



MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

ADRIANO CÉSAR OLIVEIRA NÓBREGA

**A DESJUDICIALIZAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DA (IN)
EFETIVIDADE A PARTIR DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL**

FORTALEZA

2018

ADRIANO CÉSAR OLIVEIRA NÓBREGA

A DESJUDICIALIZAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DA
(IN) EFETIVIDADE A PARTIR DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr, Alexander Perazo Nunes de Carvalho.

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Ficha catalográfica elaborada por Tereza Cristina Araújo d. Moura – Bibliotecária – CRB-3/884

N754d Nóbrega, Adriano César Oliveira.

A desjudicialização e o acesso à justiça: uma análise da (in)efetividade a partir da usucapião extrajudicial / Adriano César Oliveira Nóbrega. – Fortaleza, 2018.
143 f.; il. color.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário Christus-Unichristus, Mestrado Acadêmico em Processo e Direito ao Desenvolvimento, Fortaleza, 2018.

Orientador (a): Dr. Alexander Perazo Nunes de Carvalho.

Área de concentração: Direito, Acesso à Justiça e ao Desenvolvimento.

I. Garantia fundamental. 2. Efetivação. 3. Prescrição aquisitiva. I. Carvalho, Alexander Perazo Nunes de. II. Título.

CDD 342.12324

ADRIANO CÉSAR OLIVEIRA NÓBREGA

A DESJUDICIALIZAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DA (IN)
EFETIVIDADE A PARTIR DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr, Alexander Perazo Nunes de Carvalho.

Aprovado em: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Alexander Perazo Nunes de Carvalho
Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

Prof. Dr. Carlos Marden Cabral Coutinho
Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

Prof. Dr. Eduardo Rocha Dias
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

A todos os professores, que fazem de seu mister uma inspiração incomensurável.

AGRADECIMENTOS

O impulso inicial, a elaboração e conclusão da presente pesquisa não teria sido possível sem a colaboração de algumas pessoas, as quais tentarei expressar, em poucas linhas, a gratidão imensa pela ajuda nessa caminhada.

Ao Flavio, pelo companheirismo, compreensão, motivação e apoio incondicional, sem o qual nada disso seria possível. Meu principal agradecimento por ser minha maior fonte de inspiração.

Aos meus pais, Walter e Adriana, amor máximo e base da minha existência, vocês me motivaram sempre a ir adiante não importando o caminho escolhido.

À minha irmã Tatiana e minha sobrinha Fernanda Julia, ambas que concentram em si todo o papel de conceito de família e que servem de inspiração.

À Natalie e aos meus amigos mais antigos e diversos, os quais foram fundamentais para a minha construção e, muitas vezes, foram os elementos essenciais para o meu bem-estar.

Às amizades ganhadas por meio do Mestrado, o qual foi uma das fases mais difíceis da minha vida e que rendeu relações inesperadas. Um especial agradecimento aos amigos João Ricardo, Marcella Mourão, Taís Cidrão e Celso Torres, peças que foram essenciais na sobrevivência dessa loucura que escolhemos viver, a vocês expresso uma enorme gratidão pelo encontro.

Um especial agradecimento aos colegas do Mestrado João Ricardo e Fernandes Neto, pelo auxílio na elaboração e construção da principal parte dessa pesquisa, a qual não seria possível sem o auxílio de vocês.

E, por fim, mas não menos importante, a todos os meus professores, um especial agradecimento ao Alexaneder Perazo, Carlos Marden, Juraci Mourão, Alexandre Bruno, Fayga Bedê, Daniel Gutierrez, Clésio Arruda, André Studart, Flávio Gonçalves, Jânio Pereira, Pedro Miron, Ana Vlândia, Karol Wojtyla, Eveline Correia, Jackson, Cardoso Neto, Daniel Paiva, Ana Marques, Andrine... enfim, todos os professores que, de algum modo, contribuíram para a minha formação e sempre, mesmo sem saber, tiveram um papel essencial na minha trajetória. Meus sinceros agradecimentos a vocês, seus ensinamentos me marcaram.

Palavras são, na minha nada humilde opinião, nossa inesgotável fonte de magia. Capazes de formar grandes sofrimentos e também de remediá-los.

- Alvo Dumbledore

RESUMO

Esta pesquisa acadêmica teve como objetivo verificar se a desjudicialização de demandas é um mecanismo que efetiva o acesso à justiça, tendo a usucapião extrajudicial como caso de análise por ser o mais recente exemplo no ordenamento jurídico pátrio. Justifica-se a realização desta busca em decorrência da utilização dos diversos meios da gestão de conflitos para efetivar o acesso à justiça, especialmente a desjudicialização, que procura retirar do Poder Judiciário o monopólio do processamento de demandas. Para tanto, utilizou-se como metodologia a análise legislativa, jurisprudencial, bem como bibliografia especializada sobre o tema para constituir os componentes eminentemente teóricos. Do mesmo modo, fez-se uso da pesquisa empírica por meio da análise de dados fornecidos pelos órgãos oficiais, bem como foi realizada coleta de dados dos cartórios de registro de imóveis, os quais foram obtidos por meio de aplicação e questionário proeminentemente qualitativo em 69 municípios do Estado do Ceará. A dissertação foi dividida em cinco capítulos, dentre os quais, após as considerações iniciais, verificou-se a transformação do conceito de acesso à justiça, adotando-se o sentido amplo de alcance dessa garantia fundamental, bem como o desenvolvimento das teorias processuais. Em seguida, foi realizada uma averiguação sobre a desjudicialização, momento em que foi dado enfoque à usucapião administrativa, sendo realizada um exame sobre o direito material e processual envolvidos nas demandas que tratam sobre a prescrição aquisitiva, quando foram evidenciados os dados empíricos colhidos. No capítulo quarto, restou aferida a efetividade do acesso à justiça com suporte nas teorias processuais contemporâneas, oportunidade em que ficaram constatados os obstáculos de implementação da desjudicialização e foi analisada a possibilidade de desjudicializar a execução civil e fiscal. No capítulo de fecho (cinco), defendeu-se que a desjudicialização é uma importante tecnologia a ser utilizada, juntamente com o Poder Judiciário e os métodos equivalentes à jurisdição na gestão de demandas, para a efetivação do acesso à justiça, o que ocorrerá sempre que forem resguardadas as garantias fundamentais em conformidade com o modelo constitucional de processo. Foi possível constatar que, diante do modelo constitucional de processo, a desjudicialização da usucapião promoveu parcialmente a efetivação do acesso à justiça, enquanto que a partir da teoria instrumentalista o acesso à justiça se mostrou plenamente alcançado.

Palavras-chave: Garantia fundamental. Efetivação. Prescrição aquisitiva.

ABSTRACT

This academic research had as objective to verify if the adjudication of lawsuits is a mechanism that promotes effective access to justice, with extrajudicial usucaption as a case of analysis for being the most recent example in the legal order of the country. It is justified to carry out this search as a result of the use of the various means of conflict management to effect access to justice, especially the unjudicialization, which seeks to remove from the Judiciary the monopoly of the processing of lawsuits. In order to do so, it was used as methodology the legislative, jurisprudential analysis, as well as specialized bibliography on the subject to constitute the eminently theoretical components. Likewise, empirical research was used through the analysis of data provided by the official agencies, as well as the collection of data from the registries of real estate registration, which were obtained through application and a qualitative questionnaire in 69 county of the State of Ceará. The dissertation was divided in five chapters, among which, after the initial considerations, the concept of access to justice was transformed, adopting the broad sense of scope of this fundamental guarantee, as well as the development of procedural theories. Subsequently, an investigation was carried out on the unjudicialization, at which time the administrative misconduct was addressed, and an examination was made of the material and procedural law involved in the lawsuits that deal with the prescription, when the empirical data collected were evidenced. In chapter four, the effectiveness of access to justice supported by contemporary procedural theories was assessed, and the obstacles to the implementation of prosecution were verified, and the possibility of prejudicing civil and fiscal enforcement was analyzed. In the closing chapter (five), it was defended that the adjudication is an important technology to be used, together with the Judiciary and methods equivalent to the jurisdiction in the management of demands, for the effective access to justice, which will always try so that the fundamental guarantees are safeguarded in accordance with the constitutional model of procedure. It was possible to verify that, in view of the constitutional model of the process, the unjudicialization of the property acquisition prescription promoted by access to justice, whereas from an instrumentalist instruction for access to justice it became healthy.

Keywords: Fundamental guarantee. Effectiveness. Property acquisition prescription.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC.....	Código Civil
CEJUSCS.....	Centros Judiciário de Resolução de Conflito e Cidadania
CF.....	Constituição Federal
CJF.....	Conselho da Justiça Federal
CNJ.....	Conselho Nacional de Justiça
CPC.....	Código de Processo Civil
CRI.....	artório de Registro de Imóveis
PGFN.....	Procuradoria Geral da Fazenda Nacional
PL.....	Projeto de Lei
SNPIC.....	Sistema Nacional de Informações Patrimoniais dos Contribuintes
STF.....	Supremo Tribunal Federal
TJCE.....	Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	11
2 ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO.....	16
2.1 Elementos para précompreensão do tema: a Teoria do Direito para tratar adequadamente sobre o Direito.....	17
2.2 Acesso à justiça	26
<i>2.2.1 Enredo da evolução histórica do conceito e as ondas renovatórias do processo</i>	<i>27</i>
<i>2.2.2 Os métodos adequados da gestão de conflitos e o acesso à justiça: o lugar da desjudicialização</i>	<i>32</i>
2.3 A transformação teórica do Direito Processual	36
<i>2.3.1 O modelo constitucional de processo.....</i>	<i>37</i>
<i>2.3.2 A Teoria Instrumentalista: processo visto como instrumento</i>	<i>41</i>
<i>2.3.3 O processo como garantia fundamental.....</i>	<i>43</i>
3 DESJUDICIALIZAÇÃO.....	46
3.1 A desjudicialização como meio de efetivação do acesso à justiça	48
3.2 A desjudicialização e as teorias processuais: o mesmo lado de duas moedas.....	55
3.3 O caso mais recente de desjudicialização: o processamento do reconhecimento da usucapião.....	61
<i>3.3.1 Breve panorama sobre o direito material da usucapião</i>	<i>62</i>
<i>3.3.2 As espécies da usucapião de bem imóvel.....</i>	<i>65</i>
<i>3.3.3 O reconhecimento da usucapião de bem imóvel durante a vigência do CPC/1973: o procedimento comum revestido de especial.....</i>	<i>73</i>
<i>3.3.4 O reconhecimento da usucapião de bem imóvel desde a vigência do CPC/2015: entre a desjudicialização e o rito comum.</i>	<i>74</i>
3.4 Em ultrapasse à teoria: A pesquisa empírica realizada nos cartórios de registro de imóveis sobre a usucapião administrativa	80
4 A (IN) EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA COM BASE NA DESJUDICIALIZAÇÃO.....	89
4.1 Possíveis obstáculos que promovem a inefetividade do acesso à justiça com suporte na desjudicialização da usucapião de bens imóveis.....	89
<i>4.1.1 Verificação prévia do ato legislativo: análise da aplicabilidade prática do texto normativo.....</i>	<i>90</i>
<i>4.1.2 Verificação posterior do ato legislativo: a gratuidade e a regulamentação procedimental no âmbito regional</i>	<i>92</i>
<i>4.1.3 Em qualquer tempo: a cultura litigante da prática forense como (mais) um possível obstáculo.....</i>	<i>98</i>

4.2 A usucapião administrativa: melhoria efetiva no acesso à justiça com amparo no marco teórico.	101
<i>4.2.1 A efetividade do acesso à justiça perante a teoria instrumentalista</i>	<i>101</i>
<i>4.2.2 A parcial efetividade do acesso à justiça ante o modelo constitucional de processo.....</i>	<i>103</i>
<i>4.2.3 A questão da gratuidade: o principal obstáculo à efetivação do acesso à justiça pela desjudicialização</i>	<i>106</i>
4.3 A desjudicialização da execução: uma possibilidade.....	109
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	114
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	118
APÊNDICE A.....	129
ANEXO.....	144

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Sociedade pós-moderna, líquida ou hipermoderna são algumas das expressões empregadas para definir o comportamento das relações sociais na contemporaneidade, tendo como marco inicial a queda do muro de Berlim e a extinção da União Soviética ou, a depender da análise, os anos que sucederam o atentado ao *World Trade Center*, em 11 de setembro de 2001. Independentemente do termo utilizado para definir e analisar a sociedade atual, é certo que as relações mudaram, de forma a tornarem massificadas e instantâneas, ocasionando, conseqüentemente, uma alteração (ou a sua necessidade) nas instituições que, de certo modo, podem ser classificadas como gestoras da vida social. Dentre as mudanças que essa “nova” sociedade trouxe está a modalidade de lidar com as demandas, que, no Brasil, são quase sempre levadas a serem solucionadas por um ente estatal.

