesso à ordem jurídica justa	110
<i>Maria José Oliveira e Silva</i>	
<i>Natália Cavalcanti de Araújo</i>	
<i>Paula Gargur Calmon Teixeira da Silva</i>	
Desafios à aplicação dos métodos autocompositivos nas demandas de saúde suplementar: construindo novos caminhos de acesso à justiça	126
<i>Gabriela Silva Sady</i>	
<i>Henrique Costa Princhak</i>	
<i>Lucas Macedo Silva</i>	
Inovações tecnológicas no direito: uma análise da (im) possibilidade de citação por aplicativos de mensagem instantânea nos Juizados Especiais Cíveis da Bahia	140
<i>Amanda Leite Souza Alves</i>	
<i>Lucas Duailibe Maia</i>	
<i>Mariely Lago Vianna Nogueira</i>	
Direito fundamental à saúde e ativismo judicial: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	155
<i>Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães Ferreira</i>	
<i>Ana Bárbara Barbuda Ferreira Motta</i>	
A fixação da competência nas ações de responsabilidade civil médica em planos de saúde de autogestão	171
<i>Amanda Leite Souza Alves</i>	
<i>Ana Paula Cruz de Santana</i>	
<i>Rodolfo Oliveira Dourado</i>	
Nuances da uniformização de jurisprudência e advento do IRDR no CPC/2015 para suas aplicabilidades nos Juizados Especiais	187
<i>Iuri Santos Ferreira da Silva</i>	
A melhoria da prestação jurisdicional a partir do fortalecimento das ações articuladas com órgãos de defesa do consumidor em vista da desjudicialização das demandas....	197
<i>Filipe de Araújo Vieira</i>	

Prefácio:

Os Juizados Especiais e o acesso à justiça

A importância do Poder Judiciário, e, em especial, dos Juizados Especiais, para o acesso à Justiça adquire contornos ainda mais fortes em razão da força maior por que passamos, tendo em vista toda a desconstrução de pilares convencionais e as repercussões patrimoniais e imateriais na vida das pessoas.

Atualmente, nos vemos diante do desafio de compreender institutos jurídicos numa realidade caleidoscópica, pandêmica e digital, marcada pela instabilidade econômica, fragmentação de ideias e valores, multiplicidade de fontes jurídicas, materiais e formais, além de inovações tecnológicas, que ressignificam os caminhos processuais.

Os dados do relatório *World Economic Outlook*, do Fundo Monetário Internacional – FMI, apontam para 2020 uma recessão global de 4,9% e, no Brasil, um recuo do Produto Interno Bruto na ordem de 9,1%.

O aumento dos gastos públicos para conter a pandemia e o afrouxamento fiscal foram fatores que naturalmente elevaram a dívida brasileira com o FMI para 102,3 % do PIB, em 2020, e, embora se projete melhora para o ano de 2021, com recuo da dívida para 100,6% do PIB, fato é que vivemos um período de incertezas e uma força maior da envergadura do Covid-19 fragiliza qualquer tentativa de futurologia.

Na atualidade, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE, a taxa de desocupação no país aumentou 27,6%, somente nos primeiros quatro meses de pandemia, somando mais de 13,7 milhões de desempregados, com maior concentração nas regiões norte e nordeste. Ademais, o consumo das famílias caiu em torno de 12,5%, no segundo trimestre do ano, e o aumento do custo de vida impactou diretamente na adimplência dos mais diversos contratos privados.

Segundo a recente Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor – PEIC de outubro de 2020, realizada pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo – CNC, 66,5% das famílias brasileiras estão endividadas, com maior concentração nos que recebem até 10 salários mínimos. Desses, 43,3% estão com dívidas atrasadas por período superior a 90 dias, 23,1% com comprometimento de mais de 50%

de sua renda mensal e 11,9% não tem qualquer condição de quitar as suas dívidas. O vilão desse endividamento é o cartão de crédito (78,5%), seguido pelos cârnes (16,4%), financiamento de carro (10,7%), financiamento de casa (9,9%), crédito pessoal (8,6%) e crédito consignado (6,2%).

Nesse cenário, está na ordem do dia a necessidade de diálogos cooperativos e leais entre os contratantes, a necessidade de políticas públicas do Poder Executivo, que previnam o aumento das causas do desemprego, bem assim a urgência de inovações legislativas, que disciplinem as conflituosidades contemporâneas, e a atuação firme do Poder Judiciário para efetivar direitos fundamentais.

É nesse cenário que no ano de 2020, comemoramos os 25 anos da Lei dos Juizados Especiais e 30 anos do Código de Defesa do Consumidor, leis que guardam relação histórica com o resgate da democracia, solidarização, socialização, cidadania e acesso à justiça, e que, sendo visionárias, destinaram-se a realizar os objetivos fundamentais da nossa nação (art. 3º, da CF).

Tratam-se de duas leis de fundamentalidade constitucional, uma principiológica e outra processual desburocratizada, de forte oralidade, sendo o somatório de ambas o combustível e o veículo para a execução de uma Política Nacional das Relações de Consumo (art. 5, IV do CDC) e construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta a proteção dos direitos dos consumidores, numa sociedade de notória prevalência das forças capitalistas de mercado, em detrimento da vulnerabilidade técnica, jurídica e econômica do consumidor.

Respeitados os limites de valor da causa, matéria sujeita ao procedimento especial, complexidade, bem como pessoas aptas a figurar como parte nas demandas de consumo, os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, no Relatório Justiça em Números 2020, demonstram que os Juizados Especiais são as portas escancaradas da Justiça para o amplo acesso de todo cidadão que sofra lesão ou ameaça a seu direito, através de um procedimento célere, informal, barato, que preza, sobremodo pela solução consensual do conflito.

Segundo o Relatório Justiça em Números 2020, susomencionado, embora tenhamos cerca de 8 juízes por 100 mil habitantes (1 juiz para cada 12.500 habitantes), distribuem-se 14.000 novos processos a cada 100 mil habitantes por ano. Somente em 2019, foram distribuídos mais de 20 milhões de casos novos na justiça de primeiro grau, sendo os Juizados Estaduais responsáveis por mais de 6 milhões trezentos e quarenta e cinco

mil sentenças (de um total de 22 milhões), portanto, quase trinta por cento das sentenças de primeiro grau do país.

Na Bahia, foram distribuídos, em 2019, 481.684 processos e julgados mais de 540.000 processos. Numa década, triplicaram a distribuição e os julgamentos no sistema dos juizados especiais da Bahia. Isso é resultado de aspectos positivos e negativos, como as facetas de uma mesma moeda.

Os positivos relacionam-se com a credibilidade depositada nessa via jurisdicional célere e efetiva, a partir da fluidez da Lei Federal nº 9.099/95, cujos critérios reitores permitem a desburocratização da justiça. Outrossim, pode-se referir o trabalho incessante de informação feito pelos órgãos privados e públicos, a exemplo do que fazem os órgãos encarregados da proteção do consumidor, talhando, assim, um jurisdicionado mais consciente de seus direitos.

Os negativos concentram-se nas crescentes lides artificiais, na cultura do litígio, na fotografia de uma sociedade de consumo em que muitos fornecedores de produtos e serviços relutam a se conduzir segundo os signos da boa-fé objetiva e funcionalização dos contratos.

Em relação às demandas de massa, vejam que o Código de Defesa do Consumidor traz em seu bojo um rico manancial principiológico, com destaque para os seus conceitos abertos, o que o torna permeável às novas conflitualidades (superendividamento, os contratos e-commerce, os que envolvam as criptomoedas etc), permitindo o pleno acesso a decisões justas, a partir de uma adequada hermenêutica.

Não há dúvida de que a relação simbiótica entre o CDC e a Lei Federal nº 9.099/95 garante o pleno acesso à justiça. Germinadas a partir dos comandos da Constituição Federal de 1988, ambas materializam, respectivamente, o direito fundamental à defesa do consumidor (art. 5º, inciso XXXII da CF/88) e o direito fundamental do acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV da CF/88), entendido como direito às iniciativas e decisões socialmente justas, que atendam ao vetor da funcionalização procedimental e efetiva solução do litígio.

Percebemos que, para além de ser uma questão jurídico-formal, o acesso à justiça traduz um problema de igualdade, como deixa claro o art. 10, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, integrada ao nosso ordenamento jurídico por força do art. 52, § 22, da Constituição Federal de 1988, ao dispor que: *“Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres”*.

É indelével ser o procedimento permitido pela Lei Federal nº 9.099/95 o caminho mais eficiente para realizar a tutela dos direitos dos mais vulnerabilizados, equalizando-se a relação negocial. Não é por outra razão, que a Lei Federal nº 9.099/95 atende aos questionamentos levantados com a primeira e terceira ondas renovatórias, tratadas por Mauro Cappelletti, na pesquisa denominada Projeto Florença, na década de 70, dispondo ao cidadão, com enfoque na oralidade, uma justiça desburocratizada, rápida, informal e barata, que reconhece na fase conciliatória o âmago da sua engrenagem, dando contornos próprios à noção de sociedade fraterna, que preza pela harmonia social e solução pacífica das controvérsias.

Vejam que a história dos Juizados Especiais alvorece nos Estados Unidos, a partir da primeira metade do século XX com as denominadas *Small Claim's Courts* e as *Common Man's Court*, cujo desiderato era justamente solver as questões ligadas à ampliação do consumo de massa, diante dos modelos tayloriano e fordista de produção.

É importante rememorar que à época da Constituinte, a sociedade brasileira estava emersa numa cultura do consumismo, forjada ao longo da revolução industrial, sobretudo a partir da irradiação do modelo de produção em série e consumo em massa.

Já vivíamos numa sociedade do desejo, da cultura do endividamento, de relações líquidas, de uma moral social centrada na força de consumo, de contratos estandardizados, das chamadas contratações em silêncio ou sem diálogo, das condutas sociais típicas (uso de tickets de caixas automáticos, senhas, recibos, etc.), de clara desigualdade do consumidor nas relações de consumo, estimulando a procura da identidade pessoal e social a partir do pertencimento material.

As modificações no modo de produção e na relação entre o capital e o trabalho, o redesenho consequente das relações sociais e comerciais no mundo, tudo ocorria numa modelagem encadeada em detrimento da qualidade e segurança dos bens e serviços, da precisa informação aos consumidores, vinculação das ofertas, com estabelecimento unilateral de cláusulas abusivas e leoninas, que sobrepujavam os consumidores, mingando a falsa ideia de que se assegurando a liberdade contratual, estar-se-ia assegurando a justiça contratual.

Portanto, é justamente num ambiente de fortalecimento da cidadania, atendendo igualmente a um comando constitucional, que a Lei Federal nº 9.099/95 surgiu, disciplinando o rito dos Juizados Especiais nos Estados, para garantir a amplificação do acesso à Justiça de todos que

estivessem com demandas diversas reprimidas, e, em especial, as de consumo, prestigiando, sobretudo, uma justiça participativa e coexistencial.

Desse modo, é possível afirmar que os Juizados Especiais representam o revigoramento da legitimação do Poder Judiciário perante o povo e do fomento à cultura jurídica, no sentido da composição amigável, revelando-se notável instrumento de democratização de uma Justiça simples, célere, eficiente e não onerosa, afinal esse é o compromisso implícito assumido pelo Estado quando vedou a autotutela, oferecendo, em contrapartida, o processo ao cidadão.

É importante destacar que a Lei dos Juizados Especiais veio ao encontro de uma preocupação mundial para tornar o Poder Judiciário acessível aos menos favorecidos, inclusive os estendendo aos lugares onde ocorressem os conflitos, prestigiando mesmo a ideia de tratamento comunitário ou de aproximação do Ente Público à vida social e ao povo, fonte legítima do Poder Democrático, permitindo ao cidadão a prática do próprio direito.

Não foi de outra forma a previsão da defesa do consumidor como direito fundamental e o Código de Defesa do Consumidor como instrumento para essa defesa, como uma lei imperativa, de ordem pública e interesse social, que permitiu o intervencionismo estatal nas relações privadas contratuais no intuito de relativizar, ou mesmo controlar, a liberdade contratual, a partir de novos paradigmas, dando sentido ao ideal de uma sociedade justa, solidária e, sobretudo, igualitária.

E, por certo, o êxito da atuação estatal nas relações privadas de consumo perpassa por vias processuais racionalizadas para a contemporaneidade, como sói ser o procedimento dos Juizados Especiais.

O próprio Conselho Nacional de Justiça, reconhecendo o papel protagonista da resolução alternativa dos conflitos para alcance dos objetivos estratégicos do Poder Judiciário, especialmente a responsabilidade social, eficiência operacional e pleno acesso ao Sistema de Justiça, sedimentou essa diretriz na Resolução nº 125, de 2010, revigorada, sucessivamente, em suas atualizações, entre as quais merece destaque a mais recente Resolução nº 326, de 2020.

Isso, inclusive, vem ao encontro da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, que estabelece como 16º objetivo de desenvolvimento sustentável, promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

É preciso que se intensifique a política nacional de solução pacífica dos conflitos, sob pena de restar prejudicado o próprio acesso à justiça. O CNJ tem sido incansável nessa lida, o que bem demonstra a recente Resolução nº 326/2020, na qual foram previstos os preciosos Centros Judiciários de Resolução de Conflitos Regionais – CEJUSCs Regionais.

Nessa senda, calha ressaltar que o projeto piloto de integração entre os sistemas PJE e a plataforma Consumidor.gov, desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assim como a plataforma Negociação Virtual no Projudi-BA, desenvolvido pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia, nos Juizados Especiais, vem ao encontro do pleno acesso à justiça, em sua acepção mais consentânea com os propósitos de solução efetiva do conflito, destacando-se a fase da conciliação. Do mesmo modo, o Núcleo de Prevenção e Tratamento do Superendividamento do Poder Judiciário da Bahia, que se propõe, na esfera extraprocessual, a tentar a conciliação entre os contratantes, de modo coletivo, para possibilitar meios dignos aos endividados.

Desse modo, os Juizados Especiais realizam a função social do processo, dão especial valor às regras de experiência comum, buscam decisões mais justas e equânimes, conforme os fins sociais da lei e exigências do bem comum, atendendo ao anseio popular de acesso a uma ordem jurídica justa.

Por todo o escandido, exaltemos os Juizados Especiais, e continuemos no empenho efervescente por seu fortalecimento, lembrando sempre de Zygmunt Bauman, quando disse que nenhuma sociedade que esquece a arte de questionar pode esperar encontrar respostas para os problemas que a afligem.

Fabiana Andréa de Almeida Oliveira Pellegrino

Juíza Coordenadora do Sistema Estadual dos Juizados Especiais

Poder Judiciário do Estado da Bahia

Dano moral não é só sofrimento: a crescente superação do “mero aborrecimento”

*Marcos Dessaune**

Em sua obra “A indústria do mero aborrecimento”, Miguel Barreto (2016) registra que a Emenda Constitucional 45, que foi promulgada em 2004, reformou o Poder Judiciário e criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Em 2009, o CNJ implantou metas de produtividade para o Poder Judiciário, especialmente para reduzir o acervo de processos existentes bem como para que fossem julgados mais processos do que os distribuídos durante o ano.

Barreto acrescenta que, objetivando evitar a multiplicação de processos gerados por condutas repetidamente abusivas de certos fornecedores, naquela época os tribunais brasileiros criaram uma “jurisprudência defensiva”, ora para negar indenizações ora para reduzir seu valor, de modo a desestimular novas ações.

Nesse contexto surgiu a hoje chamada jurisprudência do “mero aborrecimento”, que pode ser resumida neste julgamento de 2009 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial 844.736/DF: “Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo”.

Tal entendimento reverbera um conceito antigo de “dano moral”, cujo grande expoente no Brasil é o professor Sergio Cavalieri Filho.

*. Advogado, consultor e palestrante, autor da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor e do Código de Atendimento ao Consumidor / Customer Service Code, além de membro do Instituto Brasilcon e da Comissão Especial de Defesa do Consumidor do CFOAB.

Embora já esteja superado pela doutrina contemporânea e pelo próprio autor que atualizou seu entendimento, tal conceito continuou a ser reproduzido indiscriminadamente no Direito brasileiro. Nesse sentido Fernando Noronha (2013) acrescenta, inclusive, que existe uma “tradicional confusão” entre danos extrapatrimoniais e danos morais presente em praticamente todos os autores reputados como “clássicos nesta matéria”.

Sendo assim e com base em diversos autores como os próprios Cavalieri e Noronha, passei a sustentar que os danos extrapatrimoniais, por serem tradicionalmente chamados de “danos morais”, podem ser classificados em duas espécies: dano moral *stricto sensu* e dano moral *lato sensu*. O primeiro decorre da lesão à integridade psicofísica da pessoa – cujo resultado geralmente são sentimentos negativos como a dor e o sofrimento –, enquanto o último resulta da lesão a um atributo da personalidade ou da violação à dignidade humana.

Após estudar a problemática na *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor* (DESSAUNE, 2017), cheguei à conclusão que o entendimento jurisprudencial de que o consumidor, ao enfrentar problemas de consumo criados pelos próprios fornecedores sofre “mero dissabor ou aborrecimento” e não dano moral indenizável, re-

vela um raciocínio construído sobre bases equivocadas que, naturalmente, conduzem a essa conclusão errônea. O primeiro equívoco é que o conceito de dano moral enfatizaria as consequências emocionais da lesão, enquanto ele já evoluiu para centrar-se no bem ou interesse jurídico atingido; ou seja, o objeto do dano moral era a dor, o sofrimento, a humilhação, o abalo psicofísico, e se tornou qualquer atributo da personalidade humana lesado. O segundo (equívoco) é que, nos eventos de desvio produtivo, o principal bem ou interesse jurídico atingido seria a integridade psicofísica da pessoa consumidora, enquanto, na realidade, são o seu tempo vital e as suas atividades existenciais – como trabalho, estudo, descanso, lazer, convívio social e familiar, etc. O terceiro (equívoco) é que esse tempo existencial não seria juridicamente tutelado, enquanto, na verdade, ele se encontra protegido tanto no rol aberto dos direitos da personalidade quanto no âmbito do direito fundamental à vida. Por conseguinte o lógico é concluir que as situações de desvio produtivo do consumidor acarretam, no mínimo, dano moral *lato sensu* indenizável.

Com a disseminação da nova *Teoria* a partir de 2012, os tribunais brasileiros paulatinamente passaram a adotá-la e a aplicá-la, assim iniciando um processo de gradual transformação daquela jurisprudência defensiva que, até então e

em grande medida, não reconhecia a existência de danos morais em casos em que eles estavam claramente presentes, sob o fundamento de haver “mero dissabor ou aborrecimento” normal na vida do consumidor.

O auge da superação da jurisprudência em tela ocorreu em dezembro de 2018, quando o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ) revogou por unanimidade de votos, após provocação da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Rio de Janeiro (OAB/RJ), o Verbete Sumular 75 que havia sido criado em 2004 e ficara conhecido como a “Súmula do Mero Aborrecimento”. Tanto o pedido da OAB/RJ quanto a decisão do TJRJ basearam-se na *Teoria do Desvio Produtivo*.

Em dezembro de 2019, desejando avançar ainda mais na defesa constitucionalmente garantida ao

vulnerável, a OAB/RJ pediu ao mesmo TJ-RJ a “sumulação” da *Teoria do Desvio Produtivo* para trazer mais proteção aos consumidores que, a despeito de todos os recentes avanços doutrinários e jurisprudenciais, ainda são lesados diariamente num de seus bens mais preciosos: o seu tempo vital.

Portanto é lícito concluir que dano moral não é só sofrimento; é também lesão ao tempo – entre outros bens juridicamente tutelados. Afinal, o tempo é o suporte implícito da vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve; e a vida, enquanto direito da personalidade e direito fundamental, é constituída de atividades existenciais que nela se sucedem.

Texto publicado originalmente em <http://www5.tjba.jus.br/portal/dano-moral-nao-e-so-sofrimento-a-crescente-superacao-do-mero-aborrecimento/>, em 23/10/2020.

Os Juizados Especiais e sua função atemporal de acesso amplo à justiça

*Alexandre Chini**

*Marcelo Moraes Caetano***

Resumo: Os Juizados Especiais, criados no Brasil a partir da Lei 9099 de 1995, revelaram, desde sua implementação, pendor democratizante e civilizatório. O acesso direto à Justiça, sem necessidade de intermediação, propiciou uma revolução no campo jurídico. Essa ampliação notória foi articulada por nós, neste capítulo, com a investigação que a sociologia e a filosofia fomentam em relação aos fenômenos de massa e seus desdobramentos (ECO, 1993), já que os Juizados Especiais, por sua índole de acessibilidade, abarcam parte muito grande da população. Ainda contrastamos esse fator com os conceitos antropológicos de “norma”, “normalidade” e “normose” (CREMA; LELOUP; WEIL, 2001; CAETANO, 2020), que abrangem o ser humano em seu lado individual, psicológico, de sujeito, mas também em sua face social e coletiva. Assim, propusemos a explicitação de algumas ideias de campos do conhecimento como antropologia e sociologia, que dialoguem com a aptidão inclusiva e civilizatória dos Juizados Especiais, o que se confirmou mercê dos vinte e cinco anos de seu êxito no Brasil.

Palavras-chave: Juizados Especiais. Inclusão. Normalidade. Norma. Normose.

1. INTRODUÇÃO

No ano de 2020, podemos averiguar o êxito da implementação dos Juizados Especiais, a partir da Lei Federal nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Os vinte e cinco anos que avultam e sobressaem daquela então

*. Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ) e Auxiliar da Presidência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), professor da graduação e da pós-graduação da Universidade Salgado de Oliveira – UNIVERSO, membro titular da Academia Fluminense de Letras, cadeira 50.

** Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, professor pós-doutor da Universidade de Copenhague, membro titular da Academia Brasileira de Filologia, cadeira 38.

promissora proposta de alternativa jurisdicional ora se consagram como verdadeira revolução no campo jurídico brasileiro.

Muitos aspectos poderiam ser sintetizados da iniciativa. O próprio FONAJE – Fórum Nacional dos Juizados Especiais – denota o entusiasmo perpetuado pelo desenlace benéfico da referida Lei de 1995. Sua índole desformalizada, sincrética, amplamente democrática, sumarássima, fomentadora da mediação e conciliação, indutora da resolução pacífica dos conflitos, tudo isso descongestionou os estoques processuais e, como consequência, trouxe alívio aos sujeitos cidadãos participantes da Justiça em seu fundo e forma mais apreciáveis.

No que se refere à sociologia, é correto falarmos que o direito, quando do êxito dos Juizados Especiais, logrou atingir o que se enlaça com as questões de cultura de massa.

Isso porque os Juizados Especiais revelaram arraigada vocação para inclusão extensa e intensa da população brasileira, aumentando de forma estatisticamente comprovada o acesso à Justiça, condição fundamental para que se possa falar na existência de um Estado Democrático de Direito.

Entendemos, numa abordagem jusfilosófica e científica do direito, que os aspectos antropológicos e discursivos da sociedade propiciam um panorama a um tempo amplo e profundo, dentro dos limites compreendidos pela extensão exígua desta análise, do caráter civilizatório que a Justiça e seus mecanismos e dinâmicas operam.

Assim, ombreada às questões de cultura de massa, amparadas por esses Juizados, procedemos à análise da antropologia num de seus aspectos não apenas teóricos, como também práticos ou aplicados: todo o arcabouço de que esta ciência humana se vale para construir pontes que perpassem os aspectos inclusivos da sociedade. Para tanto, é mister que nos valhamos da pesquisa sobre itens da pauta como a chamada “normalidade”, que se espelha na norma jurídica; o caminhar dessa “normalidade” em direção a seu desgaste, presente no quase inexplorado conceito psicossocial de normose (CREMA; LELOUP; WEIL, 2001; CAETANO, 2020), e, por fim; a atualização de novas “normalidades” hauridas da presentificação da vida real, cambiante em seu equilíbrio dinâmico, o que requer atualizações das próprias normas do direito a fim de que estas abarquem, sempre, não apenas uma parte (hegemônica) da sociedade, mas também a população que, doravante, sai do campo periférico de acesso à Justiça, galgando cidadania jurisdicional.

Nossa proposta, neste capítulo, será a breve apreciação dos caracteres de conteúdo e expressão discursivos, que causam os fenômenos sociais, dos sujeitos culturais e jurídicos que compõem o amplo mosaico da Justiça. Para isso, reitera-se, nosso ponto de partida será a antropologia, a compreensão do supracitado conceito de normose no campo desta ciência humana, e a subsequente análise de algumas consequências do reconhecimento da importância desse conceito no campo social e, mais especificamente, jurídico.

Mas também nos abrigamos na análise discursiva de outro meio de inclusão ampla que promana das sociedades: a discursividade dialógica em seu estatuto de comunicação de massa, com as dialéticas presentes nessa realidade.

Se existe uma ciência que se encampa no rol das ciências complexas é a antropologia: o estudo do ser humano dos pontos de vista psíquico, social, cultural. Buscaremos, aqui, perquirir as questões que dizem respeito à inclusão social em seus aspectos antropológicos. Essa nossa investigação se justifica pelo fato mesmo de haver articulação notória da antropologia com o direito. Sobretudo quando nos referimos aos Juizados Especiais, cuja campanha primeira, como salientamos, assenta-se sobre a questão de encarar as ferramentas inclusivas necessárias para se dar guarida à maior parte possível da população. Nesse aspecto, salientaremos tópicos culturais e discursivos que marcam a inclusão aludida, tratando de questões específicas da relação dialógica da imprensa como argumento de autoridade com o grande público a ser incluído no saber social.

2. NORMALIDADE, NORMA E NORMOSE: REFLEXÕES SOBRE A INCLUSÃO E A CULTURA DE MASSA

A relação entre ser humano e cultura desafia o senso comum em sua ilusão de que o pensamento cartesiano pretensamente contempla as suas sutilezas infinitas. O sono dogmático que Kant (2004) acusou não pode repousar na antropologia e nos seus desdobramentos inevitáveis àquelas sociedades que se amparam no direito como forma de vivência e convivência.

Antes de remeter diretamente à obra de Umberto Eco, um dos pináculos desta discussão (ECO, 1993), cremos ser necessária uma brevíssima incursão na origem dos pensamentos que opõem a cultura de massa, e a autoridade (a norma jurídica, aplicada pelo juiz), na circunstância da evocação do caráter irretorquível, por exemplo, do *Magister dixit* dos escolás-

ticos em relação ao grande estagirita (ARISTÓTELES, 1983), autoridade das autoridades naquele contexto.

Essa oposição, como sabemos, remonta às discussões sobre o papel da pessoa enquanto ser crítico ou acrítico diante da informação que seu meio de convívio lhe proporciona, seja ela denotativa ou conotativa. Em outras palavras, questiona-se há muito tempo, nas searas da filosofia em geral e da filosofia da ciência (epistemologia) em particular, indo-se à prática da filosofia do direito, se a informação que avança sobre a pessoa encontra nesta um ser ativo ou passivo, em dialogismo com aquela informação ou como mero receptáculo diante de um monólogo incontestado.

Isso está intrinsecamente ligado ao fator de inclusão que a cultura e comunicação de massa propicia em seu diálogo. Falamos aqui das discursividades plurais que emanam de todas as camadas ou células sociais. Essa discussão se potencializa quando a democracia clama pela inserção e integração de todos os sujeitos, como alto-falante referencial das massas, nunca desvestida de apelo e manifestação psíquica em suas *normalidades* inerentes a certos espaços e tempos. No outro vórtice da dialética, as instituições democráticas, como *mass media*, se valem da voz das autoridades, que se representa na norma, inclusive a jurídica, também atrelada a um espaço e um tempo específicos. Como essa dualidade dialógica se sintetiza num ambiente de apreço e zelo à democracia, criando a inclusão ímpar de que o instituto dos Juizados Especiais é ao mesmo tempo consequência e uma das causas fundamentais?

Teríamos nesse encontro das vastas camadas da população com as vozes de autoridade, sob a campânula da democracia, o que podemos conceber como um gênero discursivo derivado ou indireto, para citarmos a Teoria dos atos de fala, da Pragmática. Ou seja, um ato de fala que não deve ser consumido como se se tratasse de um gênero direto. Não se pode conceber esse fluxo dialógico como se a informação fosse um ato de fala constativo: que pode ser submetido à verificabilidade, de onde só se pode afirmar “sim” ou “não”. Num nível de conteúdo e expressão, trata-se de um enunciado performativo, que pretende “to do things with words” (AUSTIN, 1962), indo além da mera verificabilidade e atingindo uma ação que se pretende alcançar, sendo proferido, geralmente, no plano da expressão, em primeira pessoa, no presente do indicativo e na voz ativa. Essa mudança de perspectiva, em que o papel do Juizado é “fazer coisas com as palavras”, é de caráter profundamente cultural e civilizatório, pois a

autoridade – que emana do povo – volta-se ao povo num dosificado clima democrático, porquanto inclusivo.

Não se pode falar de democracia sem se compreenderem os fatores de inclusão, autoridade, aceitação, diálogo, mudança.

Toda essa discussão nasceu com a dialética socrática (até mesmo antes dela), levada à pátina da literatura por seu aluno desobediente: Platão. Entre o plano das ideias e o plano das coisas em si, pairava o fantasma do *simulacro*. Este pode ser muito bem decalcado, *mutatis mutandis*, à mediação performativa diante da ideia da autoridade que se expressa.

Os grandes personagens de diálogos de Sócrates-Platão a esse respeito são o “Protágoras” e o “Górgias”, é claro (PLATÃO, 1997). Sofistas, ambas as personalidades (ou autoridades) foram confrontadas com a existência possível (e provável, em Sócrates-Platão) de uma Verdade. *Aletheia* ou *Logos*. *Veritas*, como se conclama no apanágio de Harvard. Assim, “o homem como medida de todas as coisas”, em Protágoras, era cruamente contrastado com o *Logos* socrático-platônico, esmaecendo. Górgias, ao menos, era mais franco em sua forma de retórica sofista, recusando uma “virtude universal” (*Arete*, em idioma ático), e relativizando-a de acordo com as classes sociais que perfaziam a Pólis. É nisso que Górgias, mas não Protágoras, se assemelha aos filósofos cínicos, como Antístenes e Diógenes.

Prosseguindo a tríade grega, com Sócrates e Platão, o fundador do Liceu, Aristóteles de Estagira, já estudava a retórica como forma de obter “meios de prova”. Segundo ele, como é consabido, esses meios se iniciavam com o *Logos* (um rastro de verdade) de seu Mestre Platão, mas imediatamente se desdobravam em *Ethos* (a adesão a uma forma de discurso relativamente estável que encampa certo grupo de pessoas ou audiência) e *Pathos* (a capacidade enunciativa de convencer aquela audiência pretendida). Tratamos do assunto em outros artigos e, mais detidamente, em recente livro nosso (CAETANO; CHINI, 2020).

Saltando alguns séculos, encontramos em Marx (1988) e em sua dialética a distinção entre a “massa crítica” e a “massa de mais-valia”, uma forma importante de relacionar a recepção dos enunciados, perpassada pelo modo de produção capitalista. Segundo Marx, esses dois *Ethi* recuperam, sistematizam e repassam a informação (denotativa ou conotativa) em função de seu papel socioeconômico numa estrutura herdada da Revolução Industrial Inglesa: burguesia e proletariado.

Chegamos, finalmente, aos tipos “apocalípticos” e aos “integrados” que nomeiam a obra de Umberto Eco.

Como sabemos, o pensador polímata Umberto Eco sistematizou a relação entre informação (cultural ou referencial) e espectador (ECO, 1993), indo ao zênite da discussão que, como mostramos, se iniciou antes mesmo de Sócrates e foi explicitamente ancorada com Marx, Freud e a Escola de Frankfurt. Ou seja, toda a discussão entre cultura de massa e cultura aristocrática ou, como temos falado aqui, cultura crítica.

O “apocalíptico” de Umberto Eco, como sabemos, se metonimiza na figura do “super-homem”, não apenas o de Nietzsche (*Übermensch*), mas também o da *DC Comics*, surgido em 1938 numa revista em quadrinhos para a massa social. O super-homem de Nietzsche não se distancia tanto do personagem com músculos de aço da indústria cultural. Surgido em 1881, em *Assim falou Zaratustra*, o pensador persa a quem Nietzsche dá voz inquire e exorta: “Eu vos ensino o super-homem. O homem é algo a ser superado. Que fizestes para superá-lo?” (NIETZSCHE, 1998, p. 112).

Num caso e noutro, trata-se do protótipo metafórico (na acepção da Linguística cognitiva) do ser humano que, tendo ou não procedência da massa, dela se destaca, passando a não mais fazer parte de seu suposto rebotalho. O super-homem de Nietzsche nasce da massa humano-terráquea, despertando do “sono dogmático” e da “normose”, na sua acepção fundamental, e também na que provém de parte significativa de nossas investigações sobre o tema, mantendo uma normalidade/norma vigente. Ao passo que o super-homem da *DC Comics* já é aristocrata de nascença, pois veio do fictício planeta Krypton, onde foi chamado como Kal-El. O super-homem é o apocalíptico, a antecâmara consoladora da nossa possibilidade de ascendermos sobre a massa normótica e dotarmos de volume a nossa voz de autoridade. Em outros termos, é também a possibilidade de mudança de uma norma/normalidade que tenha se tornado normose, porque está desgastada.

Mas isso pode empurrar-nos a todos ao simulacro dos velhos e bons fundadores da Academia: Sócrates e Platão.

O “integrado”, por seu turno, é aquela metonímia que demonstra que a massa se posicione antes como espectador que goze da libação acrílica do banquete discursivo.

Cabe aqui, portanto, uma explicitação do conceito de normalidade desgastada, ou normose:

Cabe resumir a normose, aqui (...), como: *um conjunto de pensamentos e comportamentos que são sistematizados dentro de um consenso e aprovação social, tornando-se a “norma”, o “normal” e a “normalidade”, que são até mesmo incentivados dentro desse âmbito, e que, no entanto, são patogênicos, isto é, levam a “sofrimentos, doenças e mortes”, como sintetiza Pierre Weil nesses três substantivos (CAETANO, 2020, p. 132).*

Os teóricos da mídia, ao criarem o conceito de “aldeia global”, tão equivocadamente equiparado, por vezes, aos conceitos de “globalização” (o avanço do turbocapitalismo) e o controverso “globalismo”, notam que, à teoria da informação, por exemplo, com sua “Cibernética” (do grego, “aquele que pilota”), foi acrescido um número incalculável e extremamente impreciso de dados, sons, vozes, imagens, símbolos, ícones, signos. Eles postulam que o que as *mass media* fornecem são sempre dados, e nunca informações; em outros termos, são elementos de enunciado (dados) cuja interpretação é que gera enunciação (informação).

Ou seja, no meio das normalidades presentes nas sociedades, há aquelas que são normóticas. Isso são dados, que devem transformar-se em informação à prática legiferante, a fim de que esta mude para atualizar-se a novas normalidades. Todo esse movimento se concretiza na norma jurídica e, em diálogo com o povo, nos próprios atos democráticos do juiz.

Ao utilizar o argumento de autoridade, a dialética democrática não deve apelar ao que supostamente seria um argumento teológico. Afinal, os especialistas, na condição prototípica de “apocalípticos”, e não de “integrados”, fornecem a crível “informação” lastreada pelo *Magister dixit*, como vimos. No plano da expressão, por isso mesmo, retornamos isotopicamente ao ponto, exprimem-se em primeira pessoa, no presente do indicativo e na voz ativa, com asserções que se supõem irretorquíveis em toda a sua tessitura, devido ao grau de verificabilidade de que se municiam.

É necessário, portanto, exercer e exercitar o senso crítico mais do que em muitos outros casos. O especialista fornece dados que são descritivos e, portanto, dignos de reconhecimento e até reverência.

Mas pode-se partir do verificável e empírico para o especulativo que circunda os meios de massa – de mais-valia ou crítica? Então, numa democracia madura, a constituição de massa crítica é fundamental para o equilíbrio da balança dialética de todas as instituições. E esta é a condição de existência dos Juizados Especiais, único mecanismo jurisdicional no Brasil em que a pessoa se apresenta diretamente à Justiça como porta-voz de si

mesma, falando e dizendo, com grau distenso de formalidade, ao juiz, de quem promana o argumento de autoridade, acerca de suas necessidades.

É interessante a metáfora que a obra *Sapiens: uma breve história da humanidade* (HARARI, 2012) usa para descrever algumas tradições culturais por certo ângulo. Ele as compara a um parasita que se hospeda no corpo da sociedade e vai se expandindo até matar essa sociedade. Aí a tradição cultural-parasita morre junto, é claro.

Porém, como sabemos, uma sociedade só se ergue como civilização a partir do momento em que compartilha valores, o que vem a ser a gênese da cultura.

O ser humano traz consigo, imanentemente, um lado individual e outro social (aqui pareado ao conceito de “universal”), que Hegel sumariza nesta passagem:

Na substância universal, porém, o indivíduo não só tem essa forma da subsistência de seu agir em geral, mas também seu conteúdo. O que ele faz é o gênio universal, o etos de todos. Esse conteúdo, enquanto se singulariza completamente, está em sua efetividade encerrada nos limites do agir de todos. O trabalho do indivíduo para prover suas necessidades é tanto satisfação das necessidades alheias quanto das próprias; e o indivíduo só obtém a satisfação de suas necessidades mediante o trabalho dos outros (HEGEL, 1992, p. 223).

Portanto, vale uma questão aqui: tratar-se-ia, assim, de um paradoxo? A mesma cultura (de caráter intrinsecamente coletivo) que é condição de nascimento de uma civilização levará ao colapso dessa mesma civilização?

Isso ocorre quando a tradição cultural se transforma em normose, que causa mais prejuízos do que benefícios, por evidenciar-se numa norma obsoleta. E essa é, então, a trajetória da normose: ela é uma parasita que sobrevive no corpo de uma sociedade, até torná-la excludente, no que se chama em direito de “letra morta”.

Obviamente, a normose morre junto com esse dano momentâneo ao direito e à sociedade.

O direito possui relação direta com esses elementos, uma vez que detém importantíssimo papel de sintetista das normas (fatos) sociais vigentes, com o fito expresso de transformá-las em norma juspositiva, isto é, inserida no corpo do Ordenamento Jurídico de um determinado espaço e tempo – seja a Constituição, sejam outras leis, sentenças, peças, jurisprudências, doutrinas, exegeses, hermenêuticas.

É evidente que algumas tradições culturais já não são mais autônomas e legítimas, mas, sim, parasitárias, porquanto obsoletas, e assentadas numa heteronímia desconcertante e incoerente, um impropério ao estado de direito de qualquer civilização coetânea. É um desses instantes em que o direito e a sociedade entram em descompasso. Esse fator necessita de urgentes calibrações, sem as quais não se conseguirá atingir a inclusão ampla de acesso à Justiça, que os Juizados Especiais ampliaram ainda mais, como temos dito.

Ou seja, certas normas de berço cultural tornam-se exatamente o oposto do conceito etnológico e antropológico mais digno de cultura, numa prova de que a distinção da polissemia que esse conceito encerra pode ser a chave para a compreensão do paradoxo. Em outras palavras, quando uma tradição cultural normótica começa a fazer naufragar uma civilização, é exatamente a cultura em seu estado vivente e puro que permite que essa mesma civilização se salve do naufrágio, seja pela reinvenção de si mesma, seja pelos novos caminhos encontrados no esteio da sua cultura mais perene, pois é daí que se averiguarão os costumes que servirão de base à legislação do futuro, muitas vezes urgente no próprio presente.

Então retomamos isotopicamente a questão: todas as tradições culturais são verdadeiramente tradições culturais que devem irrefletidamente ser deixadas de lado, sem questionamento?

O fato é que muitas vezes se trata de tradições culturais que, não repentinamente, mas aos poucos, transformaram-se em imensas normoses. "Normais" desgastados e patogênicos.

E seu destino, como comprova a antropologia (mais até do que a história), é o naufrágio.

Esse naufrágio leva consigo a civilização que navegava nesse navio. E outra civilização nasce, às vezes dos escombros da civilização naufragada. A cultura faz naufragar e a cultura faz renascer.

Como na dialética hegeliana, as sociedades se sustentam sobre pilares de conservação (tese) e inovação (antítese), e da fricção entre uma e outra, nasce uma *síntese*, que desmorona o que já não possui razão para prosseguir, tanto no seu lado conservativo quanto nas falaciosas "inovações" que, porventura, não passem de meros modismos, invencionices ou novidades para serem consumidos e descartados. A síntese é o julgamento do que há de justo na conservação e o que há de justo na inovação. São forças que os filólogos clamaram à física newtoniana para criar a metáfora

sociológica de força centrípeta (conservação) e força centrífuga (inovação). É uma mecânica social infraqueável.

O berço de uma civilização se dá com a coerência ética e estética que a cultura propicia. E essa cultura (ou parte dela) tende a se enregelar e transformar-se em tradição cultural. E, quando essa tradição cultural se calcifica, torna-se uma normose, que aponta a tumba da mesma sociedade que nasceu daquela ética e estética. A partir daí, é questão de cronometrar o seu declínio.

O direito entra nessa equação. A frase do jurista uruguaio Eduardo Couture é francamente lembrada: “Teu dever é lutar pelo Direito, mas, no dia em que encontrares em conflito o direito e a justiça, luta pela justiça”. Isso porque a “normalidade” desgastada que é intrínseca à normose não pode mais ser normatizada a partir do momento em que se constata a obsolescência de antigos “normais” (COUTURE, 1979, p. 11).

O direito, assim, é dinâmico pelo fato de que persegue a Justiça. Como um nauta que navega guiado pelas constelações, que permitiria que se repetisse a frase de Leonardo da Vinci: “Não há como voltar atrás quando a meta são as estrelas”.

A clássica obra *Declínio e Queda do Império Romano* (GIBBON, 1989) tornou-se tão icônica justamente por ter sido provavelmente a primeira que, com outras palavras, apontou que o Império Romano se esfacelou por causa da sua então normose guerreira, beligerante, expansionista. E, prefaciando páginas de horror da nossa história recente, o autor aponta a existência de antissemitismo dentro da sociedade romana clássica, o que se figurou terrivelmente ainda no trágico episódio de *shoah* do holocausto judaico, em pleno século XX. Tudo isso já se tornara, à época do Senado de Roma, um erro ético e estético, típico das normoses. O declínio foi apenas questão de tempo. Um poderoso império de mais de mil anos se desmantelou como uma torre de areia.

Em grande parte do mundo de hoje, sobretudo na camada ocidental, ou seja, a porção da civilização humana moderna que vive sob o zênite do direito, vemos que mesmo os temas humanistas antes considerados complexos e até muito controversos têm granjeado um lugar ao Sol da Justiça. As normoses estão mais evidentes, o que tem tornado a tarefa de aplicar o direito cada vez mais dinâmica.

Mesmo quando atuais normalidades não são ainda aceitas em determinadas comunidades, o que observamos é que o número da não aceita-

ção se dá por uma margem mínima, extremamente estreita e acirrada, não mais no que antes se daria por ampla e confortável extirpação sumária. Trata-se da explicitação de que a normose já foi detectada. Agora é questão de tempo para que ela saia de campo, fazendo história e marcando o direito com letras novas.

Não é mais com tanto espaço e folga de denegação que temas antes altamente polêmicos são olhados cara a cara. O divórcio com possibilidade de novo casamento, o voto feminino, a ética com os chamados animais irracionais, a defesa de grupos que são colocados em guetos, como os idosos, os negros, os homossexuais, a inclusão anticapacitista; e muitos outros pontos são conquistas recentes da história humana, que não se consumaram de forma unânime, mas, efetivamente, se consumaram.

O que antes levava a milhares de anos de interminável cacofonia de vozes estridentes como ferroadas, salivando tinta e ódio, no nascer de um Sol, aparentemente de forma repentina (sem que o seja, na verdade), mostra que mesmo um nó cego se desfaz e (com a licença do trocadilho) precisa enxergar a vida como ela é.

A Justiça, afinal de contas, é um sentimento, uma sensação, uma intuição, um raciocínio, perpassando as quatro funções psíquicas de Jung (1971). E, na raiz dos fatos sociais, quem dilapida uma normose, mesmo que milenar, é o sentido da Justiça que perpassa todo o psiquismo de um indivíduo e, indo além dele, de uma sociedade.

É a velha metáfora da sabedoria dos anciãos do deserto que observam que "os cães latem, mas a caravana passa". É essa margem cada vez mais estreita e quase insustentável que deixa aflorar a raiz da normose que já se descortinou e que já dá sinais da sua própria morte, enquanto parasita, e da morte do corpo social que a alimenta, que muito tenazmente renasce do aprendizado do reconhecimento dessas antigas normalidades desgastadas.

Costumamos dizer que a vida, segundo a antropologia, é comparável ao "Bolero" de Ravel: uma melodia simples e linear, com um toque de tambor (mais especificamente a caixa clara) em ritmo marcial impassível, aparentemente dá voltas sem sair do lugar; mas, sem que se perceba muito claramente, o que acontece é uma evolução sistemática que eleva a linha melódica, somando-se-lhe outras vozes que dão timbres e cores novas àquela primeira melodia. E essa melodia, que parece estática e imutável, nos conduz a um caleidoscópio de prismas, numa plethora de cores que cria uma paleta de tons e semitons que, no fim, envolvem tudo e todos,

sem deixar ninguém injustamente no gueto, incluindo-os na grande melodia humana. Assim é o compasso da harmonia da Justiça.

Então, quando a tradição cultural se torna normose, essa parasita mata de inanição o organismo social que a nutria. O direito precisa estar atento a isso na medida em que é vocacionado à inclusão cada vez mais ampla de pessoas às suas ferramentas de Justiça.

E, queiramos ou não, um novo corpo societário civilizatório surge, e necessita da cultura em sua base para ter coesão, a qual se transformará em tradição cultural, que tende a se transformar em normose, e, no fim da linha, em parasita. O direito está sempre muito ativo nessa mudança incontestante. Mesmo que isso aconteça no passar das gerações humanas, pois às vezes uma única geração não estará pronta para enfrentar e derrubar esses paradigmas, por mais insustentáveis que eles sejam.

Não é sem beleza poética que nós, os epistemólogos, soemos dizer que, de berço em berço e de túmulo em túmulo, as sociedades, tal qual os idiomas e o direito com seu Ordenamento Jurídico que as sustentam, vão se transformando para adequarem-se à realidade, não à abstração da obsoleta "letra morta", ineficaz e ineficiente.

No famoso binômio epistemológico, dizemos que às ciências naturais cabe o *erklären* (explicar), ao passo que às ciências humanas cabe o *verstehen* (compreender). A congregação das ciências constitui, portanto, a equanimidade que viceja do sentimento de Justiça.

É com a união das ciências, tanto as naturais quanto as humanas, que se nota que o método científico é sobreposto na tríade "pesquisa-teoria-teste". E que, portanto, as sociedades, suas tradições culturais e suas normoses são tanto *explicáveis* quanto *compreensíveis*. É nesse aspecto inerente à ciência e à epistemologia que o direito pode perfeitamente ser concebido como uma ciência.

Suas hipóteses são endossáveis quando suas teorias passaram por testes que as comprovaram ou se mostraram não refutáveis. E isso se dá quando há adequação de normas a normalidades reais, concretas, eficazes, inclusivas, democráticas, civilizatórias. Essa é a contribuição da epistemologia à explicação e compreensão da sociedade como elemento das ciências naturais, mas também cultural e civilizacional, elemento das ciências humanas. A ciência do direito é arquitetada, portanto, sobre o mesmo arcabouço das suas ciências pares e possui como fiel da balança a obser-

vação arguta de normoses que podem criar normas inférteis e infrutíferas socialmente.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A antropologia mostra que o naufrágio em um ideal ou normalidade obsoleta, embora dê a alguns a ilusão da chegada, nada mais é do que um naufrágio. Se não observarmos os sinais de submersão de certas tradições culturais que não mais se legitimam, caso das normoses, permitiremos que a sociedade como um todo aderne junto, porque haverá um peso excessivo de pessoas e direitos excluídos. É preciso estender-lhes o navio de um direito que conduza ao continente da Justiça. A passagem de uma normalidade social, refletida na norma jurídica, à normose, ou normalidade desgastada, deve ser frequentemente averiguada para que o direito e a Justiça estejam sempre em sincronia.

Nesse aspecto, o papel consolidado dos Juizados Especiais tem-se mostrado cada vez mais realista, fundamental e, podemos dizer, humanista. Ao permitir o acesso direto do cidadão à Justiça, os Juizados Especiais têm cumprido com justificada celebração sua vocação dialógica, inclusiva, democrática, cultural e civilizatória, expandindo seu valor antropológico e social àquelas pessoas que, antes, viam toldado o direito de amplo acesso à Justiça. A exclusão desse acesso é, evidentemente, uma normose a ser constantemente enfrentada.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Tópicos. Dos argumentos sofísticos.** Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 2ª. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, 197 p.
- AUSTIN, J. L. **How to do things with words.** Oxford: Oxford University Press. 1962. 712 p.
- CAETANO, M.M.; CHINI, A. **Argumentação jurídica: indo além das palavras.** Brasília: Editora OAB Nacional, 2020, 145 p.
- CAETANO, M.M. **Em busca do novo normal: reflexões sobre a normose em um mundo diferente.** Rio de Janeiro: Jaguatirica, 2020, 181 p.
- COUTURE, E. **Os mandamentos do advogado.** 3ª ed. Tradução: Ovidio A. Baptista da Silva e Carlos Otávio Athayde. Porto Alegre: Editora SAFE, 1979. 78 p.
- CREMA, R.; LELOUP J.Y.; WEIL, P. **Normose: a patologia da normalidade.** Petrópolis: Vozes, 2011. 312 p.
- ECO, U. **Apocalípticos e integrados.** Tradução: Pérola de Carvalho. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1993. 386 p.

- GIBBON, E. **Declínio e queda do Império Romano**. Tradução: José Paulo Paes. São Paulo: Companhia da Letras: Círculo do Livro, 1989. 521 p.
- HARARI, Y.N. **Sapiens – Uma Breve História da Humanidade**. Tradução: Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM. 538 p.
- HEGEL. **Fenomenologia do espírito**. Tradução: Paulo Meneses. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1972. 271 p.
- JUNG, C.G. **Tipos Psicológicos**. Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1971. 616 p.
- KANT, I. **Kritik der reinen Vernunft**. 2ª. Ed. Berlin: Project Guttenberg, 2004. 181 p.
- MARX, Karl. **O Capital**. Vol. 2. Tradução: Ricardo Musse. 3ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. 420 p.
- NIETZSCHE, F. **Assim falou Zaratustra: um livro para todos e para ninguém**. Trad. Mario da Silva. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil. 1998. 240 p.
- PLATÃO. **Górgias**. Tradução de Manoel de Oliveira Pulquério. Lisboa. Edições 70. 1997. 580 p.

A tutela do superendividamento como irradiação dos direitos fundamentais nas relações de consumo

*Fabiana Andréa de Almeida Oliveira Pellegrino**

Resumo: No modelo de consumo atual, o crédito vulgarizou-se na generalidade das economias de mercado, na medida em que a urgência do ter e a descartabilidade dos produtos e serviços fez do crédito a porta de acesso dos consumidores ao locus da visibilidade social. Entretanto, os contratos de crédito, habitualmente, se materializam com abusividade diversas, em descompasso, portanto, com o respeito à dignidade da pessoa humana, que passa a ser encartada como um potencial de compra, um “produto de vitrine”. Nesse contexto, com o propósito de possibilitar o direito de recomeço ao devedor de boa-fé superendividado, faz-se urgente a adoção de medidas enérgicas de educação financeira e consumo sustentável, bem assim intervenções estatais, que possibilitem a adequação das contratações à funcionalização imposta por matrizes constitucionais. A disciplina da concessão responsável do crédito e a proposta de prevenção e tratamento do fenômeno do superendividamento vem ao encontro de um paradigma ético e solidarista, verdadeiro valor chave para a compreensão da racionalidade hermenêutica das relações privadas de consumo, entendidas como ponto de encontro de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Consumo, contrato, crédito, direitos fundamentais, funcionalização, superendividamento, prevenção, tratamento.

*. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Juíza Coordenadora do Sistema Estadual dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Magistrada titular da 19ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor do Poder Judiciário do Estado da Bahia. Pós-graduada em Direito, Justiça e Cidadania pela Faculdade Maurício de Nassau. Pós-graduada em Direito e Estado pela Faculdade Baiana de Direito. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá. Integrante do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON. Integrante do Fórum Nacional de Juizados Especiais – FONAJE.

1. INTRODUÇÃO

A ideologia do consumismo e a sua engrenagem de artificialidades, propondo que a moral da sociedade está na força do consumo, conduzem intencionalmente ao sentimento de vazio, para que os sujeitos estejam permanentemente em busca do seu preenchimento através de movimentos inorgânicos e crescentes de consumo, natural comando ditatorial da ordem produtiva.

Nesse cenário, os detentores do poder econômico alimentam a máquina do consumo abundante através de publicidades, políticas de marketing, inclusive com uso da neurociência (marketing invisível) e sociologia do consumo, para captar o perfil do consumidor e fomentar o consumo, simplesmente por uma voracidade capitalista de lucro, sem o compromisso ético e social, indispensável a uma comuna civilizada.

Percebe-se que, desde o primeiro contato social, durante a execução contratual, e ainda no período pós-contratual, em regra, as partes hipersuficientes, técnica, jurídica, fática e economicamente, resistem a se conduzir conforme o signo da solidariedade social e da boa-fé contratual, exercitando posições jurídicas de forma abusiva, e, praticamente, estigmatizando diversos contratos de adesão com cláusulas inadequadas, que aviltam o verdadeiro sentido da autonomia privada e do equilíbrio contratual.

Em contrapartida, as partes vulneráveis se curvam a uma espécie de cidadania do consumo, construída pela ordem produtiva, levado-as a introjetar a idéia de não existir outra forma de alcançar o bem-estar ou a auto estima, a não ser pelo desfrute dos produtos e serviços que os façam parecer ser melhores, lhes concedam a distinção social.

Desse modo, a conduta contratual e social dos fornecedores de bens e serviços, especialmente em relação aos serviços financeiros, acabam por traduzir, em regra, um claro desencontro com o vetor comportamental impresso no corpo da Constituição Federal de 1988, sobretudo quando encartados os pesados encargos contratuais, a captação imprudente da clientela em geral, enfim procederem que já não encontram assento em tempos de pós-miopia individualista.

Dos excessos comportamentais (de consumo e oferta), resulta o superendividamento, a denotar a impossibilidade global do devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (ressalvadas as fiscais, oriundas de delito e alimentos), em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio.

Nesses moldes, o superendividamento reclama medidas enérgicas de educação financeira e ao consumo sustentável, que colimem prevenir o fenômeno, assim como medidas que busquem o tratamento do fenômeno, através da intervenção estatal, sempre com o propósito de possibilitar o direito de recomeço ao devedor de boa-fé.

A adoção de um sistema formal de falência do consumidor pessoa física, fulcrado na educação financeira e ambiental, na limitação da autonomia privada que conduza ao abuso de posições jurídica, no incentivo às repactuações que possibilitem a quitação das dívidas com o resguardo da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, insere-se numa linha humanista e inclusiva, sendo sua tutela essencial ao desenvolvimento sustentável da própria economia e à proteção do consumidor, que, conseqüentemente, terá uma oportunidade de reescrever sua história, sem o estigma da falha pessoal.

Nesse encerro de ideias, o presente artigo se propõe a destacar a importância do sistema formal de tratamento do superendividamento do consumidor, como forma de realizar o direito fundamental de proteção do consumidor, alcançar o desenvolvimento sustentável, uma sociedade justa e solidária, a redução das desigualdades e a promoção do bem estar de todos, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, contribuindo, por conseguinte, com a formalização de um modelo de comportamento social mais autêntico.

2. RESSIGNIFICAÇÃO FUNCIONAL DAS RELAÇÕES PRIVADAS: CONTRATO COMO PONTO DE ENCONTRO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

No encerro do discurso liberal, o juízo de valor sobre as obrigações, e, portanto, o contrato, era essencialmente estrutural, perquirindo-se, numa visão isolacionista da respectiva relação jurídica, a ausência de defeitos em sua formação, levando-se ao extremo o dogma do *pacta sunt servanda*, sem consideração ao conteúdo funcional do negócio.

Já na ambiência do Estado Social, e dos fenômenos da repersonalização e despatrimonialização das relações jurídicas, rompeu-se a lógica individualista, restaurando-se a primazia da pessoa humana, no encontro do homem concreto da sociedade contemporânea, que busca e promove um humanismo solidificado, permeável à concepção do contrato como um instrumento a serviço do desenvolvimento da pessoa, sujeito ao projeto social constitucionalmente articulado.

Desse modo, tendo-se a Constituição como coração do ordenamento jurídico e dos princípios éticos normativos, a relação obrigacional patrimonial passou a ser ferramenta de atuação do valor constitucional da dignidade da pessoa humana, ganhando a autonomia privada novos contornos funcionais, aptos a transformar a estrutura jurídica estanque, numa dimensão de equivalência material, fundada nas exigências de sociabilidade e solidariedade, que enlaça os poderes públicos e cada um de seus membros.

A partir dessa visão ativa do ordenamento jurídico, tem-se o Direito como instrumento de combate aos males da sociedade, através da imposição de um patamar superior de respeito e lealdade nas relações sociais e, portanto, de realização da justiça e da inclusão sociais, a partir dos paradigmas constitucionais.

O paradigma solidarista é o valor chave para a compreensão da racionalidade contemporânea. A propósito, sob forte lente solidária, Schreiber assevera (SCHREIBER, p. 51-52):

A solidariedade surge como valor chave para a leitura e compreensão da nova racionalidade e origem inspiradora de ações que já vem logrando alterar a realidade social no início do século XXI. É essa solidariedade condicionada ao desenvolvimento da dignidade humana, e informadora deste mesmo conceito que parece ser – mais que a própria alusão à dignidade humana – o diferencial entre pensamento moderno e o pensamento contemporâneo. E a incorporação desta solidariedade pelo direito, como princípio jurídico – e, portanto, como norma – diretamente aplicável às relações privadas é, sem dúvida, uma alentadora novidade.

À margem da escolha ideológica que se faça, a adequada descrição da solidariedade deve voltar-se para a verticalização dos interesses do homem, para ceifar desigualdades subjetivas e regionais, num cenário em que estarão, permanentemente indissociáveis, a solidariedade e a igualdade, na conformidade da dignificação do homem (art. 1º, III, CF), erradicação da pobreza, diminuição das diferenças sociais (art. 3º, III, CF), conforme solidificação normativa no texto constitucional (NALIN, 2002, 177).

A solidariedade traz consigo a imagem do homem coletivo, inserido numa comunidade viva e integrada, traduzindo, sobretudo, uma disposição ética do ser humano de permitir o maior desenvolvimento de todos os homens (JUNIOR, 2002, 173). E é oportuno dizer que essa solidariedade contemporânea não é coletivista, mas humanitária, pois se dirige ao de-

envolvimento da personalidade de todas as pessoas, entre todas as pessoas, e não do grupo, não se confundindo, assim, nem com o coletivismo, nem com o individualismo (SCHREIBER, p. 50).

Não é por outro motivo que, nessa linha de coexistencialidade, Perlingieri afirma a solidariedade como expressão da cooperação e da igualdade na afirmação dos direitos fundamentais de todos, definindo, outrossim, a noção de dignidade social, como o instrumento que confere a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, ou seja, relaciona o conceito de dignidade à noção de solidariedade, que só pode ser entendida como instrumento e resultado da dignidade humana (PERLINGIERI, 2008, 463).

Trata-se de paradigma ético-solidarista, a demandar uma forma de olhar atenta à parte vulnerável da relação jurídica, com solidariedade, sobrepondo-se esse olhar a considerações de ordem econômica, de modo a permitir, assim, ultrapassar juízos lastreados na reprovação da conduta lesiva e optar por fatores objetivos de imputação do dever de reparar, numa clara evidência de força para afastar a culpa como pressuposto do dever de reparar.

A solidariedade deriva da boa-fé objetiva e é cânone interpretativo geral do ordenamento privado (NALIN, 2002, p. 179), e a solidarização conduz à distribuição mais adequada dos riscos do contrato, das perdas e custos sociais, cargas e tensões no processo obrigacional, e isso representa o perfil mais elevado da solidariedade social e política (PERLINGIERI, 2008, p. 513).

Se a realização da justiça pressupõe tratamento igualitário entre as partes iguais e desigual entre as partes desiguais, justa é a distribuição dos riscos, nessa proporção, entre as partes. Desse modo, sobre o credor penderão os riscos inerentes à eventualidade do não cumprimento ou do cumprimento impreciso da prestação que lhe é devida, e, sobre o devedor, os de ressarcir os danos causados pela inobservância do programa obrigacional, à exceção de causa estranha e não imputável, ou o exercício de uma posição defensiva, que provoque a violação do dever contratual (CATALAN, 2013, p. 272).

Como bem pondera Nalin, a justiça só passa a ser social quando se permite ao sistema ser informado com valores como a dignidade do homem, busca pela redução da pobreza e das diferenças regionais, a tutela

dos hipossuficientes e vulneráveis, de modo que, a dinamicidade do movimento social, implicará a dos seus próprios valores (NALIN, 2008, 69).

Impõe-se, assim, uma concepção social do contrato, para a qual não só o momento da manifestação de vontade importa, mas também e, principalmente, os efeitos do contrato na sociedade, e a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas.

O fato de um sujeito de direito da relação contratual ter recebido direitos fundamentais, ao posicionar-se como consumidor, influencia diretamente a interpretação da relação contratual em que se encontra inserido. O contrato de consumo passa, assim, a ser um ponto de encontro de direitos fundamentais, devendo ser interpretado teleologicamente e conforme a Constituição, entendida esta como uma estrutura “progressista”, sujeita a uma interpretação dinâmica.

Na concepção clássica, liberal, repudiava-se qualquer ideia de justiça distributiva, considerando-se o contrato intangível, podendo ser exigido o cumprimento forçado junto ao Estado, independente de qualquer comprovação sobre a existência de atos de cumprimento do contrato, confiança ou ocorrência de prejuízo experimentado em razão do não cumprimento.

No Brasil, a construção de um distinto paradigma contratual, passa pelo reconhecimento da dignidade constitucional das normas civis, a partir da Constituição Federal de 1988, que instaurou uma nova ordem jurídica, social e econômica, destacando como objetivos fundamentais os expressos no art. 3º, a fim de dar a nota paradigmática da nova visão social.

Nessa senda, colorindo-se o contrato com as cores de um fenômeno social, verifica-se a migração de um individualismo contratual para a consideração de uma pluralidade de sujeitos com variados perfis, sobretudo diante da observação de que frequentemente as relações contratuais projetam efeitos para pessoas que nem sequer conhecem os seus termos.

Tem-se, assim, o contrato como “um símbolo da civilização” (PEREIRA, 2010, pag. 11), fundado na ideia de justa distribuição de ônus e lucros sociais, numa ambiência de equidade, desempenhando na vida social contemporânea múltiplas funções, mas sempre com o propósito de cumprir um objetivo promocional, dentro do sistema jurídico, qual seja a realização da pessoa humana.

Encampando essa concepção civilizatória, Caio Mario da Silva Pereira afirma que, paralelamente à função econômica, aponta-se no contrato

uma outra civilizadora em si, a educativa, deixando-se de lado a ideia pura e simples de antagonismo entre as partes, para levar em conta os efeitos do contrato na sociedade.

O resultado dessa mudança de estilo de pensamento é que as leis ganham em funcionalidade, optando-se por soluções abertas que possibilitem aos operadores do direito o uso de valores básicos e princípios sociais (MARQUES, 2011, p. 211-215).

A confiança é fotografada como necessidade ético-jurídica (CARNEIRO DA FRADA, 2007, p. 261-262), pois o contrato impõe respeitar e responder pela confiança que o outro, ao contratar, nele depositou, e que as expectativas quanto a não infração dos ditames de correção ou razoabilidade de conduta, produzidos por essa confiança, podem ser consideradas como fonte autônoma no direito obrigacional (MARQUES, 2011, p. 181).

A conscientização quanto a esse perfil de contrato é de extrema importância na sociedade de consumo, em que os consumidores estão mais fragilizados e suscetíveis aos influxos de um comércio jurídico despersonalizado e desmaterializado através das contratações massificadas ou estandardizadas, dos conhecidos contratos de adesão ou condições gerais, homogêneos em seu conteúdo e dirigidos indistintamente a todos os consumidores, ou mesmo através das chamadas condutas sociais típicas.

Nessas relações massificadas, sendo uma realidade a desigualdade material entre partes com distintas forças, faz-se necessária a desigualdade jurídica de tratamento que equilibre essas forças. Ronaldo Porto, partindo do reconhecimento das diferenças de *status* jurídico das pessoas, afirma que, progressivamente, o Direito Social acabará sendo um Direito de desigualdades, de discriminações positivas, contendo em si fisiologicamente as ideias de reciprocidade e equilíbrio (MACEDO, 2007, p. 51-53).

Assim, é imperativa a visão da obrigação como um processo social e jurídico (SILVA, p. 2006), mais complexo e duradouro do que uma simples prestação contratual, engessada em um dar e um fazer momentâneos entre parceiros contratuais, teoricamente iguais, conhecidos e escolhidos livremente, sobretudo porque envolve obrigações de conduta.

A propósito, calha destacar a posição valiosa de Menezes Cordeiro, quando afirma que “A obrigação implica, então, créditos múltiplos e diz-se complexa; tem várias prestações principais, ou, quando uma delas domine, em termos finais, uma principal e várias secundárias” (CORDEIRO, 2013, p. 586-591).

A intervenção do Estado na formação dos contratos é exercida não só pelo Poder Legislativo, como também pelos órgãos administrativos e pelo Poder Judiciário. Nos contratos privados, especialmente nos contratos de consumo, essa intervenção assume papel de relevo no controle das cláusulas abusivas, para proteção do mais fraco, a partir do mandamento constitucional de proteção ao consumidor, e do caráter indisponível, de ordem pública e fim social, das normas do CDC.

Nessa ótica, o contrato como interseção de vontades dos privados está sob a égide de uma nova concepção de direito privado, na qual os direitos fundamentais tem influência direta nas relações privadas entre iguais ou desiguais, impondo valores e vetores a serem respeitados, de modo que, quando se concretiza a boa-fé, concretizada restará a dignidade da pessoa humana.

Quanto mais duradoura for a relação, mais destacados estarão os deveres de cooperação e adaptação para uma maior possibilidade de manutenção do vínculo contratual (SANDEL, 2013, p. 182).

Isso quer dizer que, embora seja um pressuposto da democracia, a autonomia privada não tem nada de absoluta, devendo ser conciliada com o direito das outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade, e outros valores essenciais ao Estado Democrático de Direito, como a autonomia pública (democracia), a igualdade, a solidariedade e a segurança, o que justifica a restrição proporcional, visando a otimização dos bens jurídicos em confronto, através de uma ponderação de interesses.

Aliás, foi a consagração da solidariedade como norma constitucional e o reconhecimento da aplicabilidade direta das normas constitucionais sobre as relações privadas que impuseram a resignificação da autonomia privada, de modo que, mesmo estando certo comportamento expressamente autorizado por contrato ou lei, é preciso verificar sua conformidade com a dignidade humana e a solidariedade social, para só assim lhe ser assegurada a tutela pelo ordenamento jurídico contemporâneo.

Desse modo, é inevitável que o Estado intervenha em situações concretas, restringindo a autonomia privada, seja para proteger a liberdade alheia, seja para favorecer o bem comum e proteger a paz jurídica da sociedade, através da lei, manifestação da autonomia pública do cidadão.

Não se perca de vista que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais sobre as relações privadas está atrelada à humanização da ordem jurídica, que impõe, igualmente, a observância não apenas da dignidade

da pessoa humana, mas também a igualdade substantiva e a justiça social, dado que os direitos fundamentais configuram o epicentro axiológico da ordem jurídica.

A filtragem da autonomia privada está em consonância com os valores éticos e jurídicos mais caros à sociedade, sendo imperativo ter-se sempre em mira que a segurança jurídica não é o único valor, nem o mais importante, almejado pelo direito, estando ao seu lado, ou acima dele, o da justiça substancial, que traduz a ideia de reciprocidade, comutatividade, equivalência material, proporcionalidade (SANDULLI, 1998, p. 2), e da própria distribuição de riscos e ônus.

Assim, a maior ou menor atuação da boa-fé objetiva e o maior ou menor espaço de exercício concedido à autonomia negocial estão em direta dependência da estrutura, horizontalizada ou verticalizada, simétrica ou assimétrica, subjacente à relação jurídica em causa. Quanto maior o peso da horizontalidade, maior será o espaço da autonomia negocial e com menor intensidade incidirá a boa-fé em sua função limitadora de direitos subjetivos, formativos e posições jurídicas. Inversamente, quanto maior a assimetria (jurídica, econômica, informativa ou política) mais diminuto será o espaço de exercício da autonomia e mais fortemente serão irradiados os deveres e limites decorrentes da boa-fé.

O “bom direito” sabe se contrapor às razões econômicas quando necessário para impedir a mercantilização da sociedade e promover a transformação dessa sociedade para realizar as maiores chances de vida livre e digna para todos (PERLINGIERI, 2008, p. 509).

3. OPEN CREDIT SOCIETY

Observando-se a história da civilização ocidental moderna, percebe-se que o crédito vulgarizou-se na generalidade das economias de mercado mais desenvolvidas, tornando-se um instrumento estrutural fundamental para incontáveis famílias, embora com facetas positivas e negativas.

Os efeitos positivos dessa democratização do crédito no plano macroeconômico foi logo percebido pelos americanos, tendo sido responsável pelo expressivo crescimento do país, levando-o a ser a grande potência mundial do século XX. Por isso se afirma que, a partir da expansão do crédito, o mesmo deixou generalizadamente de ser entendido como sinônimo de “pobreza” ou de “prodigalidade”, dele se utilizando indistintamen-

te todas as classes sociais, como mecanismo fundamental de dinamismo da economia (LEITÃO MARQUES, 2000, p. 16).

Daí se dizer que a evolução do fenômeno creditício foi, e continua sendo, a mola propulsora do desenvolvimento econômico e verdadeiro instrumento transformador das sociedades. A propósito, deve-se estar desperto para a reflexão quanto a “faceta sombria” do fenômeno, consistente na patologia do endividamento, que, levado a extremo, transveste-se de superendividamento, responsável pela ruína financeira e desestrutura familiar de muitos núcleos.

No Brasil, a venda direta a crédito por lojistas aos consumidores expandiu-se nos anos 50 com o surgimento dos bancos de dados de proteção ao crédito, que facilitaram muito a identificação do consumidor e a consequente concessão do crédito, menos burocrática e demorada.

Apesar de as taxas de juros terem sido liberadas a partir da Lei nº 4.565/64, o sistema financeiro brasileiro era regulado em função da política monetária, para se trazer maior estabilidade à economia. Entretanto, muitas eram as exigências burocráticas e excessiva era a regulação do crédito subsidiado e dos créditos especiais (rural, habitacional, às microempresas, etc), em razão da instabilidade monetária, da insegurança quanto à solvabilidade dos agentes econômicos e das crises institucionais (ditadura militar), o que não ensejou o desenvolvimento imediato do crédito livre observado nos países desenvolvidos, onde a demanda pelo consumo e a necessidade de conceder maior poder aquisitivo ao consumidor foram fatores decisivos que tensionaram os governos a incentivar a concessão de crédito, liberando as taxas de juros.

A partir do advento do Plano Real, nos idos dos anos 90, e do consequente controle da inflação e estabilidade econômica, o crédito no Brasil assumiu contornos extraordinários no que tange à economia de consumo e cultura do endividamento, levando o Conselho Monetário Nacional a criar regras para o cheque e o cartão de crédito.

O ambiente de estabilização da moeda delineado pelo Plano Real fez com que instituições financeiras, que antes tinham sua margem de lucro voltada essencialmente para captação de depósitos, em virtude da alta inflacionária, passassem a depender, a partir do controle da inflação, do crescimento de operações a crédito, encontrando na parcela da população que estava excluída do sistema formal de crédito uma verdadeira fonte lucrativa.

Desse modo, as instituições financeiras passaram a fomentar o crédito de forma ostensiva, mirando, sobretudo, a parcela da população de baixa renda (a mais vulnerável), antes excluída do sistema formal de crédito. Essa democratização do crédito assume relevo entre famílias com rendimentos de até 10 (dez) salários mínimos, aposentados e pensionistas.

Na medida em que ocorreu a expansão do crédito ao consumo, dispuseram-se cartões de crédito, de débito, cartões de loja, créditos pessoais, crédito para habitação, crédito automóvel, crédito junto a particulares, etc. A explosão do consumo e a vulgarização do crédito elevaram vertiginosamente as taxas de inadimplência dos consumidores, situação que se alastrou na sociedade, alcançando diversos níveis sociais, em graus distintos, de modo a configurar um verdadeiro "fenômeno social".

E note-se que outro não poderia ser o caminho da expansão do crédito. O modelo de consumo consistente na urgência do ter e na descartabilidade dos produtos e serviços fez do crédito a porta do acesso aos mesmos pelos consumidores hipervulneráveis (considerados como tais também os que ascenderam ao mercado de consumo recentemente, como os da classe C, D, E) através de múltiplas formas de contratações, as quais, infelizmente, não têm primado pela reflexão e ponderação, materializando habitualmente contratos nitidamente abusivos, em detrimento da pessoa humana, que passa a ser vista como um potencial de compra.

Perceba-se que todo o glorioso sucesso do crédito e a sua vulgarização se devem à transformação do pensamento coletivo, que afasta a conotação negativa que a história lhe atribuiu para torná-lo um instrumento de acesso à aquisição de bens e reconhecimento social, ainda que não se disponha de meios materiais.

Não se trata, simplesmente, de elevação do padrão de vida, mas da própria inclusão do indivíduo na sociedade de consumo, a partir das escolhas de consumo, o que significa reconhecer que o crédito é também sinônimo de *status* e serve de camuflagem da estratificação social, ao permitir ao indivíduo adotar um estilo de vida característico da classe social superior à sua.

Na qualidade de instrumento de criação de moeda e elemento de dinamização da produção capitalista, o crédito relaciona-se com a política geral monetária, já que o Banco Central, ou banco emissor, retém parte da moeda depositada por particulares, para reduzir o multiplicador desta. Por isso mesmo, o Estado deve fiscalizar e intervir no mercado, fixando

limites de prazos, de taxas e juros, uma vez que o crédito ao consumidor é elemento ensejador do endividamento não só de um indivíduo ou classe social, mas de toda uma coletividade.

Desse modo, o crédito, necessário à sobrevivência individual e do grupo social, deve ser tratado como uma disciplina jurídica da extensão da cidadania social, ou mesmo de uma cidadania econômica, sobretudo em relação aos consumidores desfavorecidos, que dependem desse crédito, pois, como afirma Simone Bolson, “ter acesso ao crédito é modo de ser cidadão, de exercer a cidadania, de ser considerado um igual nesta sociedade de desiguais” (BOLSON, 2007, p. 189).

Não é por outra razão que Nichole Chardin afirmou que a moral da sociedade está na força do consumo (CHARDIN, 1998, p. 37). Nesse contexto, a doutrinadora francesa, inclusive, identifica os contratos de consumo, e dentre eles o de crédito, como o ponto mais alto dos contratos afetivos, justamente em razão da correlação entre o consumo e o desejo.

Nessa perspectiva, embora seja o crédito uma atividade legítima e normal em economia de mercado, estando associado a seu desenvolvimento econômico, melhoria da qualidade de vida e inclusão social, quando contratado em situação de instabilidade financeira, laboral e psicológica, ou na hipótese de superveniência dessa instabilidade na execução contratual, exsurge a sua faceta sombria, diante do endividamento excessivo do consumidor.

4. SUPERENDIVIDAMENTO: SUAS CAUSAS E EFEITOS

O Superendividamento é a impossibilidade global do devedor, pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o fisco, oriundas de delito e de alimentos) em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio.

Suas causas são diversas, passando pelo modelo societário agorista, ausência de educação financeira, falência do estado social, abuso das posições jurídicas por parte dos fornecedores, acidentes da vida social, dentre outros.

O modelo societário agorista, niilista, hedonista e sem estratificação predisposta, fruto do capitalismo, organiza as relações sociais a partir das escolhas de consumo, numa estrutura panóptica, em que a força produtiva constantemente vigia os consumidores para mantê-los numa engrena-

gem de consumo que lhes signifique o reconhecimento social, ainda que seja ao custo da integridade existencial desses consumidores.

Nessa malha de realidade, como pondera o psicólogo Gustavo Barcellos, “comprar é um impulso ascendente, de natureza espiritual, que nos joga no eixo entre elevação e mergulho. Mas é também um foco de fantasia, portanto um lugar de alma, nunca um gesto puro. Diga-me o que compras e te direi quem és! Direi também como patologizas e como imaginas a liberdade” (BARCELOS, 2008).

Costas Douzinas, após asseverar que o contrato de propriedade simboliza o nascimento do sujeito, alerta no sentido de que os objetos são desejados não por eles próprios, mas como um meio para o desejo de outras pessoas, o que denota claramente que a subjetividade é construída simbolicamente, para realizar os modelos de reconhecimento social (DOUZINAS, 2009, p. 287).

Nesse contexto, a devoção ao consumo é definida como virtude do sujeito, e o sujeito, numa redenção moral, se lança ao consumo, como um tranquilizante moral, uma maneira de consolar-se ilusoriamente das desventuras da existência, de preencher a vacuidade do presente e do futuro, e levar o mundo a virar alma (BAUMAN; DONSKIS, 2014, 181).

De acordo com essa forma de pensar, fomentada, inclusive, pelo fenômeno da “obsolescência calculada” (BAUDRILLARD, 1995, p. 42), considerável parte dos bens e coisas consumidas na sociedade não são funcionais, só possuindo utilidade no mundo da experiência subjetiva do consumidor, a partir do paradigma da sociedade de abundância.

Entretanto, “a liberdade e a soberania do consumidor não passam de mistificação” (BAUDRILLARD, 1995, p. 72), pois não é o consumo que controla a produção, mas as grandes corporações produtivas é que controlam o comportamento do mercado de consumo, ditando a moda, os valores, as tendências, de modo a retirar do indivíduo todo o poder de decisão e tornar esse mercado o “lócus” privilegiado do poder produtivo (MACEDO JUNIOR, 2001, p. 224).

Nesse cenário, a publicidade é outro vilão, que se presta ao propósito da manipulação do comportamento, dos hábitos, das preferências do consumidor para aquilo que é ditado pela ordem produtiva, imprimindo neste o desejo de comportar-se, vestir-se, criar hábitos e fazer escolhas, supostamente livres e prazerosas, mas, na verdade, impostas pelo setor produtivo.

Essa publicidade, fruto de um plano de marketing, tanto coletivo quanto personalizado (marketing *one-to-one*), captura sociologicamente os perfis dos consumidores e incute massificadamente no cidadão a possibilidade de alcançar, independentemente de idade ou origem social, o bem-estar através da ritualística aquisição de determinado produto ou serviço, e, portanto, da realização dos desejos, sendo o crédito o passaporte de acesso a esse bem-estar.

Associado ao modelo societário em que o homem é aquilo que consome, inclusive para sair da invisibilidade, a assimetria de informações e a ausência de educação financeira faz dos consumidores presas fáceis das estratégias de mercado e do respectivo marketing, levando-os ao consumo inorgânico. É justamente essa combinação explosiva de fatores que leva incontáveis consumidores a contratarem crédito para fazer frente ao consumo, em condições adversas.

Segundo a PEIC, realizada pela Confederação Nacional de Comércio, Bens e Serviços, em outubro de 2020, 66,5% da população adulta brasileira está endividada, 26,1% com dívidas em atraso, e 11,9% sem condição alguma de quitar as suas dívidas.

Nesse triste cenário, segundo dados do Serasa, mais de 60 milhões de brasileiros estão com nome inscrito em órgãos restritivos, encontrando-se praticamente um terço da população idosa nessa situação, ou seja, quase sete milhões de idosos. O número de idosos inadimplentes está muito relacionado com o crédito consignado, já que é mais acessível aos aposentados. Em momentos de inflação alta e desemprego crescente, muitos idosos são levados a solicitar esse tipo de crédito para colocar em dia as contas da casa ou para ajudar a família, mas não consegue honrar com os pagamentos das parcelas, principalmente em razão dos custos com remédios, plano de saúde e alimentos.

É um cenário preocupante, sobretudo num ano em que o Covid-19 desacelerou ainda mais a economia, contribuindo para o aumento do desemprego, reduzindo o campo da própria informalidade, diante das regras de isolamento.

Vale lembrar que, segundo o IBGE, 14,6 % da população adulta está desempregada, o que unido à falta de políticas públicas para a prevenção do seu aumento, agrava a fotografia do endividamento no país.

O endividamento é maior entre as famílias com faixa de renda menor do que dez salários mínimos, e o seu grande vilão ainda é o cartão de crédito (78,5%), seguido dos carnês, (16,4%), financiamento de carro (10,7%),

financiamento de casa (9,9%), crédito pessoal (8,6%), crédito consignado (6,2%).

Ainda segundo a PEIC da CNC, de outubro ogano, 23,1 % dos endividados com renda familiar inferior a dez salários mínimos, compromete mais de 50% da sua renda com as dívidas diversas, comprometendo a subsistência digna da família.

Dados alarmantes como esses fizeram com que economistas brasileiros pusessem o crédito "no banco dos réus", sobretudo diante das distorções no sistema de intermediação, que colocam em risco a oferta saudável de crédito, o que pode, inclusive, gerar atraso ao crescimento nacional.

É preocupante perceber a situação dos consumidores que pagam as contas todos os meses, mas têm endividamento acima da renda. Muitos desses consumidores usam o crédito caro, como rotativo do cartão de crédito e cheque especial para rolar suas dívidas, já que acabam dispendo de reduzido percentual de sua renda para pagamento das despesas básicas de alimentação, transporte e moradia, o que gera uma "bola de neve" e a latência de uma insolvência próxima.

Para esses consumidores endividados, não existem propostas para renegociação razoável e adequada das dívidas, até porque critérios de razoabilidade e adequação nem sequer são analisados responsabilmente na própria concessão do crédito, normalmente caracterizada por juros altos, vendas casadas e desrespeito ao direito de informação.

É importante dizer que a expressiva parcela da população brasileira que se encontra superendividada, enquadra-se no chamado superendividamento ativo inconsciente ou passivo, sujeitando a relação jurídica à intervenção do Poder Público para a devida equalização de forças, dada a boa-fé do consumidor.

Trata-se do ativo inconsciente quando o consumidor contrai dívidas além das suas forças, por impulso ou necessidade, ludibriado pela publicidade, de forma irrefletida, ou por transtornos psicológicos, mas crendo na sua capacidade de honrá-las, e desejando que ocorra o adimplemento.

Já o passivo, é provocado por fatores externos, força maior social (desemprego, doença, alteração do núcleo familiar ou das condições de existência que seja capaz de afetar o orçamento doméstico, falecimento de familiar, separação ou divórcio), exploração pelo credor da situação de necessidade, inexperiência, dependência, estado mental, fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista a sua idade, saúde, condição

social, alteração na conjuntura econômica nacional, que desestabilizam a situação financeira do agregado familiar, inviabilizando o cumprimento dos compromissos firmados em momento de segurança financeira.

5. URGÊNCIA DO PROJETO DE LEI Nº 3.515/2015

A gestão do risco que representa o superendividamento e seus efeitos, extrapola a dimensão econômica e jurídica, assumindo contornos psicossociais, e constitui um desafio regulatório em muitas sociedades que ainda não albergaram um sistema de falência da pessoa física devedora, que permita a sua recuperação financeira, como é o caso da China, Vietnã, Turquia, México, Índia, Chile, Peru, entre outros.

No Brasil, como já restou delineado, o tratamento do superendividamento ainda não logrou assento formal em texto normativo, embora expressivo fragmento da doutrina e jurisprudência esteja alinhado com a tendência de sua tutela, em circunstâncias específicas, lastreado no acervo hermenêutico axiológico contemporâneo, já aludido na primeira parte do presente trabalho.

O processo judicial da declaração de insolvência, previsto no Código de Processo Civil pátrio, é desvantajoso para a pessoa física consumidora de boa-fé, não apenas pela sua delonga, como também em razão do vencimento antecipado de suas dívidas e pela arrecadação de todos os seus bens presentes e futuros, o que lhe retira a possibilidade de recomeçar dignamente, sem carregar consigo a pecha de ser um peso morto para a sociedade e para a economia, não servindo para gerar empregos, incrementar a arrecadação ou produzir riqueza.

Argumente-se que a recuperação dos empresários e sociedades empresárias está intimamente relacionada com a capacidade creditícia dos consumidores, na medida em que a manutenção e recuperação do crédito do consumidor superendividado estabiliza a sua capacidade de adimplemento, garante a livre iniciativa e a livre concorrência, além de manter a fonte produtora de empregos e das atividades empresariais.

O Projeto de Lei nº 3.515/2015 abre uma janela de oportunidade para atualização do Código de Defesa do Consumidor, e, inspirado na legislação francesa, reflete uma linha humanista e inclusiva do sujeito que se superendividou, atendendo ao anseio da sociedade jurídica e de milhares de brasileiros superendividados, que pretendem uma chance de viver melhor, de modo mais digno.

Já no descortino do projeto, fica clara a consciência quanto à importância do fenômeno e a opção pela sua prevenção, ao se estabelecerem, como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo, o fomento e o desenvolvimento de ações visando à educação financeira e ambiental dos consumidores, incentivando a inclusão do tema em currículos escolares, o que, por óbvio, envolve várias ações do Estado.

Para a efetivação dessa política nacional das relações de consumo, estão previstas como instrumentos a instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e proteção do consumidor pessoa física com a instituição, inclusive, de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos do fenômeno, colimando, sobretudo, precatar ou sanar a exclusão social, garantir a dignidade humana e o mínimo existencial (art. 5º, VI, art. 6, XI, XII, art. 54-A, *caput*, *incluídos pelo PL nº 3.515/2015*).

Valorando a prevenção do fenômeno, o projeto estabelece como direito básico do consumidor a garantia de práticas de crédito responsável (art. 6, XI), através de medidas preventivas ou curativas, resultantes de revisões ou repactuação das dívidas, administrativas ou judiciais.

De outra banda, o projeto reforça o princípio basilar da informação para as contratações de crédito e a prazo, estabelecendo a obrigação do fornecedor de deixar o consumidor absolutamente consciente quanto às particularidades do conteúdo contratual, e, em especial, os encargos que deverá suportar, e o custo efetivo total das operações (art. 54-B, I, II, III, IV, V, § 1º, § 2º, § 3º, *incluídos pelo PL nº 3.515/2015*).

Percebe-se que, dessa forma, o Projeto de Lei, em relação às pessoas físicas superendividadas, acaba por reconhecer que há uma falha de mercado, consistente na assimetria de informação, quando estabelece medidas de aconselhamento, justamente para preservar a racionalidade e atenuar a influência de fatores externos sobre a mesma.

Outrossim, nota-se que, positivando a noção de “mínimo existencial”, abre margem à possibilidade de reserva sobre a remuneração do endividado, para desconto em folha de pagamento, com vistas à subsistência digna, excepcionada a situação de débito em conta de dívidas oriundas do uso de cartão de crédito para pagamento do preço em parcela única. Uma vez descumprido o limite existencial, caberá dilação do prazo de pagamento, redução dos encargos e da remuneração do devedor, consolidação, constituição ou substituição de garantias (art. 54-D, § 1º e § 2º, *incluídos pelo PL nº 3.515/2015*).

Nesse particular, o importante a se destacar é a imprescindibilidade de uma renda mínima de inserção, o que, ao nosso ver, naturalmente está suscetível a variações, conforme o necessário na prática a atender o direito fundamental do mínimo existencial de cada pessoa, e seu núcleo familiar, garantindo uma vida condigna e saudável, do ponto de vista físico, espiritual e intelectual, num *standard*. socioeconômico vigente. Assim, desgarrado de um “tabelamento”, se terá a missão de identificar o que traduzirá o mínimo existencial, conforme o número de dependentes, a renda total da família, os gastos com água, luz, alimentação, moradia, saúde e educação.

Importante inovação é a que se refere ao direito de arrependimento ou de reflexão, que permite ao consumidor, em qualquer espécie contratual, desistir do negócio, sem ônus para si, no prazo de 7 dias, o que implicará à resolução do contrato acessório de crédito. Essa previsão restringe-se à consignação em pagamento somente, sendo necessário que o legislador venha a definir o valor ou percentual que o cidadão teria de ter para garantir o seu mínimo existencial em situações diversas.

Importante destaque foi dado à oferta e à publicidade abusiva, esta sabidamente a grande vilã da história do superendividamento, e que tem capturado para a sua rede as vítimas mais frágeis e suscetíveis, a exemplo das crianças e dos idosos.

Assim, no projeto, fulmina-se o “assédio ao consumo”, considerando-se abusiva a publicidade discriminatória de qualquer natureza, que, prevalecendo-se da predisposta vulnerabilidade do consumidor, incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais (consumo sustentável), ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança, referindo-se, ainda, como tal, aquela publicidade que contenha apelo imperativo ao consumo, ou estimule comportamento socialmente reprovável.

Tal previsão insere-se na linha da Diretiva Europeia 2008/1948, que, entre as regras de comportamento impostas aos fornecedores que pretendam oferecer crédito, estabelece o dever do concedente de analisar previamente a potencial solvabilidade do pretense mutuário, permitindo uma quitação regular da dívida, além do seu dever de aconselhamento, cabendo-lhe informar, prévia e satisfatoriamente, o consumidor sobre o custo real da operação e seus reflexos futuros.

Quanto ao consumo sustentável e ao ecomarketing, é indelével que a contenção dos danos ao meio ambiente, causados pela produção susten-

tável, e a garantia da sobrevivência das futuras gerações estão diretamente relacionadas à reformulação dos hábitos de consumo, indispensável à edificação de uma sociedade mais orgânica. Assim, passou-se a incluir a proteção do meio ambiente como um dos objetivos da política nacional das relações de consumo, imprimiu-se o comando de incentivo a padrões de produção e consumo sustentáveis, cimentou-se o dever de precaução, passando a ser princípio a promoção de padrões de produção e consumo sustentáveis, colimando-se, assim, atender as necessidades das atuais gerações, permitir melhores condições de vida, promover o desenvolvimento econômico e inclusão social, sem comprometer a qualidade ambiental no atendimento das necessidades das gerações futuras.

Mais uma vez, pretendendo reforçar a funcionalidade, socialização e eticidade dos contratos na pós-modernidade, traz o projeto a previsão dos princípios da boa-fé, função social do crédito e respeito à dignidade, para uma concessão responsável e leal do crédito, que prime pelo dever de cooperação, previamente à contratação. Assim, devem, o fornecedor e o intermediário do crédito, avaliar as condições econômico-financeiras do consumidor, mediante documentação necessária e consulta a bancos de dados, ponderar, esclarecer, aconselhar e advertir o consumidor quanto aos riscos do inadimplemento. Nesse rumo, propõe acrescentar um § 3º ao art. 96 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), para estabelecer não constituir crime a negativa de crédito motivada por superendividamento do idoso.

Igualmente, positivo o processo de repactuação voluntária de dívidas não profissionais (art. 104-A, § 2º), em relação ao superendividado (art. 104-A, § 1º), bem assim a fase judicial para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes através de um plano judicial compulsório, que poderá ser formulado por um administrador nomeado pelo Juiz, à guisa de todas as informações pessoais, financeiras e patrimoniais do consumidor.

Por fim, estabelece a competência concorrente das entidades integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, previstas no art. 82 do CDC, para o procedimento conciliatório e preventivo do processo de repactuação de dívidas.

Enfim, todo esse plexo inovatório denota que o projeto de lei representa um avanço civilizatório na prevenção da cólera social do superendividamento, pois, inegavelmente, a positivação representa a consciência e sensibilidade, não só do Estado, mas da comunidade jurídica do país.

6. CONCLUSÃO

Sabe-se que o crédito é necessário à sobrevivência individual e do grupo social e, como tal, deve ser tratado como extensão da cidadania social ou econômica, direito social, modo de ser cidadão, pois permite novas oportunidades sociais.

Mas, embora seja atividade normal numa economia de mercado, relacionando-se ao desenvolvimento econômico e melhoria de vida das pessoas, quando o crédito é contraído em situação de instabilidade financeira, laboral ou psicológica, ou num cenário de abusividade comportamental por parte dos hipersuficientes, numa sociedade de hiperconsumo, apresenta uma faceta sombria, que pode levar ao superendividamento e ao flagelo social.

Percebe-se que contribuem para a crise de insolvência e, portanto, para o superendividamento a falta de educação ao consumo orgânico e sustentável, assim como as concessões irresponsáveis e sem ética de fornecedores, que não atendem aos princípios da seletividade, garantia, liquidez e diversificação dos riscos, e, conseqüentemente, denotam quebra da boa-fé e seus deveres anexos. Nessa senda, também se encontram as cláusulas contratuais abusivas e as práticas abusivas, assim como o estímulo artificial ao consumo irracional, ao crédito fácil, à sedução publicitária, à redução dos mecanismos de controle dos encargos, e redução do estado do bem-estar social, que eleva o custo com educação e saúde privados.

A despersonalização das relações (condutas sociais típicas, relações anônimas), a sofisticação dos instrumentos de atuação, a publicidade agressiva, a sociologia publicitária de captação de presas fáceis do consumo (jovens, idosos, deficientes), além da vulnerabilidade informacional, são as marcas do mercado hipermoderno, que conduzem ao caminho do superendividamento.

Mesmo nas hipóteses de endividamento excessivo oriundo de força maior social, o superendividamento está relacionado ao problema de políticas públicas e redistribuição, e o seu enfrentamento passa pelo respeito à alteridade e, conseqüentemente, uma postura de cooperação dinâmica e recíproca entre os protagonistas contratuais.

Embora se deva primar pela prevenção do excesso de endividamento e agravamento das dificuldades, diante da efetiva ocorrência do superendividamento e, portanto, do fracasso das medidas preventivas, a intervenção pública, administrativa ou judicial, passa a traduzir uma legítima

expectativa do endividado, na busca da reestruturação de suas dívidas, e a própria concreção dos direitos fundamentais do consumidor.

A tutela formal do fenômeno vem ao encontro da nova concepção de autonomia privada e, conseqüentemente, da noção de contrato como fato social, cuja natureza afetiva relaciona formação da vontade racional à atuação mais qualificada do fornecedor, até porque os contratantes não estão mais em posições antagônicas, mas devem atuar cooperando com o outro, em prol do bem comum.

Desse modo, seja através da conciliação ou da mediação voluntária – acordos realizados sob a égide de autoridades do âmbito administrativo – ou através de processos judiciais, que ora se aproximem do “*fresh start*”, próprio dos países do *common law* (Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Austrália), ora se baseiem na filosofia da “*reeducação*”, preferida nos regimes de tradição *civil law* (França, Bélgica, etc.), é possível e urgente promover o tratamento do superendividamento, como exercício da solidariedade, realização do objetivo fundamental de erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais.

REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Gustavo. A alma do consumo. *Le Monde Diplomatique Brasil*. Edição 17, dez. 2008. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=291>>. Acesso em: 13 de novembro de 2020.
- BARROSO, Lucas Abreu. Novas fronteiras da obrigação de indenizar e da determinação da responsabilidade civil. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord). *Questões controvertidas: responsabilidade civil*. Vol. 5. São Paulo: Método, 2006.
- BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. *Cegueira moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2014.
- BOLSON, Simone Hegele. O direito de arrependimento nos contratos de crédito ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 64, out-dez. São Paulo: RT, 2007.
- BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARNEIRO DA FRADA, Manoel Antonio de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.
- CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1998.

- CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013.
- CASADO, Marcio Mello. *A responsabilidade civil das casas bancárias no fornecimento inadequado do crédito*. Revista de Direito do Consumidor, nº 22, abril – jun. 1997.
- CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 287.
- FACHIN, Luis Edson. *Estatuto Jurídico do patrimônio mínimo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Vol. 4. Bahia: Editora Podium, 2013.
- FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. *Estudos de direito comparado sobre superendividamento: Sobreendividamento, a outra face do crédito*.
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- HIRONAKA, Giselda Novaes. *Função social do contrato*. São Paulo: Revista dos tribunais, nº 630, abr., 1988.
- JUNIOR, Eroulths Cortiano. *O discurso jurídico da Propriedade e suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- LOPES, José Reinaldo Lima. Crédito ao Consumidor e superendividamento, uma problemática geral. In: *Revista do Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, nº 17, p. 57-64, jan./mar., 1996.
- MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª edição. São Paulo: RT, 2011.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- NALIN, Paulo. Do contrato: *Conceito Pós-moderno. Pensamento Jurídico*. Vol. II, 1ª ed. 2002. Ed. Juruá.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 14ª ed. Vol 3. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Ricco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes consumistas: do consumismo à compulsão por compras*. São Paulo: Globo, 2014.
- SILVA, Clovis do Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

Primeiras linhas quanto ao impacto da Lei Geral de Proteção de Dados na força probante dos documentos eletrônicos em processos submetidos aos Juizados Especiais de relações de consumo

*Belmiro Vivaldo Santana Fernandes**

*Michelline Soares Bittencourt Trindade Luz***

Resumo: O presente artigo científico tem por objetivo analisar possíveis alterações na valoração probatória dos documentos eletrônicos em demandas judiciais de relações de consumo nos Juizados Especiais em consequência da promulgação Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei Federal nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, com as alterações da Lei Federal nº 13.853/2019). Neste sentido, revisitou-se o marco teórico do acesso à justiça na visão Mauro Cappelletti e Bryan Garth na concepção da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995) e os instrumentos processuais garantidos ao consumidor na defesa dos seus direitos, conforme determina a Lei Federal nº 8.078/1990. Demonstrou-se que embora haja posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais no sentido de minimizar a força probatória dos documentos eletrônicos no contexto examinado, a Lei de Proteção de Dados Pessoais aponta tendência no sentido oposto, que pode, inclusive, tornar ainda mais efetiva a facilitação do acesso à justiça pelo consumidor, inclusive nos Juizados Especiais.

Palavras-chave: Documentos eletrônicos – Juizados Especiais – Relações de Consumo – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

*. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia, advogado e atualmente ocupando a função de juiz leigo da 4ª vara de relações de consumo de Salvador/BA, integrante do Sistema de Juizados Especiais do Poder Judiciário do Estado da Bahia.

***.* Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Juíza Titular da 4ª vara de relações de consumo de Salvador/BA, integrante do Sistema de Juizados Especiais do Poder Judiciário do Estado da Bahia.

1. INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é objeto de preocupação dos estudiosos do Estado Democrático de Direito, que desde os primórdios até sua formação atual, enfrentou diversas crises e mudanças de concepção.

A concepção de acesso à justiça para além do mero processamento de demandas e a busca da concretização os direitos se revelou presente na construção da atual Lei 9.099/95, especialmente no que tange à sua melhor aproximação com a sociedade brasileira, com suas desigualdades e complexidades. Isto se coaduna com a garantia à facilitação dos meios de acesso à justiça ao consumidor, incorporados pelo ordenamento pátrio pela promulgação da Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990).

Entretanto, embora perceptível e aceita a contratação e consumo de produtos e serviços pelos meios digitais, constatam-se obstáculos na adequada valoração probatória dos documentos eletrônicos no processo, especialmente no âmbito dos Juizados Especiais. A preocupação reside no receio de sua manipulação pelo fornecedor para eclipsar a pretensão consumerista deduzida em juízo, o que acaba prejudicando seu próprio acesso à justiça, seja pelo argumento da necessidade de produção de prova pericial para atestar sua autenticidade, pela sua total desconsideração.

Por outro lado, é inequívoca a convivência dos meios digitais nas relações mais básicas do dia a dia, algo percebido intensificado sobretudo com o uso de tecnologias frente à pandemia do COVID-19, ocorrida no ano de 2020. Neste sentido, observa-se que a tendência legislativa é de reconhecer a força probatória dos documentos eletrônicos, especialmente em razão da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, Lei do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014) e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (“LGPD”, Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2019).

O objetivo central deste artigo, portanto, é avaliar se o atual receio de reconhecimento da força probante dos documentos eletrônicos é justificável diante dos limites do procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais e da proteção consumerista e, não o sendo, quais são as ferramentas hermenêuticas à disposição dos sujeitos processuais sua adequada valoração.

Para tanto, em análise teórico-descritiva, examinou-se o marco teórico da criação do atual sistema de Juizados Especiais, cuja inspiração é a

teoria de Cappelletti e Garth de acesso à justiça e as inovações propostas pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Observou-se que, em diversas passagens, são evidenciadas notáveis semelhanças do regime jurídico da novel lei com as normas do Código de Defesa do Consumidor.

Diante da proposta metodológica deste trabalho, o conteúdo foi em quatro seções, sendo a primeira introdutória, a segunda com o resgate da concepção de acesso à justiça na visão de Cappelletti e Garth, a terceira com a regulação específica do acesso à justiça na Lei 9.099/95 e no Código de Defesa do Consumidor e, na quarta seção, o valor probante dos documentos eletrônicos frente às recentes inovações legislativas, como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Ao final do trabalho, apresenta-se uma breve conclusão que sumariza o exposto.

2. O ACESSO À JUSTIÇA NA CONCEPÇÃO DE CAPPELLETTI E GARTH

Para que verifique *in concreto* se o modelo político-jurídico vivenciado em dada realidade sociocultural, é necessário observar alguns parâmetros fundamentais, que diante de sua presença e/ou respeito indicariam o alcance mais próximo do ideal da experiência de convívio efetivo em uma democracia¹.

Morais e Streck (2010, p. 99) afirmam que os principais elementos perceptíveis são: a) existência de uma constituição; b) pluralismo político; c) respeito à diversidade e à liberdade de opinião e expressão; d) sistema de garantias aos direitos fundamentais, tanto individuais quanto coletivos; e) repartição de funções públicas entre autoridades distintas; f) controle da legalidade dos atos judiciais e administrativos diante da constituição; g) sentimento de segurança e certeza jurídicas; h) justiça social e isonomia.

-
1. Explicam Moraes e Streck (2010, p. 97) que o Estado Democrático de Direito tem o compromisso de transformação da realidade, sendo diverso do mero Estado Social de Direito, que visa a melhoria das condições sociais, porém não traz em seu componente central a participação popular, como ocorre em alguns modelos, como no populismo, no socialismo ou em estruturas acentuadamente intervencionistas. O conteúdo central de um Estado que se propõe a ser democrático é ultrapassar a concretização de uma vida digna, agindo simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução da sociedade. O acesso às diversas funções estatais e a participação dos cidadãos, inclusive no Poder Judiciário, sedimentam o efetivo caráter democrático de uma estrutura política.

Não há de olvidar que os maiores expoentes no tema de acesso à justiça são Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988, p. 23), promoveram um estudo em escala global, denominado “Projeto Florença”, cujo objetivo foi o de coletar e analisar como os diversos sistemas jurídicos do mundo garantem a busca junto aos órgãos do Poder Judiciário de reclamações à violação de seus direitos subjetivos. Em consequência, publicaram a obra conhecida no Brasil como “Acesso à Justiça”² no ano de 1978, sendo um marco para o estudo do Direito Processual.

Em síntese, explicam que nos primórdios do Estado Liberal, o acesso à justiça³ apenas significava o direito formal de alguém buscar o Poder Judiciário para propor ou contestação uma ação; entretanto, estaria fora de seu escopo inicial o uso da justiça com uma efetiva melhoria na qualidade de vida e, conseqüentemente, incremento da participação democrática pela concretização da isonomia (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 13). Com o aumento da complexidade das relações sociais e de sua própria percepção, o mero processo individualizado não poderia mais existir sozinho, devendo funcionar como resgate da própria cidadania (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 160)⁴.