O Poder Judiciário, por exemplo, remonta à época do Direito Romano, o qual é tido como o nascedouro de vários aspectos da ordem jurídica e social vistos até hoje. Ocorre que, tal como a democracia, o Poder Judiciário contemporâneo não pode ser visto ou utilizado da mesma maneira como era nas épocas antigas, principalmente, porque as relações e as pessoas sociais passaram a existir em um grau de abundância que se mostra necessária a transformação das instituições. Exemplo dessa evolução social e jurídica são os direitos fundamentais, que devem ser compreendidos como os direitos humanos qualificados por uma positivação por via da Constituição de um país, os quais passaram a ser havidos assim apenas no final do século XX. Nos últimos anos, é possível verificar uma grande tendência de proteção a esses direitos com um *status* especial. Com efeito, esta pesquisa surge com a finalidade de verificar o papel do ordenamento jurídico em conformar a demasiada carga de litigância do Poder Judiciário com as garantias previstas da Constituição Federal de 1988.

Os instrumentos analisados em cotejo nessa investigação acadêmica serão a desjudicialização e o acesso à justiça, sendo esse um direito fundamental que visa a garantir às pessoas a gestão adequada de suas demandas, enquanto aquela pode ser compreendida como um instrumento jurídico que retira do Poder

Judiciário a competência única e exclusiva para dar uma resposta aos pleitos públicos e privados. Antigamente, o acesso à justiça era interpretado como a impossibilidade do Estado, na figura do Poder Judiciário, deixar de analisar todo e qualquer tipo de pedido que surgisse. Com o desenvolvimento das teorias jurídicas, no entanto, o acesso à justiça foi ampliado com vistas a englobar tanto o Poder Judiciário quanto os meios equivalentes à jurisdição estatal na gestão de conflitos, conforme será analisado em uma seção apropriada desta demanda universitária *stricto sensu*.

Dentre os meios equivalentes da gestão das demandas, negociação, mediação e arbitragem auferiram muito destaque nos últimos anos, especialmente com o advento da Lei de Mediação e do Código de Processo Civil de 2015, instrumentos legislativos que consolidaram a importância desses métodos já desenvolvidos amplamente pela pesquisa acadêmica especializada. Diferente dos meios equivalentes, a desjudicialização aflora como uma medida que visa a transferir a competência de processamento de demandas às serventias extrajudiciais, desde que o pleito seja relacionado a direito disponível, não possua litígio e não envolva menor ou incapaz.

É importante verificar, inicialmente, que o conceito e a interpretação de acesso à justiça mudaram com o passar dos anos desde uma evolução do pensamento da doutrina processual. Tal ocorreu, pois, anteriormente, o acesso à justiça era compreendido somente como a impossibilidade de o ente estatal negar a prestação jurisdicional, ou seja, o Estado sempre deveria processar todas as demandas, gerando, ao final, um provimento que respondesse ao pleito, seja positiva ou negativamente ao pedido autoral. Ocorre que, desde as ondas renovatórias do processo, especialmente a 3ª (terceira) onda, o acesso à justiça passou a ser compreendido como ao recebimento e efetiva resposta aos pleitos, não sendo essa gestão exclusiva do Estado representado pelo Poder Judiciário, mas também dos métodos equivalentes da gestão de conflitos, tais como mediação, negociação e arbitragem.

Desenvolvendo-se juntamente com os meios equivalentes da gestão de conflitos, há o caso da desjudicialização, implementada por um ato do Poder Legislativo, quando se entende que os órgãos e serventias extrajudiciais podem gerir

a demanda de modo mais efetivo que o Poder Judiciário. Ao desjudicializar um tipo de processo, além de não aumentar a carga de demandas judiciais que tramitam pelo Poder Judiciário, é importante verificar que o Estado deve decidir realizar essa transferência ou ampliação de competência com a finalidade de implementar as garantias fundamentais, sob pena de a desjudicialização servir apenas como um meio de instrumentalização do direito material.

Podem ser mencionados como exemplos de demandas desjudicializadas o divórcio e o inventário, os quais, cumpridos os requisitos, poderão ser realizados diretamente no cartório de registro de pessoas. Além desse exemplo, bastante utilizado pela sociedade, a mais recente demanda desjudicializada foi o processamento de declaração de aquisição de propriedade por meio da usucapião, a qual passou a ser processada por cartórios de registro de imóveis, conforme rito descrito no Código de Processo Civil de 2015 e pela Lei de Registros Públicos. Esta demanda universitária tem por escopo verificar, especialmente, a desjudicialização da usucapião, tanto no plano teórico quanto empírico, com a finalidade de constatar se a utilização dessa medida promove a efetivação do acesso à justiça e das demais garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988.

Perante essa conjunção de problemas, este experimento aparece com a finalidade de verificar se a desjudicialização é um instrumento que, efetivamente, promove o acesso à justiça, levando em consideração as teorias processuais que buscam explicar o conceito de processo. Além disso, objetiva-se analisar a promoção do acesso à justiça sob o prisma teórico e, posteriormente, empírico, com suporte na análise pormenorizada da usucapião, sendo esse o último caso que ocorreu no sistema jurídico pátrio.

Preambularmente, será analisada a evolução teórica da Teoria do Direito, adotando-se um marco teórico que delimite e conceitue os institutos tratados na investigação acadêmica. Posteriormente, intenta-se examinar o conceito de acesso à justiça, como a terceira onda renovatória do processo e, em seguida, a ideia de ampliação dessa garantia fundamental por intermédio da implementação dos meios equivalentes da gestão de conflitos. Entrementes, será verificado o papel da desjudicialização feita medida para efetivar a garantia fundamental de acesso à justiça.

Em seguida, estuda-se analisar o instituto da desjudicialização, perpassando, *ab initio*, os aspectos teóricos do instituto, tanto de direito material como processual em curso no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa ocasião, será visto a evolução histórica de medidas desjudicializantes, dando enfoque especial à usucapião de bem imóvel, porquanto esse é o exemplo mais recente de demanda desjudicializada.

Deve-se verificar o papel da desjudicialização para efetivar o acesso à justiça delimitado epistemologicamente no capítulo anterior para, em seguida, proceder ao exame da pesquisa empírica realizada em 71 cartórios de registro de imóveis de diferentes comarcas do Estado do Ceará. Ao realizar um panorama da desjudicialização, tanto teórica quanto empiricamente, intenta-se constatar se esse instrumento é um meio de efetivar o acesso à justiça em ambas as teorias processuais verificadas no capítulo antes delineado.

Na seção que antecede as notas conclusivas, busca-se contribuir para o debate acerca da efetivação do acesso à justiça por meio da desjudicialização, verificando possíveis obstáculos de ampla implementação desse instituto, inventariando os possíveis motivos que o fazem não ser tão utilizado pelo Estado. Posteriormente, será vista a regulamentação da desjudicialização da usucapião de bem imóvel no âmbito regional do Estado do Ceará, para, por fim, com base no Direito comparado, verificar opções de competência exclusiva da jurisdição estatal que podem ser desjudicializadas.

O método utilizado para o desenvolvimento desta busca foi o hipotético-dedutivo, visando a constatar que a desjudicialização, ao ser aplicada, promove o acesso à justiça, partindo da concepção de que esse é plenamente efetivado ao possibilitar às partes uma escolha adequada pelo meio da gestão de demandas. A hipótese previamente suscitada será constatada pela análise empírica e teórica, sendo essa baseada no estudo bibliográfico das teorias pertinentes ao tema, bem como da verificação do rol dos dispositivos legais que envolve os institutos aqui reunidos para estudo.

Utiliza-se, ainda, a análise empírica por meio da coleta e exame de dados disponibilizados pelos órgãos oficiais, tal como uma aplicação de questionário predominantemente qualitativo em cartórios de registro de imóveis localizados em

diversos municípios do Estado do Ceará. A amostragem a que se recorreu buscou coletar informações de municípios distintos, desde os mais populosos aos mais periféricos no mapa do Estado, objetivando, assim, se fornecer à análise e à comparação de informações sobre a usucapião em diferentes realidades sociais e econômicas.

2 ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Neste segmento, examina-se o desenvolvimento da compreensão de acesso à justiça como garantia fundamental da gestão de demandas, bem como a transformação teórica das teorias processuais. Revela-se importante a verificação de ambos os itens em primeiro plano em decorrência da limitação epistemológica necessária para a construção da presente pesquisa.

Para verificar se houve efetivação à medida legislativa de desjudicializar algumas demandas, transferindo-as às competências extrajudiciais, faz-se necessário, inicialmente, verificar aspectos basilares pertinentes a esse instituto. Inicialmente, torna-se imperioso apurar o conceito de acesso à justiça debatido pelos especialistas, para delimitar o conceito adotado neste experimento, pois há divergências conceituais a depender da corrente doutrinária adotada. Do mesmo modo, mostra-se preciso observar a teoria processual mais adequada para alcançar a efetivação das garantias fundamentais, no entanto, antes de ingressar nos estudos sobre o Direito Processual propriamente dito, é indispensável averiguar aspectos concernentes à Teoria do Direito, a qual busca definir o que é, de fato, o Direito.

Sistema jurídico, normas, regras, princípios, leis, Constituição Federal, moral e “Ciência do Direito”¹ possuem algo em comum, a Teoria do Direito, a qual busca explicar ou conceituar o que é o Direito no mundo ocidental. Em 18 de março de 2016, entrou em vigor a Lei Federal nº 13.105/2015 (BRASIL, 2015) a qual instituiu o atual Código de Processo Civil, momento em que houve total alteração no paradigma processual brasileiro, pois o vigente diploma processual resulta de uma evolução histórica e democrática posterior à Constituição Federal de 1988.

O CPC/2015 foi elaborado com base em princípios que o seu antecessor (CPC/1973) não prevê, do mesmo modo que os institutos processuais expressos na Constituição Federal de 1988 passaram a receber uma releitura com base na onda democrática do sistema jurídico, como é o caso do inciso XXXV, o qual exprime que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” –

¹ Há diversas pesquisas acadêmicas que afirmam ser impossível dar o título de ciência para o Direito (CAVALCANTI; BEDÊ, 2014), no entanto, por costume e desnecessidade de trazer a problematização sobre esse ponto, opta-se por utilizar o termo ciência para definir o Direito.

texto normativo esse que prevê o princípio do acesso à justiça e será mais bem explorado nos segmentos posteriores.

Ocorre que, para tratar adequadamente de princípios, regras e Direito, é indispensável, em respeito à teoria filosófica e suas diversas vertentes que analisam o sentido do Direito, delimitar, epistemologicamente, os conceitos adotados nesta pesquisa científica.

2.1 Elementos para pré-compreensão do tema: a Teoria do Direito para tratar adequadamente sobre o Direito

A fim de estudar e delimitar o que são regras e princípios, é necessário, antes, estabelecer o conceito de Direito. A Ciência Jurídica é, sinteticamente, dividida pelos estudiosos em positivismo jurídico (e suas espécies) e não-positivismo (jusnaturalismo e interpretativismo). A corrente jusnaturalista, ou Direito Natural, entende que o sistema jurídico, se for criado pela vontade humana, deve respeitar e ser coerente com um elemento exterior e superior ao Direito, o qual pode variar de acordo com o tempo de análise e aplicação dessa corrente, podendo ser classificado em: i. Cosmológico; ii. Teológico; iii. Antropológico ou Racionalista; e, iv. Analítico ou Contemporâneo² (RESENDE, 2016).

Já o juspositivismo teve origem por meio de duas correntes clássicas de pensamento, o Positivismo Analítico, de John Austin e Jeremy Bentham, e o Positivismo Exegético, de Hans Kelsen. Resumidamente, a principal diferença entre o jusnaturalismo e o juspositivismo (incluindo suas correntes que se diferenciam considerando-se cada época e autor) pode ser vista malgrado a validação do que é considerado Direito, pois, consoante o positivismo jurídico, para o Direito existir, basta que este seja fruto da vontade humana, enquanto, para o Direito Natural, faz-se necessário que o sistema jurídico esteja em conformidade com um elemento supremo³ para ser havido como Direito.

² Esta investigação não pretende analisar o jusnaturalismo, dado que não há adesão desse tipo de direito nos países ocidentais. Além disso, acredita-se que o Direito Natural não é aplicável em uma sociedade moderna e ocidental.

³ O elemento supremo de validação depende da época de desenvolvimento do Direito natural, uma vez que, para o jusnaturalismo racionalista, o sistema jurídico deveria respeitar a razão da época, enquanto, para o jusnaturalismo teológico, fazia-se necessária a validação do ordenamento jurídico por meio das disposições do cristianismo da época.

Indo contra a onda jusnaturalista do século XIX, John Austin, influenciado pelo seu mentor Jeremy Bentham, elaborou, de modo organizado, sistemático e analítico, os aspectos conceituais da sua Teoria do Direito, conhecida como Teoria Analítica ou Imperativa. O sistema de Austin buscou promover a separação do Direito em relação à Moral⁴ (FRIEDE, 2017, p. 94), assinalando que o Direito é fruto da vontade de um soberano e que pode ser entendido como um complexo de ordens e coerções. Além disso, Austin buscou estabelecer que o Direito deveria ser entendido como um conjunto de ordens e comandos, devendo o juiz “[...] aplicar exatamente o comando advindo do soberano. Não obstante, diante da inexistência de um comando ajustável ao caso concreto, deve o juiz resolvê-lo como julgar mais adequado, já que é autorizado, tacitamente, a fazê-lo pelo mesmo soberano”. (FRIEDE, 2017, p. 95-96).

Em uma observação distinta, Hans Kelsen entendia que apenas e tão somente o Direito positivado interessava à teoria científica do Direito. Nessa esteira, para o autor, o Direito só pode ser distinguido da ordem moral quando aquele se conceber como ordem de coação, ou seja, o Direito pode ser visto como uma ordem normativa que cuja finalidade é obter determinada conduta humana, ocasionando um ato de coerção socialmente organizado na hipótese de descumprimento da conduta prevista na norma positivada (KELSEN, 1998, p. 70-71). Portanto, para a Teoria Pura do Direito de Kelsen, a ordem moral era caracterizada por ausência de coação formal e um ato desconforme em relação à moralidade de uma sociedade tem, como consequência, a desaprovação dos membros de determinado grupo social. Assim, a coação formalmente prevista e aplicada pelo detentor do Direito (Estado) é livre do aspecto moral da sociedade.

Ainda sobre a Teoria Pura do Direito, Kelsen entende que o positivismo jurídico é um sistema completo, e quaisquer lacunas que ousassem existir deveriam ser solucionadas por meio do próprio sistema jurídico, ou seja, as Ciências Sociais, Humanas ou Econômicas não devem interferir diretamente na tomada de decisão do juiz, o qual há que se ater ao ordenamento jurídico positivado (KELSEN, 1998).

Kelsen elaborou seu projeto de ascender o Direito ao *status* de Ciência Jurídica (SGARBI, 2007, p. 01) por meio da obra *Teoria Pura do Direito* (1934), que,

⁴ Apesar de separar o Direito da Moral, Austin admite a existência de conteúdos morais no conceito jurídico.

dentre as diversas contribuições, estabelece o Direito como sendo uma ciência completamente autônoma em relação aos âmbitos sociais, tornando o positivismo⁵ um “movimento de pensamento antagônico a qualquer teoria naturalista, metafísica, sociológica, histórica, antropológica etc.” (BITTAR; DE ALMEIDA, 2005, p. 398).

Desse modo, ao separar do Direito a Moral, o autor desassocia o Direito, em sentido estrito, da Justiça, essa exprime a norma jurídica considerada justa e equânime em uma sociedade e aquele é todo e qualquer ordenamento jurídico positivado. Nas palavras de Kelsen,

A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral, e não a relação entre àquela e “a” Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral. (1998, p. 75-76).

Durante a evolução histórica do pensamento jurídico, H. L. A. Hart criticou e rejeitou por completo a teoria imperativista de Austin, pois não acredita que o Direito se resuma às noções de ordem e coerção. Para Hart, o positivismo traduz as seguintes afirmações teóricas:

1) que as leis são comandos de seres humanos; 2) que não há vínculo necessário entre direito e moral ou entre o direito como ele é e o direito como deve ser; 3) que a análise ou estudo do significado dos conceitos jurídicos é um estudo importante, que deve ser distinguido (apesar de não ser contrário a elas) das pesquisas históricas e sociológicas e da avaliação crítica do direito em termos de moral, objetivos e funções sociais, etc.; 4) que um sistema jurídico é um “sistema lógico fechado”, no qual decisões corretas podem ser deduzidas por meios exclusivamente lógicos a partir de normas jurídicas predeterminadas; 5) que os juízos morais não podem ser demonstrados, como podem os enunciados factuais, por meio de argumentação racional, evidência ou prova [...]. Bentham e Austin defendiam as opiniões expressas em (1), (2) e (3), mas não aquelas em (4) e (5); Kelsen defende aquelas expressas em (2), (3) e (5), mas não as apresentadas em (1) e (4). A afirmação (4) é geralmente atribuída aos “juristas analíticos”, aparentemente sem boas razões. (2009, p. 386-387).

⁵ O juspositivismo não se esgota com os pensamentos de Austin, Bentham e Kelsen, havendo, atualmente, intenso debate sobre o positivismo moderno, o qual possui correntes que divergem entre si, como é o caso do positivismo inclusivo e exclusivo, defendidos por parte de Hart, Coleman, Walluchow, Shapiro, Raz, dentre outros, os quais podem ser verificados de modo aplicado na obra *o positivismo jurídico no século XXI* (TORRANO; OMMATI, 2018)

Ao realizar outra interpretação do que é o Direito, Hart criticou a teoria analítica, que afirma serem todas as normas jurídicas o comando máximo do Direito, ou seja, elas, as normas, devem ser reduzidas a comandos ou ordens com base em ameaça na acepção de Austin. Como ensina Hart, existem dois tipos de normas, as primárias, são obrigatórias e estabelecem obrigações ou proibições, cominam sanções correspondentes, de tal modo que são caracterizadas por definirem quais condutas devem ser realizadas ou evitadas. As normas secundárias, a seu turno, estabelecem critérios e procedimentos para determinados atos ou atividades jurídicas, atribuindo, desse modo, poderes aos funcionários que administram o poder público (HART, 2009, p.103-160).

Desse modo, as normas primárias prescrevem condutas, enquanto as secundárias outorgam poderes, ou, nas palavras de Hart,

As normas do primeiro tipo impõem deveres: as do segundo tipo outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados. As do primeiro tipo dizem respeito a atos que envolvem movimento físico ou mudanças físicas; as do segundo dispõem sobre operações que conduzem não apenas a movimentos ou mudanças físicas, mas também à criação ou modificação de deveres ou obrigações. (2009, p. 105-106).

Ocorre que, na concepção de Hart, a Teoria Pura do Direito e o imperativismo não fazem sentido, especialmente, no que pese se relaciona ao vínculo entre soberano e súdito (aquele que legisla e o que se submete à norma, ou melhor, ao Direito e a pessoa que deve cumpri-lo), pois essa relação desqualifica a ideia do hábito de obediência, porquanto, a permanência das leis poderia ser questionada na alteração e continuidade do soberano, bem como nas razões dos súditos em obedecer tal sistema jurídico, sendo possível constatar um campo de desobediência a depender da soberania do momento.

Assim, Hart estabelece sua teoria com base em dois componentes - o normativo e o empírico - sendo esse uma prática generalizada de obediência de um determinado padrão, em que (quase) todas as pessoas se comportam de determinada maneira no terreno fático, o que necessita daquele elemento que se caracteriza por necessitar de uma atitude normativa das pessoas em relação à regra, tornando-a obrigatória e suscetível à críticas de quem a desobedecer (HART, 2009).

Em síntese, a crítica específica à Teoria Imperativa do Direito, de Austin, procedida por parte de Hart, caracteriza-se pela distinção entre “ter a obrigação de

fazer” e “ser obrigado a fazer” (HART, 2009), pois a teoria de Austin não diferencia a obrigação de fazer algo em decorrência do comando norma-jurídica com ser obrigado a fazer algo em virtude do comando de uma ameaça de um criminoso. Hart complementa a sua teoria do Direito⁶ exprimindo que esse é composto por normas⁷ secundárias e primárias, sendo essas as que delimitam o que a pessoa pode ou não fazer em sociedade ao conceder direitos, enquanto aquelas conferem poderes aos órgãos do Estado (HART, 2009, p. 91-109).

Pode-se garantir, ainda, que a teoria do direito em Hart diferencia a ideia de “ser obrigado a” de “ter obrigação de”, visto que, no primeiro caso, não há sentido normativo, ou seja, não há o dever ser, enquanto, no segundo caso há, tão somente, o sentido empírico, no qual o agente deve agir conforme suas crenças/conduitas psicológicas e, conseqüentemente, sua atitude vai depender da perspectiva individual, o que difere do caso antagônico, em que o agente age objetivamente. Isto é, “ter a obrigação de” não se afeta pela consequência, ao mesmo tempo em que “ser obrigado a” afeta-se pela gravidade de seu resultado.

De igual maneira se comporta a certeza, visto que, se a pessoa não tem medo de ser punida, ela não é obrigada a realizar ou se omitir de determinada ação, pois a ameaça não a constrange. No sentido normativo, o indivíduo tem a obrigação de agir de acordo com o ordenamento jurídico, sob pena de punição. Por exemplo, “[...] a afirmação de que alguém tinha a obrigação de dizer a verdade ou apresentar-se para o serviço militar permanece verdadeira, mesmo que tal pessoa acreditasse (com ou sem razão) que jamais seria descoberta e nada tinha a temer pela desobediência. (HART, 2009, p. 108).

A Teoria de Direito de Hart é intensivamente criticada por Ronald Dworkin⁸ e, como resultado das críticas recíprocas dos autores, surgiu o principal debate contemporâneo sobre o que é, de fato, o Direito. A segunda fase do pensamento dworkiniano surge com o lançamento da obra *O Império do Direito* (1999), na qual o

⁶ A teoria hartiana é mais complexa do que o que se pretende debater nesta dissertação, no entanto, para avançar no debate e alcançar a teoria interpretativista de Dworkin basta delimitar a crítica da Hart à Teoria Imperativa e a diferença entre normas primárias e secundárias elaboradas pelo autor.

⁷ O tradutor utiliza o termo “regras”, no entanto, opta-se pelo vocábulo “normas” por essas abrangerem tanto as regras quanto os princípios.

⁸ Há, em resumo, três fases do pensamento dworkiniano: I. Reforma do Liberalismo (1977); II. Interpretativíssimo (1986); e III. Unidade de valor (2013), no entanto, esta investigação será realizada somente a análise do interpretativismo.

autor reconhece que as diferenças de sua teoria em relação à de Hart resultam de desacordos de fato e de direito. O conceito do Direito expresso em Hart é reconhecidamente descritivo,

[...] na medida em que é moralmente neutro e não tem propósitos de justificação; não procura justificar ou recomendar, por razões morais ou outras, as formas e estruturas que surgem na minha exposição geral do direito, embora um a compreensão clara destas constitua, penso eu, um ponto preliminar importante, relativamente a qualquer crítica moral do direito que seja útil. (2009, p. 300-301)

Na perspectiva de Dworkin, a teoria descritiva é incapaz de solucionar os desacordos teóricos, os quais se revelam-pela interpretação do Direito ou pela aplicação da norma jurídica (DWORKIN, 1999). Por exemplo, o caso *Riggs v. Palmer*, sendo esse considerado um caso difícil⁹ de ser solucionado, diz respeito à possibilidade de uma pessoa receber o que lhe fora descrito em testamento, mesmo sendo esse o sujeito ativo do crime que levou ao óbito testamentário. A controvérsia gravitou em torno da decisão ser no sentido de conceder a herança ao causador da morte, devendo o julgador seguir a literalidade da regra ou, como restou vitoriosa, a decisão que não concede a herança com base nos princípios gerais do Direito e na ideia de justiça que a decisão deve ter, sendo descabido que um criminoso se possa beneficiar da prática de um crime (DWORKIN, 1999, p. 20-25).

Malgrado o caso *Riggs v. Palmer*, os juristas não estavam desacordando sobre o direito de herança do agente, mas acerca da concepção do Direito, ou seja, se este se esgota ou não na seara da literalidade das regras. Para Dworkin, outras teorias não conseguem explicar o fenômeno do desacordo teórico bastante comum na prática jurídica. A teoria descritiva de Hart, por exemplo, entende que um dos desacordantes compreende o que o Direito é (ou como funciona e deve ser aplicado), enquanto o outro pretende forçar o direito a ser o que não é. A teoria interpretativa proposta por Dworkin em *O Império do Direito* (1999), por sua vez,

⁹ A expressão “*hard cases*” foi utilizado por Dworkin na obra *Levando os Direitos a Sério* para contextualizar a diferença entre moral e direito, no entanto, é importante considerar que um “caso difícil” para Dworkin pode ser considerado fácil para outro autor, como, por exemplo, Hans Kelsen e a sua teoria pura, o qual entenderia que no caso *Riggs v. Palmer* a regra jurídica deveria ser aplicada independentemente do contexto principiológico e da moral social. De todo modo, entende-se que os *hard cases* são aqueles em que não há regra no ordenamento jurídico que seja aplicável, quando há mais de uma regra que possa solucionar ou quando a solução do caso concreto enseje grande desconforto à coletividade.

admite diversas concepções sobre o que o Direito é, portanto, não haver esse rompimento abrupto entre os desacordantes.

Além da contribuição de Dworkin para a Teoria do Direito, o interpretativismo, o autor diferenciou o conceito de princípios e regras por meio do método “tudo-ou-nada”, no qual as regras

[...] possuem uma dimensão de validade, significando dizer que, presentes os fatos que as mesmas estabelecem, a aplicação da regra será considerada: a) válida (e, por conseguinte, a consequência normativa prevista deverá ser igualmente aceita) ou b) inválida, em nada contribuindo para a decisão a ser tomada. Os princípios, por seu turno, não ostentam a aludida estrutura inerente às regras, tendo em vista que não estabelecem as condições cuja ocorrência torna obrigatória a sua aplicação. (FRIEDE, 2017, p. 106)

Por fim, cumpre registrar a ideia do Direito como integridade proposta em Ronald Dworkin, expressa em *O Império do Direito* e desenvolvida em suas outras obras. O autor propõe que ao julgar determinado caso concreto, se considerem não só os precedentes existentes, mas também todo um sistema que engloba as convenções jurídicas e os valores sociais (SOUZA, 2017, p. 139). Para Dworkin, é útil dividir as exigências da integridade em dois princípios práticos,

[...] o primeiro é o princípio da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios. O segundo é o princípio de integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente neste sentido. [...] os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante. (DWORKIN, 2009, p. 203).