Outros temas também são relevantemente trabalhados na obra de Cappelletti e Garth⁵, mas um em especial ganha relevo e está diretamente relacionado à proposta de criação de “tribunais de pequenas causas”, que é o custo do processo formal, o que inclui as próprias custas judiciais, as despesas para produção de provas e com o próprio assessoramento jurídico (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 20), o que leva à parte mais fraca ao abandono do litígio ou ao desencorajamento de enfrentar disputas ju-

-
2. Seu título original foi abreviado no Brasil, mas merece ser lembrado porque permite a compreensão do escopo do estudo de Cappelletti e Garth. Assim, chamou-se “Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective – A General Report”, algo como “Acesso à Justiça: o movimento mundial para tonar os direitos efetivos”, em tradução livre.
 3. “Justiça” para os autores têm sentido próximo de Judiciário, mas ultrapassa o puro direito de ação, mas de efetivação dos direitos (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 33)
 4. Como explica Hobsbawn (2014, p. 399), o ponto de inflexão e mudança paradigmática foi a implementação do Estado do Bem-Estar Social, por meio dos keynesianos, que compreendiam a importância de acesso ao emprego e melhoria dos salários para fomento da economia e do mercado de consumo.
 5. Como a litigiosidade do próprio Estado com seus cidadãos e a burocracia.

rídicas. Essas preocupações foram objeto da construção da Lei 9.099/1995, uma modernização da antiga “Lei de Juizados de Pequenas Causas”⁶ (PARIZOTTO, 2018, p. 23).

Em sentido contemporâneo, Maria Aparecida Lucca Caovilla (2003, p. 35), compreende que o acesso à justiça se relaciona melhor com a conscientização da população de seus direitos, não podendo se resumir ao acesso formal ao Poder Judiciário. É o mesmo sentido defendido por Eduardo de Avelar Lamy e Horácio Wanderlei Rodrigues (2016, p. 206), que consagra a importância da resposta ao problema trazido ao Judiciário, pela efetividade do resultado e concretização do direito material subjetivo percebido pelo ganho de consciência jurídica da população. O acesso à justiça também ganha um conteúdo axiológico da própria expressão de *justiça* – no sentido de “justo” – para acesso à ordem e aos direitos fundamentais (LAMY; RODRIGUES, 2016, p. 112)⁷.

3. A FACILITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

A Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995, ao revogar a antiga Lei dos Juizados de Pequena Causa (Lei nº 7.244/1984), demonstrou o respeito ao quanto determinado pelo artigo 98 da Constituição de 1988⁸, que na

-
6. A antiga Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei nº 7.244 de 07 de Setembro de 1984) instituiu órgãos do Poder Judiciário aptos à recepção de demandas que se tornariam inviáveis para propositura perante os órgãos da Justiça Comum. A Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995) superou algumas incongruências do antigo ato normativo, promulgado antes da vigência da Constituição de 1988, com o princípio compatíveis com a atual sistemática constitucional.
 7. Ada Pellegrini Grinover e outros (2005, p 39-40) trazem lições importantes, como que o acesso à justiça não se identifica com a mera admissão no processo, mas se relacionando com à defesa adequada em processos criminais, a recepção de causas mesmo que “pequenas” e a efetividade. Tudo isto leva à convergência da oferta constitucional de direitos e garantias.
 8. Quanto à criação dos Juizados Especiais, a Constituição de 1988 assim determinou em seu artigo 98: “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – Juizados especiais, providos por juízes togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau” (BRASIL, 1988).

lição de Caovilla (2003, p. 89), garantiu um acesso a causas de menor valor econômico, promovendo uma nítida evolução com o povo brasileiro e preocupação com sua realidade social, especialmente quanto à redução da burocracia, o que inclui a isenção de custas e condenação em honorários advocatícios em primeira instância⁹.

Caovilla (2003, p. 42) ainda esclarece que o sentido de acesso à justiça como efetividade de direitos é cristalino na Lei dos Juizados Especiais, especialmente quanto aos Cíveis, representando uma proposta realista e ainda atual. Afirma que como o processo tem a missão complexa inclusive de restabelecer a felicidade¹⁰ das pessoas, pela recuperação de seus bens da vida, o que não seria possível caso se submetessem ao regramento rígido e burocrático dos procedimentos cíveis da justiça não especializada.

Havia, portanto, até a promulgação da Lei dos Juizados Especiais, uma litigiosidade contida, pela inadequação do modelo de cálculo das custas judiciais e das despesas com honorários advocatícios e produção de prova, afastando os menos abastados de uma prestação jurisdicional simples, rápida, econômica e segura (FIGUEIRA JÚNIOR; TOURINHO NETO, 2017, p. 40). Como também explicam Arenhart. e Marinoni (2012, p. 209), o juizado especial não deve ser pensado como um meio de agilização de litígios, mas de assegurar a certos segmentos da população brasileira o direito a demandar em Juízo, que em outras circunstâncias não seria viável.

Em contraponto ao modelo tradicional formal, com a Lei dos Juizados Especiais avançou-se frente à instrumentalização do processo, em razão de seus princípios basilares contidos em seu artigo 2º: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, com busca dos meios de autocomposição de conflitos.

9. Com algumas exceções, como o desinteresse processual provocador da extinção do processo sem apreciação do mérito e comportamento compatível com litigância de má-fé, como consagrado nos enunciados 114 e 136 do FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais) (2020).

10. O direito à felicidade foi previsto expressamente na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, em 1776. Além disto, foi mencionado pelos textos constitucionais da França, do Japão e da Coreia do Sul, além de também integrar resolução da Organização das Nações Unidas de 2011 (HÄBERLE, 2009, p. 55-60).

Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 21) esclarece que a instrumentalidade das formas e a efetividade da prestação jurisdicional têm marcado a tônica do processo civil contemporâneo, com dedicação a remédios e medidas que resultem em melhorias do serviço forense e o alcance de resultados.

Dentro desta proposta, Barbosa Moreira (1984, p. 53) já se preocupava com a demora na prestação jurisdicional como uma falha do sistema judiciário, tornando o processo não efetivo. Luiz Guilherme Marinoni (2003, p. 83) já há muito explicava que quanto maior for a demora na prestação jurisdicional, maior será o benefício ao réu, com proporcional dano causado ao autor.

Este foi o sentido da Reforma do Poder Judiciário, provocada pela emenda constitucional nº 45/2004, que inseriu a “razoável duração do processo” no rol de direitos e garantias fundamentais. Para Silvana Cristina Bonifácio Souza (2005, p. 52), trata-se do atendimento à efetividade da prestação jurisdicional.

Como observa Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 45), a lei foi fiel à principiologia já sedimentada na disciplina prática do processo tradicional, para operacionalizá-lo sem antepô-lo à justiça.

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor, promulgado em 11 de setembro de 1990, decorre na relevantíssima necessidade de regular os conflitos próprios da sociedade de massa, presente sobremaneira no próprio consumo de massa. Para equilibrar as relações de consumo, torna-se imprescindível a garantia de uma prestação jurisdicional justa (CARVALHO, 2007).

Quanto aos processos individuais em relações de consumo, explica Nelson Nery Júnior (2002, p. 123), que os mais diretamente aplicáveis são os da vulnerabilidade e da hipossuficiência.

Paulo Valério de Moraes (1999, p. 45) esclarece que a vulnerabilidade do consumidor é absoluta¹¹, porque, como explica Cláudia Lima Marques

11. Embora existam os consumidores ainda mais vulnerados, os denominados “hipervulneráveis” (MARQUES, 2012, p. 127), sendo justamente aqueles que não dispõem das características do “homem médio” (conceito não adotado pelo Código de Defesa do Consumidor), como em razão de idade, saúde física e mental, renda, escolaridade ou outras circunstâncias relevantes, merecendo proteção acentuada. No mesmo sentido, cf. Cristiano Heineck Schmitt (2014, p. 217).

(2002, p. 151), haver um desequilíbrio prático dos fatos presentes na relação para com o fornecedor, ainda que o consumidor disponha de alta escolaridade, renda e higidez física e mental. Dentre as espécies de vulnerabilidade, encontram-se a técnica (desconhecimento do consumidor pelos produtos e serviços que está adquirindo, em decorrência da complexidade das relações econômicas e jurídicas); a jurídica (desconhecimento da existência de direitos e de sua extensão); político-administrativa (insuficiência da presença estatal na sua proteção); além da psíquica, econômica e até mesmo ambiental. Portanto, a vulnerabilidade tem maior identidade com o direito material do consumidor, ao passo em que a hipossuficiência tem lugar de análise no campo do direito processual.

Assim é que a hipossuficiência deriva da facilitação de acesso ao consumidor à justiça, como descrito no artigo 6º, inciso VIII do Código (GRINOVER, 2001, p. 145). Dentre seus traços característicos mais concretos, localiza-se a possibilidade de inversão do ônus da prova, que não é automática, porque diversamente da vulnerabilidade, a presunção de hipossuficiência é relativa e apreciada pelo juiz no caso concreto.

Cavaliere Filho (2019, p. 67) aduz que a principal finalidade da inversão do ônus da prova é tornar mais acessível a defesa do consumidor, em razão da desigualdade diante do fornecedor. Assim, admite-se que o consumidor traga uma prova de primeira aparência, relevando-se, conforme apreciação judicial, maior robustez para o fornecedor.

Ocorre que há uma tendência de acolhimento da inversão do ônus da prova na maioria das ações consumeristas, justamente frente ao olhar das dificuldades do consumidor de deduzir em juízo suas pretensões. Em casos, entretanto, que exista nítida má-fé do consumidor ou que a prova seja verificada como “diabólica” para o fornecedor, aplica-se o ônus tradicional, de que cabe ao autor demonstrar a existência de seu direito, como determina o artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015.

4. O VALOR PROBATÓRIO DOS DOCUMENTOS ELETRÔNICOS A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Como dissemos anteriormente, embora o direito resguarde grande formalismo, os juizados especiais buscaram superar este paradigma, de modo a garantir um mais amplo acesso à justiça frente ao propósito de se buscar maior efetividade das demandas processualmente propostas.

Entretanto, conjugando-se os princípios da vulnerabilidade e da hipossuficiência do consumidor frente aos fornecedores, sobremaneira diante da exigência legal de baixa complexidade das pretensões ajuizadas no Sistema de Juizados Especiais, percebe-se a necessidade de urgente adequação dos entendimentos quanto à apreciação probatória dos documentos eletrônicos.

O reconhecimento da prática de atos eletrônicos não é exatamente uma novidade no ordenamento jurídico pátrio. O próprio Código de Defesa do Consumidor, inovador e revolucionário em sua proposta, já no ano de 1990 reconheceu regime jurídico específico para os denominados “contratos à distância”, pela previsão do direito de arrependimento, presente em seu artigo 49, até o termo final do denominado “prazo de reflexão” (parágrafo único do mesmo dispositivo) (MARQUES, 2002, p. 35).

No campo processual, a Lei nº 11.419/2006 já dispunha sobre a prática de atos judiciais da forma eletrônica, embora que hoje vista de forma um tanto quanto tímida diante dos saltos tecnológicos daquele ano para a contemporaneidade. Observa-se ainda uma grande cautela em seu texto, especialmente quando prevê a possibilidade de falhas nos sistemas, porque dispõe quanto ao uso de documentos impressos de forma alternativa ou subsidiária¹² (BUENO, 2018, p. 53).

Cerca de uma década depois, o Código de Processo Civil de 2015 passou a dispor expressamente sobre os documentos eletrônicos, incluindo-os nos dispositivos referentes à prova. Entretanto, ainda há elementos de certo conservadorismo e formalismo, por evidente cautela, ao documento impresso, o que se verifica nos artigos 439 e 440, adiante citados:

Art. 439. A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional **dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade**, na forma da lei. Art. 440. **O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido**, assegurado às partes o acesso ao seu teor (BRASIL, 2015) (os grifos são nossos).

Note-se, entretanto, que o legislador do CPC/2015¹³ reconhece a alta probabilidade de as disposições sobre relações jurídicas produzidas de forma eletrônica rapidamente ficarem desatualizadas (DIDIER, 2017, p.

12. Vide artigos 9º, § 2º; 12, §§ 2º e 4º, dentre outros.

13. Código de Processo Civil de 2015.

60), pelo que deixa a cargo de outras normas o regime de produção e conservação dos documentos eletrônicos: “Art. 441. Serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados **com a observância da legislação específica**”. (Grifos nossos).

A produção de documentos eletrônicos ganha especial relevo quando do notório crescimento do *e-commerce*, sendo que em 2019 o Brasil aparecia em 14º lugar mundial no *ranking* de compras *online* (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO, 2019). Há de se esperar um incremento nesta proporção não apenas em razão das medidas de isolamento social decorrentes da pandemia do COVID-19, mas pelas prováveis mudanças no comportamento do consumidor a partir da superação de receios com o comércio eletrônico.

A aceitação dos documentos eletrônicos como meio de prova encontrou considerável amparo com a edição da Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014, conhecida como “Marco Civil da Internet”. Dispôs da obrigatoriedade de guarda de documentos e dos registros de acesso e utilização de aplicações por prazos que variam de seis meses (artigo 15) a um ano (artigo 13), além de trazer regime próprio de responsabilização civil pelo não fornecimento de tais informações e documentos quando requisitadas. Por fim, garante à parte interessada formar “conjunto probatório em processo judicial” quanto aos documentos produzidos eletronicamente (artigo 22).

A lei do Marco Civil da Internet dispôs sobre a guarda e tratamento de dados, porém na comparação com outras normas semelhantes presentes em outros ordenamentos, ainda precisava regular mais detalhadamente essas questões (SOUZA; LEMOS, 2016, p. 40). Com isto, foi complementada – ou até mesmo parcialmente revogada – pela Lei Geral de Proteção de Dados, vulgo “LGPD”, promulgada sob o nº 13.709, em 14 de agosto de 2019.

A LGPD não substitui o tratamento regulatório já conferido às relações por meio da rede mundial de computadores no Marco Civil; todavia, quanto ao regime de coleta e tratamento de dados, supera o ato normativo anterior, conferindo-lhe notável detalhamento.

O conceito legal de tratamento de dados é disposto no artigo 5º, inciso X da LGPD, a saber:

Artigo 5º [...] X – tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, pro-

cessamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração (BRASIL, 2019);

Na relação jurídica dos envolvidos no tratamento de dados, além da presença estatal, estão, de um lado, o titular e, do outro, os agentes de tratamento (artigo 5º, inciso IX), divididos em operador e controlador. O objeto da relação são os dados pessoais, assim considerados como a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável¹⁴”.

Em análise dos dispositivos da LGPD, nota-se uma grande semelhança com conceitos já consolidados no Código de Defesa do Consumidor, em alguns casos podendo ser utilizado até mesmo um paralelo. Logo, há grande aproximação entre o que a LGPD considera titular e como o CDC considera consumidor; a mesma lógica é aplicável aos agentes de tratamento (operador, controlador e encarregado).

O tratamento de dados ocorre a todo o momento, sendo rotineira em relações de consumo. Diante disto, a LGPD segue a esteira do CDC, consagrando também o princípio da informação ao titular quanto à finalidade, forma e duração do tratamento, forma de contato com o controlador e direitos do titular frente à responsabilização dos agentes do tratamento.

Sobre a responsabilidade civil dos agentes de tratamento, esta é expressamente objetiva, incluindo não apenas a reparação de danos, como de prestações positivas ou negativas, referentes aos dados (exclusão, informação etc). Uma tônica da LGPD é o rol de dispositivos englobando o tema do consentimento fornecido pelo titular, com possibilidade de inversão do ônus da prova contra os agentes de tratamento em processo judicial. Assim como no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Processo Civil de 2015, o ônus da prova não é automático, devendo ser decidido pelo juiz, no caso concreto.

Tantas semelhanças entre a LGPD e o CDC produzem grande expectativa naquele que analisa os seus 65 (sessenta e cinco) artigos por uma declaração mais expressa do legislador de que se inspirou nas normas

14. A LGPD estabelece dois regimes de proteção aos dados. Dados pessoais são apenas os considerados capazes de identificar seu titular; por outro lado, os dados “anonimizados” são os que não podem ser relacionados a um certo titular de acordo com a tecnologia disponível. Há grande diferença quanto ao regime de consentimento e proteção entre um e outro tipo.

consumeristas para construção do regime legal de proteção de dados pessoais. Eis que apenas no artigo 45 a LGPD confirma o que já se suspeitava. Dispõe textualmente que “art. 45. As hipóteses de violação do direito do titular **no âmbito das relações de consumo** permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente”¹⁵ (Grifos nossos).

Restando demonstrado que a LGPD tem condão notadamente protetivo aos titulares dos dados, inclusive pela possibilidade de inversão do ônus da prova pelos agentes de tratamento no cumprimento de seus deveres, resta saber como fica o seu direito de defesa diante de ações judiciais dos quais podem ser réus.

Eis que a LGPD acaba por possibilitar expressamente o uso dos dados pessoais do titular contra o mesmo, nos limites dos dispositivos a seguir:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: [...] IX – **quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador** ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; [...] Art. 22. **A defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo**, individual ou coletivamente, na forma do disposto na legislação pertinente, acerca dos instrumentos de tutela individual e coletiva. [...] Art. 37. O controlador e o operador devem manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem, **especialmente quando baseado no legítimo interesse**. [...] Art. 43. **Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem**: I – que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; II – que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou III – **que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro** (BRASIL, 2019). (Grifos são nossos).

Em suma, embora a LGPD, de modo geral, proíba que os dados sob posse dos agentes de tratamento possam ser utilizados contra os titulares, *a contrario sensu* autoriza o seu uso para defesa dos interesses legítimos dos controladores, encarregados e operadores.

15. Embora em um rápido raciocínio haja dificuldade de se imaginar a aplicação da LGPD fora das relações de consumo, não se pode ignorar que o agente de tratamento possa ser outra pessoa física ou jurídica em relações de natureza diversa (trabalhista, de família ou cíveis em sentido amplo), como pelo próprio Estado, pelo que a LGPD determina, neste caso, a aplicação da Lei de Acesso à Informação.

Neste contexto, mostra-se desafiadora a permanência do entendimento judicial predominante¹⁶ quanto à inadmissibilidade absoluta de que telas sistêmicas como defesa dos fornecedores, embora já existam posicionamentos contrários em construção¹⁷.

Isto não significa que o sistema protetivo do CDC tenha iniciado uma corrosão a partir da promulgação da LGPD, até mesmo porque esta considera abusivo o uso de informações em poder do controlador contra o próprio titular¹⁸, como pode ocorrer com grandes fornecedores de serviços como energia elétrica, planos de saúde, bancos e telecomunicações.

Retornando ao debate quanto aos limites do procedimento sumaríssimo presente nos Juizados Especiais, é cediço que a prova pericial tradicional não é admitida, apenas sendo possível a colaboração de pareceres técnicos de profissionais de confiança¹⁹ ou a própria inspeção judicial²⁰.

É preciso considerar que o magistrado pode decidir em sede de Juizados Especiais com base nas regras de experiência²¹, perfeitamente compatível com o uso da razoabilidade, como já previsto no Código de Processo Civil de 2015²².

Acrescente-se que a própria Lei 9.099/95 permitiu o uso de soluções “justas e equânimes”²³, sendo, portanto, a aplicação da equidade não apenas possível o âmbito dos Juizados, mas igualmente no próprio Código de Defesa do Consumidor²⁴.

-
16. À guisa de exemplo, como no RI: 10000304220178110098 MT, Relator: ANTONIO VELOSO PELEJA JUNIOR, Data de Julgamento: 29/09/2020, Turma Recursal Única, Data de Publicação: 01/10/2020.
 17. Vide TJ-SP 10158492320178260576 SP 1015849-23.2017.8.26.0576, Relator: Edgard Rosa, Data de Julgamento: 15/03/2018, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/03/2018.
 18. Art. 21. Os dados pessoais referentes ao exercício regular de direitos pelo titular não podem ser utilizados em seu prejuízo.
 19. Artigo 35 da Lei 9.099/95 e enunciado nº 12 do FONAJE.
 20. Parágrafo único, *idem*.
 21. Artigo 5º, *idem*.
 22. Artigo 8º, Código de Processo Civil de 2015.
 23. Artigo 6º, Lei 9.099/95.
 24. Artigo 7º, CDC.

Por fim, nenhuma prova nos Juizados é absoluta e previamente considerada complexa o suficiente para conduzir o processo à sua extinção sem apreciação do mérito²⁵ e que o Código de Processo Civil, em seus artigos 411, inciso III e 412 consideram válido o documento cuja autenticidade não foi impugnada.

Entretanto, os novos paradigmas quanto à validade dos documentos eletrônicos, sobretudo a partir da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, desafiam o magistrado, as partes, seus procuradores e demais sujeitos processuais a uma avaliação mais razoável diante de sua produção.

Por um lado, sua aceitação inequívoca pode ter como consequências graves o cerceamento de direitos da parte contrária; por outro, a extrema desconfiança quando à sua autenticidade entre em confronto com a construção do acesso à justiça do legado de Cappelletti e tão bem recepcionado pelo artigo 98 da Constituição de 1988, pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei dos Juizados Especiais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente teve como objetivo analisar a indicativa mudança de paradigmas no âmbito da valoração probatória dos documentos eletrônicos em lides consumeristas processadas e julgadas no âmbito dos Juizados Especiais, frente à promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados.

Fez-se necessário resgatar a concepção originária do acesso à justiça de acordo com os estudos de Cappelletti e Garth, fundamentadores da estruturação fundamental dos Juizados Especiais, regulado na Constituição de 1988 e na Lei 9.099/95 e um dos indicadores da percepção de se viver em um Estado Democrático de Direito.

Conjugando-se com as normas protetivas do consumidor, presentes no seu Código de Defesa próprio, verificou-se que dada a realidade de que grande parte das relações de consumo ocorrem pela via eletrônica, a valoração da prova por meio digital com excesso de formalismo não apenas é contrária à concepção de acesso à justiça da Lei 9.099/95, como pode levar a decisões potencialmente ultrapassadas e injustas diante da inequívoca e crescente presença dos negócios jurídicos produzidos por meio da rede mundial de computadores.

25. FONAJE, enunciado 54 – A menor complexidade da causa para a fixação da competência é aferida pelo objeto da prova e não em face do direito material.

Constatou-se que os vetores de evolução do ordenamento brasileiro apontam para uma aceitação maior da prova eletrônica, inclusive em relações consumeristas e para proteção das partes envolvidas, inclusive da mais frágil, que é o consumidor.

Ao fim, foi possível concluir que as ferramentas interpretativas para a adequada valoração dos documentos eletrônicos em processos judiciais de matéria consumerista já estão disponíveis, nas normas contidas na Lei 9.099/95, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Geral de Proteção de Dados.

Em relativa quebra de protocolo acadêmico²⁶, consideramos importante resgatar o conceito de equidade como concebido por Aristóteles em sua célebre obra *Ética a Nicômacos*:

A justiça é a observância do meio termo, mas não de maneira idêntica à observância de outras formas de excelência moral, e sim porque ela se relaciona com o meio termo, enquanto a injustiça se relaciona com os extremos [...]. No ato injusto, ter muito pouco é ser tratado injustamente e ter demais é agir injustamente (ARISTÓTELES, 1999, p. 101).

Nota-se, portanto, que a alegoria simbólica da balança como sinônimo de justiça se mostra cada vez mais contemporânea e adequada. Com o equilíbrio aplica-se à equidade; com a aplicação da equidade, garante-se o acesso à justiça. E, com o acesso à justiça, a efetividade dos direitos garante aos cidadãos o sentimento de se conviver em um Estado Democrático de Direito.

6. REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília: Editora UNB, 1999.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Procedimentos Especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição de República Federativa do Brasil*. Brasília, DF; Senado Federal, 1988, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 10 nov. 2020.

26. Que recomenda que não sejam feitas citações diretas na conclusão de trabalhos científicos.

- CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. **Acesso à Justiça e Cidadania**. Chapecó: Argos, 2003.
- CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CARVALHO, Michele Maria Machado de. **A inversão do ônus da prova no direito do consumidor**. 2007. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24748-24750-1-PB.pdf>> Acesso em: 23 de outubro de 2020.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. Ed. Atlas. 2ª ed., São Paulo. 2019.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO. **Para CNC, comércio eletrônico é aliado do varejo tradicional**. 2019, disponível em <http://www.cnc.org.br/editorias/acoes-institucionais/noticias/para-cnc-comercio-eletronico-e-aliado-do-varejo-tradicional>, acesso em 10 nov. 2020.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Vol. 1. 19ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. **Enunciados**. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>. Acesso em: 10 nov. 2020.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: **Dimensões da Dignidade, ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- HOBSBAWN, Eric J. **Era dos Extremos: o breve século XX, 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Atlas, 2016.
- MARCELLINO JUNIOR, Júlio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da Tutela**. Editora Malheiros. São Paulo, 2003.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. São Paulo: RT, 2002, p. 151.
- MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: RT, 2012.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de. **Do Espírito das Leis. Tradução de Roberto Leal Ferreira**. 9ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais.** Porto Alegre: Síntese, 1999.
- MORAIS, José Luiz Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Forense, 2012.
- PARIZOTTO, Gabriel Antônio. **Acesso à justiça por meio da atermção nos juizados especiais cíveis: estudo de caso no Poder Judiciário de Santa Catarina no ano de 2018.** Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2018.
- SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo.** São Paulo: Atlas, 2014.
- SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. **Marco civil da internet: construção e aplicação.** Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.

O sistema multiportas como propulsor do acesso à Justiça no âmbito do Juizado de Fazenda Pública

*Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães Ferreira**

*Ana Bárbara Barbuda Ferreira Motta***

Resumo: O conflito é inerente à vida em sociedade. As interações sociais e a divergência dos interesses de cada indivíduo fazem com que o conflito seja algo inafastável em qualquer comunidade. Para tanto, desenvolvem-se também métodos para a resolução dessas lides. A Jurisdição Estatal ocupou papel central ao longo de muitos anos, de modo que o excesso de litigiosidade, somados à precariedade estrutural, acabou fazendo da Justiça um espaço moroso e muitas vezes inefetivo para a realização do princípio constitucional do acesso à justiça. Diante desse cenário, nos últimos anos ganha destaque a busca por outros métodos de resolução de conflito, retirando a exclusividade da Jurisdição Estatal e abrindo caminho para outras formas de pacificação social, o que se passou a chamar de sistema multiportas. Essa tendência é seguida pelo Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução 125/2010, bem como pelo Código de Processo Civil de

*. Pós-Doutoranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Mestra em Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia. Mestra em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador. Pós-graduada em Civil e Processo Civil da Faculdade Baiana de Direito. Pós-graduada em Relações Familiares e Contextos Sociais pela UCSAL. Pós-graduada em Direito Canônico pela UCSAL. Pós-graduada em Atividade Judicante pela EMAB/UFBA. Juíza Formadora, Tutora e Contuedista na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Tutora e Contuedista da Escola Nacional de Magistrados (ENM). Formadora na Unicorp. Tutora do Centro de Apoio à Magistratura Brasileira COVID 19 da ENFAM, na temática Litigiosidade recorrente e sistema multiportas. Atualmente, exerce função judicante na 6ª Turma Recursal da Fazenda Pública em Salvador.

***. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduanda em Direito Civil pela Escola Paulista de Direito. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia.*

2015. A aplicação do sistema multiportas no âmbito dos Juizados de Fazenda Pública passa a ser um desafio, que busca conciliar essa tendência inafastável com as prerrogativas e limitações próprias da Fazenda Pública.

Palavras-chave: Sistema multiportas; métodos adequados de solução de conflitos; autocomposição; arbitragem; Fazenda Pública.

1. INTRODUÇÃO

A vida em sociedade é uma necessidade humana, de modo que o homem, ao longo da história, percebeu a importância de viver com seus semelhantes, para garantir sua sobrevivência, a perpetuação de sua espécie, bem como sua plena satisfação. Ocorre que, da mesma forma que a vida em sociedade é algo inafastável e natural, assim também é o conflito entre os indivíduos que formam esta sociedade. Os indivíduos não têm aspirações e interesses idênticos em todos os momentos e essas diferenças acabam produzindo conflitos.

Os conflitos, portanto, estão presentes em todo e qualquer ambiente, de modo que sempre que houver convivência e interação entre um grupo de pessoas, invariavelmente surgirão divergências de objetivos, ideias e interesse. As causas dos conflitos são plúrimas e, justamente por essa razão, cada vez mais cresce a necessidade de identificar as referidas causas a fim de verificar qual o método mais apropriado para sua solução, ou seja, aquele que proporcionará o resultado mais satisfativo às partes e à pacificação de forma mais duradoura.

Numa visão tradicional, o conflito é visto como algo negativo, ou seja, algo ruim, que provoca violência, irracionalidade, destruição. Por outro lado, quando considerado pela visão das relações humanas, o conflito passa a ser algo natural. Por fim, a visão interacionista exalta o conflito como um proporcionador de mudanças, inovações e melhorias.

Portanto, percebe-se que devemos buscar lidar com o conflito de forma não violenta, ou seja, deixar de vê-lo apenas como algo negativo, passando a enxergá-lo como algo natural no modo de existir de qualquer sociedade. Sendo assim, muitas consequências positivas podem derivar de um conflito, como o pensamento crítico, criativo, a melhoria na tomada de decisões, o reforço a consciência sobre as possibilidades de escolha e o incentivo a diferentes formas de resolução, melhorando as relações e avaliando as diferenças.

A visão tradicional do conflito, considerando apenas seu aspecto negativo, acabou gerando uma intensa litigiosidade, tendo como ator principal a Jurisdição Estatal. Houve, assim, um longo período de monopólio estatal na solução das lides, de modo que as partes do conflito se tornavam meros coadjuvantes da sua solução.

Ocorre que esse excesso de litigiosidade, somados a precariedade estrutural, acabou fazendo da Justiça um espaço moroso e muitas vezes inefetivo para a realização do princípio constitucional do acesso à justiça, ocasionando uma verdadeira crise no Poder Judiciário. Não são raros os relatos de processos que perduram décadas sem solução, ou de ações resolvidas que, logo em seguida, acabam gerando novos conflitos. Toda essa situação gera inevitavelmente um afastamento ao princípio constitucional do acesso à justiça. De um lado, sobrecarrega-se o Judiciário com questões que seriam mais bem resolvidas por outras vias; de outro lado, o jurisdicionado acaba sofrendo com uma prestação muitas vezes deficiente.

Sem dúvidas, o surgimento dos juzados especiais, com as Leis 9.099/95 e, posteriormente, com a Lei 10.259/2001 e 12.153/2006, contribuíram de forma intensa à celeridade e economia processual.

Diante desse cenário, nos últimos anos ganha destaque a busca por outros métodos de resolução de conflito, retirando a exclusividade da Jurisdição Estatal e abrindo caminho para outras formas de pacificação social, o que se passou a chamar de sistema multiportas. Essa tendência é seguida pelo Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução 125/2010, bem como pelo Código de Processo Civil de 2015.

Desafio ainda maior é a implementação desse sistema multiportas no âmbito da Fazenda Pública, em especial, dos Juzados de Fazenda Pública, uma vez que diversos aspectos devem ser adaptados a fim de garantir que as prerrogativas, princípios e limitações próprias da Fazenda Pública sejam preservados.

2. O SISTEMA MULTIPORTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O sistema de justiça multiportas, em que o Judiciário não é o único meio possível para a solução de controvérsias, tem ocupado cada dia mais posição de destaque em nosso ordenamento jurídico, sobretudo com o Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, é fundamental compreender o seu surgimento e quais os meios de solução que o integram. Isso por-

que, para cada situação haverá um meio adequado, meio este que é integrado com outros meios que também podem se revelar como adequado para o caso (CUNHA, 2020).

2.1. ORIGEM E NOÇÕES GERAIS ACERCA DO “SISTEMA MULTI-PORTAS”

Em 1976, Frank Sander, professor de Havard, introduziu no mundo jurídico uma ideia denominada “centro abrangente de justiça”, que mais tarde ficaria conhecida como “Tribunal Multiportas”. Sendo assim, o “Tribunal Multiportas” é uma instituição que direcionaria as questões que lhes são apresentadas ao método mais adequado de resolução. Desse modo, a ideia é examinar as diferentes formas de resolução de conflito e entender no caso concreto qual é a mais adequada. Deixa-se de lado o monopólio da Jurisdição Estatal e abrem-se novas portas para a solução de conflitos.

No nosso ordenamento, destacam-se, além do processo tradicional, a arbitragem, a mediação e a conciliação. O tema ganha destaque nos últimos anos sobretudo pelo abarrotamento do Judiciário em meio a uma crescente conflitualidade, o que acaba comprometendo a própria prestação jurisdicional. Percebe-se, portanto, que o Tribunal Multiportas prestigia o princípio da adaptabilidade e, segundo Cândido Rangel Dinamarco (2001), potencializa a celeridade e eficiência do curso processual.

A doutrina tem afirmado, portanto, que nos últimos anos o ordenamento jurídico pátrio adotou o sistema multiportas de solução de litígios, vejamos:

Costumam-se chamar de ‘meios alternativos de resolução de conflitos’ a mediação, a conciliação e a arbitragem (Alternative Dispute Resolution – ADR). Estudos mais recentes demonstram que tais meios não seriam ‘alternativos’: mas sim integrados, formando um modelo de sistema de justiça multiportas. Para cada tipo de controvérsia, seria adequada uma forma de solução, de modo que há casos em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros, pela arbitragem e, finalmente, os que se resolveriam pela decisão do juiz estatal. Há casos, então, em que o meio alternativo é que seria o da justiça estatal. A expressão multiportas decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal (CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 637).

Fredie Didier (2015), entende que a Resolução nº 125/2012 do Conselho Nacional de Justiça já estabelecera a política pública do tratamento adequado de conflitos, estimulando a autocomposição. O Conselho Nacional de Justiça vem exercendo um relevante papel como gestor desta política pública, no âmbito do Poder judiciário (DIDIER, 2015). Esta Resolução é extremamente didática e inovadora, definindo o próprio CNJ como organizador da política pública de tratamento adequado de conflitos, impondo a criação pelos tribunais de centros de soluções de conflitos, regulamentando a atuação dos mediadores e conciliadores (criando um Código de Ética), determinando a criação, publicidade de banco de estatísticas de seus centros de solução de conflito e cidadania, definindo um currículo mínimo para a capacitação de mediadores e conciliadores.

O direito brasileiro, a partir da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e com o Código de Processo Civil de 2015, caminha para a construção de um processo civil e sistema de justiça multiportas, com cada caso sendo indicado para o método ou técnica mais adequada para a solução do conflito. O Judiciário deixa de ser um lugar de julgamento apenas para ser um local de resolução de disputas. Trata-se de uma importante mudança paradigmática. Não basta que o caso seja julgado; é preciso que seja conferida uma solução adequada que faça com que as partes saiam satisfeitas com o resultado (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 637).

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Peixoto e Renata Peixoto, citando a lição de Rafael Alves de Almeida, Tânia Almeida e Mariana Hernandez Crespo apontam as vantagens do sistema multiportas, destacando o protagonismo do indivíduo na solução de seus problemas, com maior comprometimento e responsabilização, o estímulo a autocomposição, maior eficiência do Poder Judiciária, que ficaria com casos mais complexos, além da transparência e conhecimento prévio pelas partes sobre as possíveis soluções (PEIXOTO, 2018). São, portanto, inúmeras vantagens que levam a adoção desse novo sistema de resolução de conflitos.

Por fim, é importante destacar que a adoção do sistema multiportas relaciona-se com o próprio acesso à justiça. A Constituição Federal estabelece o acesso à justiça e o princípio da inafastabilidade da jurisdição em seu art. 5º. Sendo assim, esse importante princípio fundamental enfrenta barreiras que devem ser enfrentadas. Mauro Cappelletti e Bryant Garth estabeleceram “três ondas renovatórias” de acesso à justiça, ou seja, possíveis soluções, surgidas nos países do mundo Ocidental através de

movimento chamado “Projeto Florença de Acesso à Justiça”, para ultrapassar essas barreiras que impedem um acesso efetivo à justiça. A primeira “onda” renovatória apontada pelos autores seria a assistência judiciária, com a implementação da gratuidade e da própria Defensoria Pública, por exemplo. Já a segunda onda relaciona-se com a tutela de interesses coletivos lato sensu, com um microsistema de tutela coletiva, com regras próprias (CAPPELLETTI, 1994). Proporcionar o acesso a outros métodos para resolução de conflitos é, portanto, proporcionar o próprio acesso a justiça, concretizando o comando constitucional.

Existem basicamente duas maneiras de solução do conflito, quais sejam, a autocomposição e a heterocomposição. A nomenclatura facilita o entendimento: na autocomposição, as próprias partes envolvidas no conflito encontram a sua solução, ou seja, o conflito é autogerido pelos sujeitos da relação, enquanto na heterocomposição, há uma intervenção de um terceiro alheio a relação conflituosa, que irá ditar uma solução.

A autocomposição é marcada pela prevalência da vontade das partes que, em conjunto, chegam a um desfecho. Sem dúvidas, os sujeitos envolvidos na relação são os que melhor conhecem as circunstâncias em torno do problema. Ademais, a satisfação das partes é uma das finalidades na resolução, o que faz com que a autocomposição tenha grandes vantagens. Tudo isso, somado a celeridade, relevam a importância e a necessidade de estímulo à autocomposição.

Compreende-se que a solução negociada não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula suas relações. Neste sentido, o estímulo a autocomposição pode ser entendido como um reforço a participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático (DIDIER, 2015, p. 274).

A autocomposição é gênero, de modo que poderá ocorrer de três formas: transação, renúncia ou reconhecimento. Na transação, as partes fazem concessões mútuas. Trata-se do exercício de vontade bilateral das partes, visto que quando um não quer dois não fazem a transação (NEVES, 2016). Na renúncia, o titular do direito abdica dos seus interesses, enquanto no reconhecimento, a parte contrária assente à pretensão que lhe é oposta. Essas formas de autocomposição são tratadas expressamente no Código de Processo Civil, em especial, no art. 487, III.

Por fim, é salutar que se observe que o Código de Processo Civil, atento a esse movimento, em diversas ocasiões dispõe o dever do magistrado em estimular a autocomposição. Nas normas fundamentais, o Código de Processo Civil já deixa claro esse compromisso com o incentivo à solução consensual dos conflitos, vejamos:

§ 3º A conciliação, a mediação e o 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”.

É possível falar, portanto, em um princípio do estímulo da solução por autocomposição. Ainda, o CPC, a partir do art. 165, possui um capítulo inteiramente dedicado aos métodos autocompositivos. A tentativa de autocomposição é agora uma fase do processo, sendo um dos requisitos da petição inicial e da contestação, de modo que a audiência de conciliação apenas não ocorrerá quando ambas as partes se manifestarem expressamente pelo desinteresse. No início da audiência de instrução, o magistrado deve novamente abrir à possibilidade de autocomposição e, por fim, em qualquer fase do processo é possível a homologação de acordo extrajudicial (art. 515, 111; art. 725, VIII, CPC), acordo este que pode envolver inclusive questões alheias ao processo (art. 515, § 2º, CPC).

A autocomposição poderá ocorrer, com ou sem o auxílio de terceiros. Esses terceiros não ditam a solução, como ocorre na heterocomposição, mas apenas estimulam as partes para que encontrem esse desfecho. São eles os mediadores e conciliadores que serão estudados nas próximas páginas.

2.2. MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM ESPÉCIE

O primeiro método de solução dos conflitos é a própria jurisdição estatal. A jurisdição é uma atuação do Estado, através do processo que aplica o direito ao caso concreto, resolvendo conflitos com definitividade e modo impositivo. Por outro lado, existem ainda os equivalentes jurisdicionais que são métodos adequados para a solução de conflitos. Ou seja, qualquer solução do conflito obtida por via não jurisdicional.

A primeira é a autotutela. Na autotutela uma das partes impõe a sua vontade. Trata-se de uma solução “egoística e parcial” do litígio, de modo que uma das partes se torna um verdadeiro juiz da causa (DIDIER, 2015). Evidente, portanto, que é uma forma de solução que é, em regra, veda-

da pelo nosso ordenamento, podendo configurar inclusive o crime de exercício arbitrário das próprias razões ou abuso de poder. Sendo assim, considerando o monopólio estatal do uso da força, essa forma de solução é, em regra, proibida. Excepcionalmente, contudo, o próprio ordenamento jurídico, em situações de urgência, permite o uso da autotutela. Nesse sentido, destaca-se, por exemplo, o desforço imediato na defesa da posse (art. 1.210, § 1, do Código Civil); a legítima defesa, o estado de necessidade e o direito de retenção.

Ainda, há a autocomposição que ocorrerá quando as próprias partes chegam à solução do conflito, podendo ocorrer por renúncia, submissão ou transação. Neste ponto, merece destaque que para alguns a mediação e conciliação seriam formas de autocomposição, como denota Fredie Didier:

Mediação e conciliação são formas de solução de conflito pelas quais um terceiro intervém em um processo negocial com a função de auxiliar as partes a chegarem à autocomposição. Ao terceiro não cabe resolver o problema, como acontece na arbitragem: o mediador/conciliador exerce um papel de catalisador de solução negocial do conflito. Não são por isso, espécies de heterocomposição do conflito; trata-se de exemplo de autocomposição, com a participação de um terceiro (DIDIER, 2015).

Para outros autores, contudo, há que se diferenciar a mediação/conciliação da autocomposição, vejamos o que diz Daniel Assumpção:

A mediação é forma alternativa de solução de conflitos fundada no exercício da vontade das partes, mas não se confunde com a autocomposição, porque, enquanto nesta haverá necessariamente um sacrifício total ou parcial dos interesses da parte, naquela, a solução não traz qualquer sacrifício aos interesses das partes envolvidas no conflito. Em razão da ausência de sacrifícios dos interesses das partes na mediação, o legislador a classificou como meio consensual de solução dos conflitos diferente da autocomposição. Mas tal opção conceitual certamente não afasta a promoção da mediação dos deveres do juiz (NEVES, 2016).

Tanto a mediação quanto a conciliação se baseiam na vontade das partes. Trata-se de uma forma de solução em que o foco fica nas razões do conflito e não o conflito em si. Esses são os aspectos que aproximam as duas técnicas. A diferença entre a conciliação e a mediação é sutil. O Código de Processo Civil, em seu art. 165, §§ 2º e 3º, estabeleceu que a conciliação ocorrerá quando não houver vínculo anterior, com a possibi-

lidade de sugestão de soluções pelo conciliador para o litígio, enquanto a mediação ocorrerá quando houver vínculo anterior, de modo que, em tese, não deverá haver a sugestão de soluções pelo mediador, deixando que as partes possam identificar, por si próprias, as soluções consensuais.

Percebe-se, portanto, que na mediação, o mediador facilita o diálogo entre as pessoas para que elas mesmas proponham soluções. Sugere-se o uso desta técnica para conflitos subjetivos, cujo relacionamento seja duradouro, com relações prévias e continuadas. Na conciliação, por sua vez, o terceiro facilitador da conversa interfere de forma mais direta no litígio e pode sugerir opções de solução para o conflito. Para conflitos objetivos, mais superficiais, nos quais não existe relacionamento duradouro entre os envolvidos, aconselha-se o uso da conciliação.

A mediação e a conciliação podem ocorrer extrajudicialmente ou judicialmente. Sendo judicial, os conciliadores e mediadores são auxiliares da justiça, de modo que serão aplicados a eles as regras relativas aos sujeitos processuais, inclusive com relação a impedimento e suspeição. A mediação e conciliação podem ainda ocorrer perante Câmaras Públicas institucionais, vinculadas aos tribunais, ou, em Câmaras Privadas, ou, ainda, em Câmaras Administrativas. Por fim, poderão ocorrer até mesmo em ambientes mais informais como em escritórios de advocacia.

O mediador e o conciliador podem ser funcionários públicos ou profissionais liberais, conforme art. 167, CPC, podendo ser de forma remunerada, mas também através de trabalho voluntário (art. 169, § 1º, CPC). É possível, prestigiando a vontade das partes, que o mediador e conciliador seja escolhido pelas partes, podendo inclusive recair em um profissional não cadastrado perante o tribunal (art. 168, § 1º, CPC). Neste caso, é preciso providenciar este cadastro (art. 167, caput), o que é extremamente importante pois deverão passar por um curso de capacitação, cujo programa é definido pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Ministério da Justiça, além das reciclagens periódicas (art. 167, § 1º, CPC; art. 12, Resolução nº 125/2012 do CNJ).

Sobre as etapas da conciliação e mediação, não há um consenso absoluto sobre quais sejam. Em síntese, normalmente haverá a apresentação do conflito, seguido de esclarecimentos. Posteriormente, há um momento de criação de possíveis soluções, com um *brainstorm*, e, ao final, o encerramento.

Por fim, é importante destacar o que dispõe o art. 166, § 3 do CPC:

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. § 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

Percebe-se que há uma liberdade maior pelos mediadores e conciliadores na escolha das técnicas que proporcionarão a autocomposição. Existem inúmeras técnicas que, mesmo não sendo do direito, acabam proporcionando a solução do conflito. Nesse sentido, deverão ser observadas pelo mediador e conciliador ao longo das sessões, favorecendo o ambiente e a comunicação para que as partes cheguem a um consenso, a exemplo do *rapport*, escuta ativa, *brainstorm*, entre outros.

Por fim, destaca-se a arbitragem, método heterocompositivo não estatal, em que um terceiro, escolhido pelas partes determina a solução para o caso concreto. Trata-se de decisão impositiva de um árbitro ou Tribunal Arbitral. Neste caso, ao contrário da Jurisdição Estatal, privilegia-se a confiança das partes na escolha do julgador. Há uma corrente doutrinária, que defende que a arbitragem não é equivalente jurisdicional, mas sim espécie de jurisdição, ou seja, uma jurisdição privada. Essa corrente parece ser a adotada pelo Código de Processo Civil, ao considerar no art. 515, VII, a sentença arbitral como título executivo judicial. Há duas formas de instituição da arbitragem, quais sejam: (i) Cláusula compromissória, que como o nome sugere é uma cláusula inserida previamente no contrato, podendo ser cheia (quando contém todos os requisitos necessários) ou vazia; e (ii) Compromisso arbitral, que é uma convenção feita após o conflito, através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

3. A FAZENDA PÚBLICA E O SISTEMA MULTIPORTAS

Nos últimos anos, o modelo de Administração Pública Burocrática, tem cedido espaço a um novo modelo, contemporâneo, o da Administração Pública Gerencial. Esses dois modelos diferem-se em razão da burocracia que orienta os processos de tomada de decisão e concretização. Na burocrática, o processo é autorreferente, enquanto na gerencial busca-se resultado que maior supra as necessidades dos administrados. Nesse sentido, fala-se ainda na busca por uma Administração Dialógica, que crie pontes, trocas e diálogos com as demais partes, trazendo um espaço para a atuação administrativa consensual (CUNHA, 2020).

Esse movimento de ampliação da consensualidade se verifica em diversos ramos do direito público, em especial no direito penal (com a colaboração premiada, acordo de não persecução penal, suspensão condicional do processo, dentre outros); direito processual civil (com os negócios jurídicos processuais e o princípio da adaptabilidade dos procedimentos) e, de modo geral, até mesmo no direito administrativo, a exemplo da desapropriação amigável, acordo de leniência, e no âmbito de agências reguladoras.

Nesse ambiente de crescente consensualidade, se enquadra a discussão acerca da implementação do sistema multiportas, com a possibilidade de arbitragem, autocomposição envolvendo a Fazenda Pública. Neste sentido, é fundamental que, em todo caso, sempre se preserve as denominadas “pedras de toque” da Administração Pública, quais sejam, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público (MELLO, 2009).

Recentemente, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro incluiu diversas normas de aplicação no âmbito do direito administrativo. Dentre as modificações, merece destaque a do art. 26, vejamos:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Grifos nossos).

O referido dispositivo traz a previsão de uma cláusula geral de celebração de compromissos pela Administração Pública, é o que diz Leonardo Carneiro Cunha (2020, p. 701):

A disposição contida no art. 26 da Lei de Introdução contém, a bem da verdade, uma cláusula geral estimuladora da adoção de meios consensuais pelo Poder Público. Aliás, por força do art. 30 da mesma LINDB, o Poder Público deve desenvolver procedimentos internos hábeis a identificar casos para sugerir a aplicação dos meios consensuais de conflito. Esses dispositivos – aliados aos arts. 3 e 174 do CPC – estabelecem um dever de a Administração Pública adotar meios consensuais de solução de disputas.

Evidente, portanto, a compatibilidade do sistema multiportas com os conflitos envolvendo o Poder Público, inclusive através da arbitragem ou da autocomposição. É o que será tratado a seguir.

3.1. A ARBITRAGEM NOS CONFLITOS ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA

A arbitragem, conforme exposto anteriormente, trata-se de método heterocompositivo de solução de conflitos, ou seja, método através do qual um terceiro imparcial (que não se confunde com o Poder Judiciário) resolve a lide apresentada. Para tanto, anteriormente, há a necessidade de celebração de um ajuste, seja através de um compromisso arbitral ou de uma cláusula compromissória.

A Lei 9.307/96 dispõe sobre a arbitragem, estabelecendo como requisitos que as partes sejam capazes, para dirimir conflitos envolvendo “direitos patrimoniais disponíveis”. Neste aspecto subjetivo reside a grande controvérsia acerca do tema. Isso porque para uma primeira corrente a indisponibilidade do interesse público inviabilizaria por completo a possibilidade de uma arbitragem envolvendo o Poder Público. Uma segunda corrente, por sua vez, diferenciava “interesse da administração” de “interesse público”. Por fim, a terceira corrente baseia-se no princípio da legalidade (CUNHA, 2020).

Abstraindo-se dessas discussões doutrinárias, fato é que a Lei de Arbitragem prevê atualmente em seu art. 1º, § 1º a possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta “para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Antes mesmo da inserção do referido dispositivo, ocorrida em 2015 com a Lei 13.129, diversos diplomas já previam a arbitragem com entidades integrantes da Administração Pública, a exemplo da Lei 8.987/95; Lei 9.472/97; Lei 9.478/97; Lei 10.233/2001; Lei 10.343/2002; Lei 11.079/2004, dentre outras.

No § 2º do art. 1º da Lei de Arbitragem, fica estabelecido que “a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações”. Para compreender quais seriam os direitos “patrimoniais disponíveis” passíveis de solução através da arbitragem, Leonardo Cunha (2020, p. 710) traz a seguinte elucidação:

Há uma arbitrabilidade ampla relativamente ao Poder Público quando este atua *jure gestionis*, ou seja, quando ele estiver inserido numa

relação de Direito Privado. Quando, porém, a relação for pública, na qual houver manifesto ciclo do poder de império, será preciso examinar o grau de (in)disponibilidade do direito. Para que seja possível a arbitragem deve haver disponibilidade e o direito deve ser patrimonial.

Para a aplicação da arbitragem no âmbito da Fazenda Pública, contudo, algumas adaptações devem ser feitas. Isso porque, conforme já fora tratado anteriormente, o regime jurídico administrativo é marcado por prerrogativas e restrições, a fim de atender os princípios constitucionalmente estabelecidos, em especial os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A primeira adaptação é a necessidade de que o processo arbitral seja público, não comportando, portanto, o sigilo. Isso preserva a publicidade e garante a fiscalização por parte dos administrados.

Outro aspecto é que, para preservação do princípio da legalidade, a arbitragem celebrada pelo Poder Público deverá, necessariamente, ser de direito, não podendo, portanto, ser através de equidade. É o que dispõe expressamente o § 3º do art. 1º da Lei de Arbitragem.

Ainda é importante destacar que prevalece o entendimento de que não há necessidade de prévio procedimento licitatório para a escolha do juízo ou tribunal arbitral, uma vez que estaríamos diante de um caso de inexigibilidade de licitação. Por fim, a sentença arbitral não está sujeita a remessa necessária, bem como as demais prerrogativas processuais da Fazenda Pública em juízo não se apresentam, em regra, na arbitragem. Sendo assim, não há intimação pessoal, prazos em dobro, salvo conste expressamente na convenção (CUNHA, 2020).

3.2. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA

O art. 174 do Código de Processo Civil dispõe que:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I – dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Percebe-se, portanto, que a criação de tais câmaras tem por objetivo promover a autocomposição no âmbito da Administração Pública. Em 2007, foi criada a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, com a finalidade de dirimir conflitos envolvendo a União e suas entidades, tendo sido, posteriormente, ampliada para conflitos que envolvessem Estados, Distrito Federal e Municípios.