Assim, os juízes devem ser considerados autores e críticos do Direito, na concepção de que esse é um “romance em cadeia” no qual, para criar o futuro, o autor-juiz deve respeitar a integridade do romance-direito já elaborado (DWORKIN, 1999, 275-279). Desse modo, é dever do julgador resguardar a integridade do Direito ao respeitar o “romance” criado anteriormente, uma vez que o direito como íntegro pede que “[...] os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo” (DWORKIN, 1999, p. 291), do contrário, os novos casos não serão julgados de modo justo e equitativo.

Na mesma natureza teórica do pensamento de Dworkin, o jurista Robert Alexy surge para agregar ao debate filosófico da Teoria do Direito as obras *Teoria da Argumentação Jurídica* (2005) e, posteriormente, com a “Teoria dos Direitos Fundamentais” (2008). Sinteticamente, Alexy assim define

Regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto as regras quando princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

Há diversos critérios para se distinguir regras e princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. [...] Outros critérios discutidos são “a determinabilidade dos casos de aplicação”, a forma de seu surgimento – por exemplo, por meio da diferenciação entre normas “criadas” e normas “desenvolvidas” -, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à idéia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica. (2008, p. 87-88).

Desse modo, pode-se asseverar que as normas jurídicas são compostas de regras e princípios, sendo esses mandados de otimização que devem ser realizados na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, enquanto aquelas exigem que seja feito exatamente aquilo que se ordena por meio do texto normativo (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Ao aprofundar sua formulação teórica, Robert Alexy trata da colisão entre princípios e conflitos entre regras, além de sistematizar, de modo didático, a melhor maneira de aplicar um ou outro elemento normativo¹⁰. Para esta dissertação, sem prejuízo dos demais sistemas do Direito, opta-se por utilizar a concepção de Alexy sobre a definição de norma jurídica, sendo essa o gênero das espécies regras e princípios, por acreditar que tal delimitação seja a mais adequada para analisar um dos principais pilares que esse estudo se propõe, a norma constitucional do acesso à justiça.

¹⁰ Em *Teoria dos Direitos Fundamentais*, o autor é bastante mencionado sobre a sua solução de proporcionalidade na solução de colisão entre princípios quando se faz necessário julgar um caso concreto de difícil decisão, no entanto, para esta pesquisa, não se faz necessário esgotar toda a teoria alexyana, a qual é bastante vasta e com diversas contribuições para o Direito.

Ainda no desenvolvimento sobre regras e princípios, Alexy elabora a própria teoria dos direitos fundamentais¹¹, na qual reserva toda uma obra dedicada a analisar e melhor definir o seu conceito. Para Alexy, os direitos fundamentais devem ser vistos por intermédio de um modelo puro de regras e princípios, pois impor aos direitos fundamentais a característica pura de serem regras ou princípios não é possível pela contrastante característica de ambos. Portanto “[...] deve-se considerar a possibilidade de uma forma mista ou combinada, ou seja, de um modelo combinado. Um tal modelo é o modelo de regras e princípios, que surge da ligação entre um nível de princípios e um nível de regras.” (2008, p. 135).

Em síntese, o autor entende que as normas de Direito fundamental têm caráter dúplice, ou seja, podem existir tanto no plano das regras quanto nos princípios, se essas normas forem estabelecidas de modo a que ambos os níveis sejam nelas reunidos (ALEXY, 2008, p. 141). Por exemplo, a norma prevista no inciso IX do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 prevê que “[...] é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988a). Assim, está basicamente no nível de princípio, enquanto o fato de um artista realizar determinada obra de arte submetendo a risco a vida de outros é vedado (caráter negativo) no nível da regra. Portanto, “a tal vinculação de ambos os níveis surge quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos.” (ALEXY, 2008, p. 141).

O mesmo ocorre com o acesso à justiça em sentido estrito, consoante é previsto no ordenamento jurídico pátrio mediante o texto normativo do inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, o qual acentua que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1988a). Assim, realizado toda a análise teórica sobre as teorias do Direito, entender-se-á, para melhor compreensão da aplicabilidade do acesso à justiça no sistema jurídico

¹¹ Apesar de não ser objeto deste ensaio, é preciso registrar que, para fins de delimitação conceitual, os direitos fundamentais são todos os “direitos” humanos positivados por meio de um instrumento jurídico especial, o qual, no caso do Brasil, é a Constituição Federal de 1988. De acordo com Gregório Robles Morchón, os “direitos” humanos são, na verdade, critérios morais de especial relevância para a convivência humana, pois, uma vez que os “direitos” humanos são positivados, adquirindo, assim, categoria de verdadeiros direitos protegidos processualmente, passam a ser “direitos fundamentais” em um determinado ordenamento jurídico. Ocorre que isso somente acontece quando o ordenamento jurídico dota tais direitos de um *status* especial, tornando-os mais importantes do que os demais direitos, pois, se assim não o fosse, não haveria modo de distinguir os direitos fundamentais daqueles que não o são. (MORCHÓN, 1997, p. 20).

brasileiro, que essa espécie normativa é um direito fundamental de caráter dúplice – existindo no nível de regra como de princípio da teoria de Alexy - o qual deverá reger todas as normas jurídicas brasileiras.

O artigo 1º do CPC/2015 exprime que “[...] 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.” (BRASIL, 2015). Desse modo, ao analisar os dispositivos do CPC/2015 torna-se necessário ter o conhecimento de que a sua interpretação deve ser feita sob o prisma da constitucionalização do ordenamento jurídico vigente (DIAS NETO; FURTADO, p. 69-96, 2017). Nesta esteira, para se verificar a aplicabilidade do acesso à justiça com amparo na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988a) e, conseqüentemente, no Diploma Processual, faz-se imperioso descer ao exame da evolução histórica desse conceito de modo corolário à transformação das correntes processuais.

2.2 Acesso à justiça

De acordo com o dicionário, o termo “acesso” pode significar ingresso, passagem ou alcance de coisa longínqua (HOLANDA, 2010, p. 33). Entretanto, justiça, além da definição lexical, necessita de um vasto aprofundamento, atendendo ao debate filosófico para ser mais bem definida¹². Para o ordenamento jurídico brasileiro, o acesso à justiça é um princípio constitucional extraído do texto normativo do inciso XXXV, do artigo 5ª da CF/88, o qual afirma que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1988a).

Ao cuidar de acesso à justiça, é importante registrar o fato de que o termo “justiça” não se refere a uma ordem jurídica justa ou um ideal moral e ético que possa ser considerado correto pela sociedade. Não se deve interpretar com esse

¹² Decide-se por abster de conceituar ou adotar um marco teórico para definir Justiça, pois este escrito não busca verificar somente o acesso à Justiça *stricto sensu* - enquanto a garantia fundamental prevista no inciso XXV do artigo 5º da CF/88 - o qual é um princípio exprimido da impossibilidade do Estado negar a apreciação de casos em que há lesão ou ameaça a algum direito subjetivo. Portanto o termo “justiça” utilizado em acesso à justiça, para a presente investigação, deve ser compreendido como o processamento e julgamento de casos que envolvam direitos subjetivos, os quais, como será visto adiante, poderão ser gerenciados por órgãos não estatais que compõe o rol da gestão equivalentes de demandas.

vocábulo, ainda, que o acesso se limita à análise de pleitos pelo Poder Judiciário, pois, para esta pesquisa, acesso à justiça é assunto divisado em sentido amplo, o qual compreende a gestão de demandas, pelo Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, os meios equivalentes da gestão de conflitos e os casos de desjudicialização, como será visto adiante. Desse modo, o acesso à justiça, como os métodos da gestão de demandas, compreende tanto a prestação jurisdicional do Estado, como os métodos equivalentes, dentre os quais a mediação, conciliação e arbitragem, bem como qualquer outra modalidade que possibilite às pessoas um efetivo gerenciamento de pleitos.

O acesso à Justiça¹³, em sentido estrito, é exprimido no inciso XXXV do artigo 5º da CF/88, o qual é chamado de “princípio da inafastabilidade de jurisdição” em algumas pesquisas científicas (ARAÚJO, 2009), como se dividirá, porém, na sequência, não se deve resumir o acesso à justiça somente à prestação jurisdicional estatal. Desse modo, para melhor compreender e delimitar o conceito, adotado neste experimento, é preciso sopesar os aspectos históricos e os elementos externos e internos que compõem o Direito Processual que promovem a efetividade da gestão de demandas.

2.2.1 Enredo da evolução histórica do conceito e as ondas renovatórias do processo

Mauro Cappelletti e Bryant Garth elaboraram a obra *Acesso à Justiça*, a qual foi publicada no Brasil em uma versão resumida em 1988 (CAPPELLETTI; GARTH, 1988b) e serviu como base do pensamento processual de muitos doutrinadores. Para os autores, o acesso à justiça pode ser traduzido como a possibilidade de uma pessoa acionar o órgão responsável pela solução e gestão de processos, ou seja, a prerrogativa de buscar, por meio do Poder Judiciário, uma resposta sobre determinado direito material.

¹³ O disposto no inciso XXXV do artigo 5º da CF/88 deve ser compreendido como o acesso à justiça em sentido estrito, ou seja, a possibilidade de processamento das demandas pelo Poder Judiciário. Para a pesquisa, no entanto, será adotado o sentido amplo de acesso à justiça, como será visto adiante, o qual compreende os métodos equivalentes da gestão de conflitos (mediação, negociação e arbitragem), bem como a desjudicialização de demandas.

Os autores reconhecem os obstáculos de garantir a efetividade desse tipo¹⁴ de acesso à justiça e inventariam alguns dos impasses: i. Custas judiciais; ii. Possibilidades das partes (recursos financeiros, aptidão para reconhecer um direito material e propor uma ação etc.); e iii. Problemas especiais por interesses difusos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988b, p. 15-29), características essas mais recorrentes em pleitos que envolvem direitos de natureza individual e de causas consideradas “pequenas” pela praxe judiciária.

Além disso, Cappelletti e Garth contribuíram para o Direito Processual ao estabelecerem as três ondas renovatórias do acesso à justiça, movimento esse que, no Brasil, ocorreu inicialmente com a publicação da Lei nº 1.060, de 1950, e da Lei Complementar nº 80/1994, as quais possibilitaram a assistência judiciária gratuita e a representação por meio da Defensoria Pública, respectivamente, solucionando o obstáculo financeiro de acesso ao Poder Judiciário (CAPPELLETTI; GARTH, 1988b, p. 31-48). Em seguida, a segunda onda renovatória do processo insurgiu com a finalidade de resolver o problema da representação dos interesses difusos, pois

uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer em juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam citados individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988b, p. 50).

No Brasil, a segunda onda renovatória aflorou no decurso do denominado microssistema de tutela coletiva, o qual é composto pela “Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), alguns Estatutos” (NÓBREGA; TORRES FILHO, 2018, p. 159), os quais apareceram para possibilitar a representação e a defesa de direitos coletivos.

Por fim, a terceira onda renovatória do processo ocorreu com o denominado “enfoque do acesso à justiça” por Cappelletti e Garth, os quais entendem que as

¹⁴ Como será tratado neste escrito, o acesso à justiça não se resume à prestação jurisdicional do Estado por meio do Poder Judiciário, portanto, optar-se-á por utilizar a expressão “Acesso ao Poder Judiciário” quando se for realizar uma análise do acesso à justiça proposto por Cappelletti e Garth.

ondas anteriores buscaram resolver um obstáculo de representação, enquanto a terceira onda foi mais além, centrando atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados no processo (judicial ou extrajudicial) e em sua prevenção (1988b, p. 67-68). Ou seja, busca-se adaptar o processo e todo o aparato que envolve a gestão de conflitos de modo a efetivar e garantir o acesso à justiça.

O ponto central do “enfoque do acesso à justiça” é exatamente esse: a adaptação, ou, nas palavras dos autores, “[...] correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio. Existem muitas características que podem distinguir um litígio de outro. Conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes.” (Ibidem, 1988b, p. 71). Ocorre que essa análise e aplicação do “enfoque do acesso à justiça” necessita ser melhor qualificada para uma efetivação na sociedade atual.

É importante registrar, antes de exprimir o conceito de acesso à justiça adotado para esta investigação, que a compreensão dessa garantia fundamental não se restringe à prestação da jurisdição estatal como sugere Greco, o qual afirma que

[...] o acesso à Justiça, como direito fundamental, corresponde ao direito que cada cidadão tem individualmente ao exercício da função jurisdicional sobre determinada pretensão de direito material, sobre o mérito do seu pedido. Esse direito não pode ser frustrado por obstáculos irrazoáveis, a pretexto de falta de condições da ação ou de pressupostos processuais [...] (2002, p. 15).

Um conceito mais amplo de acesso à justiça é concebido por Rodolfo de Camargo Mancuso, o qual exprime a ideia do Poder Judiciário atuar em escala residual na obra *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. Para o autor, cada litígio deve ser ajustado a uma forma procedimental específica para melhor gerir os pleitos, não cabendo ao Poder Judiciário ser o primeiro e único meio de solução das demandas (MANCUSO, 2011)¹⁵, como mediação, conciliação e arbitragem, as quais serão com maior profundidade do capítulo seguinte.