A criação de tais Câmaras consagra o princípio da eficiência, também previsto no art. 37 da Constituição Federal, de modo que os conflitos seriam solucionados com maior economia, obtendo resultados satisfatórios. Neste ponto, é importante destacar que logo após a promulgação do Código de Processo Civil em 2015, com clara tendência de ampliação dos métodos de solução de conflitos, foi promulgada a Lei 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. O capítulo II do referido diploma, destina-se justamente a regulamentação da autocomposição em que for parte pessoa jurídica de direito público.

Uma vez criadas, as câmaras devem indicar em seus regulamentos quais os casos que poderão ser submetidos à autocomposição. Esta submissão, contudo, é facultativa, considerando o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5 da Constituição, mas o ente público deve indicar quais os motivos da recusa, em razão dos princípios da publicidade e impessoalidade.

Enquanto as Câmaras não são criadas, é possível que a Fazenda Pública se utilize do procedimento previsto para particulares, ou seja, com a marcação de uma reunião inicial e posteriormente com a instauração da mediação.

Sobre isso, merece destaque a previsão do art. 30 da referida lei, que dispõe acerca da confidencialidade. Na visão de Leonardo Cunha (2020, p. 730), tal previsão em nada afronta a fiscalização da Fazenda Pública, uma vez que “a confidencialidade não afasta o dever de prestação de informações às autoridades fazendárias”.

Por fim, sobre a (des) necessidade de autorização legislativa específica para determinadas transações, faz-se necessário a seguinte diferenciação:

(...) nos casos em que se constata acerto total ou parcial da posição daquele que litiga contra a Administração, não é necessária lei autorizadora da composição. Já para renúncia da Administração a direito que legitimamente detenha, em transação propriamente dita, deve haver autorização legislativa. Na execução fiscal, por exemplo, a Administração pode constatar erro na inscrição original e cobrança maior que a efetivamente devida e, assim, cancelar a inscrição em dívida ativa ou substituí-la por outra de valor menor, o que pode ser feito, inclusive, em Juízo, no curso da execução. Já para levar a efeito a anistia (perdão) de dívida, precisa de lei autorizativa prévia (TALAMINI, 2005, p. 12).

Evidente, portanto, que o sistema multiportas, com a arbitragem, conciliação e mediação, é aplicável aos litígios envolvendo a Fazenda Pública, mas sempre com a observância de suas peculiaridades.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, concluiu-se que a abertura dos métodos de resolução de conflitos é um importante mecanismo na busca da concretização do acesso à justiça. Esse movimento, sugerido pelo sistema multiportas, proporciona uma maior celeridade, efetividade, presteza e valorização do caráter democrático, uma vez que as partes passam a ser verdadeiros protagonistas do processo resolutivo.

Atento aos inúmeros benefícios, o ordenamento jurídico brasileiro tem buscado normatizar cada vez mais esses métodos, destacando-se a Lei de Arbitragem, a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, o Código de Processo Civil de 2015 e a Lei de Mediação e Conciliação. Esse movimento de abertura de novas portas e novas possibilidades têm propiciado um redimensionamento e até mesmo uma democratização do próprio papel do Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido.

A adoção do sistema de Justiça multiportas, com a ampliação e incentivo à utilização de métodos consensuais de resolução de conflitos alcança os conflitos envolvendo a Fazenda Pública. Nestes casos, contudo, utilização de métodos diversos da Jurisdição Estatal, faz-se necessário perceber as peculiaridades da Fazenda Pública e adaptá-las, mantendo a indisponibilidade do interesse público. Nada obstante, isso não implica automática inegociabilidade dos direitos e interesses defendidos pela Administração, pois há direitos indisponíveis passíveis de negociação.

5. REFERÊNCIAS

- BRITO, Marcela Mourão de. **Manual de mediação de conflitos de acordo com o CPC de 2015**. 1ª ed, Fortaleza, CE. Ed. Da Autora, 2020.
- CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília, Gazeta Jurídica, 2015.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça**. In: Revista de Processo, v. 19, nº 74.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense: 2020.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 7ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.
- DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FREITAS JR., Antônio Rodrigues. **Mediação e direitos humanos: temas atuais e controvertidos**. São Paulo: LTr, 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Pulo: Malheiros, 2009.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- NUNES, Juliana Raquel. **A importância da mediação e da conciliação para o acesso à justiça: uma análise à luz do novo CPC**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Fazenda Pública e Execução**. Salvador: Juspodivm, 2018.
- SEIDEL, Daniel. **Mediação de conflitos: a solução de muitos problemas pode estar em suas mãos**. Brasília: Vida e Juventude, 2007.
- VIEIRA, Mariana. **Mediação e Conciliação como forma de compor Litígios no Novo Código de Processo Civil**. Niterói: Ed. Da Autoria, 2017.
- TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória)**, 2005. Disponível em: <www.academia.edu/231461>.

Contribuições da jurimetria para a administração da justiça

*Caroline Dantas Godeiro de Araujo**

*Érica Baptista Vieira de Meneses***

Resumo: O Sistema dos Juizados Especiais, instituído pela Lei Federal nº 9.099, de 1995, representa um importante espaço para a ampliação da pacificação social, através da integração de ferramentas alternativas para solução de conflitos, através de um procedimento célere e desburocratizado. Contudo, o movimento de hiperjudicialização, vislumbrado no Brasil nas últimas décadas, tem sobrecarregado a estrutura instalada e exigido dos gestores o desenvolvimento de estratégias voltadas à garantia de acesso de todos os cidadãos a uma ordem jurídica justa, por meio de respostas judiciais céleres, isonômicas e efetivas. Nesse contexto, a utilização da jurimetria tem se tornado essencial na administração da justiça voltada ao aprimoramento da prestação jurisdicional.

Palavras-chave: juizados especiais, desjudicialização, jurimetria, administração da justiça.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao descrever o direito a ações estatais positivas, Robert Alexy destaca que *“sempre que as normas procedimentais puderem aumentar a proteção aos direitos fundamentais elas serão exigidas prima facie pelos princípios de direitos fundamentais”* (ALEXY, 2015).

Nesse mesmo sentido, Calmon de Passos refere que *“a relação entre o chamado direito material e o processo não é uma relação de meio/fim, instrumental, como se tem proclamado com tanta ênfase, ultimamente, por*

*. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito (FBD). Servidora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, lotada na Coordenação do Sistema Estadual dos Juizados Especiais.

** Mestranda em Direito Público (UFBA). Especialista em Ciências Criminais (UFBA) e em Direito Médico, Bioética e Biodireito (UCSAL). Professora da Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública. Servidora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, lotada na Coordenação do Sistema Estadual dos Juizados Especiais.

força do prestígio de seus arautos, e sim uma relação integrativa, orgânica, substancial”, sendo o Direito o que dele faz o processo de sua produção (PASSOS, 2003).

É com a finalidade de assegurar a fundamentalidade dos princípios processuais que a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, inseriu o inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, elevando o direito à razoável duração do processo à categoria de garantia fundamental.

Da mesma forma, buscando a efetivação do acesso a uma ordem jurídica justa, a Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas (nº 7.244/84) iniciou um processo de desburocratização dos procedimentos judiciais, “após diagnóstico de que estava havendo uma litigiosidade contida, porque as partes não sabiam a quem ou como recorrer”. A Lei “significou o primeiro rompimento do modelo liberal-individualista que estava no CPC, em que predominava a autonomia individual” (WATANABE, 2019), consagrado definitivamente pela Constituição Federal anos depois e desenvolvido através do Sistema dos Juizados Especiais, instituído e regulamentado pela Lei Federal nº 9.099, de 1995.

É no cenário de hiperjudicialização e estudos acerca da efetivação do acesso à justiça que a Jurimetria surge como “disciplina do Direito que utiliza a metodologia estatística para estudar o funcionamento da ordem jurídica” (NUNES, 2016, p. 115-116), capitulada como instrumento de se promover o alcance do tempo razoável do processo.

Ao verificar um possível distanciamento entre o crescente número de normas criadas em seu país e os fatos jurídicos a elas correlatos, o advogado norte-americano Lee Loewinger, em 1949, denominou de Jurimetria a metodologia que analisa o Direito a partir de princípios matemáticos e estatísticos, motivando a realização de experimentos com viés multidisciplinar utilizando critérios qualitativos e quantitativos.

Busca-se, nesse estudo, trazer os métodos do Conselho Nacional de Justiça com vistas à otimização da prestação jurisdicional, analisando de que forma as ações da Coordenação do Sistema Estadual dos Juizados Especiais na Bahia tem aplicado a jurimetria no processo de definição estratégica de gestão voltada ao descongestionamento do Poder Judiciário.

2. DIRETIVAS DO CNJ PARA A DESJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, consolidou-se a utilização de estatística na administração da justiça, através da

criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ¹, como um dos órgãos do Poder Judiciário, com competência para elaboração de controle estatístico da produção do Poder Judiciário Nacional, em conformidade com o art. 103-B, parágrafo 4º, incisos VI e VII².

Na observância de suas atribuições constitucionais, o CNJ editou a Resolução nº 15, de 20 de abril de 2006³, dispondo, dentre outras matérias, sobre a regulamentação do Sistema de Estatística do Poder Judiciário – SIESPJ, criado pela Resolução nº 4, de 16 de agosto de 2005.

Na mesma linha, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu a obrigatoriedade dos Tribunais Estaduais e Federais cumprirem metas, anualmente estabelecidas, que visam a enfrentar a retenção crônica de processos que se acumulam no Poder Judiciário.

Conforme o Relatório Justiça em Números de 2020 (CNJ, 2020):

As pesquisas realizadas pelo CNJ passaram a utilizar conceitos de inteligência artificial para classificação dos processos e identificação de similaridades. O DataJud⁴ alça a produção de informações do judiciário de desenvolvimento e será uma importante ferramenta para realização de estudos jurimétricos na Ciência de Dados.

A chamada “crise da jurisdição”, fenômeno representado pelo excessivo volume de demandas que sobrecarrega o Poder Judiciário, tem atraído a preocupação dos órgãos responsáveis pela definição estratégia de gestão judiciária em âmbito local e nacional, haja vista o impacto no aumento das demandas para a qualidade da prestação do serviço público.

-
1. Vide artigo 92, inciso I-A da Constituição Federal.
 2. Constituição Federal, Art. 103-B, parágrafo 4º: VI – elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa (incluídos pela EC nº 45/2004).
 3. Ulteriormente revogada pela Resolução CNJ nº 76, de 12 de maio de 2009, que dispõe sobre os princípios do Sistema de Estatística do Poder Judiciário, estabelece seus indicadores, fixa prazos, determina penalidades e dá outras providências.
 4. O DataJud constitui a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário. Trata-se de ferramenta de captação e recebimento de dados, que reúne informações pormenorizadas a respeito de cada processo judicial em uma base única (CNJ, 2020)

Pensando nisso, e em busca de soluções desjudicializantes e desburocratizantes, convergentes com a mais recente e manifesta intenção legislativa, o Conselho Nacional de Justiça editou importantes provimentos nos últimos anos (STJ, 2019), tendo influenciado a gestão dos Tribunais à adoção de medidas proativas no sentido da prestação jurisdicional para além das decisões judiciais.

Nesse sentido, entre os Macrodesafios do Poder Judiciário 2015-2020 estabelecidos pelo CNJ com foco na efetividade da prestação jurisdicional, destacamos a adoção de soluções alternativas de conflito, gestão das demandas repetitivas e dos grandes litigantes, bem como melhoria da infraestrutura de governança e de tecnologia da informação e comunicação.

Tendo como objetivo principal a garantia dos direitos da cidadania a partir da estruturação de um Poder Judiciário célere, efetivo, isonômico e que apresente soluções modernas para a pacificação social, a jurimetria tem sido utilizada pelo Conselho Nacional de Justiça, cotidianamente, na definição de estratégias do Poder Judiciário.

3. JURIMETRIA COMO IMPORTANTE INSTRUMENTO PARA A OTIMIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A jurimetria é termo que traduz uma ciência que tem por escopo o uso de banco de dados, de estatísticas e da lógica simbólica aplicada ao Direito com o intuito de transportar a lei do campo da abstração para o da subsunção da norma ao caso concreto, considerando-se as peculiaridades dos sujeitos envolvidos e o alcance da realização do escopo social da jurisdição, que é a pacificação social (LOEVINGER, 1963, p. 5-35). Portanto, é uma nova ciência consubstanciada na aplicação de modelos estatísticos sob a compreensão de processos e fatos jurídicos.

A Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ)⁵ explica que esta metodologia busca dar concretude às normas e instituições, situando no tempo e no espaço os processos, os juízes, as decisões, as sentenças, os tribunais, as partes etc: “Quando se faz jurimetria, enxerga-se o Judiciário como um grande gerador de dados que descrevem o funcionamento completo do

5. A Associação Brasileira de Jurimetria – ABJ é uma associação civil sem fins lucrativos, sujeito de direito privado, que tem entre suas finalidades “Incentivar a utilização da jurimetria na elaboração e avaliação de políticas públicas” e “Colaborar com entidades públicas e privadas para melhorar administração de Tribunais”.

sistema. Quando se faz jurimetria, estuda-se o Direito através das marcas que ele deixa na sociedade”.

A estratégia metodológica para organizar os dados compilados se dá pelo uso da estatística, ciência que possui como objeto de estudo os dados empíricos quantitativamente organizados para possibilitar a identificação de comportamento em um dado conjunto de elementos concretos, como o número de demandas relativas, por exemplo, aos contratos bancários ou de prestação de serviços médico-hospitalares, ou o volume de processos divididos por classes dos processos e as estratégias que podem ser traçadas para decisões isonômicas para cada uma.

Nesse contexto, a Jurimetria enfrenta as demandas judiciais e suas decisões a partir da massa de processos que se dirigem ao Poder Judiciário, partindo-se do caso concreto à normativa estabelecida. A aplicação dessa metodologia no Poder Judiciário busca o levantamento estatístico dos tipos de demanda e seu fluxo, para, então, formular políticas voltadas a uma melhor prestação jurisdicional.

Com isso, há não somente um aprimoramento na prestação jurisdicional que responde a uma demanda social, mas possibilita-se a implementação de ferramentas para a efetivação de direitos (evitando-se com isso a existência de conflitos) ou, ainda que não seja possível, a solução pacífica de conflitos.

Nesse ensejo, revela-se a importância do gerenciamento de processos judiciais que, conforme preleciona Paulo Eduardo Alves da Silva (2010):

O gerenciamento de processos judiciais pode ser compreendido como o conjunto de práticas de condução do processo e organização judiciária coordenadas pelo juiz para o processamento célere e efetivo dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário. (...) A filtragem de litígios de massa e as demandas repetitivas pela vinculação jurisprudencial também pressupõem a racionalidade gerencial aqui debatida, na modalidade de ‘gerenciamento do volume dos processos judiciais’, tema que, pela amplitude e especificidades, demanda um estudo específico.

Ademais, a análise e interpretação adequados dos dados coletados através de ferramentas tecnológicas (robótica, inteligência artificial, *business intelligence*) é possível projetar conclusões qualitativas com relação à natureza da prestação jurisdicional. Desse modo, sendo eleita determinada natureza de demanda como a mais recorrente para determinado grupo social, é possível a definição de políticas públicas necessárias e adequadas para a solução dos conflitos produzidos nas respectivas relações materiais.

Com base nos dados coletados dos Tribunais em todo o país, e visando a um enfrentamento crônico do acúmulo dos processos, o CNJ definiu no estudo denominado “Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2015-2020” diversos macrodesafios do Poder Judiciário, entre os quais destacamos a “efetividade na prestação jurisdicional”, “celeridade e produtividade na prestação jurisdicional” e “adoção de soluções alternativas de conflito”.

Nessa senda, verifica-se que o levantamento de dados estatístico-matemáticos e sua análise metodológica e continuada permite o desenvolvimento de estratégias e soluções para a hiperjudicialização crônica, trazendo à lume a preocupação com a celeridade e efetividade processual e a necessidade de se buscar soluções alternativas aos conflitos.

4. FERRAMENTAS DESENVOLVIDAS PELA COJE PARA DESJUDICIALIZAÇÃO NO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS NA BAHIA.

Como já dito, a regulamentação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no ano de 1995, e dos Juizados Especiais Federais em 2001, bem como dos Juizados Especiais da Fazenda Pública em 2009, se deu como tentativa de trazer soluções alternativas à sobrecarga do Poder Judiciário e conseqüente morosidade processual, através da simplificação dos procedimentos judiciais pelo denominado procedimento sumaríssimo.

É com a finalidade de analisar os fluxos e entraves para o efetivo acesso à justiça, que a jurimetria tem se mostrado fundamental na tomada de decisões administrativas, com vistas a uma gestão proba, transparente, e, acima de tudo, à consolidação de uma prestação jurisdicional focada na entrega de uma ordem jurídica justa aos indivíduos.

Consideramos, nesse contexto, a definição de Kazuo Watanabe (2019), segundo o qual o “acesso à ordem jurídica justa” significa:

Atualização do conceito de acesso à justiça. Escrevo justiça com J minúsculo para não significar somente acesso ao Poder Judiciário. Os cidadãos têm direito de ser ouvidos e atendidos, não somente em situação de controvérsias, mas em problemas jurídicos que impeçam o pleno exercício da cidadania, como nas dificuldades para a obtenção de seus documentos ou de seus familiares ou os relativos a seus bens. Instituições como o Poupa Tempo e as câmaras de mediação, desde que bem organizadas e com funcionamento correto, asseguram o acesso à justiça aos cidadãos nessa concepção mais ampla.

Para o desenvolvimento de ferramentas eficazes de governança voltados às particularidades das demandas que compõe o Sistema dos Juizados Especiais na Bahia, a Coordenação do Sistema dos Juizados Especiais – COJE, órgão de supervisão administrativa dos Juizados, estruturou núcleos de trabalho, com foco na especialização de tarefas, definição de fluxos e melhoria da gestão administrativa, que trabalham de forma inter-relacionada no desenvolvimento de projetos estratégicos e departamentais com foco na efetivação do acesso à justiça (TJBA, 2020a).

Nesse senda, verifica-se, pelas ações desenvolvidas, que a COJE atua de forma coordenada e simultânea, com o objetivo de desenvolver ferramentas processuais e pré-processuais, baseados nos dados coletados quanto às demandas distribuídas nos Sistemas Projudi e PJe em todo o estado da Bahia.

Para fins de análise, agrupamos didaticamente os projetos desenvolvidos em três focos de atuação principais⁶: estímulo aos métodos consensuais de resolução de conflitos; prevenção e repressão à litigância temerária; e padronização de fluxos e automação de processos para aprimoramento da produtividade dos servidores públicos.

4.1. MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Conforme lição de Diógenes Ribeiro (2013), “o Judiciário está proibido de não decidir, ou seja, está obrigado a decidir”. Nesse sentido, o autor descreve:

Existem inúmeras explicações para a ocorrência do fenômeno a que se chama de judicialização e, com certeza, não seria possível analisá-las todas neste espaço, até porque com o tempo haveria acréscimo de outras. Uma das alusões científicas é a do aumento de complexidade da sociedade, que demanda soluções, inclusive do sistema jurídico, cabendo, então, ao Judiciário, as que lhe forem demandadas em situações concretas ou até em algumas situações abstratas, genéricas, quando a solução vem das Cortes Superiores, em especial da Corte Constitucional.

6. Divisão desenvolvida pelas autoras, exclusivamente para fins de análise didática na presente publicação. As iniciativas foram escolhidas, exemplificativamente, por representarem efetivas inovações no que se refere à gestão da justiça, baseadas em jurimetria.

A expressão judicialização tem sido utilizada há algumas décadas e pretende significar um espaço maior no espectro de decisões, inclusive de natureza política, que passou a ser ocupado pelo Poder Judiciário. (...)

A Administração do Estado (o Executivo) também é compreendida como um sistema de organização, que sofre uma sobrecarga organizativa (LUHMANN, 2002, p. 114).

Com esse intuito, os Tribunais, acertadamente, tem utilizado das ferramentas de jurimetria já descritas, para gerir a sobrecarga organizativa decorrente da (hiper)judicialização, através de diferentes estratégias, inclusive o estímulo aos métodos consensuais de resolução de conflitos, previstos na Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010.

4.1.1. SISTEMA DE NEGOCIAÇÃO VIRTUAL

Desenvolvido no ano de 2020, o Sistema de Negociação Virtual foi instituído com a finalidade de ampliar as possibilidades de autocomposição, através da criação de um espaço virtual para negociação entre as partes, dentro do sistema processual, contudo sem interferência externa do estado-juiz.

A sistemática permite às partes, após a distribuição da demanda e antes da triangulação da relação processual efetivada pela citação, dialogarem acerca das possibilidades de acordo, com paridade de armas e igualdade de oportunidades de manifestação, sem prejuízos ou empecilhos ao regular desenvolvimento do processo, caso a negociação seja infrutífera.

O desenvolvimento desta nova porta de efetivação de direitos foi pautado em dados estatísticos, a partir da identificação de que poucas empresas representam quase a totalidade dos processos distribuídos, notadamente nas varas com competência do consumo, sendo estas denominadas de “maiores demandados”⁷.

Destarte, a ferramenta se insere no contexto de uma recente corrente em Direito Processual que exige que, para se ajuizar uma demanda consumerista, o autor comprove não ter tido sucesso em alguma tentativa prévia de conciliação, entre as quais se destaca o portal “Consumidor.gov”,

7. Desde 2017 o Poder Judiciário do Estado da Bahia publica relação das EMPRESAS MAIS DEMANDADAS nas Varas do Sistema dos Juizados Especiais do Estado da Bahia.

plataforma digital que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas, via internet, para solução de conflitos de consumo, evitando, assim, o ajuizamento de ações perante o Judiciário (especialmente JECs), desenvolvido e gerido pelo Ministério da Justiça (MARTINS e VAINZOF, 2020).

A releitura do princípio do acesso à Justiça – ou a uma ordem jurídica justa – que inclua a exigência de prévio requerimento extrajudicial, antes da propositura de ações perante o Judiciário, procura promover a pacificação social sem, contudo, representar violação ao artigo 5º, XXXV, da CRFB e artigo 3º, *caput*, do CPC, deste que sejam disponibilizadas caminhos para a solução consensual, de forma acessível e dentro de parâmetros pré-estabelecidos. A intervenção estatal, através do estado-juiz, coloca-se, então, como *ultima ratio*, quando, efetivamente, a resistência à pretensão autoral reste configurada e delimitada.

4.1.2. NÚCLEO DE PREVENÇÃO E TRATAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO

De acordo com informações constantes no sitio eletrônico do Poder Judiciário do Estado da Bahia, “o Programa de Prevenção e Tratamento do Superendividamento, instituído no âmbito do Poder Judiciário do Estado da Bahia, possui o objetivo de viabilizar, na esfera pré – processual, a renegociação coletiva ou individualizada de dívidas atuais e futuras, decorrentes de relações de consumo, de devedor pessoa física, de boa-fé, impossibilitado de quitar suas dívidas, sem que haja prejuízo à sua subsistência” (TJBA, 2020b).

O Projeto é constituído de diversas ações, voltadas à educação financeira e psicológica dos consumidores, realizada em parceria com uma Instituição de Ensino Superior; participação ativa na renegociação coletiva de dívidas de consumo; acolhimento e orientação aos cidadãos, com o intuito de propiciar um recomeço digno a indivíduos em situação de superendividamento; e adesão a projetos nacionais, tais como a Semana Nacional de Educação Financeira.

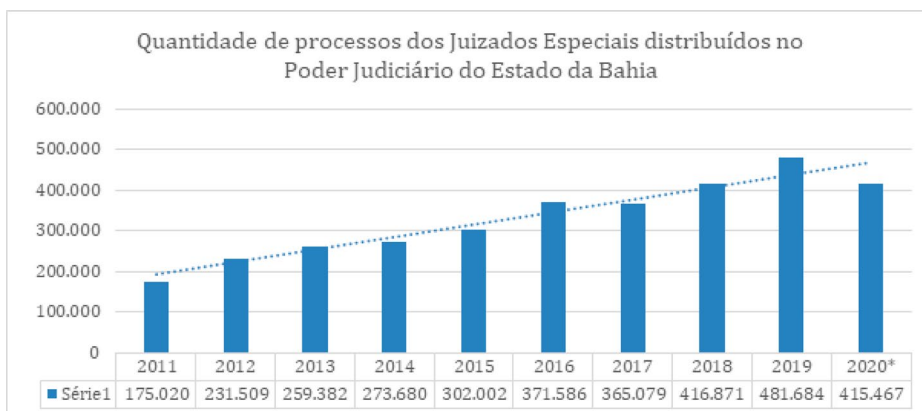
As estratégias de atuação são baseadas no perfil dos consumidores e possíveis abusividades do mercado de crédito, identificados através das demandas de massa distribuídas em cada localidade, com acompanhamento do sistema de Business Intelligence, que permite o monitoramento, extração de relatórios dinâmicos e análise da movimentação processual.

O Business Intelligence, ou Inteligência de negócios, refere-se ao processo de coleta, organização, análise, compartilhamento e monitoramento de informações que oferecem suporte a gestão de negócios. É um conjunto de técnicas e ferramentas para auxiliar na transformação de dados brutos em informações significativas e úteis a fim de analisar o negócio. As tecnologias BI são capazes de suportar uma grande quantidade de dados desestruturados para ajudar a identificar, desenvolver, e até mesmo criar uma nova oportunidade de estratégia de negócios. O objetivo do BI é permitir uma fácil interpretação do grande volume de dados. Identificando novas oportunidades e implementando uma estratégia efetiva baseada nos dados, também pode promover negócios com vantagem competitiva no mercado e estabilidade a longo prazo” (RUD, 2009).

Na gestão judiciária, o BI é largamente utilizado para agrupamento e organização de dados diversos esparsos, permitindo uma análise apurada, com definição de critérios cuja coleta são relevantes a depender da finalidade esperada e do recorte proposto.

4.2. PREVENÇÃO E REPRESSÃO À LITIGÂNCIA TEMERÁRIA

A partir da análise qualitativa das decisões proferidas em diversas ações judiciais distribuídas com causa de pedir e pedidos semelhantes, especialmente relativas às empresas consideradas “maiores demandados”, verifica-se um aumento significativo no volume de processos com sentenças que condenam a parte autora por litigância de má-fé, por motivos diversos, especialmente apontando supostos “indícios de fraudes”.



*Atualizado até 10.11.2020

Nesse sentido, considerando a contribuição da hiperjudicialização associada a uma prática leviana⁸ para a sobrecarga do sistema judicial, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro desenvolveu um Núcleo Permanente de Combate às Fraudes nos Sistemas dos Juizados Especiais (Nupecof) com o objetivo de “intensificar a fiscalização dos processos identificados com suspeita de fraudes que tramitam no Judiciário fluminense” (TJRJ, 2020).

À semelhança da sistemática supra, o Poder Judiciário do Estado da Bahia instituiu, no âmbito do Sistema dos Juizados Especiais, o Núcleo de Combate às Fraudes (NUCOF), vinculado à Coordenação dos Juizados Especiais e composto por magistrados integrantes do Sistema, com atribuição para “receptionar as notícias de suspeita de fraude e artificialidades processuais, identificando o seu *modus operandi*, e, eventualmente, estabelecendo recomendações que visem a uniformização de estratégias para o enfrentamento” (TJBA, 2020a).

4.3. PADRONIZAÇÃO DE FLUXOS E AUTOMAÇÃO DE PROCESSOS PARA APRIMORAMENTO DA PRODUTIVIDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Destacamos como iniciativas voltadas à otimização da prestação jurisdicional, aquelas voltadas à padronização de fluxos e automação de processos, que tem como consequência o aprimoramento da produtividade dos servidores públicos e auxiliares da justiça.

As medidas implementadas envolvem o desenvolvimento de robôs para a automação de tarefas cartorárias repetitivas, simplificando procedimentos, reduzindo custos e, conseqüentemente, aumentando a celeridade processual, no âmbito dos Juizados Especiais e Turmas Recursais, permitindo aos servidores maior dedicação aos procedimentos com maior complexidade cognitiva (TJBA, 2020a).

Conforme dados disponibilizados pelo Tribunal de Justiça baiano, a Coordenação Estadual dos Juizados Especiais já desenvolveu diversos robôs no ano de 2020, que atuam (i) na baixa automática de processos da 6ª Turma Recursal para as respectivas varas; (ii) na elaboração de citações;

8. Expressão cunhada por Hilton Vieira em Hiperjudicialização prognosticável, disponível em <https://falcao1.jusbrasil.com.br/artigos/516930243/hiperjudicializacao-prognosticavel>.

(iii) juntada de certidões e intimações nos processos que tiveram audiências suspensas ou remarçadas no período da pandemia; (iv) intimação automática dos acórdãos proferidos pela 6ª Turma Recursal; (v) intimação automática de processos migrados do sistema SAJ para o PJe, na Segunda Vara Cível de Salvador – BA. Ademais, desenvolveu-se a sistemática de geração de DAJE unificado para o preparo recursal, eliminando a necessidade de gerar, manualmente, até 13(treze) tipos de DAJE' s, um para cada ato processual (TJBA, 2020a).

Por fim, está descrito como projeto departamental, em desenvolvimento na gestão 2020-2021, ferramenta com uso de automação e inteligência artificial que permitirá a “realização de julgamento em lote, por tema, através da identificação de demandas repetidas, decisões proferidas, sugerindo o modelo de documentos para utilização, de acordo com o que lhe foi programado, potencializando a celeridade processual” (TJBA, 2020a).

A identificação das demandas repetidas, assim consideradas aquelas com mesma causa de pedir, decorre de processo de análise estatístico das principais causas de demanda no estado, que tenham chegado ao Poder Judiciário, e que deverão ter um tratamento uniforme pelos magistrados, ainda que não tenha sido instaurado Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva ou instada a Turma de Uniformização de Jurisprudência.

A ferramenta, ainda não disponibilizada, pode ser um importante instrumento para melhoria da qualidade da prestação jurisdicional, redução da insatisfação do jurisdicionado com eventuais decisões conflitantes e conseqüentemente a quantidade de recursos às Turmas Recursais, aprimorando significativamente o prestação do serviço jurisdicional. Ademais, constituirá importante ferramenta para que o magistrado possa melhor conhecer e gerir as demandas da vara, com recorte regionalizado e específico daquela localidade.

5. CONCLUSÃO

O acesso a uma ordem jurídica justa representa hoje a extensão e amplitude constitucional do acesso à justiça e a uma razoável duração do processo, princípios processuais fundamentais resguardados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que devem ser observados na complexa tarefa de gestão dos sistemas judiciais.

Da mesma forma, buscando a efetivação do acesso a uma ordem jurídica justa, a Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas (nº 7.244/84) iniciou um processo de desburocratização dos procedimentos judiciais, “após diagnóstico de que estava havendo uma litigiosidade contida, porque as partes não sabiam a quem ou como recorrer”. A Lei “significou o primeiro rompimento do modelo liberal-individualista que estava no CPC, em que predominava a autonomia individual” (WATANABE, 2019), consagrado definitivamente pela Constituição Federal anos depois e desenvolvido através do Sistema dos Juizados Especiais, instituído e regulamentado pela Lei Federal nº 9.099, de 1995.

Luís Roberto Barroso, na obra “A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal”, define “judicialização” como a mera possibilidade de levar conflitos à apreciação do Judiciário. Atualmente, contudo, os Tribunais tem sido sobrecarregados com a hiperjudicialização das relações sociais.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça tem demonstrado especial preocupação com a desjudicialização, estímulo aos métodos alternativos de solução de conflitos e efetivação da justiça, através de projetos estratégicos voltados a uma gestão judicial proba, célere, transparente e atenta às demandas locais.

Observa-se, a partir dos projetos publicizados pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia (TJBA, 2020), que a Coordenação do Sistema dos Juizados Especiais estabeleceu metodologia de atuação baseada na coleta, análise e avaliação dos movimentos sociais e suas consequências para a hiperjudicialização dos conflitos, o que, entendemos, corresponde a uma aplicação prática e eficiente da jurimetria na administração da justiça.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2015.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 nov. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2020 (ano-base 2019)**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 10 nov. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2015-2020**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/estrategia-nacional-do-poder-judiciario-2015-2020/>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 4, de 16 de agosto de 2005.** Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/188>>. Acesso em: 10 nov. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 76, de 12 de maio de 2009.** Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/110#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20princ%C3%ADpios%20do,penalidades%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.>>. Acesso em: 10 nov. 2020.
- COUTO, Mônica Bonetti. OLIVEIRA, Simone Pereira de. **Gestão da Justiça e do Conhecimento: contribuição da jurimetria para a administração da justiça.** Revista Jurídica Unicuritiba, vol. 02, nº 43. Curitiba, 2016. pp. 771-801.
- LOEVINGER, Lee. **Jurimetrics: The new step forward.** Minnesota Law Review. Journal of State Bar Association, vol. 33, abril: 1949, nº 05. Acesso em: 12 nov. 2020.
- MARTINS, Ricardo Maffei. VAINZOF, Rony. **Sanções e judicialização em massa: que este não seja o 'novo normal' da LGPD.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/martins-vainzof-judicializacao-nao-seja-normal-lgpd>. Acesso em 10 nov. 2020.
- NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: como a estatística pode reinventar o Direito.** São Paulo: RT, 2016, p. 115-116.
- PASSOS, J J Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.
- PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA. **Vade Mecum Juizados Especiais 2020.** Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/coje-lanca-vade-mecum-dos-juizados-especiais/>. Acesso em 10 nov. 2020.
- PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA. **Núcleo de Prevenção e Tratamento do Superendividamento.** Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/juizadosespeciais/index.php/superendividado>. Acesso em 10 nov. 2020.
- RIBEIRO, Diógenes V Hassan. **Judicialização e desjudicialização: Entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do Judiciário.** Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502916/000991396.pdf?sequence=1>. Acesso em 10 nov. 2020.
- SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de Processos Judiciais.** São Paulo: Saraiva, 2010.
- WATANABE, Kazuo. **Reforma do CPC perdeu oportunidade de melhorar sistema das ações coletivas.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-09/entrevista-kazuo-watanabe-advogado>>. Aceso em 10 nov. 2020.
- RUD, Olivia Parr. **Business Intelligence Success Factors: Tools for Aligning Your Business in the Global Economy.** Hoboken, N.J: Wiley & Sons., citado em Wikipédia. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Intelig%C3%A2ncia_empresarial#cite_note-1>. Acesso em 10 nov. 2020.

O superendividamento tutelado no âmbito do Sistema dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

*Maria José Oliveira e Silva**

Resumo: A grave situação de endividamento decorrente do voraz mercado de consumo, associada ao atual momento pandêmico, impõe a proteção estatal através da criação de normativas próprias e de política públicas voltadas ao enfrentamento da questão. Este artigo faz uma breve explanação acerca dos sistemas jurídicos protetivos, analisa o arcabouço normativo existente no nosso país e apresenta soluções práticas desenvolvidas pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia para o enfrentamento da questão.

Palavras-chave: Superendividamento, Sistemas Jurídicos, Práticas do Poder Judiciário da Bahia.

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno do endividamento está arraigado na sociedade contemporânea como reflexo das relações de consumo, cada dia mais agressivas, que outorgam ao consumidor uma condição de hipossuficiência, diante do grande apelo do mercado financeiro, que impede o cidadão, muitas vezes, de sair ileso das grandes ofertas de créditos que, fatalmente, irão impactar na sua situação econômica, comprometendo a sua saúde e o seu bem estar, afetando, conseqüentemente, toda a estrutura familiar.

Sensíveis a relevante questão, enraizada na proteção à dignidade da pessoa humana, os ordenamentos jurídicos de diversos países vêm buscando soluções para o grave problema que atinge cada vez mais pessoas, sobretudo nesse momento pandêmico em que os índices de endivida-

*. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Direito da Bahia, servidora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, assessora da Coordenação dos Juizados Especiais.

mento subiram consideravelmente. No Brasil, o percentual de famílias com dívidas atingiu, em junho, o recorde histórico de 67,1% (sessenta e sete virgula um por cento), segundo a Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor, realizada pela Confederação Nacional do Comércio (CNC)¹.

O endividamento é uma questão de relevante preocupação universal, sendo consenso que é um fato social grave e atual em diversas partes do mundo, assim como no nosso país, merecendo atenção especial dos poderes públicos, mediante a elaboração de normativas específicas que possam, através de intervenção nos contratos de consumo, criar um sistema protetivo direcionado a esta parcela da população atingida.

2. DIREITO COMPARADO DA TUTELA DO ENDIVIDAMENTO

No modelo francês, a Lei *Neiertz*, com suas modificações, numa orientação social, previu um processo de reestruturação global da dívida, de caráter misto, repartindo, estrutural e funcionalmente, em dois momentos sucessivos, uma fase administrativa conciliatória e uma fase judicial (*redressement judiciaire civil*) desencadeada, apenas, no caso do insucesso da primeira fase. Ao lado dessas possibilidades, há a utilização do prazo de reflexão (*delai de réflexion*) como instrumento de prevenção do endividamento, previsto somente em casos particulares como os de crédito ao consumo (PELLEGRINO, 2016).

O *Code de la Consommation*, na República Francesa, cuida da oferta de crédito e dos contratos imobiliários, com normas protetivas aos consumidores na fase pré-negocial – coibindo a propaganda abusiva e estabelecendo a plena eficácia do dever lateral de informação – e sancionando violentamente os abusos, como a perda do direito à percepção de juros. Há um controle rígido sobre as formas de cobrança das dívidas, conservando a imagem e a honra do devedor em face de métodos agressivos utilizados pelos credores. E, na hipótese de endividamento excessivo ou da superveniência de ruína econômica, é estabelecido um complexo sistema de renegociações e de tutela patrimonial do devedor. Na hipótese de execução instaurada, pode-se invocar a exceção de superendividamento. Com

1. Pesquisa realizada na data de 09/11/2020, no endereço: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/06/19/endividamento-de-familias-bate-recorde-diz-cnc.htm>

isso, a pedido da comissão de superendividamento, o processo poderá ser suspenso (artigo L.331-5). Os comissários elaborarão, juntamente com as partes, um plano de recuperação econômico-financeira do devedor. Desta forma, o perfil da dívida será alongado e novas disposições serão pactuadas visando adequar o negócio às reais condições econômico-financeiras do devedor (RODRIGUES JR., 2013).

A jurisprudência francesa deu alguns contornos a esses dispositivos do Código de Consumo, ao estilo dos seguintes: (a) considera-se ter agido de boa-fé o devedor cujo superendividamento deu-se por sua imprudência ou imprevidência; (b) a boa-fé do devedor é presumida, competindo aos credores provar o contrário; (c) a comissão de superendividamento tem competência para analisar os débitos vencidos e os vincendos (RODRIGUES JR., 2013).

No direito americano, emergiu um modelo neoliberal que encara o endividamento como um risco associado à expansão do mercado financeiro e, em razão disso, investe na socialização do risco de desenvolvimento do crédito, concebendo uma responsabilidade limitada para os consumidores, sendo o perdão da dívida a principal medida concretizadora do *fresh start* concedida ao consumidor (RODRIGUES JR., 2013 *apud* RAMSAY, 1997).

Acerca do sistema americano, o perdão das dívidas é o fim e o começo, no sentido que encerra o procedimento legal da falência com efeito de coisa julgada, e o começo, porque está relacionado à concessão de uma nova oportunidade aos devedores honestos de recomeçar a vida sem o peso opressivo psicológico de dívidas anteriores. O perdão pode ser obtido no início do procedimento, quando não há bens a liquidar, ou após o cumprimento de um plano de pagamento que contemple o reembolso de parte das dívidas (PELLEGRINO, 2016).

Quanto ao procedimento, o devedor entrega uma petição no tribunal de falências, com informações precisas sobre os credores, natureza e montante das dívidas, fonte, valor e regularidade dos rendimentos que auferir, seus bens e seus encargos mensais essenciais (alimentação, transporte, impostos, medicamentos, aluguel, etc). Com a mera entrega da petição, as execuções ficam suspensas. Decorridos 20 a 40 dias, após a entrega da petição, realiza-se uma reunião de credores, com a presença indispensável do devedor, que deve responder a eventuais questões apresentadas pelos credores sobre seus bens e negócios, e do administrador da falência (LIMA, 2014).

3. ASPECTOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, diante da nova ordem constitucional de 1988, e seguindo tendência mundial, através do comando constitucional, a tutela do endividamento está amparada nos princípios do equilíbrio contratual, da boa-fé, da função social e da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é pilar da estrutura constitucional brasileira, sendo designada por muitos doutrinadores como macro princípio do ordenamento constitucional, não é por acaso que o referido princípio foi inserido na carta magna como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III)².

A dignidade da pessoa humana é o fundamento axiológico do direito; é a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da responsabilidade que cada homem tem pelo outro (NERY, Jr, 1995). Por isso se diz que a justiça como valor é o núcleo central da axiologia jurídica e a marca desse valor fundamental de justiça é o homem, princípio e razão de todo o direito (GIL HERNANDEZ, 1987).

Para conceder eficácia a norma constitucional, contida no artigo 5º, XXXII³, criou-se o Código de Defesa do Consumidor, através da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, objetivando a realização da igualdade substancial e a socialização, através da intervenção na atividade econômica (art. 170 CF)⁴, como instrumentos garantidores da dignidade da pessoa humana.

Os princípios elencados na lei consumerista contaminaram todo o direito privado, sobretudo a partir da ideia de confiança, inerente da boa-fé

-
2. CF. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana;
 3. CF. Art. 5º, XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.
 4. CF. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V – defesa do consumidor.

objetiva, consagrada como princípio da política nacional das relações de consumo (art. 4º, IV CDC)⁵.

No Brasil, na esteira da relevância constitucional atribuída à proteção do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, III⁶, positivou a boa-fé objetiva, estabelecendo elo entre a proteção do consumidor e o manto axiológico do ordenamento jurídico, em cujo vértice encontra-se a dignidade da pessoa humana, tornando-se, portanto, vetor das relações negociais privadas em face a normativa constitucional, justificando sua aplicação para além das relações de consumo (PELLEGRINO, 2016).

Na esteira desse entendimento, a partir do advento do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva passou a alcançar as relações privadas indistintamente, independente de qualquer vulnerabilidade, na condição de princípio geral do direito das obrigações (art. 422 CC)⁷.

A boa fé objetiva se qualifica como uma norma de comportamento leal, uma norma necessariamente nuançada, mais propriamente constitui-se um modelo jurídico – na medida em que se reveste de variadas formas, de variadas concreções (MARTINS, 1999), “denotando e conotando, em sua formação, uma pluridiversidade de elementos entre si interligados numa unidade de sentido lógico” (REALE, 1968).

-
5. Art. 4º CDC A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) IV – educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;
 6. Art. 4º CDC. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal) , sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;
 7. Art. 422 CC. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

A boa fé objetiva é norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso, sendo regra de caráter marcadamente técnico-jurídico, porque enseja a solução dos casos particulares no quadro dos demais modelos jurídicos postos em cada ordenamento, sendo, por estas características uma norma proteifórmica, que convive com um sistema necessariamente aberto, isso é, o que enseja a sua própria permanente construção e controle (MARTINS, 1999).

Portanto, pode-se afirmar que, indubitavelmente, esse cenário legislativo outorgou, uma nova racionalidade material ao direito que imprimiu uma recente realidade jurídica nacional, que reclama proteção das relações de consumo e tratativa diferenciada para o endividamento, já que este é fruto da política de consumo da sociedade capitalista.

A Resolução 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010, e suas alterações, ao dispor sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, determina a disseminação da pacificação social, mediante o incentivo da conciliação e mediação, através da criação de política de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão⁸.

É cediço que a mediação e a conciliação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina, em programas já implementados nos país, tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças.

O sistema de proteção da pessoa humana, na condição de pessoa física, deve abarcar uma normativa própria para tratar do endividamento, sobretudo pelas normas principiológicas acima citadas que demandam

8. Art. 1º, Parágrafo único da Resolução 125/10 CNJ. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o art. 27 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

uma proteção do indivíduo consumidor na sua condição de hipossuficiente, e que, portanto, preveja um processo de recuperação da situação financeira do indivíduo, a exemplo da legislação norte americana que contempla o perdão da totalidade das dívidas, ou da francesa que valoriza a composição amigável dos interessados.

4. ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 3.515/2015 – TRATATIVA DO SUPERENDIVIDAMENTO

Impende, ressaltar que, atendendo a essa necessidade legislativa, existe o Projeto de Lei 3.515/2015, em trâmite na Câmara dos Deputados, de autoria do senador José Sarney, que altera o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso, para aperfeiçoar a disciplina do crédito e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento no Brasil. Atualmente o referido projeto encontra-se pronto para Pauta na Comissão Especial destinada a proferir parecer.

Dentre as principais mudanças, sugeridas para a alteração do Código de Defesa do Consumidor, destaca-se a inclusão no rol dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, dentre as ações governamentais de proteção do consumidor, o fomento de ações visando à educação financeira e ambiental dos consumidores e a prevenção e tratamento do superendividamento, como forma de evitar a exclusão social do consumidor (artigo 4º, incisos IX e X do CDC).

O *sus*o projeto normativo determina que o poder público, como meio de execução da Política Nacional das Relações de Consumo, deverá instituir mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural, bem como criará núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento (artigo 5º, VI e VII do CDC).

A guisa de enumeração, pode-se ainda citar que o projeto de lei traz a inserção de outros direitos básicos do consumidor, elencados no artigo 6º do CDC, consubstanciados na garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas; na preservação do mínimo existencial, na repactuação de dívidas, na concessão de crédito e na obrigatoriedade de informação acerca dos preços e condições do negócio.

Ressalte-se que o importante projeto de lei, em análise, insere Capítulo próprio (Capítulo VI-A) no Código de Defesa do Consumidor, para regulamentar a prevenção e o tratamento do superendividamento, dispendo sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor.

A sobredita norma traz conceito expreso acerca do superendividamento, caracterizado pela impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial (art. 54-A, § 1º), estabelece também regras para a oferta do produto, mediante informações prévias e adequadas acerca do custo efetivo total, taxa efetiva mensal, taxas de juros, total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento, momento de prestações, prazo de validade da oferta, direito do consumidor de liquidação antecipada, dentre outras medidas, colimando resguardar a lisura no contrato (art. 54-B, incisos I a V).

O referido projeto de lei traz, no seu bojo, também, alguns deveres inerentes ao fornecedor, dentre os quais: informar e esclarecer adequadamente o consumidor, considerando a sua idade, saúde, conhecimento e condição social, sobre a natureza e a modalidade do crédito; avaliar a capacidade e as condições de pagamento da dívida contratada, mediante solicitação da documentação necessária e das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, determinando, como sanção pelo descumprimento, a possibilidade de, judicialmente, obter a inexigibilidade ou a redução dos juros, dos encargos ou de quaisquer acréscimo ao principal, bem como a dilação do prazo para pagamento, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e de indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais (art. 54-D).

No bojo do citado projeto há previsão do direito de desistência, sem motivação, da contratação de crédito consignado, a contar da data da celebração do contrato, no prazo de 7 dias (§ 2º do artigo 54-E).

O mencionado projeto ainda prevê um procedimento de repactuação de dívidas, através do qual o juiz poderá instaurar processo com audiência conciliatória em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento, com prazo máximo de 5 anos, preservando o mínimo existencial, bem como as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas (art. 104-A).

Por fim, prevê o citado projeto que não exitosa a conciliação em relação a quaisquer credores, o juiz, a pedido do consumidor, instaurará processo por superendividamento, para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes, mediante plano judicial compulsório, procedendo à citação de todos os credores cujos créditos não tenham integrado o acordo porventura celebrado (art. 104-B).

Tal iniciativa legislativa vem de encontro com a tutela do superendividamento, na esteira do movimento mundial garantista da proteção do consumidor, sendo importante vetor do equilíbrio contratual, em observância do arcabouço principiológico amplamente debatido, sobretudo da dignidade da pessoa humana e da aplicação da boa-fé objetiva nas relações contratuais.

5. PROJETO DESENVOLVIDO PELA COORDENAÇÃO DO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Nesta senda, o Poder Judiciário do Estado da Bahia, na atual gestão do Excelentíssimo Desembargador Lourival Trindade, por intermédio da Coordenação dos Juizados Especiais, sob a direção da brilhante magistrada Fabiana Andréa de Almeida Oliveira Pellegrino, vem desenvolvendo importante trabalho de proteção ao superendividamento.

A Coordenação dos Juizados Especiais desenvolve projeto departamental com o objetivo de renegociar, na fase conciliatória, dívidas de pessoa física, mediante prestação de serviços especializados, através de um Núcleo de Prevenção e Tratamento do Superendividamento.

Na data de 17 de março de 2020, foi publicado o Decreto Judiciário nº 210, de 16 de março de 2020, que instituiu o Núcleo de Prevenção e Tratamento do Superendividamento no âmbito do Sistema dos Juizados Especiais do Estado da Bahia.

O Núcleo de Prevenção e Tratamento do Superendividamento tem objetivo de, na esfera pré-processual, possibilitar a renegociação coletiva ou individualizada de dívidas decorrentes de relação de consumo do devedor, pessoa física, de boa-fé, desprovido de condições para quitar seus débitos, sem prejuízo de sua própria subsistência, com todos os seus créditos, e, possibilitar, nesse contexto, a devida formação e compreensão da sociedade de consumo, a partir da psicologia do consumo (art. 2º).

O Núcleo possui competência para atender, de modo qualificado, o consumidor previamente agendado, realizando anamnese da sua vida social, econômica, financeira e pessoal, mediante o preenchimento de formulário, no intuito de aferir a real situação do superendividamento; para promover, em parcerias com instituições privadas ou públicas, oficinas interdisciplinares de tratamento; para realizar audiência de renegociação/conciliação pré-processual entre o consumidor superendividado e os seus credores; assim como para atermar e distribuir, mediante provocação do consumo superendividado, o pedido inicial para uma das Varas do Sistema Estadual dos Juizados Especiais do Consumidor, caso não celebrado acordo na audiência de renegociação (art. 3º e incisos).

O agendamento poderá ser realizado eletronicamente, através do Sistema Central de Agendamento, disponível na página do Tribunal de Justiça (www.tjba.jus.br/centradeagendamento) ou, também, presencialmente, no próprio Núcleo, nas hipóteses de eventual impossibilidade, ressaltando-se que, em razão da pandemia, dever-se-á realizar o prévio agendamento, nos termos do Ato Conjunto nº 24/2020 (art. 2º)⁹.

O Decreto Judiciário nº 210/2020, sensível ao quanto determina o projeto de Lei nº 3.515/2015, que erigiu como um dos direitos básicos do consumidor a garantia da educação financeira e de prevenção nas situações de superendividamento, determina, como obrigatório, o encaminhamento do consumidor à oficina de educação financeira, como requisito prévio, para a realização da audiência de conciliação (art. 5º e 6º).

Para fins de subsidiar as oficinas de educação financeira do Núcleo de Prevenção e Tratamento do Superendividamento, o Tribunal de Justiça está firmando Acordo de Cooperação Técnica com a Sociedade Baiana de Educação e Cultura S.A – Centro Universitário Jorge Amado, para dotar essas oficinas de professores coordenadores das áreas de direito, psicologia, administração de empresas e ciências contábeis, que contará com a participação de discentes dos cursos de graduação e/ou pós-graduação, a fim de fornecer noções básicas de organização orçamentária, psicologia da economia, psicologia do consumo, direitos básicos dos consumido-

9. Art. 2º do Ato Conjunto nº 24/2020. Fica autorizado o acesso das partes, advogados, membros da Defensoria Pública e do Ministério Público às dependências do PJBA, mediante prévio agendamento e somente nas hipóteses, em que não for possível a realização do atendimento remoto destes, em consonância com o Decreto Judiciário nº 385, de 08 de julho de 2020.

res, matemática financeira, dentre outros temas, além de orientar e dar suporte informacional ao superendividado, balizando as propostas de renegociação conforme as possibilidades do devedor, colimando a inclusão socioeconômica do superendividado na sociedade e no universo do empreendedorismo.

Ademais, estão sendo assinados também dois outros Termos de Cooperação Técnica: um com a Defensoria Pública, o Ministério Público a Secretaria de Justiça Direitos Humanos e Desenvolvimento Social – PROCON e outro com os Tabelionatos de Protesto de Títulos e Documentos da Comarca de Salvador, visando a participação efetiva destas Instituições no sentido de identificarem e orientarem, em seus atendimentos, consumidores nesta situação de superendividamento, os encaminhando para o Núcleo de Prevenção e Tratamento do Superendividamento.

Ressalte-se que, em razão do atual momento pandêmico, em que foram suspensas as audiências presenciais, foi baixada Portaria nº 327/2020-COJE, de lavra da Excelentíssima Juíza Assessora, Fabiana Andréa de Almeida Oliveira Pellegrino, que regulamentou as audiências por videoconferência, no âmbito do aludido Núcleo, determinando a realização através do aplicativo *Lifesize*, e o agendamento mediante expedição de carta convite, enviada por e-mail ou *WhatsApp*, direcionada para o devedor e credores, contendo o *link* de acesso à sala virtual, e que o Termo de Acordo deverá ser distribuído para uma das Varas de Defesa do Consumidor, para fins de homologação judicial.

Com vistas a divulgar o trabalho desenvolvido, a Coordenação dos Juizados elaborou cartazes e folhetos, que estão sendo enviados para os Fóruns e os Tabelionatos de Protestos do Estado, com informações acerca do que é o superendividamento, com questionário para o cidadão identificar se encontra-se nesta situação, explicando o trabalho do Núcleo de Prevenção e Tratamento do Superendividamento, quem pode ser atendido e como funciona.

6. CONCLUSÃO

Nesse encerro, constata-se que não se pode, hoje em dia, deixar à margem da proteção estatal a questão do endividamento, já que este é fenômeno atual, de relevante preocupação universal, que merece a atenção especial dos poderes públicos.

Atento a esta necessidade pungente, de criação de mecanismos protecionistas, diante da grave questão social e do número cada vez maior de consumidores com a renda familiar totalmente comprometida pelos compromissos financeiros, o nosso Poder Judiciário, através da criação e da atuação efetiva do Núcleo de Prevenção e Tratamento do Superendividamento, oferece ao cidadão comum meios de recuperar a sua saúde financeira, atuando, sobretudo, na reeducação destes indivíduos, fornecendo noções de organização orçamentária, psicologia da economia e do consumo, por intermédio das Oficinas realizadas em parceria com Instituições de ensino, além de possibilitar a conciliação do pagamento do débito.

Tais políticas públicas, abraçadas pelo nosso Poder Judiciário do Estado, dialogam de forma harmônica com o direito comparado e, também, com o Projeto de Lei nº 3515/15, que traz para o bojo do nosso Código de Defesa do Consumidor, de forma definitiva, a tutela do superendividamento, e que, portanto, merecem todos os nossos aplausos, vez que atuam na proteção da dignidade da pessoa humana.

7. REFERÊNCIAS

- COSTA, Judith Martins. **A Boa-Fé no Direito Privado**, 1999, editora Revista dos Tribunais, RT.
- GIL, Antonio Hernandez. **Conceptos Jurídicos Fundamentales**, Obras Completas, v. I, Madrid: Espasa Calpe, 1987, p. 44.
- LIMA, Clarissa Costa de. **O tratado do Superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores**. São Paulo; RT, 2014.
- REALE, Miguel. **O direito como experiência**. Editora Saraiva: São Paulo, 1968.
- Jr. Nelson Nery, Ed. Thomson Reuters. Direito Constitucional Brasileiro, ed. 2019, **O constitucionalismo e os Princípios constitucionais**, citando João Paulo II, Evangelium Vitae. São Paulo: Edições Paulina, 1995.
- RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Direito Comparado. Artigo Consultor Jurídico CONJUR. **Conselho francês rege casos de superendividamento**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-fev-13/direito-comparado-conselho-frances-rege-casos-superendividamento>.
- PELLEGRINO, Fabiana Andrea de Almeida Oliveira. **A tutela jurídica do superendividamento**. Ed. Podivm, 2ª edição, 2016.
- AMSAY, Ian. **Models of Consumer Brunkruptcy: Implications for research and policy**. Journal of Consumer Policy, 20:1997.

Audiência de conciliação no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública: a indispensável concretização do acesso à ordem jurídica justa

*Maria José Oliveira e Silva**

*Natália Cavalcanti de Araújo***

*Paula Gargur Calmon Teixeira da Silva****

Resumo: A autocomposição dos litígios é vetor para a outorga de prestação jurisdicional célere e eficiente. O objetivo deste artigo é demonstrar a indispensabilidade da audiência de conciliação nos feitos fazendários dos Juizados Especiais, através de análise interpretativa do sistema jurídico vigente.

Palavras-chave: Audiência de conciliação, pacificação social, Juizados Especiais da Fazenda Pública, acesso à justiça.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, inaugurando uma nova ordem jurídica sob o pálio da democracia, as formas alternativas de pacificação social de conflitos ganharam nova roupagem, estabelecendo-se como passo anterior à judicialização. A par dessa realidade, a promoção de meios consensuais se firmou como uma solução à hiperjudicialização das relações sociais, que já tornava o Poder Judiciário um recôndito moroso e ineficaz.

*. Pós-Graduada em Processo Civil pela Universidade Federal da Bahia. Servidora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

**.. Pós-Graduada em Direito Processual Penal pela Universidade Anhanguera. Servidora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

***. Pós-Graduada em Direito Constitucional Aplicado e em Direito do Consumidor pela Faculdade Legale. Assessora de Magistrado no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

No âmbito dos Juizados Especiais, criados com o intuito de conferir celeridade e simplicidade às relações jurídicas de menor complexidade, a audiência de conciliação assume o papel de concretizar o acesso fundamental à ordem jurídica justa, na medida em que convida o cidadão a ser participante efetivo do procedimento, exercendo sua cidadania e dignidade, além de contribuir para que o processo tenha uma duração razoável e seja eficiente, nos termos do Texto Constitucional.

Nesse ensejo, é indispensável que a assentada conciliatória, mesmo nos feitos que tramitam contra a Fazenda Pública, seja ultimada em seu escopo final, espelhando a escolha constitucional pela pacificação social, assim como as diretrizes administrativas do Conselho Nacional de Justiça que, desde os idos de 2010, vem trazendo relevo aos mecanismos consensuais de solução de litígios como vertente do direito fundamental de acesso à justiça.

O objetivo deste artigo, portanto, é demonstrar a importância da audiência de conciliação nos feitos fazendários.

2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL E O NEOPROCESSUALISMO

À luz do microsistema dos Juizados Especiais, exsurge nítida a opção principiológica do legislador pelo estímulo constante à autocomposição como meio de alcançar a economia processual, celeridade e eficiência da prestação jurisdicional. Tal perspectiva ressoa como consectário lógico da constitucionalização do direito, movimento que determina a interpretação de todo o ordenamento pátrio em conformidade às diretrizes constitucionais.

O fenômeno da constitucionalização do direito processual pode ser analisado sob duas vertentes: a primeira, é aquela que reconhece a incorporação de normas processuais aos textos constitucionais, inclusive sob a forma de direito fundamental, à exemplo do devido processo legal. A segunda é a que passa a entender as normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais, trazendo a Constituição Federal para o epicentro das relações jurídicas, ao mesmo tempo em que estabelece uma hierarquização, pois a lei processual somente poderá ser interpretada e ordenada em sua estrita conformidade.

Não é despidiendi rememorar que o ilustre processualista Calmon de Passos já lecionava:

Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir (PASSOS, 2003).

É nesta senda que o artigo 1º do Código de Processo Civil¹ destaca seu caráter simbólico e enuncia a norma elementar de um sistema constitucional: as normas jurídicas derivam da Constituição e devem estar em conformidade com ela (DIDIER, 2020), exigindo, não somente o CPC, mas também as Leis nº 9.099/95 e 12.153/2009, esta interpretação consoante os valores e normas fundamentais estabelecidas no Texto Magno.

Os métodos de solução consensual dos conflitos, que devem ser, constantemente, analisados sob este viés neoprocessualista, representam papel essencial para a desjudicialização das controvérsias, colaborando com a resolução de problemas estruturais da justiça, inclusive em relação às dificuldades orçamentárias e financeiras enfrentadas pelas diversas Cortes do país. O estímulo à conciliação representa, em essência, o propósito de conferir força ao postulado da duração razoável do processo, ao mesmo tempo em que torna eficaz a prestação jurisdicional sem se esquivar da pacificação social. Nesta linha, Teresa Arruda salienta ao discorrer sobre a conciliação:

É uma forma mais adequada, célere, econômica e eficaz de resolução de conflitos que a intervenção judicial. Permite que, pelas concessões recíprocas, as partes cheguem a um resultado mais vantajoso que a manutenção dos conflitos. Pode promover a reaproximação das partes (e, inclusive, restaurar relacionamentos prolongados). Evita, ainda, que o litígio seja resolvido com uma decisão impositiva do Estado-Juiz, o que contribui para o descongestionamento do Poder Judiciário. Porém, a principal justificativa para a utilização da conciliação é o estímulo a cooperação e a pacificação sociais (WAMBIER, 2016).

Assim, é possível inferir que a previsão legal acerca do momento conciliatório reflete uma lógica maior do que um simples ato procedimental dispensável, pois vai ao encontro de concretizar normas e valores fundamentais, dentre eles o acesso à ordem jurídica justa.

1. Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

3. O FOMENTO AOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS COMO FORMA DE PROMOÇÃO DOS PRINCÍPIOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Para democratização ao acesso à justiça, os Juizados Especiais da Fazenda Pública ocupam um papel de destaque, possibilitando que parcela significativa da população possa reivindicar seus direitos junto ao Estado.

O Brasil não foi o primeiro a utilizar esse método. Espelhando-se nos bons resultados apresentados por outros países, como Estados Unidos, Inglaterra e diversos da América Latina, como o Uruguai e o México, que já possuem sistemas semelhantes e efetivos, logicamente, com as suas especificidades, a inserção dos Juizados no universo jurídico objetivou facilitar as soluções dos litígios através da intervenção estatal, de maneira mais econômica e mais célere.

Neste contexto, pode-se considerar um avanço a implantação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, com o advento da Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, sem se olvidar que carecem de um olhar cuidadoso e de melhorias constantes, como ocorre nos diversos ramos sociais. Para tanto, uma alternativa eficaz é a utilização dos métodos de autocomposição alinhados aos princípios orientadores dos Juizados Especiais, amoldando-se, por conseguinte, às diretrizes do CNJ no encalço de uma Justiça acessível ao cidadão.

Essa possibilidade se coaduna com os princípios dos Juizados da Fazenda Pública, servindo para desafogar o Poder Judiciário, garantindo, assim, mais celeridade nas decisões e eficácia da prestação jurisdicional.

O cotejo entre a conciliação e os critérios orientadores dos Juizados Especiais é o que podemos denominar de uma nova modalidade de efetivação da justiça, que tem seu nascedouro na experiência estadunidense das *Small Claims Courts*, de Nova York, as quais dirimiam os pequenos conflitos e processos cujos valores fossem, no máximo, de até quarenta salários mínimos, senão vejamos:

Nosso sistema de Juizados de Pequenas Causas é baseado na experiência nova-iorquina das *Small Claims Courts*. A transposição do sistema americano para a nossa realidade foi realizada de modo consciente. Já em 1980, realizou-se estudo no Juizado de Pequenas Causas de Nova Iorque, com vistas à adaptação do sistema para o processo brasileiro. Muito do que lá se fazia foi trazido para os Conselhos gaúchos de conciliação e arbitramento, cujos procedimentos destinavam-se a solucionar descentendimentos, na sua maioria, entre

vizinhos. Antes de 1984, nossos Juizados de Pequenas Causas não eram órgãos jurisdicionais, tendo, pois, poder de atuação limitado à condução de conciliações entre as partes e à realização de arbitramentos, caso os litigantes assim concordassem. A prática foi legalizada mediante a Lei nº 7.244/84, que representa uma das experiências desenvolvidas no intuito de solucionar os problemas de acesso dos cidadãos à prestação jurisdicional (PINTO, 2014).

Destarte, a experiência dos Estados Unidos da América, resultou na celeridade de causas com menor complexidade, desafogando o Poder Judiciário e inspirando a Constituição da República de 1988 a trazer o comando normativo no sentido de que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criassem os Juizados Especiais, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo.

No ordenamento jurídico pátrio, a criação dos Juizados Especiais com a Lei nº 9.099/95, representou o surgimento de um microsistema instrumental para atender aos anseios sociais e acompanhar a evolução tecnológica, jurídica e social, já perceptível em diversos segmentos da sociedade.

Para Tourinho Neto e Figueira Junior:

Com a entrada em vigor da Lei 9.099/95, de 26 de setembro de 1995 (DOU 27.09.1995 P.15.034 – 15.037) que dispões sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, introduziu-se no mundo jurídico um novo sistema ou, ainda melhor, um microsistema de natureza instrumental e de instituição constitucionalmente obrigatória (o que não se confunde com competência relativa e a opção procedimental) destinado à rápida e efetiva atuação do direito, estando a exigir dos estudiosos da ciência do processo uma atenção toda particular, seja de sua aplicabilidade no mundo empírico como do seu funcionamento técnico-procedimental (NETO, JÚNIOR, 2007).

O surgimento do microsistema especial atendeu uma demanda muito importante, dando celeridade aos procedimentos jurídicos, e aprimorou a resposta do Estado-Juiz, havendo imediata procura da população pelos Juizados Cíveis e Juizados Especiais da Fazenda Pública, colimando a resolução pacífica, célere e justa dos conflitos interpessoais.

A necessidade de melhoria dos problemas estruturais e organizacionais enfrentados nos Juizados Fazendários, visando atender aos seus objetivos a partir da efetivação dos seus princípios (efetividade, oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade), diante da

cultura de litigância da sociedade brasileira, é vital para própria subsistência do Sistema, sendo imprescindível o fomento à cultura de pacificação das relações jurídicas subjetivas, que tem início, justamente, na audiência de conciliação.

Neste diapasão, com o surgimento do Novo Código de Processo Civil, que vem com intuito de fortalecer a concretização do Sistema de Multiportas de acesso à justiça², o princípio da autocomposição, tornou-se uma verdadeira regra nas ações judiciais, mas ainda com pouca aplicabilidade nos Juizados da Fazenda Pública, uma vez que os entes Federados se amparam na suposta indisponibilidade do interesse público, na ausência de normativa expressa quanto às situações em que pode transigir, bem como na não incidência dos efeitos próprios da revelia, para se esquivar do comparecimento obrigatório às assentadas conciliatórias.

Tal realidade desvela a negligência do Poder Legislativo em conformar-se aos preceptivos legais e à teleologia constitucional que, a todo tempo, reforçam o ideário de solução pacífica das lides.

3.1. A CULTURA DO LITÍGIO E HIPERJUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Garantir o acesso à justiça é contemplar um direito fundamental expresso no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988:

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

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

-
2. “A expressão “Justiça Multiportas” foi cunhada pelo professor Frank Sander, da Faculdade de Direito de Harvard. Opondo-se ao sistema clássico, que antevê a atividade jurisdicional estatal como a única capaz de solver conflitos, o Sistema de Justiça Multiportas remete a uma estruturação que conta com diferentes mecanismos de tutela de direitos, sendo cada método adequado para determinado tipo de disputa. A jurisdição estatal, nessa senda, passa a ser apenas mais uma dentre as diversas técnicas disponíveis. Ressalta-se que optar pelo caminho do Sistema de Justiça Multiportas não é uma peculiaridade do Estado brasileiro. Após a Segunda Guerra Mundial, diversos países têm atualizado seus sistemas jurídicos nesse sentido, objetivando maior respeito e proteção aos direitos humanos, individuais e coletivos”. COELHO, M. V. F. O Sistema de Justiça Multiportas no Novo CPC. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/cpc-marcado/330271/o-sistema-de-justica-multiportas-no-novo-cpc>. Acesso em: 15 de novembro de 2020.

Como direito fundamental, é inerente a todo cidadão e, portanto, responsabilidade do Estado, que deve buscar sempre meios eficazes para contemplá-lo em favor da vida digna.

Diante do resultado exitoso dos Juizados Especiais, observa-se o surgimento de certas contingências, tal qual a hiperjudicialização das demandas, em especial as consumeristas, atraindo uma verdadeira multidão às portas do Judiciário, por vezes gerando morosidade na finalização das ações.

Desse modo, o que poderia ser visto como uma tomada de consciência dos jurisdicionados em busca de resolver seus litígios, perpassa pelo contingente excessivo de advogados, influência da mídia, e a excessiva demanda acaba tendo um caráter repetitivo, causando problemas diante de decisões diferentes e, até controvertidas, ferindo, assim, a segurança jurídica almejada pela própria Constituição Federal.

A massificação das demandas judiciais, sob esta perspectiva, revelou que o Poder Judiciário não estava apto a atender à crescente demanda tampouco a concretizar o acesso à justiça, sob a vertente do acesso à ordem jurídica justa e à decisões efetivas, sendo de fundamental importância a valorização dos métodos autocompositivos, dotando as partes jurisdicionadas de poder no exercício de sua cidadania.

3.2. MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS, CELERIDADE E EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

O surgimento do microsistema dos Juizados Especiais chamou a atenção da sociedade brasileira e, logicamente, provocou uma verdadeira onda de litigância. Para atender essa demanda crescente, é preciso envolver todas as partes no processo de tomada de decisão, como dito alhures, ganhando cada vez mais força os princípios de autocomposição.

O Estado só cumprirá verdadeiramente o seu papel quando efetivar o atendimento jurisdicional através de mecanismos hábeis para solução dos litígios. No entanto, o que se percebe, ainda hoje, é um excesso de formalismo e uma morosidade inexplicável, frutos da burocracia, que insiste em utilizar modelos e padrões obsoletos, mesmo diante da necessidade constante de mudanças visando à otimização dos procedimentos,

de modo que, muitas vezes, não se alcança êxito na efetivação das tutelas jurisdicionais.

A partir da realidade em apreço, busca-se alternativas eficazes para solucionar os problemas relativos às demandas jurisdicionais, eliminando barreiras ultrapassadas com a implantação de um sistema de multiportas, com justiças paralelas à justiça comum, passando, logicamente, pelo uso de alternativas extrajudiciais em busca da composição diante dos conflitos.

Destarte, a utilização da autocomposição representa inúmeras vantagens, sociais, jurídicas e organizacionais, principalmente diante da capacidade de dar celeridade aos conflitos judiciais, tornando-os, ainda, menos onerosos.

4. PROCEDIMENTO DA LEI Nº 12.153/2009 E INDISPENSABILIDADE DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

A audiência de conciliação, no âmbito dos Juizados da Fazenda Pública, é ato indispensável ao procedimento. A Lei nº 9.099/95, assim como a Lei nº 12.153/2009, em consonância à interpretação constitucional acerca dos direitos fundamentais, elege a busca da conciliação como vetor hermenêutico, a impor uma atuação de todos os entes públicos pautada na solução consensual de conflitos.

Desta forma, a audiência de conciliação no procedimento sumaríssimo não é ato discricionário do magistrado da Vara, mas, sim, fase obrigatória, colimando alcançar a pacificação social de forma menos dispendiosa, burocrática e formalista.

A legislação regente dos Juizados Especiais não abre espaço à interpretação diversa, trazendo a audiência de conciliação como ato ínsito ao procedimento especial sumaríssimo, sendo indispensável a presença das partes, conforme Enunciado 20 do FONAJE "O comparecimento pessoal da parte às audiências é obrigatório. A pessoa jurídica poderá ser representada por preposto".

Assim, a dispensa da audiência de conciliação pelo magistrado, na seara dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, se dá à revelia de respaldo legal para tanto, sendo insuficientes as argumentações no sentido da ineficácia da assentada em razão do não comparecimento da parte ré.

É consabido que, em muitos casos, os representantes legais dos entes federados não comparecem às audiências marcadas sob o argumento de

que não têm autorização legal³ para transigir, de forma que a tentativa de conciliação restará sempre infrutífera, além de atrasar os demais atos do procedimento e, enfim, a sentença.

Entretanto, em que pese ser princípio orientador do Sistema dos Juizados Especiais, a celeridade não é o único intento a ser perseguido pelo Poder Judiciário, que deve envidar contínuos esforços para prestar tutela jurisdicional de qualidade. Além disto, o fator determinante da celeridade processual não é a ocorrência da audiência conciliatória, sendo imprescindível a colaboração de todos os sujeitos processuais para conceber um processo célere e eficiente.

Por conseguinte, não obstante a inexistência de autorização legal expressa para que alguns entes federados e autarquias possam ofertar e firmar acordos, no presente momento, os representantes judiciais desses entes não podem se esquivar de cumprir o preceptivo de comparecimento obrigatório às audiências nos Juizados Especiais, pois tal conduta decorre da própria dicção das leis informadoras do procedimento sumaríssimo.

5. DIÁLOGO INSTRUMENTAL COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A questão acerca da indispensabilidade das audiências de conciliação no procedimento dos Juizados da Fazenda Pública perpassa por um diálogo instrumental com o Código de Processo Civil. Calha registrar, nesse ponto, que o disposto no artigo 334, § 4º, I, do Código de Processo Civil⁴, que prevê a dispensa da audiência de conciliação por manifestação expressa das partes, não pode ser aplicado, *ipsis literis*, ao procedimento especial dos Juizados.

3. Lei nº 12.153/2009, art. 8º: Os representantes judiciais dos réus presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação.

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

§ 4º A audiência não será realizada:

I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

Manifesta-se aqui um conflito de normas, também denominado antinomia. Bobbio define que tal situação ocorre quando são criadas duas normas com comportamentos antagônicos, devendo ambas as normas existir no mesmo âmbito temporal, espacial, pessoal e material. Nestes casos, o jurista italiano aponta, como uma das formas de solução do conflito, o critério da especialidade que consiste na prevalência da norma mais específica sobre o assunto.

Os processos em trâmite nos Juizados Especiais têm *iter* distinto do procedimento comum, estando peculiarizado pelas disposições especiais das Leis nº 9.099/95 e 12.153/2009. Como bem pontua Fábio Ulhôa Coelho,

Por fim, pelo critério de especialidade, a regra jurídica especial prevalece sobre a geral. Nesse caso, trata-se apenas de discriminar os âmbitos de incidência de cada preceito. Sempre que para um caso específico houver regra jurídica própria (especial), não se aplica o disposto em regra de âmbito de incidência mais largo (geral) (COELHO, 2020).

Na esteira desse entendimento, preconiza Guilherme Marinoni que: *“o procedimento comum aplica-se subsidiariamente para colmatar lacunas na interpretação e aplicação dos procedimentos diferenciados”* (MARINONI, et al, 2020). A norma processual civil, no âmbito dos Juizados Especiais Fazendário, possui caráter subsidiário, nos termos do disposto no artigo 27 da Lei nº 12.153/2009, no que pese o referido artigo fazer menção ao Código de Processo Civil de 1973.

É cediço que a subsidiariedade da norma pressupõe a falta de regulamentação da questão pelas normas principais, *in casu*, as Leis nº 9.099/95 e 12.153/2009. É mister, portanto, que haja lacuna, omissão do legislador, para que o Código de Processo Civil seja aplicado no âmbito dos Juizados Especiais.

À guisa de exemplo, é o que se denota quanto à expressa determinação de adoção do rito processualista civil na fase de execução dos Juizados Especiais, a teor do disposto nos artigos 52 e 53 da Lei 9.099/95.

No caso em debate, depreende-se, nitidamente, que não há que se falar em aplicação subsidiária do disposto no artigo 334, § 4º, I, do Código de Processo Civil, visto que a conciliação é regulamentada expressamente pela norma especial, notadamente, como base principiológica do microsistema dos Juizados Especiais.

Visando pacificar as perspectivas acerca da incompatibilidade normativa do diploma processual civil com a sistemática própria dos Juiza-

dos Especiais, foi editado o Enunciado nº 161 do FONAJE nos seguintes termos: Considerado o princípio da especialidade, o CPC/2015 somente terá aplicação ao Sistema dos Juizados Especiais nos casos de expressa e específica remissão ou na hipótese de compatibilidade com os critérios previstos no art. 2º da Lei 9.099/95.

À título de embasamento teórico e prático a este Enunciado, o presidente do FONAJE à época da sua divulgação, Desembargador Jones Figueirêdo, salientou que, *"nada obstante a autonomia do sistema, haverá, sempre que couber, um diálogo instrumental com o novo CPC, por normas que repercutam, subsidiariamente, dentro da relevância de impactos que estejam em conformidade com a teleologia sistêmica dos Juizados, notadamente com o princípios nucleares que o orientam"*.

No caso do novo Código de Processo Civil, a supletividade deste em relação à Lei nº 9.099/1995 conta com expressa disposição legal contida no § 2º do artigo 1.046, segundo o qual "Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código". Ou seja, naquilo que a Lei nº 9.099/1995 é omissa, por imperativo da certeza do direito e da segurança jurídica, a lacuna é colmatada pelas disposições do novo CPC.

Nesta senda, repise-se, à luz dos princípios da especialidade e da autonomia do Sistema dos Juizados Especiais, as regras contidas no CPC somente terão aplicação à dinâmica processual nos Juizados Fazendários no caso de ausência de previsão da norma especial não determinando o complexo normativo sobre determinado instituto processual, hipótese não verificada *in casu*, haja vista que a audiência de conciliação é imprescindível no âmbito dos Juizados Especiais, sendo pilar do procedimento especial, em consonância com as diretrizes principiológicas orientadoras do processo perante o Juizado Especial Cível, esculpidas no artigo 2º da Lei 9.099/95, quais sejam: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade e a busca pela composição amigável da lide, através da conciliação ou da transação.

Cláudio Antônio de Carvalho Xavier, em artigo acerca do tema, aduz com propriedade que:

Cabe esclarecer, no entanto, que a conciliação, como já vem sendo destacado por alguns autores, é princípio norteador dos juizados especiais e não um procedimento ou momento processual, uma vez que integra o próprio processo. Desse modo, o procedimento sumaríssimo dos juizados especiais não comporta a opção do autor pela

realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação, nos moldes preconizados pelo art. 319, inc. VII, do novo CPC, por ser um direito irrenunciável. Assim, não poderá o autor, na petição inicial, ou o réu, por petição, manifestar desinteresse na composição amigável do litígio. Ademais, o comparecimento das partes à audiência é obrigatório (XAVIER, 2016).

A título ilustrativo, percebe-se que a realidade fática vivenciada nas Varas da Fazenda Pública no Estado da Bahia, nas quais, muitas vezes, não ocorre a composição consensual da lide em razão da ausência das partes rés, não pode desnaturar, sob o manto da celeridade, o procedimento especial, fazendo-se necessária a primazia pela busca das tratativas conciliatórias.

A normativa orgânica dos Juizados Especiais é inequívoca ao apresentar a audiência de conciliação como ato ínsito ao procedimento, não abarcando nenhuma disposição que permita ao magistrado a discricionariedade em realizar, ou não, o ato. Portanto, rechaça-se a possibilidade de dispensa da audiência de conciliação, na esteira do quanto disposto no art. 334, § 4º, I, do Código de Processo Civil, no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, em razão de evidente violação à estrutura procedimental erigida pelo microsistema dos Juizados Especiais, que possui como pilar a conciliação.

6. EXTENSÃO DO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E O ART. 8º DA LEI 12.153/2009

Não se pode olvidar o argumento de que as pessoas jurídicas de direito público encontrar-se-iam adstritas ao princípio da indisponibilidade do interesse público, o que implicaria, como consectário, na impossibilidade de conciliarem ou transigirem nas demandas judiciais travadas no âmbito dos Juizados Fazendários.

Tal postulado, conquanto norteador da atuação administrativa, não é absoluto, e deve ser analisado à luz do interesse primário do povo, conforme ensina Maria Sylvania Zanella de Pietro¹⁴:

O interesse público além de refletir o interesse da coletividade em si mesma considerada e ser amparado pelo ordenamento jurídico vigente deve ser ainda reflexivo aos valores constitucionais dominantes como aqueles que a Constituição Federal de 1988 se refere em seu preâmbulo e nos preceitos cardinais dispostos, entre eles os arrolados nos princípios e nos objetivos fundamentais. Quando o poder público se coloca numa posição favorável ao autêntico interesse público (vol-

tado à satisfação do bem geral), o benefício daí emergente alcança prioritariamente o interesse público primário (da sociedade) e consequentemente o interesse público secundário (do Estado). Porém, o interesse público não é necessariamente o interesse do aparato estatal. Embora estes devam coincidir, dado que sua missão é a satisfação do bem comum, o Estado é sujeito de direitos e tem interesses que nem sempre se identificam ao interesse da população, e que constituem interesses patrimoniais, financeiros ou fazendários, cuja nota é a disponibilidade. Pode ocorrer divórcio entre o interesse da população e o interesse do governo. (...) Geralmente costuma-se apresentar como princípio a supremacia ou a indisponibilidade do interesse público – amiúde ambos. Em verdade, é o interesse público o princípio, constituindo supremacia e indisponibilidade seus predicados (PIETRO, 2019).

Em verdade, a doutrina é pacífica em reconhecer que o interesse público não é conceito unitário, tampouco se confunde com o interesse do Estado ou do aparato administrativo. Em sua acepção substancial, o interesse público reside na realização de valores fundamentais consagrados pela Carta Constitucional, como explana Marçal Justen Filho¹⁵:

Recolocando o problema em outros termos, um interesse é público por ser indisponível, e não o inverso. Por isso, é incorreto afirmar que algum interesse, por ser público, é indisponível. A indisponibilidade não é consequência da natureza pública do interesse – é justamente o contrário. O interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque sua natureza exige que seja realizado (JUSTEN FILHO, 2018).

Adota-se o entendimento de que os direitos fundamentais apresentam natureza indisponível. O núcleo do direito administrativo reside não no interesse público, mas na promoção dos direitos fundamentais indisponíveis. A invocação ao interesse público toma em vista a realização de direitos fundamentais. O Estado é investido do dever de promover esses direitos fundamentais nos casos em que for inviável a sua concretização pelos particulares, segundo o regime de direito privado.

Essa orientação se coaduna com o entendimento prevalente no direito constitucional, que reconhece que todas as posições jurídicas são delimitadas e ordenadas de acordo com os direitos fundamentais. Nenhuma faculdade, proibição ou comando jurídico pode ser interpretado de modo dissociado dos direitos fundamentais.

Por seu turno, Ricardo Marcondes Martins, traz a lume importante mitigação a este princípio quando aborda o interesse secundário autorizador da disponibilidade do direito, destacando distinção feita por Renato Alessi

que difere dois interesses: o primário que é a dimensão pública do interesse privado, refere-se ao plexo de interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade; o secundário é o interesse particular, individual, do Estado enquanto pessoa jurídica autônoma. Partindo-se desta premissa, o jurista italiano afirma que, em relação aos interesses secundários e patrimoniais, a Administração deve utilizar-se de meios jurídicos estabelecidos pelo direito privado, pois para a satisfação desses interesses ela não goza de supremacia jurídica sobre os particulares.

Ricardo Marcondes, na obra citada, elucida que partindo-se da dicotomia *suso* abordada parte da doutrina passou a defender a existência de interesses públicos disponíveis, juntamente os interesses patrimoniais da Administração, interesses secundários. Em relação a esses interesses, seguindo a doutrina de Alessi, a Administração não gozaria de supremacia: estaria numa posição de igualdade em relação aos administrados, arrematando que seria, então, perfeitamente possível, neste campo, a utilização da arbitragem. Esse posicionamento foi sustentado na doutrina brasileira por Caio Tácito e acolhido pelo Supremo Tribunal Federal no Agr NO MS 11.308-DF, 1ª Seção, relator o Min. Luiz Fux, julgado em 28.06.2006, DJU 14.08.2006.

Verifica-se, nitidamente, que a indisponibilidade do interesse público passa por uma releitura. Acerca do tema, preleciona Fernanda Marinela que parte ainda minoritária da doutrina brasileira resolver reunir esforços para desconstituir o princípio da supremacia do interesse público, como sendo a base do autoritarismo retrógrado, ultrapassado. Critica-se a estrutura do Direito Administrativo tendo como base os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, apontando que a ausência de definição exata quanto ao conteúdo da expressão “interesse público” gera vários problemas no exercício da atividade administrativa, justificando muitas vezes o abuso e arbitrariedades praticadas pelos administradores.

Marçal Justen Filho defende que o critério da “supremacia do interesse público” apresenta utilidade reduzida, uma vez que não há interesse único a ser reputado como supremo e que esse instrumento não permite resolver de modo satisfatório os conflitos, nem fornece um fundamento consistente para as decisões administrativas.

Frágil, portanto, a premissa dos entes públicos de alegar o princípio da indisponibilidade do interesse público, diante do comando legal, conferido pela Lei nº 12.153/2009, no sentido de viabilizar a realização de acordos com particulares nas demandas dos Juizados da Fazenda Pública.

Não há que negar a necessidade de lei em sentido estrito para estabelecer as hipóteses permissivas de tais acordos, porém não se pode respaldar a conduta inerte do Estado sob as vestes de suposta indisponibilidade do interesse público.

Nesta senda, resta claro que o princípio em análise não se faz absoluto, nem necessariamente idêntico aos interesses da Fazenda Pública. O que existe, em verdade, é uma conduta omissiva do Estado no sentido de dirimir as hipóteses em que os direitos disponíveis poderão ser objeto de conciliação ou transação.

Desta forma, não se pode sustentar a indisponibilidade do interesse público para se negar à promoção das tentativas de conciliação, no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, sobretudo quando este confronto com a concretização de direitos e garantias fundamentais, como o direito fundamental de acesso à justiça ancorado na dignidade da pessoa humana.

7. CONCLUSÃO

De todo o exposto, restou indubitável que, nas demandas dos Juizados Especiais Fazendários, deve-se resguardar a conciliação e a transação como pilares básicos, nos expressos termos do disposto no artigo 2º da Lei 9.099/95, combinado com o disposto no artigo 8º da Lei nº 12.153/2009.

À guisa de remate, importa registrar que dispensar as audiências de conciliação, no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, revela-se não somente contrário ao interesse público reflexivo aos valores constitucionais dominantes, ao direito ao devido processo legal e acesso à justiça, mas, também, viola as normas especiais concernentes ao procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais, que não prevê esta dispensa ao critério do magistrado.

8. REFERÊNCIAS

ALESSI, R. **Principi di Diritto Amministrativo**, vol. I, Milão Giuffrè, 1966.

BOBBIO, N. **Teoria Geral do Direito**, Parte II, cap. III, nº 17. p. 238, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 15 de novembro de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de novembro de 2020.

- BRASIL. **Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12153.htm. Acesso em: 15 de novembro de 2020.
- COELHO, M. V. F. **O Sistema de Justiça Multiportas no Novo CPC.** Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/cpc-marcado/330271/o-sistema-de-justica-multiportas-no-novo-cpc>. Acesso em: 15 de novembro de 2020.
- COELHO, F. U. **Curso de direito civil: parte geral I.** Vol. 1, 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- DIDIER JR, F. **Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,** 22ª ed. Salvador, Editora JusPodivm, 2020.
- DI PIETRO, M. S. Z. *et al.* **Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo.** 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo.** 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo,** 1ª ed. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 44.
- MARINELLA, F. **Direito Administrativo,** 12ª ed., 2018, Editora Saraiva, p. 76.
- MARINONI, L. G. *et al.* **Código de processo civil comentado.** Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- MARTINS, R. M. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional.** Editora Malheiros, 2015, p. 67/69.
- NETO, F. C. T. e JUNIOR, J. D. F. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9099/95.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PASSOS, J. J. C. **Direito, Poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- PINTO, O. P. A. M. **Abordagem histórica e jurídica dos juizados de pequenas causas aos atuais juizados especiais cíveis e criminais brasileiros.** Revista TJDF. Distrito Federal. p, v. 1, 2014.
- TÁCITO, Caio. **Arbitragem nos litígios administrativos,** in Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres, vol. 3, 1997, Rio de Janeiro, Renovar, p. 88.
- TARTUCE, F. **Fórum Nacional dos Juizados Especiais aprova enunciados sobre o Novo CPC.** Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/267343919/forum-nacional-dos-juizados-especiais-aprova-enunciados-sobre-o-novo-cpc>. Acesso em: 15 de novembro.
- XAVIER, C. A. C. **Juizados Especiais e o novo CPC.** Revista CEJ, Brasília, Ano XX, nº 70, p. 7-22, set./dez. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.70.01.pdf. Acesso em: 15 de novembro de 2020.
- WAMBIER, T. A. A. **Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil.** 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Desafios à aplicação dos métodos autocompositivos nas demandas de saúde suplementar: construindo novos caminhos de acesso à justiça

*Gabriela Silva Sady**

*Henrique Costa Princhak***

*Lucas Macedo Silva****

Resumo: O presente artigo se propõe a examinar a aplicação dos métodos autocompositivos, como caminho eficaz para garantir acesso à justiça nas demandas de saúde suplementar. Com o fito de compreender a profundidade temática, é realizada uma análise acerca dos impactos positivos da consensualidade, bem como, do atual cenário brasileiro, no qual predomina a cultura do litígio, examinando os desafios sociais e institucionais para a sua aplicação. Ademais, busca investigar quais as dificuldades existentes da aplicabilidade, destas técnicas de resolução de conflito, no âmbito dos litígios que envolvem as operadoras de saúde e os usuários do serviço. Por fim, impende delinear uma nova visão de acesso à justiça nas demandas de saúde suplementar no ordenamento jurídicos brasileiro.

Palavras-chave: Métodos autocompositivos; consensualidade; cultura do litígio; acesso à justiça; saúde suplementar.

*. Advogada. Pós-graduada em Direito Público pelo CEJAS. Pós-graduanda em Direito Médico e Hospitalar pelo CPJUR. Integra a Comissão Especial de Direito Médico e da Saúde da OAB/BA. Coordenadora executiva do Grupo de Pesquisa “Diálogos sobre Advocacia Consensual em Direito Médico” promovido pela OAB/BA.

**.. Advogado. Graduado em Direito pela Faculdade Baiana de Direito (2020). Pós-graduando em Direito Médico, da Saúde e Bioética pela Faculdade Baiana de Direito. Membro do grupo de pesquisa “Diálogos sobre Advocacia Consensual em Direito Médico” promovido pela OAB/BA.

***. Advogado. Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito e pós-graduando em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio. Integra a Comissão Especial de Direito Médico e da Saúde da OAB/BA. Coordenador acadêmico do Grupo de Pesquisa “Diálogos sobre Advocacia Consensual em Direito Médico” promovido pela OAB/BA. Autor de artigos científicos publicados.

1. INTRODUÇÃO

Há uma inegável crise no Poder Judiciário causada pelo excesso no número de demandas e pela carência de recursos humanos e materiais para uma prestação jurisdicional mais eficiente. Nesse contexto, o crescente ajuizamento de processos judiciais decorrentes de relações de saúde criou o fenômeno denominado de “judicialização da saúde”. A excessiva busca ao Judiciário para dirimir questões de saúde atinge tanto o setor da saúde pública, quanto o segmento privado da saúde suplementar, sendo este último o objeto de melhor análise do presente trabalho.

Nesta senda, o Judiciário tem encontrado dificuldade em responder adequada e tempestivamente as demandas envolvendo operadoras de planos de saúde e seus consumidores, que vão desde pleitos de coberturas de procedimentos a revisões de reajustes considerados abusivos. As relações de saúde lidam com bens jurídicos com especial proteção constitucional, tais como a vida e a integridade física e emocional. O cenário atual de asoerboamento de processos tem dificultado o acesso à justiça por parte do usuário do plano, o que, potencialmente, pode causar danos irreparáveis.

Acredita-se que os métodos autocompositivos, que promovem a resolução da controvérsia pelas próprias partes interessadas, podem ser um caminho interessante para a redução da quantidade de processos judiciais e, ao mesmo tempo, garantir o acesso à justiça à população. Apesar de o sistema jurídico pátrio já se preocupar com o fomento à via consensual, como se observa exemplificativamente pela Resolução nº 125/2010 do CNJ e pelo Código de Processo Civil de 2015, ainda são notados desafios à implementação dos métodos consensuais nos Tribunais de Justiça pátrios.

Partindo-se desse problema, o presente trabalho tem como objetivo central analisar os impactos positivos que os meios consensuais podem acarretar ao Judiciário e os eventuais obstáculos que são encontrados para a sua efetivação. A relevância do trabalho é indubitável, considerando a necessidade de se buscar alternativas para a crise do Poder Judiciário, sobretudo no que diz respeito à judicialização da saúde. O trabalho utiliza o método hipotético-dedutivo, uma vez que parte de fundamentos teóricos e práticos de forma genérica para alcançar a solução específica. Foram utilizadas referências bibliográficas nacionais, levando em consideração trabalhos reconhecidos na área para verticalizar a discussão pertinente objetivo proposto. Apesar de não ter a intenção de esgotar o debate, este trabalho pretende enriquecer o debate no sentido de posicionar os métodos de autocomposição como um caminho sólido e interessante para o acesso à justiça.

2. A APLICABILIDADE DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS NO PODER JUDICIÁRIO

A intervenção do Poder Judiciário, durante muitos anos, figurou como único modo de efetivação de direitos e deveres dos cidadãos, não apenas na visão dos leigos como também para grande parte dos juristas (MARQUES, 2020). De fato, o Magistrado, através da análise dos autos e da formação do seu convencimento pessoal, possui competência para decidir quem possui razão em cada aspecto da disputa. Esse conteúdo decisório não apenas coloca fim a um impasse, mas também é considerado como um dos mais importantes papéis exercidos pelo Poder Judiciário: o método tradicional de solução dos conflitos, potencial promotor da paz social (FIORELLI; MANGINI, 2017).

Diante desse entendimento, passou-se a compreender o Judiciário como o singular meio de se concretizar o direito ao acesso à justiça, nos termos do direito fundamental à inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988. A compreensão do acesso à justiça como uma prestação predominantemente prestacional do Estado fez com que se buscassem caminhos para concretização dessa garantia constitucional. A partir daí, emergiu a Lei Federal nº 9099/95 que instituiu os Juizados Especiais e Criminais no âmbito da justiça comum, com o intuito de promover a celeridade e a economia processual nas demandas de menor complexidade e com valores econômicos abaixo de quarenta vezes o salário mínimo.

No entanto, essa mentalidade litigante gerou, em pouco tempo, uma enxurrada de processos judiciais, assoberbando o Poder Judiciário com questões das mais variadas áreas. Sem orçamento, estrutura de material e de mão de obra, o esgotamento do sistema judicial foi um caminho inevitável. Diante disso, não se apresenta razoável enxergar o processo como a única forma de se buscar a resolução de um determinado conflito (NALINI, 2017). Nesse contexto, os métodos autocompositivos emergem enquanto caminhos alternativos, e, por vezes, mais adequados, à via tradicional de solução dos conflitos. Entende-se por autocompositivos os métodos pelos quais ambas ou uma das partes da controvérsia, dispondo livremente sobre o seu direito, relativizam alguns de seus interesses de maneira unilateral ou bilateral, total ou parcial em prol do desfecho do conflito.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, publicou a Resolução nº 125/2010, a qual instituiu o tratamento adequado dos conflitos como uma política pública do Poder Judiciário nacional. A partir disso, foi

incluído como dever dos órgãos judiciários a disponibilização de meios consensuais de solução de controvérsias, além de promover atendimento e ampla divulgação e orientação dos cidadãos sobre as vantagens dessas outras vias. Desde então, foram realizados diversos atos afirmativos, tais como a formação e treinamento dos servidores, conciliadores e mediadores, auxílio aos tribunais regionais na implantação e gerenciamento dos núcleos consensuais, dentre outros (CUNHA; LESSA NETO, 2016).

O Código de Processo Civil de 2015 consolidou a mudança do paradigma tradicional, que entendia a jurisdição estatal como porta única de resolução de conflitos, para um sistema de justiça multiportas. Pelo diploma legislativo processual, não há hierarquização entre a utilização da via judicial para as demais formas de soluções de controvérsias, ficando a escolha a cargo dos interessados no exercício da sua autonomia privada, salvo algumas exceções (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017). O CPC de 2015, em seu art. 3º, dispõe que todos os agentes do Judiciário devem estimular a conciliação, a mediação os demais métodos de solução consensual de conflitos. Os métodos consensuais deixam de ser um caminho alternativo para ser integrado ao próprio sistema de resolução de conflitos, incluindo todo o sistema de justiça na empreitada de promover a consensualidade sempre que for possível e adequado (CUNHA; LESSA NETO, 2016).

O grande óbice à efetivação dessas vias consensuais recai na cultura do litígio, fortemente enraizada na cultura brasileira, o que gerou a crise judiciária exposta anteriormente. Revela-se fundamental o fomento aos métodos de autocomposição, no sentido de estimular que os interessados tentem, entre si, resolver as suas próprias controvérsias. Desse modo, só se recorreria ao Judiciário quando do esgotamento das tentativas amigáveis de solução, de modo que a justiça estatal é que se tornaria o caminho alternativo (CUNHA; LESSA NETO, 2016).

Feita essa análise em relação à ascensão dos métodos alternativos de resolução de conflito no ordenamento jurídico brasileiro, mostra-se evidente o entendimento do legislador pátrio acerca da relevância de serem pensados novos caminhos para a promoção do acesso à justiça, não só do ponto de vista prestacional, mas também enquanto valor social a ser defendido. Nesse cenário de crescente valorização da consensualidade, cumpre analisar, de forma mais detida, os impactos positivos da consensualidade no contexto da cultura de excessiva litigância que ainda domina no território brasileiro.

2.1. A CULTURA DO LITÍGIO: DESAFIOS SOCIAIS E INSTITUCIONAIS

Parte-se da premissa de que o conflito é algo inerente a condição humana. A convivência em sociedade faria surgir, inevitavelmente, conflitos das mais diversas ordens e níveis de complexidade. Nos casos de menor complexidade, acredita-se que não seria necessária uma intervenção do Poder Judiciário (TRIGO *et al*, 2017). É relevante acrescentar que os conflitos não devem ser vistos apenas com o viés negativo. Se, por um lado, os conflitos tendem a indicar que algo está errado ou podem ensejar consequências indesejadas. Por outro, eles também permitem uma maior consciência de organização, capacidade de lidar com problemas futuros, fortalecimento da relação, além de serem prenúncios de uma necessidade de mudança e adaptação (LEWICKI; SAUNDERS; BARRYS, 2014).

A cultura do litígio, aqui entendida como a busca ao Judiciário de forma excessiva e para a resolução de todo e qualquer conflito, está enraizada na sociedade brasileira. Essa forma de pensar, que se sobrepõe a mentalidade do consenso, ignora diversas possibilidades que poderiam dar fim àquele determinado conflito de maneira mais eficiente, célere e menos custosa (TRIGO *et al*, 2017). Como consequência, o fenômeno da judicialização é notado quando conflitos de grande repercussão social ou política passam a ser decididos pelo Poder Judiciário, ao invés de pelas instâncias tradicionalmente políticas, a saber: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (BARROSO, 2010).

Em verdade, esta não é uma realidade exclusiva do Brasil. A litigância excessiva também tem estado presente no contexto latino-americano, notadamente após o período da redemocratização dos países latinos com o consequente retorno da prestação jurisdicional. No entanto, o demasiado número de processos judiciais acaba por ensejar, dentre outros prejuízos sociais, a instabilidade e insegurança jurídicas no sistema judicial estatal. Uma solução às incertezas do Judiciário seria a utilização dos métodos alternativos de resolução de conflito, como a mediação e a conciliação (BRAGANÇA, 2020).

Cabe ressaltar o compromisso assumido pelo Poder Judiciário Brasileiro na I Reunião de Cúpula Ibero-Americana de Presidentes dos Tribunais de Justiça e dos Supremos Tribunais Federais, em 1998, de promoção de mecanismos alternativos de solução de conflitos, com o fito de que garantir o acesso dos cidadãos à justiça (FERNANDES, 2017). Embora exista este compromisso, inclusive com a Resolução nº 125/2010 do CNJ, ainda não

se verifica, na prática, uma aplicação que contemple, de forma satisfatória e eficaz, os métodos autocompositivos no âmbito dos tribunais estaduais. O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia já iniciou a implementação das práticas alternativas de resolução de conflitos. Nesse contexto da campanha nacional promovida pelo CNJ, foram instalados os Centros Judiciais de Solução Consensual de Conflitos – CEJUSC, vinculado às Varas Cíveis e de Consumo de Salvador.

Ademais, destaca-se que o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil estabelece como dever do advogado “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”. Nesse sentido, ressalta-se o papel da OAB de incentivar, divulgar e fomentar os métodos consensuais de resolução de conflitos. Observa-se que a Advocacia Geral da União, nos últimos anos, vem realizando um trabalho de incentivo aos métodos alternativos de resolução de conflitos, com a criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem Federal (FERNANDES, 2017).

Há que se notar um avanço do Legislativo no reconhecimento da importância dos métodos autocompositivos, o que se observa por meio da edição de normas específicas, tais como o Código de Processo Civil de 2015 e a Lei Federal nº 13.140/2015, proporcionando a participação de outros agentes na composição dos conflitos (TRIGO *et al*, 2017). Contudo, revela-se fundamental também uma atuação do Executivo, no sentido de promoção de políticas públicas efetivas para incentivar a consensualidade. É preciso que se inclua a própria sociedade nos debates críticos, por meio de audiências públicas, por exemplo, para que os indivíduos possam compreender as vantagens da consensualidade e evitar recorrer ao Judiciário para demandas que podem ser resolvidas amigavelmente (VASCONCELOS, 2012).

Observa-se que o ordenamento jurídico atribui a todos que compõem o sistema jurídico e político nacional o dever de promover os meios consensuais para se garantir o acesso à justiça e a consecução dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. No entanto, quando no âmbito do Judiciário, há certa carência de estrutura institucional que, na realidade fática, transforma as tentativas conciliatórias em mero cumprimento formal, não havendo preparo para conseguir realizar uma efetiva autocomposição entre as partes.

2.2. O IMPACTO POSITIVO DA CONSENSUALIDADE

No contexto de crise do Poder Judiciário, diversos aspectos prejudicam o acesso à justiça por parte dos cidadãos. O contexto de excessiva judicialização descortina o atraso na prestação jurisdicional, o arcaísmo das estruturas de administração judicial, os custos processuais elevados, a desigualdade de tratamento aos jurisdicionados, a imprevisibilidade da justiça, dentre outras situações. A premente necessidade de resolução dos processos dá causa à standardização das decisões judiciais, as quais acabam se constituindo como modelos pré-fixados e desconexos da realidade (BARBOSA; MENEZES, 2013). Vê-se que o foco é na finalização do processo, e não na resolução material do conflito entre as partes.

Nesta senda, o estímulo à consensualidade é uma alternativa para mitigar as dificuldades encontradas na justiça estatal, apresentando uma via menos custosa, mais célere e mais eficiente para ambas as partes. Além disso, a autocomposição tende a propiciar maior sensação de justiça para os interessados, o que resulta em agilidade no cumprimento das obrigações pactuadas (FERNANDES, 2017).

Cumprir salientar que a Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça estabelece, como princípios fundamentais norteadores dos conciliadores e mediadores judiciais, a “confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação”. Desta forma, tais princípios devem balizar a conduta dos agentes consensuais para que seja possível promover o diálogo entre as partes e, conseqüentemente, proporcionar a conciliação de interesses.

Diversas são as técnicas de resolução extrajudicial de conflitos. No âmbito do Judiciário, as mais usuais são a conciliação e a mediação, as quais tentam possibilitar que as partes encontrem juntas uma solução pacífica ao conflito, antes de a matéria ser decidida pelo terceiro imparcial. Privilegia-se então a comunicação entre os interessados e se faculta à possibilidade de eles mesmos construir o caminho que entendem mais justo (MAGALHÃES, 2020).

Neste sentido, pode-se defender que um acordo, fruto da autocomposição de interesses, tende a ser mais eficaz para a solução do conflito do que uma decisão judicial. Isto porque as partes tendem a cumprir voluntariamente as suas obrigações, considerando que estas foram instituídas no âmbito da autonomia privada. Ademais, nos métodos autocompositivos,

permite-se uma maior proximidade com a vontade das partes conflitantes, o que costuma gerar empatia e compreensão. Por ser uma solução conjunta, o cumprimento do acordo tende a ocorrer de maneira espontânea (FALCÃO, 2006).