Assim, para o autor, o Poder Judiciário (portanto, a jurisdição estatal) deve permanecer em um nível subsidiário, pois, desse modo, outros meios irão gerir e

¹⁵ O autor dedica o segundo capítulo da obra para tratar sobre “A crise numérica dos processos judiciais e suas concausas”, momento em que desenvolve proposta de Poder Judiciário Subsidiário que será utilizada nesse capítulo. Acredita-se, no entanto, que essa visão do autor é enviesada pelo processualismo instrumentalista, como será exposto no próximo capítulo.

solucionar os conflitos de um modo que o Estado não se revela satisfatoriamente eficiente na gestão dos conflitos¹⁶. Na expressão de Mancuso, esse movimento representa, por conseguinte,

[...]uma releitura do acesso à Justiça, atualizada e contextualizada, sob um registro residual e subsidiário, projetando, quando menos, duas externalidades positivas: (i) estímulo à vera cidadania, que consiste na busca, num primeiro momento, pela prevenção ou resolução do conflito através de algum meio auto ou heterocompositivos, fora e além da estrutura judiciária estatal; (ii) valorização da resposta jurisdicional, que fica assim reservada às pendências que se revelaram refratárias à resolução por outras maneiras ou que, por conta de singularidades de matéria ou pessoa, exijam necessárias passagem judiciária. (MANCUSO, 2011, p. 344).

Desse modo, propõe-se utilizar os meios equivalentes da jurisdição estatal para gerir e solucionar conflitos, com a finalidade de alcançar o acesso à justiça, não só por meio do Estado, mas de qualquer instrumento que seja reconhecidamente efetivo no que se propõe. Por exemplo, embora expressa apesar de apresentar números ainda pequenos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) verificou que, no ano de 2017, de todas as sentenças terminativas prolatadas em um processo judicial, 12,1% (doze por cento e um décimo) foram homologatórias resultantes de sessões de conciliação e mediação (BRASIL, 2018). É possível constatar, ainda, que há um crescimento, conquanto vagaroso, na quantidade de processos resolvidos por meio da conciliação ou mediação¹⁷:

Ano	2015	2016	2017
Total de sentenças	27.586.077	30.732.421	31.440.038
Sentenças homologatórias	2.997.547	3.602.015	3.737.800
Índice de conciliação	11,1%	11,9%	12,1%
Índice de Conciliação: computa o percentual de decisões e sentenças homologatórias de acordo em relação ao total de decisões terminativas e sentenças.			

Quadro 1, fonte: Conselho Nacional de Justiça – 2018.

¹⁶ De acordo com o *Justiça em Números 2018: ano-base 2017* elaborado pelo CNJ, o custo orçamentário do Poder judiciário é bilionário (superior a R\$ 90 bilhões) para a tramitação de processos que duram, somente no 1º grau estadual, em média seis anos (BRASIL, 2018).

¹⁷ Apesar de a pesquisa do CNJ utilizar apenas o termo conciliação, compreende-se que o adequado é tratar de mediação e conciliação, pois são métodos diferentes que devem ser aplicados a depender do caso concreto (SALES; CHAVES, 2014), conforme será analisado adiante. Portanto, acredita-se que o termo “conciliação” utilizado pelo CNJ deve ser compreendido como *lato sensu*, abrangendo, assim, as mediações e conciliações judiciais.

Ocorre que, não deve limitar o acesso dos órgãos jurisdicionais para alcançar a efetividade do acesso à justiça, pois

[...] o princípio de acesso à justiça, inscrito no n. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário. Assim, cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais, como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania! e até mesmo de simples palavras de orientação jurídica. Mas é, certamente, na solução dos conflitos de interesses que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não apenas os serviços processuais como também, e com grande ênfase, os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação. (WATANABE, 2011, não-paginado).

É exatamente com uma releitura do acesso à justiça, ampliando esse instituto não só para alcançar o Poder Judiciário, mas também para ter as demandas judiciais e extrajudiciais geridas de modo eficiente, que se faz necessária uma ressignificação do inciso XXXV do artigo 5º da CF/88 (BRASIL, 1988). Isso, pois, se deve utilizar dos meios equivalentes à jurisdição estatal da gestão de conflitos para garantir o efetivo acesso à justiça, assegurando, pois, a melhor solução das demandas. Portanto, resta superada a ideia de Bonavides (2009) de que o inciso XXXV do artigo 5º seria uma qualificadora do direito de ação, servindo-se como uma garantia de garantias (enquanto o direito teria cunho declaratório, as garantias seriam instrumentais assecuratórias daqueles – direito de ação).

Não se deve considerar que a jurisdição do Estado possa ser utilizada de modo primário por órgãos ou pessoas fora do Poder Judiciário, mas se faz sabidamente necessário utilizar de órgãos ou pessoas que não fazem parte, necessariamente, do Estado, para gerir e solucionar conflitos de maneira muito mais adequada. Para tanto, resta imperiosa a utilização do sistema multiportas¹⁸ para que

¹⁸ A expressão *multi-door courthouse* (SANDER, 1979) foi originalmente usada por Frank Sander (Harvard) em 1976, em uma Conferência publicada em 1979. O autor é tido, desde então, como um dos pioneiros a promover a gestão de conflitos por meios adequados.

o “enfoque do acesso à justiça” seja alcançado da maneira idealizada por Cappelletti e Garth.

O sistema multiportas ganhou força após os estudos de Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, que, por intermédio da obra *Getting to yes: Negotiating agreement without giving in*¹⁹ desenvolvida na Universidade de Harvard, os autores dedicam-se a criar os métodos e instrumentos procedimentais das sessões autocompositivas e heterocompositivas, sem, necessariamente, haver intervenção estatal. Desse modo, faz-se necessário esclarecer teoricamente as diferenças entre os meios equivalentes à jurisdição estatal da gestão de conflitos para melhor compreender a importância da desjudicialização de demandas.

2.2.2 Os métodos adequados da gestão de conflitos e o acesso à justiça: o lugar da desjudicialização

Os métodos equivalentes da gestão de conflitos possuem a mesma importância da jurisdição estatal na consolidação do acesso à justiça vez que a gestão dos conflitos passou a ser gerida por mais de uma maneira, com procedimentos e características peculiares em cada método, possibilitando às pessoas a escolha do modo que consideram mais adequado para solucionar um litígio.

O acesso às diversas modalidades da gestão de litígios é comumente denominado de sistema multiportas, vez que possibilita às partes, além da jurisdição estatal, definirem o provimento²⁰ que pretendem como resultado de determinado conflito, além de decidirem o meio de fazê-lo, cabendo aos advogados oferecerem e discutirem a solução mais adequada (GUERRERO, 2015, p. 12), do mesmo modo que se torna dever de todos os agentes do sistema jurídico a identificação e a adequação das lides.

É importante sustentar que os métodos equivalentes à jurisdição estatal da gestão de conflitos mudaram o paradigma da finalidade do processo não só no Brasil, pois, como abordado por Judith Resnik (2006, p. 551-552), ao analisar o

¹⁹ A obra foi trazida e publicada no Brasil com o título *Como Chegar ao Sim - A negociação de acordos sem concessões*, em que os autores elaboram de modo científico e transmitem didaticamente as técnicas peculiares da negociação, mediação e conciliação.

²⁰ De acordo com ElioFazzalari (2006, p. 119-120), provimento é o ato final de um processo (sequência de atos procedimentais qualificado pelo contraditório).

ordenamento jurídico da *Common Law*, os meios autocompositivos²¹ alteraram os processos judiciais e a doutrina que estuda o direito processual.

O sistema multiportas da gestão de conflitos é comumente dividido em meios heterocompositivos e autocompositivos. Neste grupo, ficam conciliação, negociação e mediação, enquanto aquele é composto pela arbitragem e pelo litígio comumente resolvido judicialmente. Com efeito, a adesão a um dos meios equivalentes à jurisdição estatal só pode ocorrer quando o conflito versar sobre direitos disponíveis ou que admitam transação, do contrário, o conflito deve ser direcionado à via judicial.

Nessa perspectiva, Mancuso (2009, p. 344) entende que os métodos equivalentes da gestão de conflitos surgiram para fortalecer a ideia de acesso à justiça, além de propiciar e estimar a verdadeira cidadania, pois consistem na prevenção ou solução do conflito em um meio externo à estrutura judiciária estatal, valorizando-a, na medida em que esta se torna uma cláusula de reserva na análise de conflitos (MANCUSO, 2009, p. 63).

Desse modo, ao legitimar e fomentar outros meios equivalentes à jurisdição estatal, o monopólio da gestão dos conflitos se desfaz, e o acesso à justiça aufere diversas “portas”²² para se efetivar, cabendo às partes buscarem o meio mais adequado, seja judicial ou extrajudicialmente, para tratar do litígio instaurado.

Integrando os meios autocompositivos, destacam-se como métodos alternativos (usa-se uma só nomenclatura, meios equivalentes ou alternativos) i. Negociação; ii. Conciliação; e, iii. Mediação. Pode-se afirmar que a negociação é um método de solução de controvérsias, também visto como um processo de comunicação, o qual “tem por escopo atingir uma decisão conjunta entre as partes envolvidas em um determinado conflito. Trata-se de um método voluntário e consensual no qual as partes controlam a conformação e o desenvolvimento do modo pelo qual obterão o acordo.” (GUERRERO, 2015, p. 27). Expresso de outro modo, a negociação é uma modalidade de resolver um litígio de iniciativa, unicamente, das partes e sem a participação de um terceiro, portanto, a

²¹ O texto da autora utiliza o termo “Alternative Dispute Resolution (ADR)”, que, em tradução livre, pode ser entendido como “Resolução Alternativa de Disputa”, no entanto, o termo *alternativo* sugere que a tutela jurisdicional seria o meio principal para gerir conflitos, mas, como leciona Mancuso (2011), é preferível utilizar o termo *equivalente*, pois os métodos distintos da jurisdição estatal possuem a mesma importância e peso da tutela jurisdicional do Estado para garantir e efetivar o acesso à justiça.

²² Respalda a ideia do sistema multiportas de solução de conflitos.

confidencialidade não é um elemento que, necessariamente, se faz presente neste método autocompositivo.

A mediação e a conciliação podem possuir, em uma análise superficial, muitas similitudes procedimentais, porém, devem ser verificadas de modo aprofundado para que estes métodos passem a ser considerados tão importantes quanto a via judicial para a solução de um conflito. Com efeito, tais institutos eram vistos como uma mera etapa do processo judicial, no entanto, com a terceira onda renovatória do processo civil, a qual ampliou a atuação do acesso à justiça, os meios autocompositivos foram estruturados e passaram a ser aplicados com técnicas peculiares a cada método.

Antes de verificar as principais diferenças entre a conciliação e a mediação, torna-se necessário indicar as suas principais semelhanças, as quais são apontadas por Fernanda Tartuce (2016, p. 179), dentre elas: I. Participação de um terceiro imparcial; II. Promoção da comunicação em base produtiva; III. Não imposição de resultados; IV. Busca de saídas satisfatórias para o conflito; e, V. Exercício da autonomia privada na criação de saídas para os impasses.

Cumprido constatar que a conciliação é um procedimento de interferência (SILVA, 2013, p. 251), no qual o terceiro imparcial sugere o acordo mais adequado para a solução do conflito posto pelas partes, o que deverá ocorrer por meio de um procedimento breve, visando ao apaziguamento do litígio.

Outrossim, os conflitantes poderão ser guiados pelo conciliador a um acordo teoricamente benéfico, no qual as partes poderão solucionar o conflito rapidamente, sem depender da intervenção estatal²³ para conceber o provimento. É importante notar que o conflito adequado às sessões de conciliação são aqueles considerados simples e que não surgiram de uma relação duradoura entre as partes, ou seja, a contenda dirimida na conciliação, em regra, é referente a uma situação jurídica momentânea decorrente de um só ato.

Já a mediação é um método significativamente mais complexo, utilizado em conflitos multidimensionais, nos quais o terceiro imparcial facilitará o diálogo entre as partes em desavença, pois possuem determinada relação jurídica duradoura. Expresso em termo diferente, a mediação:

²³ É importante mencionar que a conciliação e a mediação constituem métodos que podem ser utilizadas tanto extrajudicialmente quando judicialmente.

Pode ser definida, em síntese, como um processo dinâmico de negociação assistida, no qual o mediador, terceiro imparcial e sem poder decisório, auxilia as partes a refletirem sobre os seus reais interesses, a resgatarem o diálogo e a criarem, em coautoria, alternativas de benefício mútuo, que contemplem as necessidades e possibilidades de todos os envolvidos, sempre sob uma perspectiva voltada ao futuro da relação. (ALMEIDA; PANTOJA, 2016, p. 88).

Entende-se que o correto amoldamento de um litígio a um dos métodos autocompositivos traz benefícios para as partes, bem como favorece a revitalização da ideia de acesso à justiça. Para Lilia Maia de Moraes Sales (2004, p. 38), a principal diferença entre a mediação e a conciliação reside no conteúdo de cada instituto, uma vez que na conciliação o objetivo é chegar a um acordo, enquanto, na mediação, as partes não devem ser vistas como adversárias e o acordo é somente uma consequência da comunicação dos envolvidos.

Decerto, ao tratar de conciliação e mediação é importante assinalar que esses institutos são métodos complexos que podem ser utilizados judicialmente, o que ocorre, em regra, durante o trâmite processual, bem como extrajudicialmente, em que não há participação do Estado na condução das sessões conciliatórias ou mediadoras. Ao aplicar um dos métodos às demandas é necessário que haja a escolha correta, pois a mediação e a conciliação possuem, além de técnicas distintas, objetivos que nem sempre se equivalem, dado que

A mediação propõe uma mudança paradigmática no contexto da resolução de conflitos: sentar-se à mesa de negociações para trabalhar arduamente no atendimento das demandas de todos os envolvidos no desacordo. Na conciliação, as partes sentam-se à mesa em busca, exclusivamente, do atendimento de suas demandas pessoais.

A conciliação guarda ainda uma sintonia com o paradigma adversarial que rege toda disputa, recebendo partes voltadas a encontrar uma solução que melhor as atenda, sem se importar ou, ao menos, considerar o nível de satisfação que o outro lado venha a ter. Algumas vezes, até, os sujeitos das mesas de conciliação entendem como ganho a insatisfação que o resultado possa provocar na outra parte.

As pessoas envolvidas nas mesas de mediação são convidadas, antes mesmo do início do processo (pré-mediação), a trabalharem em busca de satisfação e benefício mútuos. Por se tratar de instrumento recente, e pautado na autonomia da vontade, a mediação é antecedida por uma etapa universalmente chamada de pré-mediação – que esclarecerá sobre os procedimentos e os princípios éticos, assim como sobre as mudanças paradigmáticas propostas pelo instrumento. (ALMEIDA, 2013, p. 87).

Assim, compreende-se que a mediação e a conciliação, dentre as espécies que fazem parte dos meios equivalentes da gestão de conflitos, possuem relevante papel no tocante à efetivação do acesso à justiça, juntamente com a presença do Poder Judiciário e de toda medida que se proponha garantir maior acessibilidade na gestão de demandas. Desse modo, ao verificar as diferenças de cada método autocompositivo, em especial a conciliação e a mediação, que ocorrem comumente durante o processo judicial, faz-se imperiosa uma adequação no tratamento dos conflitos, direcionando-os para sessões pertinentes e apropriadas, sob pena de combalir os métodos autocompositivos e não solucionar a contenda da maneira mais pertinente.

2.3 A transformação teórica do Direito Processual

A constitucionalização do ordenamento jurídico deu-se no do século XX, tendo como principais “[...] antecedentes o movimento de aproximação entre constitucionalismo e democracia, a força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional. (BARROSO, 2008, p. 33). Esse acontecimento é marcado pela releitura dos códigos com suporte numa Constituição, a qual tem o papel de ser o parâmetro máximo do sistema jurídico de determinado país.

No Brasil, a constitucionalização do ordenamento jurídico deu-se em meados do século XX, especialmente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual é celebrada pelo avanço na concepção de Estado e Direito no Brasil (BARROSO, 2015) ao prever, além de outros direitos, um amplo rol de direitos e garantias fundamentais. Com procedência nesse fato, a interpretação do ordenamento jurídico brasileiro sempre foi realizada de modo a respeitar a supremacia da Constituição face às normas do ordenamento jurídico vigente, devendo esse ser interpretado à luz daquela. Nas palavras de Barroso:

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si — com a sua ordem, unidade e harmonia —, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. (2008, p. 43).

Dentre as mudanças constitucionais, houve destaque à necessidade de efetivação dos direitos constitucionais, dentre eles a relação entre processo e o Direito Constitucional, visto que os princípios constitucionais passaram a nortear o Direito Processual, e “[...] a medida em que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Trata-se da constitucionalização das fontes do Direito naquela matéria.” (BARROSO, 2016, p. 37).

Além do acesso à justiça, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe em suas normas diversos institutos processuais constitucionais (DIAS NETO, 2017), como os princípios do dispositivo e do impulso oficial, duração razoável do processo, boa-fé processual, cooperação e isonomia processual, dentre outras espécies normativas que demonstram a constitucionalização do ordenamento jurídico pátrio.

2.3.1 O modelo constitucional de processo

Considerar o processo como um organismo autônomo e hierarquicamente igual ao direito material foi possível graças à contribuição de Oskar Bülow por meio da Teoria da Relação Jurídica expressa no livro *A Teoria das Exceções e os Pressupostos Processuais* publicado em 1868. Ao elaborar a sua teoria, o autor defendeu o ponto de vista de que o processo é uma relação jurídica singular composta pelo juiz, parte promovente e parte promovida, sendo essa uma formação necessária para análise do direito material. Com esteio nessa interpretação, entende-se que há uma relação de direito material que não se confundiria com a relação de direito processual e, com disso, ambas possuem as próprias características e diretrizes dentro do sistema jurídico, devendo este preocupar-se em lidar com ambas as relações, em análises separadas.

Apesar de demonstrar que o Direito Processual possuía regras específicas e princípios próprios que determinavam sua desvinculação por completo do direito material (LEAL, 2002, p. 82), a Teoria da Relação Jurídica logo foi aprimorada pelos estudiosos do Direito Processual que sucederam Bülow, pois a ideia de proposta pelo autor caracterizava o processo assentado em um vínculo de sujeição entre uma parte e outra, em que o possuidor do direito material estava sempre em uma situação

de superioridade em face da outra parte e, além disso, ambas estariam sujeitas ao juiz e ao seu poder decisório. Desse modo, estabelecer o processo com base em uma relação jurídica de sujeição resulta no fato de que uma parte pode exigir o cumprimento de uma obrigação em face da outra, havendo, portanto, uma correlação de dominação²⁴ em uma demanda judicial.

A partir do conceito de processo proposto por Bülow, James Goldschmidt elaborou a Teoria da Situação Jurídica, a qual aprimorou a ideia de processo e propôs uma visão de processo sem a característica de dominação entre os envolvidos em um processo concebido pela Teoria da Relação Jurídica. Goldschmidt demonstrou que o processo não deveria ser visto como uma relação, na medida em que as partes não se encontram em circunstância de submissão entre si ou em face do juiz. Para o autor, o processo deve ser compreendido como uma situação em que as partes se encontram, ou seja, a parte estará em uma situação a depender da titularidade do direito material, cabendo às partes terem meras expectativas em receber uma decisão judicial. Para a teoria de Goldschmidt, caso haja sujeição, essa existirá somente em favor da norma jurídica, no entanto, jamais no que tange às partes ou ao juiz do processo.

Com suporte na contribuição de Goldschmidt, Elio Fazzalari propôs a denominada Teoria Estruturalista²⁵, a qual, de modo efetivo, define procedimento e processo, sendo esse espécie, enquanto aquele é gênero, o qual é constituído por um conjunto de posições e atos subjetivos que visam à realização de um ato final, que, se provier do Estado, é denominado de provimento. A característica essencial que deve existir em um procedimento para ser considerado processo é a existência do contraditório efetivo e paritário entre as partes, que

²⁴ As consequências práticas de compreender o processo como relação jurídica e, conseqüentemente, de um caso de dominação entre o possuidor do direito material e a outra parte, pode ter desdobramentos de larga escala, especialmente se for levado em conta a ideia de poder em uma relação de dominação proposta por Foucault (2014). É importante consignar que nem toda relação jurídica pressupõe um vínculo de dominação ou subordinação entre uma parte e outro, no entanto, acredita-se que essa característica é comumente verificada nas relações jurídicas de direito material.

²⁵ O nome da “teoria estruturalista” não foi concebido pelo próprio Elio Fazzalari, o qual compreende que o processo é uma forma de “[...] procedimento que se desenvolve dentro da estrutura dialética e constitucionalizada do contraditório” (BRÉTAS; SORES, 2010, p. 103), mas sim pelos estudiosos de suas contribuições. Diante dessa “estrutura” que se encontra o conceito de procedimento e, conseqüentemente, o de processo, a doutrina processualista nomeou a teoria de Fazzalari dessa forma (DA SILVA FILHO, 2016, p. 10).

Consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto-conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar conta dos resultados. (FAZZALARI, 2006 p. 119-120).

Assim, para que o procedimento seja qualificado como processo, todos aqueles que serão afetados pelo ato final deverão participar de sua elaboração em simétrica paridade. A contar dessa análise do processo, pode-se constatar que o autor aprimorou as teorias de seus antecessores e contribuiu bastante com a evolução dos estudos do Direito Processual, principalmente, por considerar o contraditório simétrico elemento essencial para a definição do instituto.

Com base na teoria de Fazzalari, é possível realizar uma nova evolução no Direito Processual, pois o autor, ao situar o contraditório efetivo e paritário como elemento essencial de caracterização do processo, passa a permitir uma interpretação deste com base na Constituição, especialmente se for levado em conta o movimento de constitucionalização do ordenamento jurídico com início no século XX. Assim, a Teoria Estruturalista restou complementada pela percepção da constitucionalização do processo, movimento esse que passou a ser desenvolvido por Gustavo Zagrebelsky (1989), Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera (1990), Eduardo Couture (2006), José Alfredo de Oliveira Baracho (2008), dentre outros, os quais, partindo da ideia de procedimento em contraditório, vinculam diretamente a ideia de processo à concepção constitucional, ou seja, o modelo de processo mais adequado à consolidação das garantias constitucionais é aquele entendido como uma estrutura constitucionalizada do procedimento, visto que “*A chamada Teoria Constitucionalista entende que o processo tem de ser visto pela ótica do neoconstitucionalismo*²⁶, o que significa dar destaque às normas constitucionais, com especial atenção àquelas pertinentes aos direitos fundamentais.” (MARDEN, 2012, p. 29).

Acredita-se que o processo deve sempre ser visto com a ideia de procedimento qualificado pelo paritário e efetivo contraditório visando ao provimento (FAZZALARI,

²⁶ Apesar de contraditória a adoção do termo “neoconstitucionalismo”, adota-se para a presente pesquisa a teoria constitucional que visa a dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal de 1988.

2006), acrescidas, ainda, as características da Constituição vigente em cada país, criando-se, pois, um modelo adequado. Enquanto o Direito brasileiro,

Entende-se constitucional e processualmente, a razoável oportunidade de se fazer valer do direito, para execução de garantias em que: o demandado tenha tido a devida notícia ou citação, que pode ser atual ou implícita; todos devem ter oportunidade adequada para comparecer e expor seus direitos, inclusive o de declará-lo por si próprio; apresentar testemunha, documentos relevantes ou outras provas; o Tribunal, perante o qual os direitos são questionados, deve estar composto de maneira tal que estejam presentes as condições de honestidade e imparcialidade; deve esse Tribunal ser competente para examinar os conflitos constitucionais. (BARACHO, 2004, p. 70).

De acordo com a Teoria Geral do Processo Constitucional, “[...] a tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre às normas processuais. Ela efetua-se pelo império das previsões constitucionais, que têm como suporte as garantias.” (BARACHO, 2008, p. 11). Ao elevar o conceito do processo ao âmbito da Constituição Federal, tem-se que todo processo, especialmente o judicial, deve ser entendido como uma garantia fundamental.

Assim, o processo, divisado sob a concepção da Teoria Constitucional, deve ser entendido como uma inovação que impede o abuso de poder de uma parte sobre a outra ou do Estado sobre o particular, dispensando-se completamente a ideia de relação jurídica e, até mesmo, de situação jurídica. De acordo com Baracho, “[...] não se podem buscar a *simplicidade e eficácia* processuais, com sacrifício das garantias fundamentais do processo, com procura de sistema jurídico menos opressivo e menos gravoso economicamente.” (2008, p. 20). Destarte, reduzir o processo ao mínimo de etapas visa a garantir a máxima celeridade e o descarregamento de demandar no Judiciário seria uma afronta aos direitos fundamentais previstos na CF/88²⁷.

Partindo da ideia do Modelo Constitucional de Processo, o prisma de análise das faculdades e poderes do juiz e das partes recebe uma releitura, gerando desdobramentos singulares na prática forense e na maneira como o Direito deve ser aplicado, considerando que, por exemplo, em um sistema jurídico que adote a Teoria Constitucionalista, o processo não pode ser havido como meio de aplicação do

²⁷ Baracho prevê como garantias processuais constitucionais o princípio do i. Juiz Natural; ii. Imparcialidade; iii. Agir em juízo; iv. Contraditório; v. Motivação; dentre outros (2008, p. 11-20).

direito material ou utilizado para resolver o máximo de litígios no menor tempo possível. As consequências dessa teoria processual se contrapõem à Teoria Instrumentalista proposta por Cândido Rangel Dinamarco, que repercutiu intencionalmente na elaboração do Código de Processo Civil de 2015 e ecoa diuturnamente na pesquisa dos processualistas brasileiros e no modo de encarar o processo pelos legisladores e julgadores²⁸.

2.3.2 A Teoria Instrumentalista: processo visto como instrumento

Na obra sobre a instrumentalidade do processo, Cândido Rangel Dinamarco entende que o processo é um instrumento que se legitima em função dos fins a que se destina (2008, p. 177). Com supedâneo nesse fato, o autor defende a ideia de existência dos três escopos da jurisdição: social, político e jurídico.