O que se acredita é que uma decisão imposta às partes pelo magistrado, terceiro alheio à realidade do problema, acaba ensejando desvantagens para todos os interessados. A construção dialógica reduz a sensação de desconfiança e evita maior desgaste na relação havida. Observa-se a busca pela ampliação do acesso à justiça, tentando encontrar e solucionar o problema em si e não somente o processo. Além disso, há que se ter em mente que uma estrutura sólida que contemple os métodos consensuais de resolução de conflitos melhoraria também a atividade dos magistrados, uma vez que estes poderiam dispender mais tempo e atenção para casos mais complexos que dependam inevitavelmente de sua apreciação.

3. A AUTOCOMPOSIÇÃO COMO CAMINHO PARA O ACESSO À JUSTIÇA NAS DEMANDAS DE SAÚDE SUPLEMENTAR

A saúde suplementar, aqui compreendida como atividade econômica em sentido estrito, regida por regras e princípios de direito privado, possui permissivo legal no ordenamento jurídico brasileiro assegurado pelo artigo 197 da Constituição Federal de 1988 (FREITAS, 2018). Nessa modalidade de assistência à saúde, como são estabelecidas regras e orientações filiadas aos princípios da livre iniciativa e concorrência, o Legislador considerou importante resguardar ao Poder Público a competência para regulamentar, fiscalizar e controlar este setor, notadamente no intuito de evitar a mercantilização da saúde e impor limites à excessiva busca por lucro, naturalizada pelas empresas (LOBATO, 2010).

Hodiernamente, o setor de saúde suplementar brasileiro é considerado um dos maiores sistemas privados do mundo e a atividade das operadoras de planos de saúde revela-se imprescindível ao acesso à saúde (FREITAS, 2018). Contudo, ainda assim, sua regulamentação só foi objeto de legislação específica em 1998, com o advento da Lei Federal nº 9.656/98, em resposta às necessidades mercadológicas e contratuais advindas dos conflitos e instabilidades decorrentes do longo período sem regulamentação (LAVECCHIA, 2019). Ato contínuo, no ano de 2000, por intermédio da Lei Federal nº 9.961/00, foi criada a agência reguladora específica para resguardar a atividade do setor, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

É importante perceber a existência de dois momentos regulatórios distintos, que contribuíram juntos para o surgimento de um expressivo número de conflitos entre operadoras e seus usuários. No primeiro cenário, havia ausência total de normas de regulamentação e, posteriormente, mesmo com a criação da ANS, esta exercia a função regulatória de forma insuficiente, chegando a ratificar práticas abusivas até então cometidas livremente pelas operadoras. Com isso, aos usuários não restou alternativa senão buscar o Judiciário para ver efetivados os direitos que entendiam possuir. Desde então, o fenômeno da judicialização no setor da saúde suplementar passou a ser uma realidade e, até hoje, as demandas judiciais aumentam ano a ano e se concentram principalmente em questões relacionadas a coberturas e reajustes (TRETTEL, 2009).

Outro fator que contribui de forma significativa para a crescente judicialização do setor descansa nas características de vulnerabilidade e hipossuficiência dos beneficiários. De fato, grande parte dos consumidores sequer compreende os termos do que contrata com as operadoras, de modo que apenas com o surgimento do imbróglio decorrente de eventual negativa de cobertura ou majoração do valor da mensalidade é que a temática passa a ganhar especial atenção. Desse modo, como na maioria dos casos as operadoras também não se mostram interessadas em prestar efetivos esclarecimentos aos consumidores nas tratativas que precedem a contratação, tampouco em oferecer soluções extrajudiciais para os conflitos eventualmente advindos, o litígio novamente se apresenta como inevitável.

Contudo, como já visto, a resposta oferecida pelo Estado-Juiz, através do conteúdo decisório, nem sempre se mostra como medida mais eficaz ao asseguramento do acesso à saúde e da garantia ao correspondente direito fundamental. Não são raras as situações de descumprimento a decisões judiciais, provisórias ou definitivas, que, por versarem sobre bens jurídicos inestimáveis – saúde e vida – acabam sendo esvaziadas pela ir-reparabilidade dos danos advindos, é o que ocorre, exemplificativamente, nos casos em que o beneficiário vai a óbito antes do cumprimento da ordem judicial. É nesse cenário que os métodos autocompositivos – notadamente por ensejarem menor número de descumprimento do que os preceitos judiciais – revelam-se enquanto alternativa potencialmente capaz de reduzir essa disparidade de armas e viabilizar o alcance de soluções mais efetivas (RIBEIRO, 2018).

Ao se tentar colocar em prática a autocomposição como método de solução de conflitos nas demandas envolvendo planos de saúde, revela-se, de início, uma latente dificuldade a ser superada, qual seja: a usual indisponibilidade das operadoras de se mostrarem dispostas à consensualidade. Isso porque, na qualidade de grandes empresas, estas estão acostumadas com a logística estrutural de priorizar o lucro, persistindo, em muitos casos, a dificuldade de compreender o serviço ofertado como um serviço não apenas de caráter essencial, mas principalmente, que tem por objeto bens indisponíveis, como a vida, e inestimáveis, como a saúde.

Por essa razão é que a relação travada entre as operadoras de planos de saúde e os seus usuários não pode ser encarada e interpretada exclusivamente como consumerista ou mercantil, notadamente quando se tem em mente que, desde a formação do vínculo, o contratante já está em uma posição de vulnerabilidade técnica. Isto porque a maioria dos contratos firmados pelas operadoras de saúde possuem o caráter adesivo, de modo que o consumidor não possui a prerrogativa de se insurgir contra cláusulas que entenda desfavoráveis ou abusivas. Essa vulnerabilidade inicial é posteriormente acentuada quando há a tentativa de efetiva utilização do serviço e a operadora de saúde nega ou cria os mais diversos tipos de óbices ao cumprimento do contrato (LAVECCHIA, 2019).

No aspecto extrajudicial, exemplificativamente, a prática descortina que a grande maioria das operadoras de planos de saúde não se mostra disponível a negociar ou, minimamente, buscar soluções consensuais para os conflitos, retomando a antiga e tradicional premissa de necessidade de intervenção judicial para resolução dos litígios. Impende registrar, aliás, que mesmo com a propositura da demanda judicial, que, nos moldes atuais, implica na necessária realização de audiência de conciliação, as empresas de plano de saúde se mostram bastante resistentes à tentativa de autocomposição, não se dispondo sequer a apresentar propostas de acordo.

Apesar do esforço do legislador em incluir os métodos de autocomposição na realidade do Judiciário, o que se tem encontrado é a preocupação em cumprir apenas o requisito formal da conciliação. É o que sustentam Baptista e Amorim (2014) quando apontam:

O movimento em favor da conciliação, de início tido como inovador não se consagra em mais de uma década e meia e surge na atualidade uma nova onda em favor da mediação, tal qual aconteceu em passado com a conciliação. As esperanças seriam de que a conciliação

mostrasse a necessidade de mudanças eficazes, que introduzissem uma justiça de aproximação entre o direito e os cidadãos, bastante distinta da concedida pela prática advinda da legislação processual tradicional. Mas, ao contrário, esta tradição ainda exerce predomínio sobre as inovações, a exemplo do que aconteceu após a introdução da “conciliação intraprocessual” nos juizados especiais, pois neles o formato concebido como “conciliação” não vingou.

Desse modo, torna-se possível afirmar que a simples introdução da conciliação como um ato processual formal e obrigatório, sem uma efetiva educação que possibilitasse a mudança de mentalidade, não se mostra eficaz (BAPTISTA; AMORIM, 2014).

O estudo estatístico realizado por Lavecchia (2019) no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo demonstra que o percentual de decisões favoráveis às pretensões dos consumidores é altíssimo, de modo que, na grande maioria dos casos, as operadoras de saúde acabam sendo compelidas a reconhecerem o direito dos segurados. Diante disso, vê-se que a operadora de saúde, mesmo tendo ciência das suas obrigações, decide cumprir apenas após determinação judicial, o que agrava os índices de judicialização.

Para que os métodos autocompositivos possam ser consolidados no âmbito da saúde suplementar, é necessário que, em um primeiro momento, o Judiciário exija e condene pedagogicamente às operadoras de saúde por litigância de má-fé, por causarem a sobreutilização da máquina judiciária. A partir disso, deve-se construir institucionalmente um modelo de consensualidade que permita o efetivo diálogo entre as partes, no sentido de se promover a conciliação de interesses. Como visto, nos casos envolvendo saúde suplementar, os consumidores encontram-se em uma situação ainda mais vulnerável por terem a sua vida e integridade física ou psíquica expostas, motivo pelo qual a autocomposição se apresenta como o melhor caminho para uma solução célere, eficaz e justa.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da pesquisa, percebe-se que a implementação de métodos autocompositivos nas demandas que têm por objeto conflitos decorrentes da relação contratual existente entre as operadoras de planos de saúde e seus usuários representa uma alternativa interessante para reduzir o fenômeno da judicialização da saúde suplementar. Em primeiro plano, tendo em vista que a consensualidade reduz de forma significativa os índices

de descumprimento do pactuado e homologado quando em comparação com as decisões judiciais, mas também por garantir aos envolvidos na controvérsia a possibilidade de alcançar soluções mais justas e eficazes para ambas as partes. O desafio inicial é enfrentar não apenas a forte predominância da cultura do litígio, que inegavelmente tem impactado a relação entre as operadoras e os beneficiários, mas também a falta de incentivo à consensualidade, seja por parte da reguladora, seja por parte das grandes empresas do setor.

Além disso, através de uma efetiva e adequada implementação dos métodos autocompositivos nas demandas de saúde suplementar certamente seria alcançada, em consequência, uma significativa redução do abarrotamento do Poder Judiciário, devolvendo-o o papel de *ultima ratio* como pacificador social. Para que isso efetivamente se concretize, faz-se imperiosa uma transformação de mentalidade por parte das operadoras, dos usuários, dos seus representantes e do próprio Poder Judiciário, para que este último deixe de ser visto e compreendido exclusivamente como solucionador de litígios e passe a ser encarado como verdadeiro centro de harmonização e pacificação social.

REFERÊNCIAS

- BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti; AMORIM, Maria Stella de. Quando direitos alternativos viram obrigatórios: Burocracia e tutela na administração de conflitos. In: **Revista Antropolítica**, nº 37, Niterói, 2. sem. 2014.
- BARBOSA, Cássio Modenesi; MENEZES, Daniel Francisco Nagão. Jurimetria: buscando um referencial teórico. **Revista Intellectus**. Ano IV, nº 24, 2013. Disponível em: Acesso em 05 nov. de 2020.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização. Ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista da EMARF**. Cadernos Temáticos, dez. 2010. Disponível em: www.trf2.gov.br/emarf/documents/revistaemarfseminario.pdf. Acesso em 05 nov. de 2020.
- BRAGANÇA, Fernanda. Da cultura do litígio para ADR: os verdadeiros bastidores dessa mudança. **Revista de Formas Consensuais e Resolução de Conflitos**, v. 06, nº 01. 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/6385>. Acesso em 05 nov. de 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.
- _____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 05 nov. de 2020.

- _____. Ordem dos Advogados. **CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaooab/codigodeetica.pdf> Acesso em 05 nov. de 2020.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado160204202007225f1862fcc81a3.pdf> Acesso em 05 nov. de 2020.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da; LESSA NETO, João Luiz. Mediação e conciliação no poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil. In: **Novo CPC: doutrina selecionada**, v. 1, parte geral; Salvador: Juspodivm, 2016.
- DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em Direitos Coletivos. In: **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- FALCÃO, Joaquim. Movimento pela conciliação. **Revista Conjuntura Econômica**, v. 60, nº 09. Fundação Getúlio Vargas. 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rce/article/view/27526/26401> Acesso em 05 nov. de 2020.
- FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. In: **Manual de Negociação Baseado na Teoria de Harvard**. Advocacia – Geral da União. Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Manual-de-negociacao-baseado-na-teoria-Harvard.pdf Acesso em 05 nov. de 2020.
- FILPO, Klever Paulo Leal. Redescobrimo os métodos autocompositivos de solução de conflitos em tempos de COVID-19. In: **Rev. Augustus** | ISSN: 1981-1896 | Rio de Janeiro | v. 25, nº 51, p. 183-197, jul./out. 2020.
- FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Rangazzoni. **Psicologia jurídica**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- FREITAS, Marco Antônio Barbosa de. **Tutelas Provisórias Individuais nos Contratos de Plano de Saúde**. Editora Lumen Juris, RJ, 2018.
- LEWICKI, Roy J, SAUNDERS, David M., BARRYS, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. AMGH Editora, 5ª ed., 2014.
- MAGALHÃES NETO, Floriano Benevides de; MAGALHÃES, Lilese Barroso Benevides de. Conciliação no Brasil: análise de sua repercussão na celeridade e efetividade da Justiça. **Revista de Direito da ADVOCEF**. Porto Alegre, ADVOCEF, v. 1, n. 30, 2020. Disponível em: https://www.advocef.org.br/wp-content/uploads/2020/10/miolo_RD-30-site.pdf. Acesso em 05 nov. de 2020.
- MARQUES, Renata Grazielle Ferrão. **O papel dos métodos autocompositivos para o poder público no ordenamento jurídico brasileiro como forma de acesso à Justiça**. In: FIDES, Natal, V. 11, nº 1, jan./jun. 2020.

- NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. In: **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2016. PEDROSO, Joseane Ceolin Mariani de Andrade. **A importância da conciliação e mediação como ferramenta extrajudicial de inserção aos métodos alternativos para resolução de conflitos: relatos do núcleo de prática de mediação do curso de direito da FAMES**. 10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Extensão do Curso de Direito. 2018. Disponível em: http://metodistacentenario.com.br/jornada-de-direito/anais/10a-jornada-de-pesquisa-e-9a-jornada-de-extensao-do-curso-de-direito/artigos/relatos-de-experiencia/nucleo-de-pratica-de-mediacao_fames.pdf Acesso em 05 nov. de 2020.
- SANTOS, Benício Fagner. **Conciliação e mediação: efetividade da autocomposição no CEJUSC das Varas de Família de Salvador – BA**. Universidade do Sul de Santa Catarina. 2019. Disponível em: <https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/7920/BEN%c3%8dCIO%20FAGNER%20DO%20SANTOS%20-%20vers%c3%a3o%20final%20ap%c3%b3s%20defesa.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 05 nov. de 2020.
- TRETTEL, DANIELA BATALHA. **Planos de saúde na Justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais Superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde**. 2009.
- TRIGO, Beatriz et al. Políticas públicas para mitigação da cultura do litígio no Brasil. Direito e Sociedade: **Rev. Estudos Jurídicos e Interdisciplinares**, Catanduva – SP, v. 12, nº 1, jan./dez. 2017. Disponível em: http://unifipa.com.br/site/documentos/revistas/direito/dir_2017_vol12_n1.pdf#page=72 Acesso em 05 nov. de 2020.
- VASCONCELOS, Camila. **Responsabilidade médica e judicialização na relação médico-paciente**. Revista Bioética, 2012, v. 20, n. 3, p. 389-396. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/3615/361533260002.pdf>. Acesso em 05 nov. 2020.

Inovações tecnológicas no direito: uma análise da (im)possibilidade de citação por aplicativos de mensagem instantânea nos Juizados Especiais Cíveis da Bahia

*Amanda Leite Souza Alves**

*Lucas Duailibe Maia***

*Mariely Lago Vianna Nogueira****

Resumo: As constantes inovações tecnológicas que surgem, com o passar dos tempos, no mundo, tem provocado grandes alterações na dinâmica da sociedade. Nesse contexto, o presente artigo, ao partir da premissa de que o Direito deve se adequar a realidade social para não se tornar inócuo a esta, pretende, com vistas a garantir, sobretudo, uma prestação jurisdicional mais célere, investigar, com profundidade e inteireza, acerca da possibilidade de se realizar citações por aplicativos de mensagens instantâneas no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis da Bahia. Para tanto, este escrito, que se divide em três partes, busca, em suas duas primeiras, realizar, respectivamente, breves apontamentos sobre a inter-relação entre tecnologia e o Direito, bem como a respeito do instituto processual da citação, para que, assim, diante de um cenário mais cognoscível, possa-se, em sua última parte, enfrentar o aludido questionamento, de modo a examinar a viabilidade da referida modalidade desta citação e suas prováveis implicações.

Palavras-chave: direito; tecnologia; juizados; citação; *Whatsapp*.

*. Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB. Pós-graduanda em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale.

** . Bacharel em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RJ.

***. Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB. Pós-graduanda em Direito Constitucional Aplicado e Direito Previdenciário pela Faculdade Legale.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A informatização do Poder Judiciário brasileiro é uma realidade de décadas, a qual se iniciou com a implementação do processo digital. Contudo, atualmente, as inovações tecnológicas já implementadas pelos tribunais mostram-se insuficientes para atender a certas demandas de uma sociedade cada vez mais imediatista e conectada à realidade digital. Nesse sentido, nota-se a necessidade latente do Poder Judiciário adotar novas ferramentas digitais que sejam capazes de conjugar a celeridade almejada com a segurança jurídica necessária.

Dentre as inovações socialmente requisitadas, destaque-se o uso de aplicativos de mensagem instantânea para proceder à comunicação de atos processuais, em especial de intimação e citação, no âmbito dos Juizados Especiais, cujo rito é regido pelos princípios da simplicidade e celeridade. Embora o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tenha reconhecido a possibilidade do uso da plataforma *WhatsApp* para proceder intimações, desde que regulamentado pelos tribunais, ainda não há consenso sobre a viabilidade e/ou validade da citação realizado por meio dessa ferramenta.

Essa temática mostra-se de suma importância tanto aos profissionais da área jurídica quanto a todos os cidadãos munidos do direito fundamental do acesso à justiça, tendo em vista que a adoção de aplicativos de mensagem instantânea no rito dos Juizados Especiais Cíveis deve atender aos princípios da celeridade e simplicidade, mas sem gerar prejuízos ao princípio da segurança jurídica. No tocante à metodologia utilizada na elaboração deste escrito, optou-se pelo uso da pesquisa qualitativa, uma vez que é pautada em subjetividades; aplicada, pelo intuito de gerar conhecimento para aplicações práticas na resolução de problemas; exploratória cujo objetivo é gerar familiaridade com o tema; e bibliográfica, pois as fontes de pesquisa constituem matérias já publicadas como livros e artigos.

Nesse diapasão, o presente artigo visa analisar a possibilidade jurídica de o ato citatório ser realizado através de aplicativo de mensagem instantânea no âmbito dos Juizados Especiais, tendo em vista os princípios regentes da celeridade e simplicidade. Com o intuito de alcançar esse objetivo geral, traçaram-se três objetivos específicos, que se fazem os tópicos deste artigo, sendo estes os seguintes: i) realizar um breve levantamento sobre as implementações de recursos tecnológicos pelo Poder Judiciário; ii) elucidar a importância do ato citatório para a integralização da lide; iii) analisar o cabimento, ou não, da realização do ato citatório por aplicativos de mensagem instantânea.

2. INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E O DIREITO: BREVES APOSTAMENTOS

Nos últimos tempos, o avanço tecnológico é cada vez mais frequente e impactante. O uso da *internet*, e das demais tecnologias decorrentes desta, demonstra mais um cenário da revolução científica vivenciada. É, neste contexto, que o Poder Judiciário brasileiro também foi acometido por tais mudanças, em especial pela informatização do processo judicial.

Segundo Boaventura de Sousa Santos (2005, p. 90-91), as novas tecnologias de comunicação e de informação têm enorme potencial de transformação do sistema judicial em diversos âmbitos, dentre os quais estão: na administração e gestão da justiça; na transformação do exercício das profissões jurídicas; e na democratização do acesso ao direito à justiça.

Sobre o primeiro ponto, as novas tecnologias teriam um efeito positivo em face da celeridade e eficácia dos processos judiciais ao melhorar os recursos humanos, as secretarias e agendas judiciais, tornar mais eficaz a tramitação dos feitos, facilitar o acesso às fontes dentre outros fatores. Por conseguinte, o segundo ponto permitiria a maior circulação da informação e, portanto, um direito e justiça mais próximo e transparente. Ao exemplificar, o autor admite que a facilidade do acesso às bases de dados jurídicos e às informações fundamentais para o exercício de direitos, permite o exercício de um conjunto de direitos e deveres dos cidadãos (SANTOS, 2005, p. 91).

Nesta perspectiva, a informatização do processo judicial teria como um dos objetivos a promoção de uma justiça mais ágil, célere e mais eficiente, com o uso avançado da tecnologia e disseminação do computador, tanto para as partes do processo quanto para o próprio Poder Judiciário. Então os processos, ao se tornarem eletrônicos, poderiam tornar mais ágil a distribuição e tramitação dos feitos, além de ocasionar uma melhor gestão e controle do andamento dos processos e, por consequência, aumentaria a produção de julgados (HINO; CUNHA, 2020, p. 02).

Segundo Hino e Cunha (2020, p. 09), foi a instituição dos Juizados Especiais Federais, por meio da Lei 10.259/2001, que deu início ao processo de informatização do Poder Judiciário. Para o autor, o uso da tecnologia de informação ocasionou o desenvolvimento dos sistemas de comunicação dos atos processuais, permitiu o envio de petições eletrônicas, sem a apresentação das peças originais físicas, propiciou a realização de sessões virtuais e o desenvolvimento de soluções para suportar a instrução da lide.

Inclusive, no mesmo ano, houve a legalização da assinatura digital por meio dos certificados digitais.

No entanto, embora a instituição dos Juizados Federais tenha importado uma alteração no cenário brasileiro, foi apenas em 2004 que houve uma grande mudança no Poder Judiciário como um todo, quando o Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região autorizou a substituição dos seus processos físicos pelos autos eletrônicos. Dois anos depois, em 2006, a Lei nº 11.419 dispôs sobre a informatização do processo digital e possibilitou o uso de meios eletrônicos na tramitação de processos judiciais. A partir deste ato, os tribunais passaram, de forma gradativa, a implantar as novas ações (ALVARES, 2012, apud HINO; CUNHA, 2020, p. 09).

E, embora tais fatos tenham propiciado a informatização processual, a independência administrativa de cada tribunal ocasionou uma variedade na adoção dos sistemas de gerenciamento dos processos eletrônicos. Sendo assim, apenas em 2011, com uma parceria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), houve o lançamento do Processo Judicial eletrônico (PJe). Dois anos após, o CNJ determinou, por meio da Resolução nº 185, que os tribunais desenvolvessem um plano e um cronograma de implantação do PJe¹ (HINO; CUNHA, 2020, p. 09).

Inobstante a tentativa de padronização do CNJ, a referida Resolução não previu a obrigatoriedade do formato do PJe, o que permitiu a existência de outros sistemas de tramitação eletrônica nos tribunais. Assim, existem diversas plataformas eletrônicas diferentes (e-SAJ, Themis, Projudi dentre outros), nos diversos órgãos do Poder Judiciário, ainda que estas tenham objetivo de facilitar o acompanhamento processual dos casos (OLIVEIRA; CUNHA, 2020, p. 14).

Todavia a estratégia para melhorar a prestação jurisdicional através da tecnologia poderia ser eficaz não apenas para produzir informação sobre as atividades judiciais como também mecanismo de acesso à Justiça. Isto porque, nos processos judiciais digitais, por exemplo, o impacto é direto no tempo de tramitação do processo devido ao seu formato; é, também, pelo meio digital que há uma maior transparência e agilidade no acompanhamento dos processos. Observe-se que, segundo Chemin

1. É interessante destacar que, de acordo com Hino e Cunha (2020, p. 09), a partir do ano de 2015, o CNJ passou a emitir o relatório Justiça em Números, com destaques acerca da produtividade, avanços de informatização, dentre outros fatores a respeito da atuação do Poder Judiciário.

Harley e Panter (2017) apud Oliveira e Cunha (2020, p. 06), no relatório publicado pelo Banco Mundial, em 2017, os resultados de reformas dos Judiciários realizados em diversos países, dentre eles o Brasil, modernizou as instituições do sistema de Justiça e produziu resultados em menor tempo e com maior impacto ao medir o desempenho das instituições.

Ademais, outra inovação tecnológica que deve ser destacada é o uso de robôs para captura de informações. Tais meios registram a movimentação processual, como despachos, atas de audiência, sentenças e acórdãos, e já são utilizados por alguns escritórios de advocacia. Para tanto, os robôs se conectam aos sistemas do processo eletrônico ao utilizar dados válidos para o sistema, ou seja, em grande parte, dados de um dos sócios dos escritórios (HINO; CUNHA, 2020, p. 21).

Outro ponto a ser suscitado, é a mudança na atuação, mentalidade e produção dos magistrados diante da introdução de computadores e sistemas digitais. Segundo Fernando Fontainha (2012) citado por Oliveira e Cunha (2020, p. 16), tais meios tecnológicos impactaram a prestação jurisdicional e levaram ao surgimento de um novo tipo de juiz, o “juiz-empresendedor” que tem como interesse fundamental a gestão dos tribunais e cumprir as metas quantitativas impostas pelo CNJ, ao invés de se atentar à atividade para qual foi selecionado e treinado: a prestação jurisdicional. No entanto, Oliveira e Cunha (2020, p. 16) apontam que:

Apesar da existência de processos digitais e do uso de ferramentas como protocolos eletrônicos e videoconferências, ou do aplicativo de mensagens *WhatsApp* para realizar intimações judiciais, o foco está na gestão das atividades, e não no impacto que o Judiciário tem na sociedade.

Diante do exposto, embora a informatização tenha propiciado diversas mudanças no cenário jurídico brasileiro, há muito para se discutir acerca do processo e desenvolvimento de sua implantação. Para além de todo o contexto que representa a virtualização dos processos diante de um país dotado de desigualdades socioeconômicas e culturais, é importante debater quais os métodos tecnológicos e o modo como serão adotados pelos operadores do Direito (SANTOS FILHO; PEREIRA; OLIVEIRA, 2017). Isto porque, no âmbito dos Juizados Especiais, se espera uma justiça ainda mais ágil, célere e eficiente, e o uso de certos meios para alcançar esse fim pode problematizar institutos processuais presentes tanto no Código de Processo Civil quanto na Lei 9.099/1995 – que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Neste trabalho, o intuito é propiciar uma reflexão acerca da possibilidade do uso das tecnologias dos aplicativos de mensagens instantâneas, em especial o *WhatsApp*, como meio hábil a efetivar o ato citatório nos processos dos Juizados Especiais do Estado da Bahia. Logo, da análise do contexto jurídico brasileiro, é perceptível a utilização destes meios nos Juizados de outros Estados para efetivar citações e intimações das partes processuais e/ou de seus representantes legais.

3. A CITAÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: CONCEITO E MODALIDADES

A fim de investigar, com mais inteireza e profundidade, a problemática a que este artigo se propõe a examinar, a saber, a possibilidade, ou não, da realização do ato citatório por aplicativos de mensagem instantânea, nos Juizados Especiais Cíveis da Bahia, revela-se necessário, preliminarmente, compreender determinadas premissas acerca do instituto da citação. Para tanto, passa-se, sem mais delongas, ao exame do conceito e das modalidades do referido ato processual.

A citação, conforme se extrai do art. 238 do CPC/15², é o ato processual de comunicação pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual.

À vista de tal conceito, cumpre destacar, sob o prisma da Constituição Federal, mais especificamente do art. 5º, LV, da CF/88³, que a citação tem a importante incumbência de iniciar o momento no qual o requerido poderá exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Além desta, o professor Fredie Didier (2016, p. 615), a partir de uma visão mais procedimental, aponta que o referido ato apresenta uma dupla função, sendo estas as seguintes: “a) *in ius vacatio*, convocar o sujeito a juízo; b) *edictio actionis*, cientificar-lhe do teor da demanda”.

Nesse diapasão, cumpre ressaltar que, apesar de o aludido doutrinador, e o próprio dispositivo infraconstitucional supramencionado, se utilizarem do verbo “convocar”, tal expressão não se demonstra como a

2. Art. 238 do CPC/15: “Citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual.”

3. Art. 5º, LV, da CF: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

mais adequada, uma vez que a citação não convoca o demandado, tendo em vista que não depende de sua vontade, mas sim o integra, de forma automática e coercitiva, a relação jurídica processual (NEVES, 2018, p. 411).

Assim sendo, se infere ser mais adequado o conceito ensinado por Alexandre de Freitas Câmara (2017, p. 129), o qual a “citação é, pois, o ato pelo qual alguém é convocado a integrar um processo, dele se tornando parte independentemente de sua vontade”.

Ademais, já quanto às modalidades de ato citatório, se depreende, a partir da leitura dos incisos do art. 18 da Lei nº 9.099/95, que a citação poderá ser efetuada, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, de três formas, sendo estas as seguintes:

- I – por correspondência, com aviso de recebimento em mão própria;
- II – tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, mediante entrega ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado;
- III – sendo necessário, por oficial de justiça, independentemente de mandado ou carta precatória.

Nesse contexto, se observa que a referida legislação permite a utilização de quase todas as modalidades de atos citatórios previstos no art. 246⁴ do Código de Processo Civil, salvo a citação por edital, a qual é expressamente vedada, pelo § 2º do referido artigo⁵, no contexto dos juizados.

A respeito desta vedação, Flávio Olímpio de Azevedo (2013) bem explica que o legislador infraconstitucional optou por esse óbice, porque esta modalidade, ao se revelar muito custosa, complexa e demorada, violava diversos princípios inerentes aos Juizados Especiais, sobretudo os da simplicidade, informalidade e celeridade, estabelecidos no art. 2º da Lei dos Juizados Especiais⁶.

4. Art. 246 do CPC: “A citação será feita: I – pelo correio; II – por oficial de justiça; III – pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório; IV – por edital; V – por meio eletrônico, conforme regulado em lei.”

5. Art. 18. § 2º, da Lei nº 9.099/95: “Não se fará citação por edital.”

6. Art. 2º da Lei nº 9.099/95: “Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

Nessa seara, caso haja a necessidade de realizar uma citação por edital em um processo que tramita no juizado, os autos devem ser enviados ao distribuidor, para que ação seja distribuída a uma das varas comuns.

Esse é o entendimento que se extrai da jurisprudência pátria:

EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DECLARATÓRIA – CITAÇÃO POR EDITAL – IMPOSSIBILIDADE NO JUIZADO ESPECIAL – COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM. “A Lei nº 9.099/95 prevê expressamente que não se admite a citação por edital no âmbito dos juizados especiais. Havendo necessidade de citação por edital, a competência será da Justiça Comum. (TJ-MG – Conflito de Competência 1.0000.19.134327-6/000, Relator(a): Des.(a) Kildare Carvalho, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 14/05/2020, publicação da súmula em 15/05/2020). (Grifo nosso).

Ainda acerca desta temática, cumpre pontuar que parte minoritária da doutrina, como Ricardo Cunha Chimentí (2012, p. 165), adverte que tal vedação não é absoluta, uma vez que, a partir do teor do art. 53, § 4º da referida lei⁷, se constata que é possível a feitura do ato citatório ao processo de execução que tramitem nos juizados.

Esse também é a compreensão que se retira do Enunciado 37 do FONAJE, o qual afirma que

Em exegese ao art. 53, § 4º, da Lei 9.099/95, não se aplica ao processo de execução o disposto no art. 18, § 2º, da referida lei, sendo autorizados o arresto e a citação editalícia quando não encontrado o devedor, observados, no que couber, os arts. 653 e 654 do Código de Processo Civil. (Grifo nosso).

Além do mais, ainda se nota, a partir do já mencionado inciso III do art. 18 da Lei nº 9.099/95, que a citação por oficial de justiça existente no CPC é adaptada para a realidade dos juizados especiais, de modo a dispensar algumas de suas formalidades⁸, com vistas à concretização, especialmente, do princípio da informalidade, que se faz um dos norteadores do sistema em comento.

7. Art. 53, § 4º da Lei nº 9.099/95: “4º Não encontrado o devedor ou inexistindo bens penhoráveis, o processo será imediatamente extinto, devolvendo-se os documentos ao autor”.

8. Flávio Olímpio de Azevedo (2013) afirma que há, por exemplo, a dispensa da necessidade de mandado ou de carta precatória para a citação por oficial de justiça nos juizados.

Por fim, cabe destacar que o § 3º do art. 18 da Lei dos Juizados⁹, adota regra idêntica à contida no art. 239, § 1º do CPC¹⁰, na qual se estabelece que o comparecimento espontâneo da pessoa do citando supre eventual falta ou nulidade da citação, de forma a se privilegiar, desta forma, o princípio da economia processual.

4. A REALIZAÇÃO DE CITAÇÃO POR APLICATIVO DE MENSAGENS INSTANTÂNEAS: UMA ANÁLISE DE SUA (IM)POSSIBILIDADE NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DA BAHIA

Conforme explicitado anteriormente, o sistema processual brasileiro tem passado, nas últimas décadas, pelo importante processo de informatização, destacando-se como modificação propulsora a tramitação das ações judiciais por meio eletrônico, indistintamente nas áreas cível, penal e trabalhista, nos Juizados Especiais e em qualquer grau de jurisdição.

Em decorrência do grande avanço tecnológico nos meios de comunicação, da popularização de alguns destes, em especial os aplicativos de mensagens instantâneas, e da incessante busca pela celeridade processual, alguns operadores do Direito, como magistrados e advogados, têm defendido a possibilidade de que a comunicação eletrônica dos atos de intimação e citação judiciais seja realizada através desse meio digital alternativo, sempre que possível. Esse posicionamento é mais veemente no âmbito dos Juizados Especiais, tendo em vista os princípios regentes da simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, previstos no art. 2º, da Lei 9.099/1995.

A comunicação dos atos eletrônicos é regulamentada pela Lei nº 11.419/2006, a qual dispõe sobre a informatização do processo judicial, estabelecendo, portanto, parâmetros que validam tanto os atos de comunicação quanto à transmissão de peças processuais e a tramitação das ações judiciais. O art. 9º, da Lei 11.419/06 prevê que “no processo eletrônico, todas as citações, intimações e notificações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico, na forma desta Lei”, ressaltando, em seu

9. Art. 18, § 3º da Lei nº 9.099/95: “O comparecimento espontâneo suprirá a falta ou nulidade da citação”.

10. Art. 239, § 1º do CPC/15: “ § 1º O comparecimento espontâneo do réu ou do executado supre a falta ou a nulidade da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação de contestação ou de embargos à execução.”.

§ 1º, que “as citações, intimações, notificações e remessas que viabilizem o acesso à íntegra do processo correspondente serão consideradas vista pessoal do interessado para todos os efeitos legais”.

Embora não se tenha a previsão expressa sobre a possibilidade de intimação ou citação por aplicativo de mensagem instantânea, como destacado acima, há magistrados que defendem e se utilizam dessa ferramenta para realizar atos de comunicação processual. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2017, julgou procedente o Procedimento de Controle Administrativo (PCA) 0003251-94.2016.2.00.0000, no qual o requerente Gabriel Consigliero Lessa¹¹, juiz de direito da comarca de Piracanjuba/Goiás, pleiteou a ratificação integral da Portaria Conjunta nº 01/2015, do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Piracanjuba/GO e da Ordem dos Advogados do Brasil, após o Tribunal de Justiça de Goiás, por meio de sua Corregedoria, ter proibido o uso do *WhatsApp* como ferramenta de comunicação dos atos processuais. A conselheira Daldice Santana, relatora do referido PCA, em seu voto, ressaltou que tanto os princípios orientadores dos Juizados quanto a sua competência de conciliar, processar e julgar causas de menor complexidade são pilares que visam “ampliar o acesso à justiça, garantindo a prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva para o tratamento do conflito apresentado”.

Não obstante o entendimento do CNJ ser direcionado para a possibilidade de intimação das partes por meio de aplicativo de mensagem instantânea, e desde que haja anuência prévia de ambas, conforme os termos da Portaria Conjunta nº 01/2015 acima citada, a juíza Deborah Cavalcante de Oliveira Salomão Guarines, em 2017, à época titular da 2ª Vara da Comarca de Maranguape, no Ceará, deferiu o pleito da parte autora para proceder à citação da parte ré por meio de telefone ou pelo uso do aplicativo de *WhatsApp*.

De acordo com as informações fornecidas no portal do Tribunal de Justiça do Ceará, a magistrada defende que a citação pode ser realizada por qualquer meio de comunicação idôneo, através do oficial de justiça, o qual é dotado de fé pública, com fulcro na previsão do art. 13, § 2º da Lei 9.099/95¹². Frisa-se que, neste caso, houve, anteriormente, ao menos duas

11. O magistrado Gabriel Consigliero Lessa foi homenageado na edição XII do Prêmio Inovare 2015 em virtude da implementação da prática de intimação eletrônica via plataforma *Whatsapp*.

12. Art. 13, § 3º. A prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio idôneo de comunicação.

tentativas de citação presencial por oficial de justiça, mas todas frustradas em decorrência do desconhecimento do endereço atual da demandada, sendo a única certeza da demandante o número de telefone daquela.

Ao discorrer sobre a citação eletrônica, Neves (2018, p. 643) pondera que: “sendo a citação ato essencial para a efetivação dos princípios constitucionais da *ampla defesa* e *contraditório*, o endereço eletrônico tem de ser informado pelo demandado”. Nesse sentido, por analogia, questiona-se sobre a possível falta de segurança jurídica aos envolvidos na ação, pois pode haver casos em que não é possível saber se o número telefônico fornecido pela parte autora realmente pertence a parte demandante ou, caso pertença, se vai haver a efetiva entrega e leitura da citação, tendo em vista que há configurações dos aplicativos de mensagem instantânea que ocultam informações como “visto por último”, “mensagem recebida” e “mensagem lida”.

Ademais, destacam-se as hipóteses de se o demandado possui ou não um *smartphone*¹³, se tem acesso ou não à internet, se tem o aplicativo de mensagem instantânea instalado, com boa funcionalidade e alguma periodicidade de acesso e leitura de mensagens. De acordo com a reportagem de Rodrigo Loureiro, publicada no portal eletrônico Exame, uma pesquisa organizada em conjunto pelo Mobile Time, Opinion Box e Infopib, no ano de 2019, concluiu que o aplicativo *WhatsApp* era utilizado por 98% dos entrevistados, o que significou um aumento de 1% em relação aos resultados registrados no ano de 2018. Enquanto que os dados coletados pela pesquisa Panorama Mobile Time/ Opinion Box – Mensageria no Brasil de 2020, os quais foram analisados pelo jornalista Fernando Piva, mostram que 97% dos 2.046 internautas¹⁴ entrevistados afirmaram que

-
13. *Smartphone* é um termo em inglês que significa, em tradução livre, telefone inteligente. Utiliza-se esse vocábulo para referir-se a modelos de celulares com tecnologias avançadas, os quais possibilitam que aplicativos sejam executados em um sistema operacional, semelhante aos computadores.
 14. Nesta edição foram entrevistados 2.046 brasileiros com mais de 16 anos de idade que acessam a Internet e possuem celular, respeitando as proporções de gênero, idade, renda mensal e distribuição geográfica desse grupo. As entrevistas foram feitas on-line entre 7 e 28 de julho de 2020. Esta pesquisa tem validade estatística, com margem de erro de 2,2 pontos percentuais e grau de confiança de 95% (PANORAMA, 2020).

possuíam *smartphones* e 99%¹⁵ deles utilizavam o aplicativo *WhatsApp*, enquanto que 95%¹⁶ afirmaram acessá-lo todos os dias.

Não obstante o número de internautas entrevistados neste ano, este montante representa pequena parte da população brasileira passível de compor uma lide judicial. Os dados coletados refletem uma realidade social facilmente constatada no cotidiano de muitos municípios brasileiros, qual seja o crescente número de pessoas que possuem *smartphones* com acesso à internet, seja ela móvel ou por *Wi-Fi*¹⁷, e com algum aplicativo de mensagem instantânea instalado, com ênfase para o *WhatsApp*.

Nesse diapasão, depreende-se que a possibilidade de implementação de novas ferramentas digitais que possibilitem aos oficiais de justiça a realização do ato de citação de modo mais célere e simplificado, com redução de custos e tempo morto do processo, é uma realidade latente e que atenderá aos anseios sociais atuais. Para tanto, é imprescindível a edição de regulamentação prévia que garanta segurança jurídica a todos os envolvidos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante deste contexto tecnológico, diversos aspectos positivos e negativos podem ser destacados a partir da informatização do processo judicial. Dentre os aspectos positivos, pode se destacar a maior produtividade, acesso à informação, celeridade, transparência, redução de gastos, preservação do meio ambiente, dentre outros. Por outro lado, os aspectos negativos estariam pautados na falta de padronização da informação, dificuldade de localização da informação e de visualização da informação, dependência de infraestrutura interna e externa e indisponibilidade, dentre outros fatores (HINO; CUNHA, 2020, p. 15-24).

Embora a virtualização do processo seja objeto de críticas, sejam elas positivas ou negativas, é indubitável a ascensão da busca por meios alternativos no meio judicial. Neste artigo, em especial, tratou-se dos meios

15. Universo de 1.983 internautas que possuem *smartphone*.

16. Universo de 1.969 internautas que têm o *WhatsApp* instalado em seu *smartphone*.

17. *Wi-Fi* é um termo em inglês que corresponde à forma abreviada de *Wireless Fidelity*, ou fidelidade sem fio (tradução para o português), que é um tipo de tecnologia a qual permite a conexão sem fio entre vários dispositivos diferentes, normalmente utilizado para o compartilhamento de internet.

alternativos para proceder à comunicação dos atos processuais às partes, uma vez que, diante do cenário de avanço tecnológico e de distanciamento social em virtude da Pandemia COVID-19, o uso dos aplicativos de mensagem instantânea pode se tornar uma realidade progressiva no âmbito dos Juizados Especiais.

Da análise do exposto, é perceptível que a comunicação por meio eletrônico não é algo tão recente, tendo em vista a regulamentação da informatização do processo desde 2006, ou seja, antes mesmo da vivência da pandemia supracitada. No entanto, é a busca pelo uso do *WhatsApp*, para proceder a comunicação dos atos processuais, que tem se mostrado cada vez mais presente e se relacionado com as necessidades dispostas pelo momento atual. Isto se justifica ante a inter-relação do ato requerido com os princípios norteadores dos Juizados Especiais, em especial o da celeridade e da simplicidade, bem como pelas regras impostas pelas Leis 9.0099/95 e 11.419/06.

No ordenamento jurídico brasileiro, é possível observar que esta inovação, com o passar dos anos, tem tido uma melhor aceitação pelos tribunais e juristas quando diz respeito à intimação. No entanto, há muita divergência e insegurança quando se refere à citação, pois este é um ato cujo objetivo é integrar o Réu ao processo, e se mostra essencial para estabelecer a relação processual e dar continuidade à ação.

Embora haja divergência acerca do uso do aplicativo, pode se tornar latente a necessidade do Poder Judiciário aderir às novas tecnologias para acompanhar as demandas sociais, aperfeiçoar a prestação jurisdicional e promover o acesso à justiça. Assim, ainda que não haja concordância para utilizar o *WhatsApp*, seja para intimação ou citação, caso o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia resolva se utilizar deste meio, no âmbito dos Juizados Especiais, é imprescindível a existência de uma regulamentação para o ato.

A essencialidade de se normatizar a utilização do aplicativo é justificável para padronizar a atuação do Tribunal e garantir a segurança jurídica na atividade de prestação jurisdicional do Poder Judiciário. Deste modo, o uso desta tecnologia à revelia dos operadores do direito, sem o devido cuidado ou seguimento de normas norteadoras, pode se tornar prejudicial tanto ao acesso à justiça quanto ao devido processo legal, ante à impossibilidade da plataforma garantir, por si só, a idoneidade da comunicação entre o Estado e as partes.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Flávio Olímpio de. **Lei de Juizados Especiais comentada (9.099/95)**. 2013. Disponível em: <<https://www.direitocom.com/lei-de-juizados-especiais-civeis-comentada-9099-95/secao-vi-das-citacoes-e-intimacoes>>. Acesso em: 15 nov. 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.
- _____. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- _____. **Lei nº 10.259**, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 13 nov. 2020.
- _____. **Lei nº 11.419**, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- _____. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 de nov. de 2020.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. **Procedimento de Controle Administrativo nº 0003251-94.2016.2.00.0000**. Estado de Goiás. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/JurisprudenciaListSearch.seam?sort=dtDataJulgamento_untk&dir=desc&logic=and&cid=21012>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- _____. **Resolução nº 185 de 18 de dezembro de 2013**. Institui o Sistema Processual Eletrônico – Pje como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1933>>. Acesso em: 13 de nov. 2020.
- _____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Conflito de Competência 1.0000.19.134327-6/000**, Relator (a): Des.(a) Kildare Carvalho, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 14/05/2020 DJ 15 mai 2020. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/845946759/conflito-de-competencia-cc-10000191343276000-mg>>. Acesso em: 15 nov. 2020.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- ENUNCIADOS CÍVEIS. **Fórum Nacional dos Juizados Especiais**. Disponível em: <<http://fonaje.amb.com.br/enunciados/>>. Acesso em: 15 de nov. 2020.

- HINO, Marcia Cassitas; CUNHA, Maria Alexandra. Adoção de tecnologias na perspectiva de profissionais de direito. **Revista Direito GV**, São Paulo, 16, n. 01, 1952, 2020. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201952>>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- INNOVARE. Intimação eletrônica via plataforma *Whatsapp*. **Instituto Inovare**. 2015. Disponível em: <<https://www.premioinnovare.com.br/praticas//intimacao-eletronica-via-plataforma-whatsapp-20150514210419976117>>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- JUÍZA DE MARANGUAPE AUTORIZA CITAÇÃO POR TELEFONE OU WHATSAPP. **Tribunal de Justiça do Ceará**. 2017. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/juiza-de-maranguape-autoriza-citacao-por-telefone-ou-WhatsApp/>>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- LOUREIRO, Rodrigo. Pesquisa revela os aplicativos de mensagem mais utilizados no Brasil. **Exame**. 2019. Disponível em: <<https://exame.com/tecnologia/pesquisa-revela-os-aplicativos-de-mensagens-mais-utilizados-no-brasil/>>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.
- O QUE É SMARTPHONE. **Significados**. 2013. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/smartphone/>>. Acesso em: 16 nov. 2020.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de.; CUNHA, Luciana Gross. Os indicadores sobre o judiciário brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, nº 01, e1948, 2020, p. Disponível:<<https://doi.org/10.1590/2317-6172201948>>. Acesso em: 13 nov. 2020.
- PAIVA, Fernando. Panorama Mobile Time/ Opinion Box – Mensageria no Brasil. **Panorama Mobile Time**. 2020. Disponível em: <<https://panoramamobiletime.com.br/pesquisa-mensageria-no-brasil-agosto-de-2020/>>. Acesso em: 15 nov. 2020.
- SIGNIFICADO DE WIFI. **Meus Dicionários**. 2016. Disponível em: <<https://www.meusdicionarios.com.br/wi-fi/>>. Acesso em: 15 nov. 2020.
- SANTOS FILHO, Itamar da Silva; PEREIRA, Antonio de Pádua C.; OLIVEIRA, Maxwell Brito. O processo judicial eletrônico e o acesso à justiça. **Revista da Escola Judiciária do Piauí**, Piauí, v. 1, nº 1 (2017), Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br/revistaejud/index.php/escolajudiciariapiaui/article/view/36>>. Acesso em: 13 nov. 2020.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 7, n. 13, jan/jun., 2005, p. 82-109. Disponível em:<[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Tribunais%20e%20novas%20tecnologias_Sociologias_2005\(1\).pdf](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Tribunais%20e%20novas%20tecnologias_Sociologias_2005(1).pdf)>. Acesso em: 13 nov. 2020.
- WHATSAPP PODE SER USADO PARA INTIMAÇÕES JUDICIAIS. **Conselho Nacional de Justiça**. 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/WhatsApp-pode-ser-usado-para-intimacoes-judiciais/>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

Direito fundamental à saúde e ativismo judicial: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

*Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães Ferreira**

*Ana Bárbara Barbuda Ferreira Motta***

Resumo: Os direitos fundamentais são aqueles direitos essenciais a todo e qualquer indivíduo, decorrentes da dignidade da pessoa humana e protegidos constitucionalmente. A doutrina classifica tais direitos em dimensões e ainda em *status* de direitos fundamentais. No neoconstitucionalismo, os direitos fundamentais ocupam posição de grande relevância, irradiando a sua força para todo o ordenamento jurídico. O direito à saúde é considerado um direito fundamental de segunda dimensão, devendo, portanto, ser garantido através de uma postura ativa do Estado, com prestações positivas. Neste ponto reside o debate acerca do papel do Judiciário na efetivação desse direito, com enfoque para a análise acerca do ativismo judicial e da autocontenção. Para tanto, busca-se analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e os contornos de suas decisões envolvendo o direito fundamental à saúde.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, neoconstitucionalismo, direito à saúde, ativismo judicial, jurisprudência do STF.

*. Pós-Doutoranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador. Pós-graduada em Civil e Processo Civil da Faculdade Baiana de Direito. Pós-graduada em Relações Familiares e Contextos Sociais pela UCSAL. Pós-graduada em Direito Canônico pela UCSal. Pós-graduada em Atividade Judicante pela EMAB/UFBA. Juíza Formadora, Tutora e Conteudista na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Tutora e Conteudista da Escola Nacional de Magistrados (ENM). Formadora na Unicorp. Tutora do Centro de Apoio à Magistratura Brasileira COVID 19 da ENFAM, na temática Litigiosidade recorrente e sistema multiportas. Atualmente, exerce função judicante na 6a. Turma Recursal da Fazenda Pública em Salvador.

** . Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduanda em Direito Civil pela Escola Paulista de Direito. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

1. INTRODUÇÃO

O direito à saúde, sob a perspectiva da teoria geral dos direitos fundamentais, é considerado direito de segunda dimensão, de modo que se exige do Estado, para sua concretização, não apenas um comportamento de abstenção e respeito, mas sobretudo, uma postura ativa e diligente que possa proporcionar a sua efetivação para todos indivíduos. Nesse sentido, ganha destaque a atuação do Judiciário na efetivação desse direito, visto que de um lado, integra o chamado “mínimo existencial” e, de outro lado, a teoria da “reserva do possível” passa a ser sustentada por atores estatais.

Todo esse debate, relaciona-se com o papel do Judiciário na consolidação de direitos fundamentais, aflorando a discussão acerca do ativismo judicial. A jurisprudência, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, que em muito orienta a atuação dos magistrados, tem estabelecido alguns parâmetros acerca de casos relacionados ao direito à saúde. Nesse sentido, nos Juizados de Fazenda Pública, casos relacionados a este direito fundamental passam a ocupar lugar de destaque, havendo um acréscimo expressivo nos últimos tempos, notadamente com a pandemia instalada no nosso país desde março de 2020.

Para a compreensão do tema, é basilar compreender qual a posição desse direito no nosso ordenamento jurídico, como direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente, bem como perceber quais os debates que cercam a atuação do Poder Judiciário na concretização desses direitos à todas as pessoas.

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, considerando a natureza jurídica do direito à saúde como um direito fundamental, é preciso compreender o que são tais direitos, sua posição central dentro do atual modelo de constitucionalismo vivido, bem como suas principais características.

2.1. ANÁLISE DA ORIGEM E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A fim de compreender o significado do referido termo “direitos fundamentais”, é de grande relevância notar a origem da nomenclatura. O primeiro uso da expressão “direitos fundamentais” surgiu na França, durante o movimento político e cultural que culminou na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (NOVELINO, 2017).

Sob o ponto de vista material, os termos “direitos humanos” e de “direitos fundamentais” possuem equivalente conteúdo, pois se referem a um conjunto de normas que objetivam proteger os bens jurídicos mais sensíveis no plano da proteção da dignidade humana. Contudo, é preciso esclarecer que inexistente um entendimento uniforme acerca da diferença dos termos, conforme entende Marcelo Novelino (2017, p. 277):

Apesar da inexistência de um consenso a distinção mais usual da doutrina brasileira é no sentido de que ambos, com o objetivo de proteger e promover a dignidade da pessoa humana, abrangem direitos relacionados a liberdade e a igualdade, mas positivados em planos distintos. Enquanto os direitos humanos se encontram consagrados nos tratados e convenções internacionais (plano internacional), os direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país (plano interno), podendo o seu conteúdo e conformação variar de acordo com cada país.