A ideia central do escopo social do processo é a busca pela pacificação social, logo, de acordo com a Teoria Instrumentalista, o processo deve objetivar a solução célere e eficaz do conflito posto em juízo, porquanto, para o autor, o direito e o processo fazem parte de um só sistema direcionado à pacificação dos conflitos. Além desse objetivo pacificador, outra missão do processo é a de educar a sociedade sobre os seus direitos e obrigações, pois, “[...] na medida em que a população confie em seu Poder Judiciário, cada um dos seus membros tende a ser mais zeloso dos seus próprios direitos e se sente mais responsável pela observância dos alheios.” (DINAMARCO, 2008, p. 191-192).

Já o objetivo político é aquele por meio do qual o Estado preserva o ordenamento jurídico-substancial e afirma a sua autoridade, além de incentivar a participação democrática nos destinos de uma nação e preservar o valor da liberdade (DINAMARCO, 2008). Por último, o propósito jurídico se traduz na atuação da vontade concreta do Direito, ou seja, a jurisdição tem como finalidade estar no caso concreto para efetivar o direito material no caso concreto. O intuito jurídico se traduz

²⁸ Não é o objetivo do presente artigo sistematizar as correntes ideológicas que estudam o direito processual, o que deve ser feito em uma revisão de literatura específica sobre os estudiosos do Direito Processual, no entanto, para melhor compreender a posição aqui defendida, faz-se imperioso digredir suavemente sobre as ideias defendidas de modo talentoso e eruditamente fundamentadas por Dinamarco.

“[...] na realização dos direitos subjetivos e (ou) confirmação da ordem jurídica, objetivo cuja tarefa importante é a da manutenção da paz social e da garantia da segurança jurídica” (DINAMARCO, 2008, p. 183), portanto, o provimento (sentença) é um mero instrumento para a efetivação do direito material analisado em juízo.

Embora promova uma releitura pragmática e visando à rápida solução dos conflitos, a Teoria Instrumentalista não encara o processo como um fenômeno absolutamente autônomo ao direito material, pois, de acordo com Dinamarco, aquele é um mero instrumento para a efetivação deste; simples acessório. O Autor da Teoria Instrumentalista e os seus adeptos negam, no campo teórico, que o processo seja dependente do direito material, no entanto, ao analisar os desdobramentos da corrente, é fácil notar que o raciocínio desta leva o processo a pousar na figura de dependente do direito material (BEDAQUE, 2011, p. 79).

É possível encontrar o caráter instrumental em pesquisas acadêmicas, quando surgem perspectivas ou meios que visam a reduzir a quantidade de demandas judiciais (não necessariamente a redução de conflitos), ampliar a velocidade do trâmite processual (apesar de existir necessidade de algumas demandas tramitarem de modo mais lento) ou a extinção massiva de processos (independentemente de características individuais dos litígios), isso porque, ao adotar o escopo social do processo, o processualista buscará ao máximo “[...] limitar o acesso ao poder judiciário para ampliar o acesso à justiça.” (TENBLAT, 2011).

Além disso, promover a massificação de resolução de demandas não contempla, diretamente, a perspectiva principiológica do direito fundamental do acesso à justiça, mas tão somente o nível de regra desse direito. Então, de acordo com a perspectiva de Alexy sobre os direitos fundamentais, a regra deve ser aplicada de plano, enquanto um princípio há de ser sopesado com os demais para incidir em um caso concreto (ALEXY, 2008, p. 123-144).

Entender que o acesso à justiça se efetiva com a limitação do Poder Judiciário e disponibilização de meios equivalentes da gestão de conflitos com a finalidade de reduzir os custos do Estado e a quantidade de processo é uma visão pragmática que desconsidera os avanços obtidos no âmbito constitucional, especialmente, nos que tange aos direitos fundamentais, pois resume a solução do “problema” de excesso de demandas com a simples redução destas, sem lidar com o

conflito em si. É certo que os meios equivalentes de jurisdição (conciliação, mediação e arbitragem) promovem a efetivação do acesso à justiça ao ampliar o modo da gestão dos pleitos, no entanto, esses métodos devem ser entendidos como aliados da jurisdição estatal na gestão adequada dos conflitos, e não como um meio para reduzir o litígio judicializado.

2.3.3 O processo como *garantia fundamental*

Ao analisar os direitos fundamentais, é imperioso verificar o que são, de fato, direitos humanos, pois esses são gênero enquanto aqueles constituem espécie. Com efeito, de acordo com Gregório Robles, os direitos humanos não são realmente direitos, embora assim se chamem, pois, como não formam parte de nenhuma da ordem jurídica positiva, nada pode fazê-los valer processualmente como verdadeiros direitos subjetivos de caráter positivo. Apesar de não serem verdadeiros direitos em sentido estrito, conserva-se chamando, assim, “direitos humanos”, por força da tradição de desenvolvimento do sistema jurídico mundial (ROBLES, 1999).

Idealizados como verdadeiros direitos pelos teóricos do Direito Natural, que os denominaram também de “direitos naturais”, os direitos humanos adquiriram grande ressonância política desde as declarações estadunidenses de direitos e, sobretudo, da Declaração Francesa de 1789, que teve grande influência propagandística em todo o mundo (ROBLES, 1999, p. 19). Desde o momento em que os “direitos humanos” são positivados em um ordenamento jurídico, adquirem categoria de verdadeiros direitos protegidos processualmente, passando a ser “direitos fundamentais”. Ocorre que isso somente acontece quando o ordenamento jurídico dota tais direitos de um *status* especial, tornando-os mais importantes do que os demais direitos, pois, se assim não ocorresse, não haveria modo para distinguir os direitos fundamentais daqueles que não o são (ROBLES, 1999). A delimitação de quais são os direitos fundamentais é uma questão que cada ordenamento jurídico resolve de sua maneira, normalmente mediante a especificação deles na Constituição, na qual também se prevê um tratamento especial para esses direitos.

A positivação tem tal transcendência que modifica o caráter dos direitos humanos positivados, visto que permite a transmutação de critérios morais em

autênticos direitos subjetivos dotados de maior proteção do que os direitos subjetivos “não fundamentais.” (ROBLES, p. 20). Entendem-se, portanto, como direitos fundamentais, os direitos humanos positivados, isto é, concretizados e protegidos, especialmente, por normas de maior alcance. Desse modo,

Em que pese os dois termos ("direitos humanos" e "direitos fundamentais" sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente a distinção é de que o termo "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2018, não paginado)

Assim, partindo da ideia de direitos fundamentais²⁹ como os direitos humanos previstos e positivados por meio da Constituição com *status* especial de determinado ordenamento jurídico, tem-se que o processo, ou o direito ao processo, é um direito fundamental do sistema jurídico brasileiro. Isto porque a Constituição Federal de 1988 estabeleceu diversos princípios que devem reger a ordem processual infraconstitucional, como a ampla defesa e o contraditório, o livre acesso à justiça, a gratuidade às pessoas hipossuficientes, dentre outras normas que devem reger a base principiológica dos diplomas processuais infraconstitucionais.

Além da compreensão de Robert Alexy sobre direitos fundamentais que foi tratada no capítulo anterior, mostra-se importante registrar que esses direitos atuam por meio de múltiplos significados na ordem constitucional. Isso, pois, os direitos fundamentais podem ser compreendidos como direitos de defesa contra a intervenção do Estado na esfera privada, enquanto normas de proteção de institutos jurídicos e, também, como garantias positivas do exercício de liberdades (MENDES, 2004).

Acrescenta-se, ainda, o fato de que, na concepção do modelo constitucional de processo, sendo esse, ainda, uma garantia fundamental, que a

²⁹ A *Teoria dos Direitos Fundamentais* é amplamente estudada e desenvolvida nos últimos anos, tendo Robert Alexy como um dos grandes expoentes do estudo desse tema (ALEXY, 2008), no entanto, para esta pesquisa, basta a compreensão de importância dos direitos fundamentais elaborada por Robles para que a investigação possa avançar.

aplicabilidade das normas fundamentais é de eficácia direta e aplicabilidade imediata na esfera pública e privada, uma vez que os direitos fundamentais agem “[...] independentemente de qualquer invocação de um conceito jurídico indeterminado, podendo, inclusive, ser utilizados como limites externos para a regulação jurídica emanada de fontes não estatais do Direito [...]” (PERAZO; DE LIMA, 2015), não sendo aceitável que as normas de Direito Processual elencadas pela Constituição Federal de 1988 dependam de complementação ou de norma posterior de regulamentação.

Assim, adota-se, para esta pesquisa, a teoria constitucional de processo como o modelo mais adequado na qualificação do Estado Democrático de Direito, destacando-se, ainda, o *status* de direito fundamental de aplicabilidade direta e imediata das normas processuais previstas na Constituição, sob pena de prejudicar os direitos e garantias assentadas pelo constituinte. Do mesmo modo, compreende-se que o modelo instrumental não é o mais adequado para a efetivação das garantias fundamentais, em decorrência da concepção que esse sistema possui de aplicabilidade do processo, apesar de ser possível admitir que um processo utilizado a partir do modelo constitucional pode incluir características do instrumentalismo como consequência.

3 DESJUDICIALIZAÇÃO

Ampliar a competência única e exclusiva para processar e julgar demandas é um ato que deve proceder do Poder Legislativo, o que deve ocorrer por meio de um instrumento normativo qualificado para tanto. A gestão de pleitos sem a intervenção direta do Estado é o que pode ser chamado de desjudicialização, a qual se mostra como um avanço no gerenciamento de demandas, servindo como um dos principais meios de efetivação de direitos subjetivos sem a direta e imediata intervenção estatal. A desjudicialização surge de uma transformação social que necessita de uma desburocratização da redução intervencionista do Estado na sociedade³⁰ (PEDROSO, 2002, p. 15-16), auxiliando no desenvolvimento e na promoção da efetivação do acesso à justiça, pois

"[...] o fenômeno da desjudicialização significa a possibilidade de solução de conflitos de interesse sem a prestação jurisdicional, entendido que jurisdição é somente aquela resposta estatal. Todavia, há situações caracterizadas como exemplos de desjudicialização em que não havia, propriamente, conflito de interesses, mas em que o Estado – e aqui nos restringimos ao Brasil – previa a necessidade de atividade jurisdicional em razão da natureza da decisão." (RIBEIRO, 2013, p. 29).

Em regra, a desjudicialização tem como finalidade transferir aos órgãos e serventias extrajudiciais a competência para processar e solucionar pleitos sem a intervenção da jurisdição estatal, desde que não haja conflito de interesses ou necessidade de manifestação do Ministério Público, seja como parte ou como fiscal da lei. É importante registrar o fato de que existem processos judiciais em que sequer há conflito entre as partes, mas, mesmo assim, o ordenamento jurídico entende como necessária a atuação do Estado-juiz em razão da natureza da decisão, como é o caso da alteração de prenome ou de gênero³¹, portanto, nem toda demanda em que não há litígio pode ser desjudicializada.

³⁰ A pesquisa *Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial* - discorre sobre as consequências da desregulação das demandas geridas pelo Estado, sendo subdividida em desregulação social em sentido amplo e na desjuridificação, sendo essa, por sua vez, tratada em três espécies: i. deslegalização; ii. informalização da justiça; e, iii. Desjudicialização (PEDROSO, 2002, p. 17). Para esta pesquisa, opta-se por analisar unicamente a desjudicialização para evitar o excesso de informações que não contribuirão para concluir do trabalho.

³¹ Importa registrar o fato de que o Estado do Ceará foi o primeiro no Brasil a permitir a alteração de gênero de modo desjudicializado, ou seja, com a simples solicitação ao cartório, é possível realizar a referida mudança, conforme Provimento nº 9/2018 publicado no Diário de Justiça do Estado do Ceará no dia 07.05.2018 (BRASIL, 2018a). Tal hipótese mostra uma evolução progressista e liberal das

A desjudicialização surge, desde um ponto de vista instrumentalista, como a maneira habilitada de resposta à incapacidade do Poder Judiciário de gerir e solucionar demandas, ao excesso de formalidades técnicas e à impossibilidade de o Estado prestar um efetivo acesso à justiça (PEDROSO; TRINCÃO; DIAS, 2001), transferindo para instâncias não judiciais a possibilidade da gestão dos pleitos em que não há litígio. Os responsáveis pela gestão das demandas em que não há jurisdição estatal dependem da natureza da demanda, podendo ser um conjunto de técnicas e órgãos “[...] de natureza administrativa (como, por exemplo, entidade ou órgão de natureza administrativa), privada (negociação, conciliação, mediação e arbitragem) ou híbrida com componentes administrativos e comunitários (comissões de proteção de crianças e jovens)”. (DIAS; PEDROSO; 2002, p. 295).

Haja vista o ordenamento jurídico brasileiro, é possível verificar diversos exemplos de demandas que, obrigatoriamente, passavam pelo trâmite do Poder Judiciário para possuir validade, mas, após certa transformação do pensamento social e posterior deliberação legislativa, foram desjudicializadas e tiveram o seu processamento reduzido a meras etapas burocráticas dos órgãos extrajudiciais, os quais se revelam, na prática, mais céleres e eficientes do que o Poder Judiciário, conforme é discutido no capítulo quarto.

Inovou a Lei nº 8.560/92 (BRASIL, 1992), que trata do reconhecimento de paternidade, ao possibilitar a declaração de pai por meio de escritura pública ou particular registrada em cartório, registro de nascimento ou por testamento, resguardando, em todas as hipóteses, o direito de fazê-lo perante um magistrado. Na prática, é muito rara a necessidade de reconhecer a paternidade perante o Poder Judiciário, porquanto a sociedade se acostumou a realizar esse processamento perante um cartório de registro de pessoas, ressalvadas as hipóteses em que há litígio ou dúvida sobre a paternidade.