Norberto Bobbio (2004) sobre o tema diz que é necessário reconhecer que os Direitos do Homem estão na base das Constituições Democráticas modernas, sendo a paz um pressuposto necessário para a efetiva proteção dos direitos dos homens em cada Estado e no sistema internacional. Considerando que os direitos fundamentais são os direitos atinentes a todas os homens, de modo a garantir a dignidade da pessoa humana, percebe-se que a referida classe de direitos tem características em comum. Neste sentido, todas as características a seguir apresentadas qualificam todos os direitos fundamentais, inclusive o direito à saúde. Inicialmente, tais direitos são universais, conforme explica Marcelo Novelino (2017, p. 281):

A existência de um núcleo mínimo de proteção a dignidade deve estar presente em qualquer sociedade, ainda que os aspectos culturais devam ser respeitados. Por isso, a validade universal não significa uniformidade. Conforme observa Konrad Hesse (2001), o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente de idiosincrasia, da cultura e da história dos povos.

Ainda, como característica de tais direitos, tem-se a historicidade, ou seja, esses direitos surgem e se desenvolvem ao longo da história, havendo, portanto, a possibilidade de alteração do seu sentido e conteúdo. Esta característica afasta a fundamentação jusnaturalista a tais direitos (NOVELINO, 2017, p. 281). Também, são inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Deste modo, o não exercício não significa a renúncia. Percebe-se que os direitos fundamentais possuem peculiaridades que os

tornam essenciais em nosso ordenamento jurídico, estando relacionados aos valores atinentes a preservação da dignidade da pessoa humana em todos os seus âmbitos.

2.2. DIMENSÕES E STATUS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao se voltar ao passado, vê-se que os direitos fundamentais são conquistados, cada qual ao seu tempo, por motivos variados pois estes revelam a vida em sociedade. Assim “os direitos não nascem todos de uma vez”, [...] nascem quando devem ou podem nascer” (BOBBIO, 2004, p. 6). Para Bobbio, os direitos são frutos da história que caminha e por isto podem, estes direitos, ser identificados a partir da geração em que foram reconhecidos. Assim também, discorre Dirley da Cunha Junior ao argumentar que estas gerações dos direitos “revelam a ordem cronológica do reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, que se proclamam gradualmente na proporção das carências do ser humano, nascidas em função da mudança das condições sociais” (CUNHA JR, 2012, p. 596).

Afirma Bobbio (2004, p. 7), que “num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade”. Estes são os direitos de primeira geração, que nascem com o século XVII. Nesta dimensão se identificam os direitos de natureza civis e políticos, tendo sido o opostos contra o Estado e trazem a defesas das Liberdades. Fatos históricos estão referendados na Constituição Americana e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Os direitos sociais, culturais, previdenciários, econômicos, coletivos vão se constituir na segunda geração dos direitos. Clamam por uma igualdade coletiva que instaure o Estado do Bem-Estar social, do Século XX. Eles são consequência da derrocada do Estado Liberal e verificam que o Estado tem de oportunizar “direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia” (BOBBIO, 2004, p. 32). O cunho ideológico nasceu com a Constituição Mexicana de 1917 e a Lei Fundamental de Weimar em 191., na Alemanha. Como se vê, assume um novo papel o Estado, a quem caberá também assegurar a igualdade entre as pessoas no gozo dos direitos, competindo-lhes especialmente a redução das “desigualdades sociais e econômicas até então existentes, que debilitavam a dignidade humana” (CUNHA JR., 2012, p. 623).

Correspondem aos direitos fundamentais da terceira geração os direitos da solidariedade. Tem sua origem na Revolução Francesa, e com o símbolo da fraternidade vieram para proteger os direitos decorrentes de uma

sociedade organizada, que se encontra envolvida em relações de diversas naturezas, fruto do processo de industrialização e urbanização projetando para as titularidades difusa e coletiva. São de terceira geração de direitos fundamentais o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao desenvolvimento, a comunicação, os direitos dos consumidores e vários outros direitos especialmente aqueles relacionados a grupos de pessoas mais vulneráveis (a criança, o idoso, a pessoa com deficiência, etc). A partir da quarta geração, não há um consenso doutrinário acerca dos referidos direitos. A quarta geração de direitos fundamentais, para alguns, é caracterizada pela pesquisa biológica e científica, pela defesa do patrimônio genético, pelo avanço tecnológico, pelo direito à democracia, à informação e ao pluralismo (CUNHA JR, 2012). Evocam também as questões sobre a ética e da moralidade. E, os direitos de quinta geração são como o direito a paz. Bonavides, afirma que está em um “patamar superior” haja vista que “a dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos” (BONAVIDES, 2017).

Percebe-se, portanto, que os direitos fundamentais e são um “feixe de posições jurídicas, abrangendo estruturas e conteúdos diferentes”, conforme estabelece Robert Alexy (2011, p. 255). Neste sentido, é relevante destacar a teoria dos status de Jellinek, de grande importância no estudo dos Direitos Fundamentais. Segundo a teoria, existem quatro status de direitos fundamentais, quais sejam, o status positivo, negativo, ativo e passivo. Sobre a referida teoria, Marcelo Novelino (2017, p. 278) esclarece:

Um status não se confunde com um direito. Dentre as diversas formas de descrever o que é um status, tem importância central sua caracterização como uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo. Segundo a concepção de Jellinek, o direito tem como conteúdo o “ter”, ao passo que o status tem como conteúdo o “ser”.

Sendo assim, o status passivo relaciona-se com a esfera das obrigações individuais, impondo, por parte do Estado, um dever ou uma proibição ao indivíduo. Já o status ativo, refere-se a capacidade que extrapolam a liberdade natural, ou seja, trata-se do direito de participação do indivíduo nas atividades políticas. O status negativo, por sua vez, refere-se as liberdades, ou seja, o direito as ações negativas do estado. Por fim, o status positivo, é aquele que diz respeito a capacidade de recorrer ao aparato estatal (NOVELINO, 2017, p. 278-279).

2.3. A RELEVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO NEO-CONSTITUCIONALISMO

A fim de compreender a importância valorativa dos direitos fundamentais, é indispensável perceber o momento constitucional vivido nos dias hodiernos. Isso porque apenas desse modo é possível entender o papel e força da Constituição como centro de um ordenamento e, portanto, justificador e limitador das demais normas que compõem dado sistema normativo.

A partir do século XXI, a doutrina passa a observar uma nova perspectiva constitucional, denominada neoconstitucionalismo ou, ainda, constitucionalismo pós-moderno (TAVARES, 2016). O momento histórico vigente não comportava mais o positivismo jurídico, passando a repudiar os métodos mecânicos da subsunção e “uma nova visão interpretativa e das tarefas da Ciência e Teoria do Direito, cuja preocupação reside no desenvolvimento de um trabalho crítico e não apenas descritivo” desabrochou, dando ensejo a uma nova fase, o pós-positivismo, conforme explica Novelino (2017).

Sendo assim, a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo fizeram com que uma nova corrente ganhasse destaque, com evidente abandono a tradicional compreensão na qual a constituição era vista “como um documento essencialmente político” (NOVELINO, 2017, p. 59). Nesse sentido, fazia-se necessário um conjunto amplo de reflexões sobre o Direito, considerando sua função social e interpretação.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação (BARROSO, 2020, p. 246).

O pós-positivismo coloca-se como uma corrente intermediária que busca exaltar a força normativa dos princípios, o caráter central da argumentação jurídica e a aproximação entre a moral e o direito. Ainda, pode-se empregar o termo em análise em três acepções, quais sejam: como um método para o estudo do direito, como ideologia e como teoria jurídica (NOVELINO, 2017, p. 63). Ideologicamente, o pós-positivismo busca, de um lado, a manutenção da segurança jurídica e, de outro, valoriza a justiça material, afastando-se da visão cética existente no positivismo puro. A Constituição passa a assumir uma forte carga valorativa, assegurando di-

reitos fundamentais relacionados à pessoa humana, pelo que o intérprete, ao aplicar as normas do ordenamento, deve buscar a concretização destes valores constitucionalizados (NOVELINO, 2017).

Barroso (2020, p. 250), nesse sentido, afirma que a doutrina do pós-positivismo tem sua inspiração na “revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática”. Para o constitucionalista, é a “designação provisória e genérica de um ideário difuso”, que incorpora ideias de justiça, igualdade material mínima, direitos fundamentais e da nova hermenêutica com “a redefinição das relações entre valores, princípios e regras” (BARROSO, 2020, p. 250).

A respeito do tema, de forma clara, Dirley Cunha aduz: “o neoconstitucionalismo representa o constitucionalismo atual, contemporâneo”, que propõe uma mudança paradigmática em razão da força normativa da Constituição, constituída “de normas de eficácia vinculante e obrigatória” e, portanto, “dotada de supremacia material e intensa carga valorativa”, gestora do Estado Constitucional de Direito (CUNHA JR, 2012, p. 20).

Sendo assim, o pós-positivismo sustenta essa nova etapa constitucional a qual se passou a chamar de neoconstitucionalismo. Dentre as diversas características existentes nesse novo modelo constitucional, destaca-se, sem dúvidas, a hierarquia formal e axiológica da Constituição que passa a ser como o coração, eixo central do sistema e, também, do ponto substancial para a sobrevivência e a manutenção do Estado de Direito.

Ainda, conforme a alta carga valorativa que passa a integrar os textos constitucionais, incorporando valores e opções políticas relacionadas à dignidade humana e aos direitos fundamentais, devendo ser aplicadas de logo em todos os poderes e até mesmo aos particulares, dada a sua eficácia irradiante, vertical e horizontal.

Desse modo, percebe-se que com o neoconstitucionalismo a Constituição ganha nova face, sendo o centro axiológico do ordenamento jurídico, irradiando valores para todos os demais diplomas normativos e para a realidade social. Nesse sentido, os direitos fundamentais passam a ter uma eficácia horizontal, aplicando-se a todas as relações jurídicas, inclusive entre particulares. Percebe-se, portanto, que com o atual momento de constitucionalismo vivido, os direitos fundamentais devem ser implementados da forma mais ampla, abrangente e eficaz possível.

3. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E ATIVISMO JUDICIAL

O art. 6º, caput, da Constituição Federal contém expressamente o direito à saúde como um direito social e, portanto, um direito fundamental. Ademais, a Constituição em seu art. 23, que trata acerca das competências comuns de todos os entes federados, estabelece que a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal devem cuidar do direito à saúde. Logo após, o art. 24, da CF, enquadra o direito à saúde dentre as competências legislativas concorrentes, da União e Estados, e no art. 30, dentre as competências municipais está a de prestar serviços de atendimento à saúde da população. Evidente, portanto, que o constituinte considerando a relevância do direito à saúde buscou garantir a maior amplitude possível, estabelecendo que todos os entes são responsáveis pela sua concretização.

Ainda analisando o texto constitucional, o direito à saúde é novamente mencionado como um princípio sensível (arts. 34 e 35 da CF), ou seja, caso um ente não aplique o mínimo exigido da receita resultante de impostos nas ações e serviços públicos de saúde, esta omissão poderá ensejar uma intervenção federal ou estadual. Ao longo do atual texto constitucional, a saúde é mencionada em sessenta e sete dispositivos, demonstrando, assim, a importância do referido direito em nosso ordenamento.

A partir do art. 196, CF inicia-se uma seção unicamente dedicada ao referido direito, com a previsão acerca da sua amplitude, bem como do sistema único de saúde, responsável por, de forma integral e universal, garantir a saúde a todos os indivíduos do nosso país.

Sobre o referido direito Bernardo Gonçalves (2020, p. 919) faz a seguinte consideração:

É indiscutível que o direito à saúde se relaciona de forma direta com o direito à vida. Todavia, não é nada fácil, nem simples, desenvolver um conceito jurídico do que seja saúde. (...) A Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), por outro lado, apresenta uma leitura que engloba ainda no conceito de saúde um conjunto de ações públicas que assegurem uma vida digna e a autonomia dos sujeitos beneficiários. Por isso mesmo, fala-se em medidas de saúde preventiva e medidas de saúde curativa: o primeiro conceito se revelaria como um *status positivus Libertatis* – na leitura de Jellinek, conectado à noção de mínimo existencial –, enquanto o segundo, um *status positivus socialis* (isto é, um direito social, propriamente dito).

Percebe-se, portanto, que a amplitude do direito à saúde conduz a uma dificuldade de conceituação estanque do referido direito. O direito à

saúde engloba assim um feixe de outros direitos, como o direito à prevenção, ao tratamento adequado, ao recebimento de medicamentos, dentre outros. E ainda está intrinsecamente relacionado á outros direitos fundamentais, como o direito á vida e á liberdade.

A Constituição cria o Sistema Único de Saúde (SUS) a fim de concretizar este direito através de uma rede regionalizada e hierarquizada, marcada pela descentralização, mas com direção única em cada esfera de governo, com atendimento integral, com a fixação de prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo de serviços assistenciais e de participação da comunidade, conforme art. 198 da Constituição Federal. Também, percebe-se que a assistência à saúde também é permitida à iniciativa privada, de forma complementar, segundo contratos ou convênios, com preferência à entidades filantrópicas, sem fins lucrativos (art. 199, CF).

Pela leitura da Constituição, percebe-se que duas características acerca desse direito são ressaltadas: a universalidade e a integralidade. De um lado, a universalidade garante que todo e qualquer indivíduo tenha acesso ao sistema único de saúde, independente de raça, condição social, econômica, ou qualquer outra característica. Isso prestigia outro princípio constitucional, o da igualdade, previsto no art. 5º da CF. Essa universalidade não impede, contudo, a previsão do art. 32 da Lei nº 9.656/98, que cria o denominado “ressarcimento ao SUS”, julgado constitucional pela Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, vejamos:

É constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei nº 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4.6.1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos. O art. 32 da Lei nº 9.656/98 prevê que, se um cliente do plano de saúde utilizar-se dos serviços do SUS, o Poder Público poderá cobrar do referido plano o ressarcimento que ele teve com essas despesas. Assim, o chamado “ressarcimento ao SUS”, criado pelo art. 32, é uma obrigação legal das operadoras de planos privados de assistência à saúde de restituir as despesas que o SUS teve ao atender uma pessoa que seja cliente e que esteja coberta por esses planos. STF. Plenário. RE 597064/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 7/2/2018 (repercussão geral) (Info 890).

Por outro lado, a integralidade do Sistema Único de Saúde prevê que não há a priori um limite estabelecido a quais serviços serão fornecidos aos indivíduos para a efetivação do direito à saúde. Ao contrário, o serviço de saúde deve ser o mais amplo, completo possível. Neste ponto, cumpre destacar alguns dispositivos da Lei nº 8.080/96 sobre o tema, vejamos:

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

II – integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em:

I – dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;

II – oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde – SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Art. 19-N. Para os efeitos do disposto no art. 19-M, são adotadas as seguintes definições:

I – produtos de interesse para a saúde: órteses, próteses, bolsas coletoras e equipamentos médicos;

II – protocolo clínico e diretriz terapêutica: documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.

Evidente, portanto, que a Lei do SUS, atendendo ao comando constitucional também estabeleceu, dentre as diretrizes de atuação, a integralidade. Neste ponto residem, contudo, os maiores debates jurisprudenciais, uma vez que o Estado muitas vezes se recusa a fornecer determinados tratamentos, o que acaba colidindo com a integralidade, gerando lides que são levadas ao crivo do Judiciário.

Sobre o tema, cresce o debate acerca da postura do magistrado diante de tais conflitos, em especial com as correntes que defendem o ativis-

mo judicial e, de outro, a autocontenção. Para Luís Roberto Barroso (2020), ativismo judicial corresponde ao alargamento do escopo jurisdicional para causas relacionadas a políticas públicas, sobretudo em discussões envolvendo o alcance e as restrições aos direitos sociais. Nesses casos, quando o Judiciário toma uma postura ativa, determinando medidas concretas aos agentes públicos, a fim de concretizar direitos fundamentais, fala-se numa atuação de ativismo judicial. Trata-se de um juízo substancialmente político, mas juridicamente fundamentado.

Por outro lado, a corrente que defende a autocontenção do Judiciário tem por objetivo combater os efeitos nocivos de um ativismo exercido de forma excessiva, uma vez o Judiciário, por ausência de técnica e também de legitimidade (uma vez que não foi eleito pelo povo), não deveria adentrar em certos méritos, enaltecendo outras vias políticas de debate e deliberação. Esta corrente em muito se relaciona com o minimalismo de Susnstein (LIMA, 2013).

Por fim, o presente debate envolve, em muito, a teoria da reserva do possível que, em síntese, entende que existe uma infinidade de direitos, mas uma finitude de recursos, o que ocasionaria a possibilidade de o gestor público fazer escolhas trágicas, desatendendo determinadas prestações sociais, antes a sua impossibilidade, vejamos:

Embora operante no universo dos direitos sociais, em geral, como no âmbito da previdência social, em particular, o princípio da reserva do financeiramente possível tem especial incidência no terreno da saúde e da educação, cujas normas constitucionais – nisso particularmente influenciadas pelas ideias de constituição dirigente e de Estado provedor –, atribuíam sobretudo ao Poder Público o encargo de custear a satisfação dessas necessidades, consideradas inerentes a uma vida digna. Daí a similitude dos arts. 196 e 205 da nossa Constituição, a proclamarem que tanto a saúde quanto a educação são direitos de todos e deveres do Estado, normas-tarefas ou meramente programáticas cuja concretização fica a depender das forças do Erário, como diziam os clássicos das finanças públicas. De mais a mais, e nisso reside um aspecto crucial do problema, a alocação de recursos públicos para a implementação desses direitos pressupõe – além de uma economia forte –, a difícil decisão política de ratear os poucos recursos disponíveis de modo a poder dispensar um mínimo de atendimento aos mais necessitados, situação crítica que nos países periféricos configura o que muitos denominam círculo vicioso da miséria, pois é precisamente aí, onde faltam recursos para atendê-las, que se mostram mais dramáticas as carências sociais (MENDES, 2009, p. 1420).

Por outro lado, quando os direitos que estão sendo alvo de discussão fazem parte do chamado “mínimo existencial” é certo que não deve subsistir a tese da reserva do possível. O chamado “mínimo existencial” vem, portanto, limitar a utilização da referida tese de forma desmedida. Sendo assim, defensores de uma postura mais ativa do Poder Judiciário, argumentam que há direitos indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana e estes devem ser garantidos em todas as circunstâncias (MENDES, 2009).

O direito à saúde compõe, portanto, esse mínimo existencial, e justamente por isso, considerando seu alto custo de implementação acaba por gerar tantas controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias.

4. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ÂMBITO DO DIREITO À SAÚDE

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal lida diariamente com questões envolvendo o direito fundamental à saúde, em sede de recursos repetitivos, com repercussão geral ou em controle de constitucionalidade. Tais decisões repercutem na forma com que os demais Tribunais interpretarão as normas e decidirão os casos concretos que lhe são apresentados.

Com relação ao direito à saúde, em 2014, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu pela possibilidade de o Poder Judiciário determinar que a Administração Pública mantenha estoque mínimo de medicamento a fim de evitar interrupções no tratamento, sem que isso configure violação à separação de poderes, justamente considerando que o direito à saúde compõe o mínimo existencial, vejamos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE. DOENÇA DE GAUCHER. QUESTÃO DIVERSA DE TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. SOBRES-TAMENTO. RECONSIDERAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. DEVER. PODER PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A questão discutida no presente feito é diversa daquela que será apreciada no caso submetido à sistemática da repercussão geral no RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio. II – No presente caso, o Estado do Rio de Janeiro, recorrente, não se opõe a fornecer o medicamento de alto custo a portadores da doença de Gaucher, buscando apenas eximir-se da obrigação, imposta por força de decisão judicial, de manter o remédio em estoque pelo prazo de dois meses. III – A jurisprudência e a doutrina são pacíficas em afirmar que não é necessário, para o prequestionamento, que o acórdão recorrido mencione expressa-

mente a norma violada. Basta, para tanto, que o tema constitucional tenha sido objeto de debate na decisão recorrida. IV – O exame pelo Poder Judiciário de ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes. Precedentes. V – O Poder Público não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. Precedentes. VI – Recurso extraordinário a que se nega provimento. STF. 1ª Turma. RE 429903/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25/6/2014 (Info 752).

No caso, entendeu-se que o Judiciário não afrontaria a separação de poderes, uma vez que não estaria interferindo em metas e prioridades, nem em verbas públicas, mas apenas controlando atos abusivos e ilegais da Administração Pública.

Outro caso envolvendo medicamentos, recentemente pacificado, em 2019, é com relação aqueles medicamentos ainda não incorporados na lista do SUS. Para tanto, o STF entendeu que, haverá o dever de fornecer o medicamento se preenchidos os seguintes critérios:

i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. STJ. 1ª Seção. EDcl no REsp 1.657.156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 12/09/2018 (recurso repetitivo) (Info 633).

Por outro lado, caso o medicamento ainda não esteja registrado na ANVISA, em regra, não haverá a obrigação do Estado em fornecê-los. A concessão ocorrerá excepcionalmente, desde que novos critérios sejam observados, vejamos:

A ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:

- a) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);
- b) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e

c) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

STF. Plenário. RE 657718/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/5/2019 (repercussão geral) (Info 941).

Ademais, algumas ações de controle de constitucionalidade, envolvendo o direito à saúde já foram objeto de análise pelo STF. Atento a necessidade de concretização da universalidade do direito à saúde, de modo que o SUS consiga alcançar todas as localidades do país, o STF julgou constitucional o “Programa Mais Médicos”, conforme ADI 5035/DF e ADI 5037/DF.

Por outro lado, considerando a igualdade que deve pautar os serviços de saúde, em controle de constitucionalidade, julgou inconstitucional a diferenças de classes no âmbito do SUS, conforme observa-se a seguir:

O programa “Mais Médicos”, instituído pela MP 691/2013, posteriormente convertida na Lei nº 12.871/2013, é constitucional. STF. Plenário. ADI 5035/DF e ADI 5037/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgados em 30/11/2017 (Info 886).

É inconstitucional a possibilidade de um paciente do Sistema Único de Saúde (SUS) pagar para ter acomodações superiores ou ser atendido por médico de sua preferência, a chamada “diferença de classes”. STF. Plenário. RE 581488/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 3/12/2015 (repercussão geral) (Info 810).

Por fim, decisão recente no contexto de pandemia, foi o conhecimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a fim de promover a instituição do auxílio emergencial. Ou seja, o STF entendeu que, em tese, a ADO poderia discutir sobre o referido tema. Neste caso, porém, a ação teve seu julgamento impedido, por perda de objeto, já que foi publicada a Lei nº 13.982/2020, que instituiu o referido auxílio (STF. Plenário. ADO 56/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 30/4/2020).

5. CONCLUSÃO

Percebe-se que o direito fundamental à saúde ocupa papel de destaque em nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, a Constituição Federal deixa claro o papel central desse direito para a concretização da dignidade da pessoa humana. A teoria geral dos direitos fundamentais, através dos

estudos de sua origem, características e contornos, fornece o substrato importante para a compreensão do alcance do direito à saúde e, sobretudo, qual o papel dos agentes públicos na busca por sua efetivação.

Neste ponto, inclusive, reside o grande debate sobre o tema: qual o papel do Poder Judiciário na concretização do referido direito, que, conforme restou demonstrado através da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem prevalecido uma atuação de maior ativismo, considerando que o referido direito integra o chamado “mínimo existencial”.

Os debates, contudo, não são estanques de modo que é necessário cada vez mais se aprofundar e investigar o caso concreto a fim de compatibilizar a atuação dos três poderes, de modo a proporcionar a maior eficácia social para a norma constitucional.

6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vida Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- AVENA, Norberto. **Processo penal: esquematizado**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros. 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.
- BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Ediuoro, 1997.
- _____. **A era dos direitos**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020.

- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 12ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- _____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- LIMA, Flávia Daniele Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate**. 2013. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco. Recife-PE, 2013.
- REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e os conflitos de ideologia**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

A fixação da competência nas ações de responsabilidade civil médica em planos de saúde de autogestão

*Amanda Leite Souza Alves**

*Ana Paula Cruz de Santana***

*Rodolfo Oliveira Dourado****

Resumo: Diante de um contexto de judicialização em massa da relação médico-paciente, hospitais e operadoras de saúde, é imprescindível refletir acerca dos desdobramentos jurídicos após a edição da súmula 608 do STJ em 2018. O objetivo é problematizar o critério de fixação de competência aos casos dos médicos credenciados a estes planos, pois o entendimento firmado antes da súmula era no sentido de considerar o Juízo Consumerista como competente, ante a condição de consumidor do paciente em face do médico e do hospital. Adotou-se o método de pesquisa qualitativa e exploratória, com levantamento e revisão bibliográfica da doutrina e análise crítica da jurisprudência para induzir a reflexão do tema em comento. E, embora a súmula tenha, de fato, alterado a competência processual, ainda é possível utilizar-se de certos institutos jurídicos para garantir a defesa do paciente hipossuficiente e vulnerável.

Palavras-chave: Súmula 608, STJ, responsabilidade médica, paciente, hospitais, judicialização.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É de notório conhecimento que, no cenário brasileiro de judicialização da medicina e da saúde, é comum o ajuizamento de processos pelos

*. Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB. Pós-graduada em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale.

** . Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS.

***. Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB.

pacientes, ou seus familiares, com o intuito de sanar eventuais situações danosas. Nestas demandas, por diversas vezes, figuram no polo passivo, em forma de litisconsorte, a operadora dos planos de saúde, os hospitais e os médicos.

No entanto, a responsabilidade civil em face destes sujeitos se comporta de forma diversificada. Por anos, a aplicação da legislação consumerista em face dos três sujeitos foi pauta de debates doutrinários e jurisprudenciais. E, por consequência, a temática acerca do Juízo competente para processar e julgar as ações também foi problematizada.

Da análise do ordenamento jurídico, especialmente após a dicção da Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça, em 2018, houve a alteração do entendimento firmado ao considerar a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde administrados por entidades de autogestão. É, nesta perspectiva, que há o questionamento acerca de qual seria o Juízo competente para processar e julgar a temática da responsabilidade médica dos profissionais credenciados ou que prestam serviços em hospitais credenciados aos planos de saúde de autogestão.

Neste sentido, o objetivo da pesquisa é propor uma reflexão acerca da competência a ser fixada para processar e julgar os feitos após a edição da súmula pela Corte Superior, haja vista entendimento anterior aplicado à relação médico-paciente ser no viés consumerista. Isto porque tal dilema também influencia em outras questões processuais, a exemplo da inversão do ônus da prova, admitida pelo Código de Defesa do Consumidor, em contraposto à dinâmica estática do CPC.

Por fim, a metodologia adotada para produção do presente artigo é de cunho qualitativo e exploratório ante a análise subjetiva do tema abordado com averiguação do problema por meio de levantamento bibliográfico. Os materiais e os dados utilizados para pesquisa foram deduzidos a partir da leitura de artigos, livros e periódicos anteriormente publicados, bem como pela análise crítica da jurisprudência pátria.

2. OS CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A competência é um instituto processual definida como sendo a capacidade do juízo em aplicar o poder fornecido pela jurisdição (MARINONI;

et al., 2020), considerando que todos os juízes são dotados de função jurisdicional em nome do Estado (GRECO, 2015). Ou seja, cada um a exerce em determinadas situações que são previamente estabelecidas na ordem jurídica.

Especificamente no âmbito processual cível, a determinação de qual juízo é competente está disciplinada nos arts. 42 a 66 do Código de Processo Civil. Em se tratando dos Juizados Especiais Cíveis que é regido pela Lei nº 9.099 de 1995, está ordenada nos art. 3º e 4º, e em âmbito estadual verifica-se em artigos espaçados da Lei 7.033 de 1997.

É possível, em alguns casos, que o juízo ao se deparar com litígios em que não haja previsão na supracitada norma, tendo que recorrer em outras regras para a melhor solução do feito. Nesse momento, aponta-se como alternativa a aplicação do CPC, desde que sejam respeitados os princípios que regem os Juizados Especiais, referidos em seu art. 2º, que são oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (XAVIER, 2016, v. 20, p. 16).

Ademais, a competência em sua aplicação é dividida em dois regimes, podendo ser de característica absoluta ou relativa. A absoluta será regida por regras cogentes, devido ao interesse público, sendo de tal modo relevante para o interesse da administração da Justiça (MARINONI; *et al.*, 2020), podendo ser alegada em qualquer tempo e em qualquer jurisdição. Já a relativa é disciplinada por regras disponíveis às partes, pois é fixada com base no interesse exclusivo dos litigantes e não pode ser declarada de ofício, devendo ser arguida em momento oportuno pela parte ré e outros interessados na causa, sob pena de gerar a automática preclusão (CAMBI *et al.*, 2019).

Entre os regimes de competência existem os critérios de fixação, sendo categorizados em três: territorial, funcional e objetivo, esse que se divide em razão da matéria, da pessoa, ou valor da causa. Em regra, consoante o CPC, dentro do regime de competência absoluta estão o critério objetivo e funcional, ao passo que o território se encontra em regime relativo (GRECO, 2015, p. 140).

Após apresentada a competência no ordenamento jurídico, a fim de ser relacionado com o caso em temática, que é a responsabilidade civil do médico credenciado em plano de autogestão em litisconsórcio passivo necessário, questiona-se qual juízo é competente para julgar o feito.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC)

Diante do exposto anteriormente, é sugestivo suscitar o interesse pelo estudo da responsabilidade civil do médico. Por séculos, a função do profissional da Medicina esteve vinculada a um caráter religioso e mágico, e resumia a relação entre uma confiança – a do cliente – e uma consciência – a do médico. No entanto, com a mudança de paradigma, a relação foi distanciada em virtude da massificação das relações sociais. Segundo Aguiar Júnior (2000, p. 134), a denominação dos sujeitos da relação fora alterada para “usuário” e “prestador de serviços”, sob a ótica de uma sociedade de consumo na qual a consciência de direito reais e fictícios ascendeu a exigência pelos resultados.

Por sua vez, a instituição da Lei nº 8.078/1990 estabeleceu Código de Defesa do Consumidor (CDC) e ocasionou diversas inovações do ordenamento jurídico brasileiro. A legislação apresentou noções acerca do conceito de consumidor, no art. 2º, bem como quais sujeitos seriam equiparados a esta condição. Segundo Cavalieri Filho (2008, p. 81), o Código representou a lei mais revolucionária do século XX, tanto pelo avançar da técnica legislativa adotada – baseada em princípios e cláusulas gerais – quanto pela sua influência em todo o sistema jurídico brasileiro – doutrina e jurisprudência, embora seja um minissistema¹.

Dentre as problemáticas, está, por exemplo, a utilização do termo “destinatário final” para designar qual sujeito seria considerado consumidor. Filomeno (2018) entende que o consumidor seria qualquer pessoa física, tendo o Código acrescentado também a pessoa jurídica, que contrata para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou locação de bens, ou mesmo a prestação de serviços. E, neste sentido, seria possível indicar um paciente/cliente do profissional médico como um consumidor.

Por outro lado, em relação ao “fornecedor”, Filomeno (2018) entende que o médico, que trata de um cliente/paciente, deve ser equiparado ao fornecedor de serviços, pois comercializa seus serviços de forma habi-

1. Nesta perspectiva, a legislação consumerista teria atribuído uma *repersonalização* do consumidor e seria dever do Estado garantir os direitos básicos deste sujeito de direito, considerando a disposição do art. 6º do CDC (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 83). E o fato do Código não ter conceituado, de forma taxativa, a pessoa do consumidor, tendo apenas apresentado uma noção genérica, abriu margem aos problemas de interpretação os quais se encontram em diversos debates doutrinários e jurisprudenciais.

tual e profissional, e, em consequência disto, os eventuais danos devem ser cobertos. É, deste modo, que o paciente deve ser considerado como consumidor, pois almeja interesses próprios como destinatário final². Ao buscar a prestação de serviço, o paciente pretende efetivar um tratamento seja por meio da atividade de meio ou da atividade de fim por parte do profissional da medicina.

Da análise das divergências opinativas acerca dos fornecedores àquelas que são profissionais liberais, deve-se observar, em verdade, o tipo de responsabilidade a ser aplicada, posto que o último, em regra, responde pela ilicitude dos seus atos com a aferição de culpa com as modalidades de negligência, imprudência ou imperícia (art. 14, § 4º do CDC). Ao contrário do fornecedor que responde de forma objetiva, independentemente da culpa, pelos danos causados aos consumidores, caso promova uma prestação defeituosa de seu serviço. A principal oposição se dá pela natureza *intuitu personae* dos serviços prestados pelos profissionais liberais (BORGES, *et al.*, 2017, p. 22).

Segundo Filomeno (2018) e Miragem (2016), as relações consumeristas devem ser pautadas no princípio da boa-fé objetiva – perpetrada também no art. 422 do Código Civil de 2002, e sua função ativa, na qual são deveres anexos a lealdade, a cooperação, a informação e a segurança. O dever de segurança tem mais ênfase, pois os médicos, prestadores de serviços, têm situação privilegiada dos saberes técnicos e profissionais, e devem informar e aconselhar o consumidor. E mais, o dever de informar dos médicos em relação aos seus pacientes é primordial, posto que o profissional se encontra em uma autêntica situação de poder na qual o paciente/doente/afetado com o risco da doença, assim como seus familiares, está em situação de vulnerabilidade agravada (MIRAGEM, 2016, p. 296).

-
2. É interessante ressaltar o recente entendimento da Corte Superior no julgamento do RESP 1771169. A Terceira Turma, cuja Ministra Relatora é Nancy Andriighi, fixou tese no sentido de afastar a incidência do CDC nos casos de problemas relacionados a atendimento médico custeado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) em hospitais privados. Isto porque a participação complementar da iniciativa privada na execução de ações e os serviços de saúde formalizados por contrato ou convênio com a administração pública são remunerados com base na tabela de procedimentos do SUS, editada pelo Ministério da Saúde. Assim, configuram os serviços prestados de forma *uti universi* e os prestadores/fornecedores desempenham função pública.

Deste modo, é importante salientar que a responsabilidade civil dos médicos era interpretada à luz da legislação consumerista, e tanto a operadora de saúde quanto o hospital, na condição de fornecedores do serviço, podem responder perante o consumidor. E, em especial à operadora de saúde, sua responsabilidade seria intrínseca ao fornecimento de serviço por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados, nos termos do arts. 2º, 3º, 14º e 34º do CDC, bem como pelo disposto no Código Civil de 2002. A responsabilidade da operadora e do hospital, por sua vez, seria objetiva e solidária em relação ao consumidor, mas, internamente, responderiam o hospital, o médico e a operadora do plano de saúde nos limites de sua culpa (BRASIL, 2012).

Nesta perspectiva, há um ponto a ser suscitado sobre a distribuição do ônus da prova em face das ações de responsabilidade civil médica. Segundo o modelo adotado pelo CPC, com o acolhimento da teoria de Giuseppe Chiovenda, é o autor da ação que deveria provar os fatos que constituem o direito por ele afirmado. Logo, na relação médico-paciente, seria de incumbência do paciente lesado o dever de provar todos os pressupostos fáticos aptos a configurar o dever de indenizar – o fato, a ilicitude, a culpabilidade e o nexo de causalidade. Tal encargo poderia ser penoso e, por vezes, conduziria à improcedência do pedido.

Com a disciplina do Código de Defesa do Consumidor, a regra geral da distribuição do ônus da prova é excepcionada e invertida, conforme disposição do art. 6º, inciso VIII. Nestes casos, não recai sobre a parte tradicionalmente lesada a responsabilidade de demonstrar a verdade, mas sim a contraparte terá a incumbência de provar o fato contrário. E, considerando que há sedimentado, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na relação jurídica mantida entre médico e paciente e hospitais, a inversão do ônus da prova deveria ser aplicada uma vez que é imprescindível a interpretação sistemática da legislação, em especial o Código Civil de 2002, o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal (BRASIL, 2017, 2019, 2020).

Inclusive, é de se esclarecer que, quando se promove a inversão do ônus, não há impedimento ou incompatibilidade com a responsabilidade subjetiva. Portanto, ainda que fornecedor responda de forma subjetiva, deverá provar a ausência de culpa na sua atuação profissional. Assim, ao consumidor caberia provar a existência do serviço, ou seja, a relação entre este e o profissional, e a existência do defeito de execução; já ao médico caberia provar a ausência de culpa na conduta, além das demais hipóteses

comuns de responsabilidade dos demais fornecedores de serviços (MIRAGEM, 2016, p. 631).

Por fim, é interessante observar a solidariedade dos fornecedores de serviços em face da responsabilidade médica. É sabido que a responsabilidade objetiva fixada no art. 14, *caput* do Código de Defesa do Consumidor, abrange não apenas o fornecedor direto como o organizador da cadeia de fornecimento, ainda que não se configurem como prestadores diretos do serviço defeituoso. É o caso, por exemplo, do médico, hospital e administradora de plano de saúde, responsabilizados solidariamente pelo erro médico dos profissionais por ela indicados, ressalvada a ação de regresso. No entanto, também é de se observar as particularidades da responsabilidade subjetiva do médico e da objetiva dos demais fornecedores, a exemplo do hospital e plano de saúde; há, portanto, de se atentar ao entendimento do STJ no tocante a individualização da responsabilidade (MIRAGEM, 2016, p. 622 – 630).

Diante do exposto, é de se ressaltar que, ao considerar a aplicação da legislação consumerista ante a natureza jurídica da relação entre médico-paciente, bem como a necessidade de inversão do ônus ante a hipossuficiência e vulnerabilidade do paciente, a competência para processar e julgar o feito em face dos profissionais médicos, ainda que em litisconsórcio, poderia ser no Juízo Consumerista.

Assim, é perceptível a necessidade de problematizar a aplicação do entendimento firmado e sumulado pela Corte Superior, no tocante a fixação de competência no Juízo Cível em face dos planos de saúde de autogestão, bem como a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, nos casos em que há litisconsorte passivo com os profissionais médicos.

4. A EDIÇÃO DA SÚMULA 608 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça, que tem como texto a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde desde que não administrados por entidades de autogestão, surgiu do julgado do REsp 1.285.483-PB de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão. Cancelou-se então, a Súmula nº 469 a qual determinava a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde sem distinção.

Enquanto perdurou o entendimento da Súmula nº 469 do STJ, era firmado pela Corte que, independentemente da natureza jurídica adotada pelo plano de saúde, uma vez que a qualificação da pessoa jurídica atendia somente aos critérios objetivos, a relação entre beneficiário e o plano era caracterizado como relação de consumo, consoante o voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi no Resp nº 519.310/SP (BRASIL, 2004).

Em oposição, formou-se, posteriormente, a criação da Súmula 608, segundo a qual deveria se levar em conta o fato do plano de saúde ser coordenado em modelo de autogestão e ser constituído por mutualismo dos contribuintes que são, em regra, órgãos internos das empresas, entidades sindicais, ou entidades privadas sem fins lucrativos. De tal modo não seria possível definir tais relações entre beneficiários e o plano de saúde como de consumo, haja vista a essencialidade de ser aberto e ser possível a todos os consumidores e com finalidade lucrativa para a caracterização.

É mister expor o que é e quais são os efeitos de uma súmula para poder entender sua aplicação ao caso proposto. Em poucas palavras, Ronaldo Cramer (2018, p. 315) entende que a súmula significa “o coletivo dos enunciados representativos da jurisprudência de um tribunal”, é a identificação de como o Tribunal julgou determinada matéria e recomenda que assim se julgue. No entanto, as súmulas podem ter efeitos vinculativos ou persuasivos, e no caso dos vinculativos, disciplinados pelo art. 103-A da Constituição Federal de 1988, somente o Supremo Tribunal Federal poderia emitir. Já as persuasivas, são para os julgados de tribunais inferiores e da própria Corte acompanharem o enunciado da jurisprudência emitida (MORAIS, 2016).

Em se tratando da aplicação processual das súmulas, o CPC, no art. 926, dispõe que os Tribunais deverão uniformizar sua jurisprudência por meio da produção de enunciados de súmula, passando-se a ser o entendimento dominante do Tribunal acerca de determinado problema jurídico (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 1035). O Código também dispõe, no art. 927, que os Tribunais deverão observar as Súmulas Vinculantes (inciso II) e as Súmulas em matéria infraconstitucional do STJ e Súmulas em matéria Constitucional do STF (inciso IV). Ronaldo Cramer (2018) denominou tal artigo de “precedentes vinculantes” e Humberto Theodoro Júnior (2018, p. 1.037) conceituou de Jurisprudência de plano vertical – vincula todos os juízes ou tribunais inferiores às decisões do STF quando em controle concentrado de constitucionalidade e súmulas vinculantes; e aos julga-

mentos do STF e STJ em Recurso Extraordinário e Especial Repetitivos, aos enunciados de súmulas do STF e STJ.

Nesta senda, relacionando ao caso de responsabilidade civil por erro médico em litisconsórcio passivo necessário com plano de saúde de autogestão, é perceptível a necessidade de aplicação da Súmula 608 do STJ, uma vez que consoante o inciso IV do art. 927 do CPC impera pela aplicação do *ratio decidendi* do enunciado da súmula produzida por Tribunal Superior.

5. O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA COMPETÊNCIA

Diante do arcabouço demonstrado alhures, seja para o reconhecimento da responsabilidade médica pelo viés consumerista ante a relação material entre as partes ou pelo reconhecimento da competência Civil pelo viés firmado pela Corte Superior ante a dicção processual do CPC, faz-se necessário apresentar a aplicação dos Tribunais em torno da questão.

Nesta perspectiva, a jurisprudência, a qual é o entendimento resultante de decisões reiteradas dos tribunais sobre um determinado assunto, já se posicionou em diversas ocasiões acerca da divergência no que tange a fixação de competência neste caso apresentado. Em alguns momentos, com juízos consideravelmente divergentes. Isto porque, conforme será demonstrado adiante, não há consenso acerca de qual posicionamento deverá ser adotado. Em alguns casos, o Tribunal correspondente aplica o entendimento da Súmula 608, caminhando para o lado processual. Já em outras situações, aplica-se o entendimento da existência de relação de consumo, viabilizando o lado material.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, possuía o costume de adotar uma linha direcionada à relação existente entre as partes. Em um conflito de competência julgado³ em 2017, entendeu-se que a

3. Competência recursal. Conflito negativo. Atendimento de emergência em hospital credenciado pelo plano de saúde. Erro médico. Relação de consumo. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes do STJ e deste Órgão Especial. Aplicação, por analogia, do Enunciado nº 29 do Aviso 15/2015. Modalidade de autogestão do plano de saúde que, *in casu*, não afasta a competência das Câmaras Cíveis Especializadas, em razão da relação de consumo existente entre a autora e o hospital-réu. Competência do Órgão Julgador especializado (26ª CC). Incidência do art. 6º-A, § 3º do RITJRJ. Conflito julgado procedente pelo relator.

modalidade de autogestão do plano de saúde, no caso em concreto, não afastaria a competência das Câmaras Especializadas em razão da relação de consumo existente entre a autora e o hospital-réu. Neste acórdão, os julgadores ainda mencionam entendimento doutrinário neste mesmo sentido, como é o caso de Felipe Peixoto Braga Netto (2015, p. 236) que afirma:

A relação médico-paciente é, inegavelmente, relação de consumo. Seja o serviço prestado pelo médico individual, seja o serviço prestado por empresa médica ou entidade hospitalar. Temos, em ambos os casos, relação de consumo, cuja diferença será apenas da modalidade da responsabilidade: subjetiva no primeiro caso; objetiva no segundo.

Neste caso, ainda, tal posicionamento possui respaldo também no Aviso 15/2015, do TJ-RJ, que em seu enunciado nº 29 reafirma a competência das Varas Especializadas. É importante mencionar que tal enunciado foi originado a partir do julgamento de outro conflito de competência, no qual fora decidido, por unanimidade que o mesmo deveria ser julgado improcedente, visto que fora suscitado pela Vara Especial, em razão da relação de consumo existente, mesmo na presença do plano de saúde por autogestão.

Entretanto, com a chegada da Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça, os tribunais do país passaram a considerar e aplicar de forma majoritária tal entendimento. No Agravo Interno do Agravo em Recurso Especial nº 1679521 de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, entendeu-se que:

[...] é de competir à Justiça Comum estadual julgar a ação de obrigação de fazer relativa aos contratos de cobertura médico-hospitalar, por se tratar o feito de natureza eminentemente civil [...]. Aos planos de saúde regidos sob a modalidade de autogestão são inaplicáveis as normas contidas no Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que não se pode dar o mesmo tratamento destinado às empresas privadas que exploram essa atividade com finalidade lucrativa às entidades sob a modalidade de autogestão, ao fundamento de que estas não visam ao lucro, sendo totalmente dissociadas das demais operadoras de saúde que não adotam tal modalidade em sua constituição.

De igual modo, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal entendeu nos Embargos de Declaração do processo de nº 0709352-55.2017.8.07.0007 pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em processos

envolvendo entidade de autogestão em razão da superveniência do entendimento sumulado do STJ. Ou seja, o relator, Desembargador João Egmont, afirmou que, à época do julgamento do acórdão, objeto deste embargo de declaração, no ano de 2018, ainda não existia a mencionada súmula e que por este motivo, entendeu-se por aplicar os institutos do Código de Defesa do Consumidor no julgamento.

Pondera-se, deste modo, que, com a chegada deste atual entendimento, a tendência seria de que os Tribunais do Brasil passem, também, a adotar tal posicionamento. Aqueles que já tiveram a oportunidade de se manifestar, optaram por seguir a linha adotada pela instância Superior.

Nesta senda, vislumbra-se que o conflito gerado por esta dúvida acerca da atribuição de competências nos casos de responsabilidade civil médica em contratos de planos de saúde de autogestão, seguiu seu curso normal ao ser dirimido pelo ramo do Estado responsável pela solução de discordâncias da sociedade. Considerando que o Superior Tribunal de Justiça, dentre as suas diversas atribuições, é considerado responsável por uniformizar a interpretação da lei por todo o país, há de se esperar que as demais instâncias sigam o posicionamento adotado por ele, ainda mais se tratando de um entendimento sumulado.

Recentemente, surgiu uma posição já deveras adotada, no que se refere à inversão do ônus da prova, ao considerar a hipossuficiência do paciente. Os julgadores passaram a aplicar o quanto disposto no artigo 373, § 1º do CPC, o qual confere ao juiz a possibilidade distribuir, através de decisão fundamentada, o ônus probante. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no Agravo de Instrumento de nº 0042435-23.2019.8.19.0000 de relatoria do desembargador Ricardo Alberto Pereira, que antes possuía entendimento da competência do Juízo consumerista nesses casos, passou a entender que após enunciado nº 608 da Súmula do STJ, a competência seria do Juízo Cível; e, neste sentido, o juiz da causa teria a incumbência de proceder com a distribuição do ônus probatório e a análise das provas necessárias ao deslinde do feito.

Na mesma linha de pensamento, decidiu o TJ-DF no acórdão nº 0711268-43.2020.8.07.0000, de relatoria da desembargadora Simone Lucindo, que poderá o julgador, nos casos previstos em lei ou diante das peculiaridades da causa, atribuir o ônus da prova à parte que tenha melhores condições de produzi-lo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inteligível, então, a partir do quanto esposado, a problematização a partir do entendimento a ser adotado pelos operadores do direito ao se depararem com a competência em se tratar de responsabilidade médica em casos de plano de saúde com autogestão.

Anterior ao ano de 2018, o entendimento majoritário era no sentido de aplicar a legislação consumerista em razão da natureza jurídica da relação médico-paciente bem como da indispensabilidade da inversão do ônus da prova em virtude da situação de hipossuficiência que permeia a parte paciente. Entretanto, com a chegada da súmula 608 do STJ, os entendimentos jurisprudenciais passaram a caminhar para o sentido da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e viabilidade do Juízo Cível, em razão da incidência dos contratos de plano de saúde de autogestão.

Em razão desta dubiedade, é deveras comum que haja uma certa confusão entre os causídicos acostumados a lidarem com causas desta natureza, acerca do direcionamento de suas ações. Surge ainda o receio, no que tange à proteção daquela parte dependente que contrata o plano de saúde em ser notadamente vulnerável, em estar em desvantagem na demanda em razão da inviabilidade da utilização da inversão do ônus da prova no juízo cível.

Os julgadores, então, passaram a assegurar a aplicabilidade do Código de Processo Civil. Ele, em seu artigo 373⁴, versa acerca do ônus da prova e disciplina no § 1º sobre situações previstas em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de provar o quanto alegado. Assim, confere ao julgador, atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que por decisão devidamente fundamentada.

Destarte, diante desta via adotada, observa-se que a proteção conferida pelo Código de Defesa do Consumidor aos vulneráveis, que não

4. Art. 373, § 1º do Código de Processo Civil – Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

poderia ser aplicada nas Varas Cíveis em razão da edição da súmula do STJ, pode ser também aplicada através do CPC. O resultado, portanto, acabaria por ser semelhante, uma vez que o juiz confere à parte hipossuficiente a defesa do seu direito e a facilitação de defesa em razão de sua condição quanto à questão da possível responsabilidade médica a ser discutida.

Como fora possível de se observar no tópico anterior, os tribunais de justiça dos Estados já começaram a adotar este entendimento, como por exemplo, o TJ-RJ e o TJ-DF em julgados recentes do ano de 2019 e 2020. Ou seja, a conjugação do princípio do livre convencimento do juiz junto com o diploma processual, permite ao órgão competente a análise das provas necessárias ao deslinde do feito sem que haja qualquer prejuízo às partes, principalmente aquela que seria prejudicada em razão de sua demanda não versar sobre a proteção conferida pelo juízo de consumo.

Por fim, é de conhecimento dos profissionais do mundo jurídico que o CPC de 2015 inovou ao estabelecer que o sistema de precedentes deve ser observado pelo juiz no momento de tomada de sua decisão (FERNANDES, 2016). O artigo 489, deste diploma processual, inclusive, menciona que, aquela decisão que contraria súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento, não é considerada fundamentada.

Ou seja, há um direcionamento presente no ordenamento jurídico em guiar o Judiciário a se vincular não somente à lei, mas também aos precedentes judiciais. Estes, por sua vez, conforme afirma o Min. Luis Fux, precisam ser estáveis para que haja uma força determinante. São aqueles posicionamentos considerados pacíficos, sumulados ou que foram decididos em um caso com repercussão geral ou oriundo do incidente de resolução de demandas repetitivas ou de recursos repetitivos. Isto é, não são entendimentos aplicados por membros isolados através de decisões monocráticas (RODAS, 2015). Porém, importante mencionar que há divergência na doutrina e jurisprudência acerca da constitucionalidade deste artigo bem como da aparente obrigatoriedade do juiz em se vincular aos precedentes superiores. Alguns estudiosos, por exemplo, entendem que o magistrado deveria observar, levar em conta e analisar e não necessariamente se ver compelido a seguir.

De qualquer modo, no que pertine à discussão trazida neste presente trabalho, vislumbrou-se que já há uma tendência dos tribunais em seguir a linha processual e adotar o posicionamento da Súmula 608 do STJ. Sendo assim, as ações que possuam em debate questões relacionadas ao

contrato de plano de saúde de autogestão, poderão seguir nas varas cíveis em decorrência do entendimento jurisprudencial (DAVID, 2015).

Importante mencionar ainda que, a parte considerada hipossuficiente, contratante do plano de saúde, não será prejudicada com relação à inversão do ônus da prova. Isto porque, conforme acima mencionado, o causídico poderá se valer do artigo 373, § 1º do CPC e requerer ao juiz a atribuição de modo diverso, sob alegações diversas de dificuldade para cumprimento de tal encargo.

Em linhas gerais, essa distribuição dinâmica do ônus probatório confere às partes a possibilidade de obterem o resultado desejado sem que haja qualquer divergência da decisão proferida pelo Tribunal Superior. Assim, a tutela perseguida por um dos demandantes será devidamente analisada pelo juízo considerado competente, caminhando mais distante da trilha de reformulações e reconsiderações posteriores que possam vir a tumultuar o andamento processual.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: **Direito e medicina: aspectos jurídicos da Medicina**, Belo Horizonte: Del Rey, 200, p. 133-180. Disponível em <http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/23.pdf>. Acesso em 10 nov. 2020.
- BORGES, Gustavo Silveira; MOTTIN, Roberta Weirich. Erro Médico E Consentimento Informado: Panorama Jurisprudencial Do TJRS E Do STJ. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18., nº 1, p. 15-47, 2017. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Pub_v.12_n.1.01.pdf>. Acesso em 11 nov. 2020.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de Direito do Consumidor**. 10ª ed. Salvador: Juspodivum, 2015.
- BRASIL, **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminar e dá outras Providências. 1995a. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em 11 nov. 2020.
- _____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 11 nov. 2020.
- _____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. 2002a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 11 nov. 2020.
- _____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/civil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em 11 nov. 2020.

- _____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 519310/ SP**, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/04/2004, DJe 24/05/2004. Citado como: BRASIL, 2004.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 866.371/RS**, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 27/03/2012, DJe de 2008/2012. Citado como: BRASIL, 2012.
- _____. Superior Tribunal de Justiça, **REsp 1.285.483/PB**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2016, DJe 16/08/2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1667776/SP**, Rel. Min. Herman Benjamin, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 01/08/2017. Citado como: BRASIL, 2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1806813/SP**, Rel. Ministro Herman Benjamin, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 10/09/2019.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1666161 SP 2020/0038631-9/ SP**, Rel. Ministra Nancy Andrigui, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 21/08/2020.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1649072/RJ**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, QUARTA TURMA, julgado em 10/08/2020, DJe 13/08/2020. Citado como: BRASIL, 2020.
- _____. Súmula 608. **Revista de Súmulas Superior Tribunal de Justiça**, [s. l.], v. 47, Agosto 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2018_47.pdf. Acesso em 12 nov. 2020.
- CAMBI, Eduardo *et al.* **Curso de Processo Civil**. 2ª ed., rev. atual. e aum. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. ISBN 978-85-5321-744-1.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. A Responsabilidade Médica e o Dever de Informar. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, nº 28, p. 82, 2004. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista28/revista28_81.pdf>. Acesso em 10 nov. 2020.
- CRAMER, Ronaldo. A Súmula e o Sistema de Precedentes do Novo CPC. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, ano 2018, v. 20, 2ª ed., p. 312-324, Maio/Agosto 2018. Disponível em <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n2/revista_v20_n2_312.pdf>. Acesso em 12 nov. 2020.
- DAVID, Tiago Bitencourt de. Sem obrigação: Novo CPC não obriga juízes a se vincularem a entendimentos de STF e STJ. **Consultor Jurídico**, 11 abr. 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-11/tiago-david-cpc-nao-vincula-juizes-sumulas-stf-stj>>. Acesso em 11 nov. 2020.
- FERNANDES, Francis Ted. O sistema de precedentes do novo CPC, o dever de integridade e coerência e o livre convencimento do juiz. **Migalhas**, 11 nov. 2016. Disponível em <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/248774/o-sistema-de-precedentes-do-novo-cpc-o-dever-de-integridade-e-coerencia-e-o-livre-convencimento-do-juiz>>. Acesso em 11 nov. 2020.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do consumidor**. 15ª ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2018.

- GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil. 5ª ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 534 p. v. 1. ISBN 978-85-309-6416-0.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 6ª ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. 1449 p. v. 2. ISBN 978-65-5065-103-9.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso do Direito do Consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MORAIS, Natanne Lira de. A evolução do Direito Sumular no Brasil. **Conteúdo Jurídico**, [s. l.], 18 fev. 2016. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45996/a-evolucao-do-direito-sumular-no-brasil>>. Acesso em 12 nov. 2020.
- RODAS. Juiz só deve seguir jurisprudência pacificada de tribunais superiores, diz Fux. **Consultor Jurídico**, 17 abr. 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-17/fux-juiz-seguir-jurisprudencia-cortes-superiores>>. Acesso em 12 nov. 2020.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 21ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 1889 p. ISBN 978-85-309-7700-9.
- TJ-DF. AGRAVO DE INSTRUMENTO: 0711268-43.2020.8.07.0000 – Segredo de Justiça 0711268-43.2020.8.07.0000. Relator(a): Simone Lucindo. **JusBrasil**, 2020. Disponível em <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/887854638/7112684320208070000-segredo-de-justica-0711268-4320208070000>>. Acesso em 12 nov. 2020.
- TJ-RJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO: 0042435-23.2019.8.19.0000. Relator: Des(a). Ricardo Alberto Pereira. **JusBrasil**, 2019. Disponível em <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/776204552/agravo-de-instrumento-ai-424352320198190000/inteiro-teor-776204562>>. Acesso em 11 nov. 2020.
- XAVIER, Cláudio Antônio de Carvalho. Juizados Especiais e o Novo CPC. **Revista CEJ**, Brasília, v. 20, nº 70, p. 7-22, set./dez. 2016. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.70.01.pdf>. Acesso em 11 nov. 2020.

Nuances da uniformização de jurisprudência e advento do IRDR no CPC/2015 para suas aplicabilidades nos Juizados Especiais

*Iuri Santos Ferreira da Silva**

Resumo: Este estudo visa a traçar análises a respeito da importância do advento dos Juizados Especiais para a apreciação de demandas de menor complexidade e com propostas de tornarem céleres as resoluções de conflitos, bem como a facilitação do acesso à justiça por uma grande parcela da população. Ainda, o trabalho presta-se a avaliar institutos que surgem no direito brasileiro, em momento pré e pós Constituição de 1988, quais sejam, a Uniformização de Jurisprudência, criada já no CPC de 1973, sob o advento das súmulas existentes na década de 1960 na Corte Suprema e, o IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, proveniente do CPC/2015. Por fim, aponta os contextos sobre os instrumentos de acesso à justiça e as divergências existente quanto a competências sob o alvitre de sobrecargas de demandas, cujos fatos trazem prejuízos aos jurisdicionados, haja vista a essencialidade dos Juizados Especiais.

Palavras-chave: Juizados Especiais. Uniformização de jurisprudência. IRDR.

1. BREVE ANÁLISE SOBRE AS URGÊNCIAS DAS EVOLUÇÕES SOCIAIS E NECESSIDADES ECONÔMICAS REFLETIDAS NO DIREITO CONTEMPORÂNEO: O ADVENTO DOS JUIZADOS

A existência das intervenções do homem com o ambiente que o cerca, bem como as suas relações interpessoais são o cerne da existência do Direito, ciência tida como um ramo de estudo e ao mesmo tempo, um instrumento de adequação às demandas sociais, sobre as quais a história

*. Especialista em Direito Previdenciário e Bacharel em Direito pela UNESA. Especialista em Língua Portuguesa pela REALIZA Pós-Graduação/BA. Licenciado em Letras Vernáculas pela UESB. Advogado.

demonstra que são totalmente mutáveis e volúveis. Neste sentido, cabível afirmar que se fez necessário o surgimento um instrumento de pacificação em sociedade, cuja aplicabilidade se prestava à resolução de conflitos oriundos dos anseios e expectativas nestas relações.

Com o passar do tempo, a humanidade evoluiu e concomitantemente irrompeu, não sendo mais possível a partir de então um equilíbrio almejado somente pela existência de bons costumes, respeito e civilidade, a ponto de que as demandas trazidas para o campo do Direito urgissem deste, respostas mais efetivas, sob pena de perecimento de bens disponíveis e indisponíveis, tais como a vida, a integridade, a saúde, a propriedade, a acessibilidade, entre outros.

Nesta perspectiva, foram necessários (e permanecem sendo) os advenços e suas efetivas aplicações de institutos jurídicos que acompanhassem o ritmo destas demandas, com o escopo de assegurar maior acesso à justiça, evitar a (já existente) sobrecarga do aparato judiciário em todo o mundo, pela lentidão do trâmite de processos, como também, de repelir as desconformidades nas decisões que versassem sobre temas comuns afins, fazendo valer o princípio da segurança jurídica.

Importante ressaltar que, na contemporaneidade, especificamente em momento de prelúdio à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (a saber, em 1982 e em 1984) e, logo após a mesma, sob esta égide, surgem as Casas Judicantes especializadas em atender a demandas de menor complexidade, o que pressupõe a sua definição em menor tempo em cotejo com demandas de maior apuração fática e probatória. Neste compasso, cite-se a experiência pioneira dos Conselhos de Conciliação e Arbitragem, engendrados no Rio Grande do Sul, em 1982; em seguida, a edição da Lei nº 7.244/84, a qual deu azo ao Juizado de Pequenas Causas; a menção ao Juizado de Pequenas Causas, já no próprio art. 24, X, da CRFB/88, com a determinação de criação de Juizados Especiais, no art. 98, I (redação dada pela EC nº 45/2004) deste arcabouço; a aprovação da Lei Federal nº 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e que por consequência, revogou, em seu art. 97, a Lei nº 7.244/84, a partir de então, passando a ser uma Justiça Especial.

Ora, o propósito da criação destas foi o de trazer a otimização das resoluções de conflitos, no que cerne à economicidade processual, instrumentalidade de formas, oralidade (com incentivo à conciliação), celeridade e simplicidade, ao passo que, no Brasil, já na década de 1960, os

tribunais faziam uso das súmulas (na data de 1963, tendo como mentor e propagador do instrumento, o Min. Victor Nunes Leal, do Supremo Tribunal Federal) como uma ferramenta a diminuir os volumes de demanda, sobretudo pela menor estrutura do sistema judiciário neste período.

2. INTRODUÇÃO AOS INSTITUTOS JURÍDICOS DA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E IRDR NO DIREITO BRASILEIRO

Ora, no mundo jurídico, é sabido que, para todas as ações levadas à apreciação judicial, é necessária uma adequação à formalidade de procedimento, a qual estabelece as condições para que esta demanda possa, de fato, ser apreciada.

Todavia, estas (in) adequações ou (in) viabilidades nem sempre são identificadas no início do ato processual, ao passo que, nestas ocasiões, o legislador trouxe o instituto da uniformização de jurisprudência, que se propõe à dirimição e eliminação de controvérsia acerca de determinada matéria, assim como a avocação da segurança jurídica, que já existia na Lei nº 5.869/73, em seus artigos 476 a 479.

Importante frisar que, apesar de o instituto não possuir tópico específico no novel arcabouço, o mesmo reitera os parâmetros acerca do instituto, de maneira esparsa, a exemplo da observação dos precedentes do art. 927, o qual assim versa:

Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

De outra sorte, emergem as inovações no CPC de 2015, a exemplo do denominado, IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, cuja justificativa para seu advento é a ocorrência simultânea de efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, consoante aduz o art. 976, Caput e incisos, I e II, da Lei nº 13.105/15.

Nesta toada, nota-se que ambos os institutos possuem sua relevância para que seja obstado o grande volume de ações apresentadas nas instâncias superiores das Casas Judiciárias, assim como, não se legitime lesão a direito sobre temas que já foram apreciados ou que estão na iminência de apreciação.

Destarte, em que pese a regulamentação do IRDR no CPC/15, o CNJ já vem emitindo enunciados com fins de uniformização de jurisprudência, sobre os quais aqui serão levantadas pontuais ponderações.

3. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E SUAS EFETIVIDADES TRAZIDAS NA LEI 13.105/15

Conforme anais do STJ, o instituto do IRDR tem equivalência com o recurso repetitivo apreciado pelo Superior Tribunal, porém, no âmbito dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais. Sendo assim, constatada a existência de diversas demandas nas quais se discute a mesma questão de direito, os tribunais de segundo grau/instância podem selecionar

um processo para a fixação de tese, a qual será aplicada a todos os casos congruentes.

Ainda, assim aduz o Superior Tribunal (consoante gestão atribuída ao Min. Paulo de Tarso Sanseverino):

Admitido o incidente, o tribunal suspenderá o trâmite de todos os processos individuais ou coletivos em sua jurisdição. Com a admissão, o CPC/2015 estabelece que legitimados como as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública poderão requerer ao Supremo Tribunal Federal (STF) ou ao STJ, a depender da matéria, a ampliação da eficácia de suspensão em todo o território nacional.

O pedido de suspensão nacional, dirigido ao STJ, explica-se pela hipótese de que contra o acórdão de segundo grau proferido no julgamento do IRDR caberá a interposição de recurso especial quando a questão discutida versar sobre interpretação de lei federal.

O instituto, por trazer inovações no mundo jurídico, possui a sua complexidade e uma delas repousa no fato de que, sob a visão do estudioso Marcos Vinicius Gonçalves, a doutrina majoritária tem considerado mais um requisito para a instauração do mesmo, que, dos múltiplos processos em que a questão jurídica esteja sendo discutida, ao menos um já esteja no tribunal, por força de recurso, remessa necessária ou competência originária (GONÇALVES, 2020, p. 1356).

Sinalize-se que, diante de divergências doutrinárias sobre a sua operacionalidade nos processos existentes, tem prevalecido nos pretórios brasileiros o reconhecimento do IRDR com a preexistência de uma “causa-paradigma”, ao passo que o instrumento só pode ser implementado havendo uma causa concreta pendente que esteja no tribunal ao qual pertence o órgão competente para julgá-lo. Deste modo, o instituto é processado como incidente nesse processo e a questão jurídica é examinada no caso concreto, no qual o incidente foi instaurado.

Ainda, GONCALVES (2020), assevera que no mesmo instante da apreciação pelo órgão de um caso concreto, o qual decide a questão jurídica, com força de precedente vinculante, o que foi decidido deve ser aplicado nos demais processos pendentes, que versem sobre a mesma questão e que estejam no tribunal ou nas Instâncias inferiores.

Saliente-se que, em qualquer dos processos em trâmite, no qual a questão jurídica seja discutida, esteja o IRDR já no tribunal ou instância inferior, sendo o mesmo admitido, no entanto, ele será implementado no

processo que estiver pendente na Colenda Casa, o que exige, como requisito do IRDR, que haja ao menos um deles em curso no tribunal, para que nele possa ser implementado o incidente, que não será possível se todos os múltiplos processos versando sobre a mesma questão jurídica estiverem no primeiro grau (a exemplo do IRDR nº 1.591.478-0/ TJ-PR, o qual foi inadmitido por não atendimento dos requisitos acima destacados).

A propósito de ilustração, apontem-se alguns enunciados oriundos do ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), quanto à proposição dos IRDRs em sede de Juizados Especiais:

Enunciado nº 21 – O incidente pode ser suscitado com base em demandas repetitivas em curso nos juizados especiais.

Enunciado nº 22 – A instauração do IRDR não pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal.

Enunciado nº 44 – Admite-se o IRDR nos juizados especiais, que deverá ser julgado por órgão colegiado de uniformização do próprio sistema.

Sinalize-se que, apesar dos ditames dos enunciados emanados das associações de magistrados sobre a plausibilidade de apreciação pelos Juizados Especiais, há um grande embate entre os TRFs e TJs com o STJ em razão de alegada sobrecarga de demandas nas primeiras, acerca desta adequação, em virtude de alegada inconstitucionalidade na atribuição dos Juizados em apreciar o IRDR, em virtude da própria Resolução nº 03/2016, do STJ, evento sobre o qual haverá considerações a seguir.

4. POSICIONAMENTOS DO STF E RESOLUÇÃO Nº 03/46 DO CNJ: CRÍTICAS AO MANEJO DAS UNIFORMIZAÇÕES DE JURISPRUDÊNCIA NOS JUIZADOS E INTERPOSIÇÃO DE DE-MAIS RECURSOS ÀS CORTES MÁXIMAS

Com destaques ao advento dos Juizados Especiais da Lei nº 9.099/95 neste estudo, é deveras relevante abordar sobre o microssistema dos juizados existente no Brasil para que se possa entender a dialeticidade da utilização das uniformizações de jurisprudência como ferramenta de amparo em cada Casa Judicante.

Portanto, este sistema dos Juizados Especiais é composto, originalmente, pelos Juizados Especiais Estaduais Comuns (Lei nº 9.099/95); em seguida, pelos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/2001) e pelos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal (Lei nº

12.153/2009). Dito isto, saliente-se que, entendeu o legislador por limitar a quantidade de ferramentas recursais e procedimentais em nome de uma efetividade dos princípios alhures mencionados, no instante em que restringe o cabimento dos recursos, quais sejam, os Embargos de Declaração (dirigido em face de sentença de piso, decisão monocrática e acórdão, da Turma Recursal, constante nos arts. 994, IV; 1.022 a 1.026, do CPC e arts. 48 a 50; 83 da Lei 9.099/95), Recurso Inominado (direcionado à Turma Recursal, consoante art. 41 a 43 da Lei nº 9.099/95) e o Recurso Extraordinário (Enunciado de Súmula nº 640, STF) para as Cortes Superiores em situações excepcionais.

Ademais, aponte-se uma observação quanto à limitação dos Juizados Especiais Cíveis: a existência de um importante instrumento jurídico pleiteado quando o jurisdicionado tem direito lesado ou sob ameaça, por decisão já tratada em temáticas interpretativas de lei federal, qual seja, o PEDILEF – Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal, ao passo que sua viabilidade restringe-se aos JEFs (art. 14, § 4º, da Lei 10.259/2001) e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (art. 18, § 3º, e 19, caput, da Lei 12.153/2009), haja vista que a Lei nº 9.099/95 não inovou quanto a este instrumento. Nesta senda, o instrumento será apontado nas hipóteses de:

a) Interpretação de lei federal destoante entre Turmas Recursais de diferentes Estados;

b) Decisão de Turma de Uniformização que contrariar súmula do STJ.

Outrossim, cite-se a edição da Resolução nº 03/2016 do STJ, a qual restringiu o cabimento da Reclamação dirigida a esta Corte, na hipótese de decisão de Turma Recursal Estadual que contrariar jurisprudência do STJ consolidada em a) incidente de assunção de competência; b) incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR); c) julgamento de recurso especial repetitivo; d) enunciados das Súmulas do STJ; e) precedentes do STJ. Desta forma, a hipótese de divergência de entendimento jurisprudencial entre Turmas Recursais de Juizados especiais criminais comuns de diferentes Estados não desafia o manejo de Pedido de Uniformização de Lei Federal perante o STJ. Ou seja, estas limitações e vedações reforçam a ideia de que o instrumento possui grande limitação, pois seu rol se demonstra taxativo.

Sobre estes entraves, apreciem-se os exemplos tais como o julgamento (procedente) de do Incidente de Inconstitucionalidade nº 0000948-21.2018.815.0000, da Segunda Seção Especializada Cível do TJ-PB, cuja

relatora, a Des. Maria das Graças M. Guedes, asseverou que o STJ não detém competência legislativa para ampliar as atribuições jurisdicionais do TJ/PB, por ser tema da competência a ser regulado pelo próprio Estado Federado, no exercício da autonomia político-administrativa assegurada na CRFB/88 e materializada no artigo 1º da sua Constituição Estadual. Ainda, elucida que além da autonomia aludida, o STF, no julgamento do RE nº 571.572-BA, declarou ser competente o STJ para dirimir divergência entre decisões proferidas pelas turmas recursais estaduais e sua própria jurisprudência até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais. No mesmo toar, a relatora pontua que a referida Resolução também está dissonante com o art. 125, § 1º, da CRFB.

Ainda, aponte-se o julgado do TJ/MG sobre a mencionada arguição:

Ementa: arguição de inconstitucionalidade. Reclamação. Resolução nº 3, de 2016, do STJ. Fixação de competência. Divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Julgamento da Reclamação pelos tribunais estaduais. Inconstitucionalidade. Incidente acolhido. (Processo nº 1.0000.16.039708-9/001. Rel. Caetano Levi Lopes. DJe: 15.06.2018).

Destes cenários, é possível afirmar que restam latentes os conflitos entre as Casas Judicantes brasileiras no que cerne, implicitamente ao afastamento de novas atribuições, de um lado e, manutenção das agregações de análises pelas Cortes Máximas, de outro, sob a alegação de sobrecarga de demandas nos pretórios, situação que, no final, acaba por tolher os direitos e garantias estabelecidas na CRFB/88.

De outra banda, com sua efetividade somente em 2017, delineou-se a efetividade da suspensão nacional de determinada demanda por admissão do IRDR, pelo STJ, sob a gestão do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, oriundo do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sob a Resolução nº 543, do Contran, que trata da inclusão de aulas em simulador de direção veicular para a obtenção da carteira nacional de habilitação. Pautado no art. 982, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, o STJ, por meio da Emenda Regimental 22/2016, introduziu em seu Regimento Interno o artigo 271-A, estabelecendo que o presidente do tribunal poderá suspender as ações que versem sobre o objeto do incidente por motivo de segurança jurídica ou por excepcional interesse social.

Neste contexto, é crível que as discussões acerca do tema ainda precisam de ampla atenção dos aplicadores do direito, bem como de aprofundamentos dos estudos por parte dos doutrinadores, uma vez que, a

aplicabilidade destes institutos prima pela segurança jurídica, pleno acesso à justiça, diminuição das demandas convencionais, como também, pelo caráter satisfativo dos conflitos existentes na sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. MP/BA. *Ministério Público da Bahia*. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/area/caodh/apresentacao>. Acesso: 14 nov. 2020.
- _____. *Defensoria pública da Bahia*. Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/>. Acesso: 14 nov. 2020.
- _____. *Lei 9099/95*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso: 13 nov. 2020.
- _____. *Lei 11259/01*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm. Acesso: 13 nov. 2020.
- _____. *Lei 12153/09*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12153.htm. Acesso: 13 nov. 2020.
- _____. STF. *Súmulas STF*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2787>. Acesso: 13 nov. 2020.
- _____. STF. *REs em causas de juizados especiais cíveis são admitidos apenas em situações excepcionais*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=288307>. Acesso: 15 nov. 2020.
- _____. EC 45/2004. *EC 45/2004 na Constituição*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso: 14 nov. 2020.
- _____. STJ. *STJ defere primeiro pedido de suspensão nacional de processos em decorrência de IRDR*. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-06-27_07-52_STJ-defere-primeiro-pedido-de-suspensao-nacional-de-processos-em-decorrenca-de-IRDR.aspx. Acesso: 15 nov. 2020.
- _____. STJ. *Artigos no portal constituição*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1059>. Acesso: 13 nov. 2020.
- _____. TJ/PR. *Sobre causas pendentes*. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/2640044/11521071/Processo+1591478-0+-+aus%C3%A4ncia+de+causa+pendente.pdf/629f1048-58b4-ebae-792e-9d36797e9f61>. Acesso: 13 nov. 2020.
- _____. TJ/DFT. *Novo código de processo civil e o juízo de admissibilidade*. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/novo-codigo-de-processo-civil/juizo-de-admissibilidade-irdr>. Acesso: 13 nov. 2020.
- _____. TJ/PB. *TJPB julga inconstitucional resolução do STJ que amplia competência do tribunal de justiça*. Disponível em: <https://www.tjpb.jus.br/noticia/tjpb-julga-inconstitucional-resolucao-do-stj-que-amplia-competencia-do-tribunal-de-justica>. Acesso: 14 nov. 2020.

- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13ª ed. Salvador: Juspodium, 2016.
- GONÇALVES, Marcus V. Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 11ª ed. SP: Saraiva Educação, 2020.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 24ª ed. SP: Saraiva, 2020.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 35ª edição. Atlas: 2019.
- PINTO, Oriana P. de Azevedo Magalhães. *Abordagem Histórica e Jurídica dos Juizados de Pequenas Causas aos atuais Juizados Especiais Cíveis e Criminais Brasileiros – Parte II*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2008/abordagem-historica-e-juridica-dos-juizados-de-pequenas-causas-aos-atuais-juizados-especiais-civeis-e-criminais-brasileiros-parte-ii-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

A melhoria da prestação jurisdicional a partir do fortalecimento das ações articuladas com órgãos de defesa do consumidor em vista da desjudicialização das demandas

*Filipe de Araújo Vieira**

Resumo: O presente estudo surge motivado pela comemoração dos 25 anos do COJE, que nos leva a refletir sobre os avanços experimentados ao longo deste tempo, para projetar as nossas perspectivas futuras. Com efeito, sendo o direito uno e o Estado uma única força, manifestada pelo Executivo e pelo Judiciário, as ações articuladas permitiram o enfrentamento ao volume e demandas, o trabalho preventivo e educativo para evitar o litígio, a busca pela conciliação dos interessados, inclusive por métodos alternativos de solução de conflitos, dentre outras iniciativas. Balizar-se nos limites da prestação do serviço jurisdicional de qualidade e da garantia do acesso à justiça, em contraponto com a desjudicialização das demandas. Nesta linha, discutimos iniciativas e projeções otimistas de evolução social, principalmente por considerar as iniciativas e parcerias realizadas com os órgãos de proteção e defesa do consumidor, como o PROCON/BA, na consecução dos fins comuns defesa do cidadão, na linha do quanto recomenda o Plano Nacional de Consumo e Cidadania.

Palavras-chave: Prestação Jurisdicional. Ações Articuladas. Defesa do Consumidor. Juizado. Procon. Conciliação. Desjudicialização.

*. Advogado. Especialista em Direito do consumidor. Mestrando em Direito. Superintendente do Procon/BA e Presidente da Associação Brasileira de Procons – PROCONSBASIL.

1. APRESENTAÇÃO

A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Assim institui o art. 5º, XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, ao determinar a todo e qualquer indivíduo, o *Direito de Acesso à Justiça*. Tem-se aqui uma cláusula pétrea e, por isso, qualificada em níveis ainda mais relevantes no nosso ordenamento jurídico.

O Poder Judiciário, no alto das suas complexidades e do seu poder de atuação na solução de litígios e contendas, através dos seus órgãos jurisdicionais, acertou por bem em dividir-se de modo a qualificar a sua entrega à população. Com isso, para as causas mais céleres e de menor complexidade criaram-se os Juizados Especiais como uma das maiores transformações de real acessibilidade à Justiça.

Também chamada de Constituição Cidadã a nossa lei maior vigente também direcionou a União, Distrito Federal e Territórios, bem como aos Estados a criação de Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos. Atribuiu competência para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo. Com vistas à celeridade processual determinou-se, ainda, adoção de procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Quando surgiram, os Juizados Especiais foram tão aderentes ao redimensionamento do Poder Judiciário brasileiro que as demandas começaram a aumentar naturalmente, como fruto de *litigiosidade contida*, (WATANABE, 2019) ganhando em relevância e volume de processos. Outro fenômeno natural, decorrente, foi a separação didática da natureza das ações que migraram e se fizeram acontecer por meio dos juizados, de modo a que fosse criadas as varas especializadas cíveis de causa comum, especializadas do consumidor, especializadas de trânsito, especializadas até mesmo da fazendo pública. A estas somem-se aquelas que funcionam junto ao juizado especial penal, ou que foram criadas por algumas estruturas estaduais, para tratar dos casos de violência doméstica, como resposta a um forte apelo da população pela atenção ao social.

Boa parte dos estudos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no lido das suas demandas debruçam-se, hoje, sobre o volume de processos que tramitam nos Juizados Especiais em todo o país. Isto porque,

embora sejam causas de menor complexidade e de menor valor envolvido, em termos de volumetria processual os juizados guardam consigo imenso potencial de concentrar demandas repetitivas. E, pelos critérios através dos quais se definem as competências de um Juizado, a quantidade de relações cotidianas – que podem gerar discussões litigiosas e, com isso, questionamentos levados ao conhecimento do judiciário – é igualmente grandiosa.

Diante deste cenário o presente estudo move-se por algumas inquietações. Uma delas versa sobre a dualidade daquilo que seria antagônico e aparentemente incongruente, vez que ao tempo que o mandamento constitucional fala em garantir o acesso à justiça, muitos falam em Desjudicialização e diminuição das demandas no judiciário. Haveria, então e de fato uma incongruência nestas colocações?

Outro raciocínio que nos ocorre em questão seria quanto à lógica de solução efetiva do problema. Ao tempo que a justiça comum estava envolta em altíssimo volume de processos, os Juizados Especiais, surgiram como forma de “desafogar” a justiça comum. Neste caso que, agora, são os Juizados Especiais que estão lidando com o excessivo volume de processos em trâmite, qual seria a solução para eles? A Desjudicialização deve ser defendida a todo argumento e a qualquer custo?

Certamente sejam questionamentos sem uma resposta sólida, concreta e acabada, para qual, já ressaltamos que o presente estudo não se arvora do condão de finalizar a discussão, nem de encerrar a matéria.

Guardamos a certeza, porém, de que a expertise formada ao longo de 25 Anos dos Juizados Especiais, do Tribunal de Justiça da Bahia, em suas ações e realizações, no lido com os problemas do cotidiano, podem servir como fonte de informação e inspiração àqueles que querem resolver os problemas da população e realizar a justiça de qualidade para o cidadão.

No presente estudo, então, delineamos o trabalho dos Juizados Especiais – ao longo do seu surgimento e existência, arriscando-nos a projetar algumas perspectivas futuras –, tomando por base as suas varas especializadas de direito do consumidor, considerando a articulação com outros órgãos públicos e da administração direta, em especial a Superintendência de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON/BA.

2. PREMISSAS E PROBLEMATIZAÇÃO

2.1. VOLUME DE DEMANDAS E DADOS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

O Conselho Nacional de Justiça – órgão integrante do Poder Judiciário, na forma do quanto disposto no art. 92, I-A da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004 – atua de forma a aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário pátrio, de modo a ter suas ações sempre voltadas a assegurar os princípios da eficiência e da transparência por parte dos demais órgãos judicantes, de modo a promover o planejamento estratégico e a governança da Justiça brasileira.

No exercício destas e de outras atribuições, o CNJ promove a publicação do periódico *Justiça em Números*, publicado anualmente em sua versão completa e, mais objetivamente considerado, através de sumário executivo, que apresentam os resultados e as percepções acerca das demandas e litígios em trâmite no judiciário em todo o país.

No caso do *Justiça em Números 2020 – Sumário Executivo* (CNJ, 2020), anotam-se a existência de 77,1 milhões de processos em tramitação ao final de dezembro, ressaltando como positivo o fato de ser o segundo ano consecutivo de redução do número de casos pendentes de modo que 2019 – ano analisado e divulgado agora em 2020, portanto fora de contexto de pandemia do coronavírus, e sem seus impactos – apresentou números próximos daqueles observados em 2015. Ainda segundo a publicação, em comparação com 2018, o número de casos solucionados aumentou 11,6%. Denota-se aqui o maior poder de solução dos conflitos levados ao judiciário.

Quando trata do Índice de Produtividade do Magistrado (IPM), o estudo diz o seguinte:

O relatório aponta o maior Índice de Produtividade dos Magistrados (IPM) desde 2009: 13%, com média de 2.107 processos baixados por magistrado (apesar da vacância de 77 cargos de juizes no ano de 2019).

O índice de produtividade dos servidores da área judiciária também cresceu (14%), verificando média de 22 casos a mais baixados por servidor em relação a 2018 (CNJ, 2020).

Ainda na publicação, o CNJ ao tratar da estrutura do Poder Judiciário, anotou que *O 1º grau do Poder Judiciário possui 14.792 unidades judiciárias, número semelhante ao apresentado no ano anterior.*

Não obstante, ainda na análise do sumário executivo destes números da justiça em 2019, aponta-se que *67% das comarcas brasileiras providas com uma vara são juízos únicos da Justiça Estadual. Essas unidades têm competência para processar todos os tipos de feitos* (CNJ, 2020).

A soma destes dados, dão ensejo ao entendimento de que não houve aumento de comarcas ou novas unidades judiciárias instaladas no país, que, ao contrário, chegou-se a minguar a quantidade de julgadores. No Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por exemplo, o CNJ aponta a vacância de 175 (cento e setenta e cinco) vagas para magistrados e de 6.619 (seis mil, seiscentos e dezenove) servidores, ao tempo, ainda, em que alguns juízos operam com a assistência jurisdicional para todos os tipos de feitos.

Quando fazemos o recorte das ações que tocam ao direito do consumidor, nos juizados especiais, o relatório *Justiça em Números 2020* (CNJ, 2020), em sua versão completa, é possível perceber que nesta área o assunto mais demandado é o exatamente o de responsabilidade do fornecedor, considerando, ainda, os pedidos de indenização e reparação por dano moral, que correspondem a 1.554.088 (hum milhão, quinhentos e cinquenta e quatro mil e oitenta e oito) de processos.

Considerando o duplo grau de jurisdição dos juizados, assegurados pelas turmas recursais, para aqueles que ficaram insatisfeitos com a tutela recebida, a quantidade de processos é ainda mais significativa vez que 16% do total de processos que sobre, versam sobre a responsabilidade do fornecedor por dano moral, e outros 4,61% discutem por dano material.

Preocupa-nos exatamente esta realidade de enfrentamento diário dos magistrados que, responsáveis por juízos únicos, tem que atender em todas as áreas do direito, em processos que podem ter origem e destinação das mais diversas ordens possíveis.

Recobra-se, pois, a reflexão sobre a qualidade desta prestação jurisdicional, vez que tramita-se e decide-se muito, em quantidades crescentes, mas que não são acompanhadas pelo igual ritmo de aparelhamento e estruturação, mesmo de quadro funcional.

Uma reflexão ainda cabível neste tópico, versa sobre as alegações de quem entende haver a cultura da litigiosidade. Não nos apreça a mais adequada, pois antes do litígio há o desrespeito ao direito e a desinformação.

Daqui decorreria a sensação de falta e a inerente necessidade de buscar do amparo legal para recobrar algo que se entende ter sido desrespeitado.

Assim, nos ocorre nova linha de questionamentos: se os consumidores fossem de fato respeitados em seus direitos ou ao menos informados adequadamente – em face das suas vulnerabilidades técnica e jurídica – será que haveriam tantos litígios judicializados? A melhor forma de evitar a judicialização, poderia ser recolocar o foco na origem, para que não houvesse razões, espaço ou nem mesmo elementos ensejadores do litígio? Resolver na origem, não seria mais eficiente e mais econômico, que atacar o resultado ‘judicialização’?

2.2. NECESSIDADE DE SOLUCIONAR SEM JUDICIALIZAR AS DEMANDAS

Os números apresentados para o quantitativo de processos são bastante significativos e ajudam a dimensionar o problema, vez que os Juizados surgiram para *desafogar* a justiça comum, e, agora, é preciso pensar em como *desafogar* os juizados.

Kazuo Watanabe quando perguntado sobre um dos seus grandes feitos para o ordenamento jurídico brasileiro – teve participação fundamental na criação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais – ensinou:

Diagnosticamos que estava havendo uma litigiosidade contida, porque as partes não sabiam a quem ou como recorrer. Notamos que o CPC até poderia funcionar para pessoas que tivessem posse e condições, mas não funcionava para pessoas humildes. Foi formulada uma proposta que facilitasse o acesso à justiça por parte de uma camada mais humilde. Fui indicado pela Associação Paulista de Magistrados, juntamente com o professor Cândido Rangel Dinamarco, para participar da comissão elaboradora do anteprojeto de lei. Essa lei significou o primeiro rompimento do modelo liberal-individualista que estava no CPC, em que predominava a autonomia individual. Essa lei foi um sucesso, tanto que a Constituição de 1988 a consagrou definitivamente (WATANABE, 2019).

A desjudicialização, com isso, se tornou em termo bastante em voga, na ordem do dia de diversos órgãos e instituições que interagem com o judiciário no lido das suas atribuições. Contudo, aos nossos olhos parece que a desjudicialização não deva ser um fim a ser alcançado por qualquer meio. É preciso, em verdade, pensar mais no caminho que neste resultado em si.

Isto porque as premissas e razões da justiça, não devam ser afastados da linha que traça a ideia de prestação jurisdicional de qualidade, com transparência, isonomia, imparcialidade, resolutividade e efetiva justiça aos assistidos. Preservadas estas bases, podem ser construídas ferramentas alternativas de solução de litígios, como forma de incentivar a conciliação, a mediação, a autocomposição, e, em casos de julgamentos entre iguais, a arbitragem pode ser aplicada, ressalvados, neste caso, os limites da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Na seara do consumidor, para além do trabalho do trabalho dos Procons, uma boa perspectiva de solução não judicial – mas que oferece as mesmas qualidades e premissas de compromisso público com a solução de conflitos – surge com os Procons e com a plataforma digital www.consumidor.gov.br, criada e mantida pela Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), órgão do Min. da Justiça e Segurança Pública, e que será abordada mais adiante.

Para melhor dimensionarmos esta capacidade de solução, os dados oficiais dão conta que em 2019, foram realizados 2.598.042 (dois milhões quinhentos e noventa e oito mil e quarenta e dois) atendimentos pelos Procons, com média de resolutividade geral na ordem de 79,1% dos atendimentos, através dos primeiros atendimento estabelecendo linha direta do órgão para com as empresas, seja por uma ligação telefônica ou envio de uma mensagem de correio eletrônico direcionada. Quando considera o recorte de atendimento que tocam apenas aos serviços e telecomunicações os índices de resolutividade sobem a 84,4% dos casos, e quanto cuidam apenas de transporte aéreo baixam pouco ao patamar de 70,8% de solução preliminar. Evita-se, com isso a discussão em âmbito judicial de forma bastante significativa.

3. METODOLOGIA

As mesmas observações sociais que causaram as inquietações que motivaram o presente estudo, levou ao aprofundamento da análise, que ora se faz por meio do desenvolvimento do raciocínio lógico-dedutivo. A evolução do pensamento se fez por meio de leitura da legislação, para além do mero teto final, mas conhecendo as justificativas destas leis envolvidas na matéria, socorrendo-se sempre que necessário, dos ensinamentos da doutrina e da jurisprudência, bem como coleta e apuração dos dados, gráficos e informações resultantes de estudos governamentais, institucionais e das organizações sociais nacionais e estrangeiras, conforme pormenorizado nas referências bibliográficas.

4. DIMINUIÇÃO DA QUANTIDADE DE PROCESSO, COM FOCO NA MELHORIA DA QUALIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDIACIONAL

4.1. PLANO NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO – PLANDEC

Na linha delimitada na apresentação do presente estudo, ajustou-se a análise a partir da defesa do consumidor, cuja ancoragem principal, baliza-se na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Numa eventual divisão entre o Direito Público e o Direito Privado, podemos assentar o Direito do Consumidor, como uma codificação que cuida da relação entre particulares (fornecedor e consumidor), cujas normas, porém, são de ordem pública e interesse social.

Sobre isso Claudia Lima Marques, ensina:

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei de função social, traz normas de direito privado, mas de ordem pública (direito privado indisponível), e normas de direito público. É uma lei de ordem pública econômica (ordem pública de coordenação, de direção e de proibição) e lei de interesse social (a permitir a proteção coletiva dos interesses dos consumidores presentes no caso), como claramente especifica seu art. 1º, tendo em vista a origem constitucional desta lei (MARQUES, 2016).

Desta feita, a relação de consumo poderia ser reconhecida pela autoridade pública, na defesa de interesses que socialmente devem prevalecer sobre os interesses pessoais. Esta constatação decorreria do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, conforme preleciona o art. 4º, I do CDC, que ainda preconiza a interpretação sempre com base na boa-fé e no equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Logo adiante no art. 5º, IV, ao tratar das iniciativas para a execução e instrumentalização da *Política Nacional das Relações de Consumo*, o código previu a criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo. Nesta mesma linha, editou-se o Decreto nº 7.963, de 15 de março de 2013, que instituiu o Plano Nacional de Consumo e Cidadania (PLANDEC), com a finalidade de promover a proteção e defesa do consumidor em todo o território nacional, por meio da integração e articulação de políticas, programas e ações.

É exatamente o que observamos na estrutura do TJ-BA, por meio da sua Coordenação dos Juizados Especiais (COJE) que, aos nossos olhos, aparece em posição de destaque no cenário nacional pelo vanguardismo e por executar a diretrizes do PLANDEC, quanto a promover a educação para o consumo, a garantia do acesso à justiça e a eficaz prestação do serviço público para comunidade baiana.

4.2. ACORDOS DE COOPERAÇÃO TÉCNICA FORTALECENDO AS AÇÕES ARTICULADAS DOS ÓRGÃOS

Socorrendo-nos, ainda, do PLANDEC, temos o seguinte dispositivo:

Art. 13. Para a execução do Plano Nacional de Consumo e Cidadania poderão ser firmados convênios, acordos de cooperação, ajustes ou instrumentos congêneres, com órgãos e entidades da administração pública federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com consórcios públicos, bem como com entidades privadas, na forma da legislação pertinente.

Aqui, mais que apenas a base legal para formulação de termos de cooperação técnica, acordos e convênio, temos o posicionamento do legislador em valorizar e fomentar a articulação entre os órgãos de defesa do consumidor, constituindo-se, no caso do Estado da Bahia, um verdadeiro sistema estadual de defesa do consumidor.

Antes mesmo da edição do PLANDEC, esta diretiva já guiava o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, através da Coordenação dos Juizados, e a então Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos¹, através do PROCON/BA, que em 25 de janeiro de 2013, assinaram Termo de Cooperação Técnica para trabalho em conjunto.

O termo fora firmado com o fim último de obter maior efetividade à atuação dos órgãos envolvidos e agilizar os serviços jurisdicionais, bem como facilitar o acesso à justiça do Consumidor, resguardada a independência das instâncias, facilitando a defesa de seus direitos.

Para tanto, o Termo previa a homologação, pelo Poder Judiciário, dos acordos firmados entre consumidores e fornecedores em mesa de audiência realizada no PROCON/BA, visando constituí-los em títulos executivos

1. Atualmente denominada de Secretaria de Justiça, Direitos Humanos e Desenvolvimento Social, do Estado da Bahia, conforme Lei Estadual nº 13.204 de 11 de dezembro de 2014.

judiciais, nos termos do Art. 57 da Lei nº 9.099/95, concorrente com Art. 475-N, inciso V, do antigo Código de Processo Civil².

Previa-se, ainda, a avaliação dos avanços alcançados e das realizações construídas, para, ao aproximar do seu prazo de vencimento, o Termo ser renovado. Lamenta-se, contudo, que na sucessão dos fatos as opções de gestão, reconsideraram suas análises e não fizeram perpetuar o pacto de trabalho firmado.

Eis, aqui, ponto fundamental a ser revisto pelas atuais gestões das pastas, com vistas a retomar esta importante ferramenta de realização da justiça, no estado da Bahia.

Este apelo fica reforçado, quando observam-se os comportamentos de Procons e tribunais de justiça de outros estados que, entre si, inspiraram-se para a formulação de termos de cooperação com igual premissa de realizar justiça, e compromisso de resolver demandas em auxílio um do outro. É o que se tem registro para os estados do Maranhão, do Pernambuco e de Minas Gerais, por exemplo.

4.3. FORTALECIMENTO DOS PROCONS COMO FORMA DE SOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE LITÍGIOS DE MENOR COMPLEXIDADE

Mais uma vez valendo-se do quanto disposto no Decreto nº 7.963/2013, o art. 4º cuida dos eixos de atuação do Plano Nacional de Consumo e Cidadania, dentre eles temos o fortalecimento do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), e dos seus corolários no âmbito estadual. E, para que haja este o fortalecimento, o art. 7º, III complementa que a forma de fazê-lo seria por meio do *“fortalecimento da atuação dos Procons na proteção dos direitos dos consumidores”*.

Neste sentido, existem diversos projetos de lei, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado, que se dispõem exatamente a dar maior autonomia e poder de atuação aos Procons, como é o caso do Projeto de Lei nº 5196/2013, que já apresenta um razoável estágio de avanço, vez que

2. Dado o tempo da assinatura a indicação do texto do Termo referia-se ao art. 475-N, V da Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973 (antigo CPC). Atualmente o dispositivo corresponde ao art. 515, III da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (novo CPC).

já fora aprovado na Comissão de Defesa do Consumidor e na Comissão de Constituição e Justiça, da casa aberta do Congresso Nacional.

O PL 5196/2013, dentre as modificações previstas para a Lei nº 8.078/90 (CDC) pretende dar condições de que, em caso de infração às normas de defesa do consumidor, os Procons, coercitivamente, pudessem aplicar medidas corretivas com fito de determinar substituição ou reparação do produto, ou a devolução da contraprestação paga pelo consumidor mediante cobrança indevida, ou, ainda, o efetivo cumprimento da oferta pelo fornecedor, sempre que esta conste por escrito e de forma expressa.

Caso o projeto virasse lei, os Procons teriam ainda a autorização legal para – no caso de descumprimento do prazo fixado para a medida corretiva imposta – imputar multa diária, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor. Não obstante, as decisões administrativas que aplicassem medidas corretivas em favor do consumidor constituiriam título executivo extrajudicial, exequível pelo próprio consumidor individualizado e específico para titularidade de um direito.

A SENACON, após levantamento, apontou que em 2019, foram realizados 2.598.042 (dois milhões quinhentos e noventa e oito mil e quarenta e dois) atendimentos pelos Procons integrados ao Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (SINDEC – aumento de 14,2% em relação ao ano anterior, com média mensal de 216 mil consumidores atendidos.

Pelos números que apresentam pelos levantamentos feitos pelo SINDEC, o fortalecimento dos Procons, mediante das parcerias, como aquela que já existiu entre o TJ-BA e o PROCON/BA, seriam uma alternativa viável de conduzir a uma boa solução de conflitos, com qualidade na entrega de atos de justiça à população.

4.4. A PLATAFORMA WWW.CONSUMIDOR.GOV.BR COMO CANAL DE CONCILIAÇÃO

O *Consumidor.gov.br*, criada com fundamento legal no art. 4º inciso, V do CDC concorrendo com o art. 7º, incisos I, II e III do PLANDEC, partiria das seguintes premissas: 1) transparência e controle social são imprescindíveis à efetividade dos direitos dos consumidores; 2) as informações apresentadas pelos cidadãos consumidores são estratégicas para gestão e

execução de políticas públicas de defesa do consumidor, e; 3) o acesso a informação potencializa o poder de escolha dos consumidores e contribui para o aprimoramento das relações de consumo.

Para fins de registro, neste mesmo período, segundo levantamento da SENACON, os números de atendimento da plataforma www.consumidor.gov.br, de 780.179 (setecentas e oitenta mil, cento e setenta e nove) reclamações finalizadas, conforme dados oficiais.

Segundo a sua criadora, a plataforma *Consumidor.gov.br* define-se como um serviço público que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução de conflitos de consumo pela internet, de forma rápida e desburocratizada. Atualmente, 80% das reclamações registradas no Consumidor.gov.br são solucionadas pelas empresas, que respondem as demandas dos consumidores em um prazo médio de 7 dias.

Para tanto, e por buscar a efetividade da realização do atendimento célere ao cidadão, ao tempo que este necessitaria de cadastro e *login* na plataforma digital, às empresas pressupunha a assinatura de termo de compromisso, de modo a assegurar o tratamento diferenciado e propenso à solução do conflito, através da interatividade direta entre as partes, em ambiente virtual, porém monitorado pela SENACON, com auxílio dos Procons.

A plataforma já se destaca na difusão de uso entre órgãos de defesa do consumidor, de modo que despertou a atenção do CNJ que junto com o Ministério da Justiça e Segurança Pública, por meio da SENACON, assinaram um Termo de Cooperação Técnica para prever a utilização desta plataforma como uma das ferramentas oficiais de solução extrajudicial de litígios, incentivando-se o seu uso antes mesmo da formalização de uma reclamação nos balcões de acesso a justiça, dos órgãos jurisdicionais.

Este Termo, embora vigente, não chegou a ser uma unanimidade de modo que recebeu algumas críticas, dentre as quais, destacamos o fato de que – ao prever a tentativa conciliatória incentivada pela plataforma virtual – em termos práticos alguns consideram que o Termo teria criado uma verdadeira nova condição da ação judicial cuja matéria fosse o direito do consumidor. Isto porque, muitos causídicos ao patrocinarem causas consumeristas dos seus assistidos, tiveram as petições iniciais indeferidas liminarmente, alegado não ter havido a realização de tentativa conciliatória por meio da plataforma.

Aqui, entendemos pertinente as anotações que podem ser comprovadas pelo empirismo de quem milita na área, ao tempo que defendemos haver uma diferença entre incentivar o uso de métodos alternativos de solução de conflitos, e impedir o acesso ao órgão jurisdicional originário, por meio de condicionamento compulsório de uso prévio de uma plataforma de atendimento remoto.

5. CONCLUSÃO

Clausula pétrea na constituição assegura o acesso à justiça, inclusive gratuita em casos específicos, ao tempo em que processualistas e doutrinadores repetem incansavelmente a necessidade de desjudicialização das demandas. Isto porque o astronômico volume de processos, dificulta a entrega de uma justiça de qualidade.

Neste contexto, e para diminuir a demanda específica das varas da Justiça Comum, estruturou-se a criação dos Juizados Especiais, com a premissa de transparência, eficiência e celeridade. Estas, por sua vez, ficaram comprometidas pelo excesso de volume de processos que hoje, ocupam as mesas dos juízes togados, juízes leigos e conciliadores.

A desjudicialização, então, pode ser vista como um fim que não valerá por si, caso venha a afastar uma situação do judiciário, sem que lhe ofereça no todo, uma solução justa. Esta solução, por sua vez, perpassa pelo compromisso do ente julgador em agir imparcialmente, de forma impessoal, com celeridade e efetividade na prestação da assistência ao cidadão.

O recorte se mostra mais significativo no recorte feito no Direito do Consumidor, vez que, segundo CNJ, responde pelo maior número de processos em tramite, nos juizados especiais, quadro replicado na justiça estadual de grande parte das unidades da federação.

A leitura dos fundamentos e argumentos elencados no presente estudo sugerem que o foco deveria ser aprioristicamente na valorização e respeito ao consumidor, pois isso evitaria o surgimento de um problema que por também não ser resolvido quando apresentado, levaria o indivíduo insatisfeito a demandar dos órgãos de defesa do consumidor ou do judiciário. Respeitar o cidadão consumidor, portanto, seria a forma mais célere e mais barata de se evitar a judicialização.

Neste desiderato, tem-se nos PROCONS, a figura de um órgão da administração direta, com capacidade já instalada – gozando de prestígio social, dado o poder de solução e eficiência que representam – do qual

o Poder Judiciário poderá se valer, para promover a entrega da justiça ao cidadão, sem necessariamente contar com a abertura de novos processos judiciais.

A aproximação entre tribunais e juizados em face dos Procons, já se mostrou frutífero na Bahia, hoje seguem outros estados, havendo posicionamento oficial do CNJ, o sentido de que se promova a melhoria da prestação jurisdicional a partir do fortalecimento das ações articuladas com órgãos de defesa do consumidor em vista da desjudicialização das demandas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa*. 1988.

_____. *Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre proteção do consumidor e dá outras providências.

_____. *Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

_____. *Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre Arbitragem.

_____. *Decreto Federal nº 2.181, de 20 de março de 1997*. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Federal nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências.

_____. *Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil.

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

BAHIA. *Lei Estadual nº 13.204, de 11 de dezembro de 2014*. Modifica a estrutura organizacional da Administração Pública do Poder Executivo Estadual e dá outras providências.

Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*. Brasília: 2020. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Último acesso em 08 de novembro de 2020.

_____. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019 – Sumário Executivo*. Brasília: 2020. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf>. Último acesso em 08 de novembro de 2020.

_____. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019 – Painéis*. Brasília: 2020. Disponível em <https://paineis.cnj.jus.br/QuAJAXZfc/opensdoc.htm?document=qvw_l%2FPainelC-NJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT> Último Acesso em 08/11/2020.

- _____. *Termo de Cooperação Técnica nº 016/2019/CNJ* – MJSP. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/TCOT-016_2019.pdf>. Último acesso em 10/11/2020.
- DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 22ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2019.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo*. 13ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM. 2016.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FILOMENO, José Geraldo Brito, ET AL. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 10ª Vol. I, rev. atual. e reformulada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.
- MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. *Manual de Direito do Consumidor* – 7ª ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.
- Secretaria Nacional do Consumidor, Ministério da Justiça e Segurança Pública. *SINDEC. Boletim – 2019*. Disponível em: <https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/2020/Boletim_Sindec_2019.pdf>. Último acesso em 10/11/2020.
- Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. *Parceria entre o Tribunal de Justiça da Bahia e Procon vai fortalecer defesa dos Direitos do Consumidor*. Disponível em <<http://www5.tjba.jus.br/portal/1234/>>. Último Acesso em 08/11/2020.
- WADA, Ricardo Morishita (Coord). *Os conflitos, a regulação e o direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2015. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13975/Os%20conflitos%2c%20a%20regula%c3%a7%c3%a3%20e%20o%20direito%20do%20consumidor.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Último acesso em 12/11/2020.
- WATANABE, Kazuo. *"Reforma do CPC perdeu oportunidade de melhorar sistema das ações coletivas"*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-09/entrevista-kazuo-watanabe-advogado>>. Último acesso em 10/11/2020.