Posteriormente, a Lei nº 8.951/94 (BRASIL, 1994) possibilitou se fazer a realização de consignação em pagamento em estabelecimento bancário oficial. Outro avanço legislativo que permitiu a desjudicialização foram as Leis nº 10.931/04 (BRASIL, 2004) e nº 11.101/05 (BRASIL, 2005), sendo essa o instrumento que

relações sociais, reduzindo a presença do Estado como responsável pela gestão da vida particular e fornecendo às pessoas uma maior responsabilidade por sua vida civil.

permitiu a recuperação extrajudicial de empresas, enquanto aquela possibilitou a retificação de registros públicos imobiliários diretamente nos cartórios de registros de imóveis. Cumpre registrar a ideia de que a recuperação extrajudicial facilitou as negociações realizadas diretamente com os credores e o devedor que solicitou a recuperação, evitando a burocrática tramitação judicial e dando celeridade aos acordos privados.

Por fim, faz-se imperioso registrar uma das desjudicializações de grande enfluo na sociedade e no ordenamento jurídico- a Lei nº 11.441/07 (BRASIL, 2007), que se mostrou um importante meio de efetivação do acesso à justiça ao alterar os dispositivos do CPC/1973, pois passou a permitir a lavratura de escrituras públicas para a realização de inventários, partilhas, separações e divórcios consensuais de modo extrajudicial, desde que as pessoas estejam de comum acordo, não possuam filhos menores e capazes e estejam representadas por um advogado.

Com efeito, a desjudicialização se mostrou alternativa de, primeiramente, garantir o direito fundamental de acesso à justiça de modo célere e eficaz aos cidadãos, tal qual pretende desafogar o Poder Judiciário com demandas que não necessitam ser judicializadas, uma vez que não há, em tese³², conflito de interesses sobre o direito material envolvido e, quando o litígio aparece, o Poder Judiciário sempre será uma possibilidade de escolha para processar e julgar as demandas.

3.1 A desjudicialização como meio de efetivação do acesso à justiça

Como já exposto, a expansão do conceito e aplicação de acesso à Justiça é tratada pela doutrina como a terceira onda renovatória do Direito Processual, sendo precedida pela gratuidade na assistência judiciária concedida aos hipossuficientes pela representação judicial dos interesses coletivos (MANCUSO, 2009, p. 54-55). O acesso à justiça se mostra, acima de tudo, como um direito fundamental previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal/88, sendo a sua conceituação desenvolvida pelos teóricos do Direito Processual.

³² Diz-se em tese, pois, quando o Ministério Público impugna qualquer pleito, tem-se a lide, ou melhor, o conflito de interesses.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth dedicam uma obra inteira para estudar e desenvolver o princípio de acesso à justiça. Na sua produção, os autores fazem uma ressalva sobre a possibilidade prática de alcançar a perfeita igualdade de armas (compreendida como igualdade material), entendendo que isso é, naturalmente, uma ficção, visto que é impossível acabar com todas as diferenças entre as partes num processo, seja esse judicial ou extrajudicial (CAPPELLETTI; GARTH, 1998)³³. As taxas e emolumentos para custear um processo, possibilidade de ingressar em juízo, tratamento dos interesses individuais e metaindividuais e o excesso de demandas judiciais são apenas alguns dos obstáculos que o sistema jurídico deve enfrentar (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 06-28), sendo necessário diminuir as desigualdades e esses obstáculos para alcançar a efetivação do acesso à justiça.

A Constituição Federal/88 prevê o acesso à justiça como garantia fundamental, posto que o texto normativo do artigo 5º, LXXIV, demonstra esse *status*, ao determinar que “[...] o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, bem como o inciso XXXV, o qual afirma que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desse modo, se revela necessária a análise desse direito fundamental na aplicabilidade prática da sociedade contemporânea.

Bauman, na posição de crítico da denominada Pós-Modernidade, elaborou o conceito de “modernidade líquida”, na qual, em obra homônima (2001), o autor constata que não houve superação das características modernas de relações sociais ou coletivas, mas, tão somente, a adesão de fragilidade e imediatismo dos vínculos. Ao realizar uma análise do comportamento individual e coletivo, Charles e Lipovetsky (2004) nomearam as relações sociais contemporâneas de hipermodernas, sendo tal sociedade caracterizada pela extrapolação dos conceitos modernos, ou seja, relacionamentos, consumo e comunicação em excesso.

Para os autores que estudam o comportamento social do final do século XX e início do século XXI, como Bauman (2001), Charles e Lipovetsky (2004), é concordante o entendimento de que o comportamento individual e coletivo da

³³ A interpretação dos autores vai de encontro à teoria, de John Rawls, do véu da ignorância, que visa alcançar a justiça social, pois, para o autor, o ideal em uma sociedade justa seria aquela em que os seus agentes não saberiam o seu papel social ao definir qualquer tipo de decisão que afete a relação social (RAWLS, p. 15, 2008).

sociedade “pós-moderna” (líquida ou hipermoderna) está cada vez mais mutável. Desse modo, o Direito, enquanto sistema normativo que interpreta ou descreve os fatos jurídico sociais deve se desenvolver juntamente como a sociedade, sob pena de se tornar obsoleto, portanto, é possível verificar que o Direito se transforma com base nas relações existentes na sociedade, tendo essa um papel essencial para que aquele evolua. Desse modo, o Direito positivado, como regulador da vida em sociedade, não pode viver em um estado imutável ou arcaico, sob pena de tornar difícil o pleno desenvolvimento social.

De tal sorte, o ordenamento jurídico brasileiro passou por diversas mudanças que o tornaram mais flexível. Exemplos são as demandas que passaram a ser geridas sem a necessidade de intervenção do Estado por meio do Poder Judiciário, como a desjudicialização analisada nessa dissertação. Essa evolução se deu, em parte, pela natural ascensão da era pós-moderna³⁴ e sua complexidade de relações sociais (BAUMAN, 2009), que rogam por uma celeridade e desburocratização dos vínculos privados em decorrência da maximização e excessividade das características das décadas passadas (LIPOVETSKY, 2016).

O crescimento na quantidade de demandas judiciais resulta da necessidade de revisão do sistema jurídico (CAPPELLETTI; GARTH, 1998), o qual não se mostra mais compatível com a sociedade contemporânea. Um direito inflexível, como o positivismo jurídico concebido por Kelsen (1998), tende a aumentar a produção de pleitos judiciais em uma sociedade que não possui pleno funcionamento das suas instituições³⁵, especialmente em uma sociedade litigante e sem a efetivação dos direitos previstos na Constituição (OLIVEIRA SOBRINHO; ARAÚJO FILHO, 2016, p. 24). Então, é importante que se façam, constantemente, análise e aplicação da Teoria do Direito com a finalidade de melhor adaptar o sistema jurídico à sociedade.

³⁴ Bauman (2009) e Lipovetsky (2016) criticam a Pós-Modernidade nomeada por Lytoard (1998), momento em que aqueles autores adotam as dicções sociedade líquida e hipermodernidade, respectivamente, para descrever o comportamento social das últimas décadas. A análise é realizada, especialmente, no comportamento dos indivíduos da era tecnológica do final do século XX e início do século XXI, os quais são caracterizados pelo excesso de consumo e de velocidade dos comportamentos sociais. Para esse texto, basta o exame do comportamento social mais dinâmico e flexível para compreender a transformação do ordenamento jurídico mudar, necessariamente, do mesmo modo como procedem as dinâmicas da sociedade.

³⁵ Serão examinados no capítulo seguinte o papel do Poder Judiciário e as características da sociedade, no que tange aos litígios, para verificar se isso é um obstáculo na efetivação do acesso à justiça.

A sociedade contemporânea e a organização do ordenamento por meio de códigos e leis burocráticas dificultam a efetivação do acesso à justiça, especialmente pelas dificuldades inerentes a um processo judicial (custas, tempo de processamento, stress emocional, etc.). Desse modo, os métodos equivalentes à jurisdição estatal da gestão de demandas ganham grande destaque em uma sociedade cujo Judiciário se revela ineficiente, como atestado pelos dados fornecidos do Conselho Nacional de Justiça em 2018, segundo os quais 12,1% dos casos levados ao Poder Judiciário são resolvidos por meio de acordos³⁶ (BRASIL, 2018, *online*).

Ocorre que, na Era Pós-Moderna, na qual as relações sociais existem de modo muito mais dinâmico e célere do que em décadas passadas, e a todo momento ocorrem mudanças inesperadas e imprevisíveis (BAUMAN, 2009, p. 87-88), a comunicação, o acesso à informação e ao conhecimento se tornaram cada vez mais instantâneos e disponíveis, tornando o processamento de demandas sem a necessária intervenção do Poder Público um atrativo capaz de suportar essas mudanças das relações, dado que os meios equivalentes da gestão se assentam na celeridade e na eficiência de aplicabilidade dos objetivos³⁷ de cada método, tornando-os protagonistas da regulação de relações, por vezes, tratadas pelo Judiciário.

É importante salientar que o Código de Processo Civil de 1973 se sobressaía pela cognição em face da efetividade de direitos subjetivos previstos na Constituição, eivando, conseqüentemente, os processos judiciais de caráter elevadamente instrumental e, em decorrência disso, houve excesso de demandas burocráticas e lentas para serem analisadas e julgadas.

Diferentemente de seu antecessor, o Código de Processo Civil/2015 surgiu oportunamente, com o objetivo de promover a efetivação de direitos e garantias fundamentais, exemplo disso pode ser a opção do legislador por

³⁶ De acordo com o Justiça em números, 270 mil demandas deixaram de ingressar em juízo em 2015 em decorrência das sessões de conciliação e mediação realizadas pelos Centros Judiciário de Resolução de Conflito e Cidadania (CEJUSCS, os quais foram criados pela Resolução nº 125/2010 do CNJ, instituidora da Política Judiciária de Tratamento de Conflitos em conformidade com a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015).

³⁷ É importante verificar que os objetivos dos meios equivalentes da gestão de conflitos são diferentes em cada método, tendo a mediação a finalidade de promover o diálogo entre as partes (SALES; CHAVES, 2014), enquanto a conciliação procura alcançar um acordo entre as partes, por exemplo.

desjudicializar algumas demandas, como promover a cultura de solução de conflitos mediante os meios alternativos, a arbitragem, negociação, mediação, conciliação e procedimentos extrajudiciais. Já o ato de desjudicializar consiste, essencialmente, na simplificação processual e no recurso dos tribunais a meios informais³⁸ para a resolução de conflitos (DIAS; PEDROSO, 2002, p. 13). Essa característica que prima pelos meios alternativos, além de conferir maior protagonismo às partes e aos advogados no tocante à gestão da demanda, alimenta uma cultura menos litigiosa e mais focada na cooperação.

A desjudicialização pode ser definida, pois, como “[...] a edição de legislação que possibilita a solução de um problema social sem a necessidade de jurisdição” (HASSAN, 2013, p. 30), permitindo que as pessoas com certo pleito busquem o meio que melhor se harmonize à efetivação do acesso à justiça, sem a necessidade de depender unicamente do sistema estatal. É certo que esse instituto auferiu paulatino espaço, mesmo que lentamente, há bastante tempo, no ordenamento jurídico brasileiro, em que se deslocam algumas atividades atribuídas por lei exclusivamente ao Poder Judiciário para a esfera gestora dos órgãos e serventias extrajudiciais, desde que versem sobre direitos disponíveis, não possuam e não envolvam crianças menores ou incapazes. Ainda há muito, no entanto, a ser o que ser desjudicializado no ordenamento jurídico brasileiro³⁹, o que será possível apenas com uma transformação da cultura social em depositar mais confiança nas relações e instituições privadas, desvencilhando-se em maior escala da dependência do Estado.

Esse ponto de vista é ratificado pela pesquisa de Flávia de Almeida Montigelli Zaferdini, ao assinalar qual afirma que a cultura de excessivo de litígio do ordenamento jurídico brasileiro é um dos motivos pela grande judicialização de demandas (2012), portanto, mostra-se verdadeira inovação a ser adotada na mentalidade dos legisladores e dos usuários do Direito à desjudicialização desses conflitos. Desjudicializar significa retirar do Poder Judiciário o monopólio da gestão

³⁸ A informalidade em questão diz respeito à ausência da excessiva burocracia dos processos judiciais que tramitam pelo Poder Judiciário e levam anos para serem solucionados.

³⁹ Exemplo pode ser dado como o que ocorreu em Portugal e na França, onde a execução civil é desjudicializada, a qual será analisada no penúltimo capítulo desta pesquisa. Para maior aprofundamento sobre o tema vide a dissertação de Luiz Fernando CILURZO: *A desjudicialização na execução por quantia* (CILURZO, 2016, p. 139-141)

de demandas que até então sempre foram exclusivamente tratadas pelo Estado e, desse modo, ensejar uma cultura menos dependente do Poder Público para efetivar o acesso à justiça.

Em obra dedicada a verificar o acesso à justiça, Rodolfo Mancuso (2009) garante que o Estado deve promover o exaurimento das vias extrajudiciais, tornando o Poder Judiciário a última instância de solução de demandas. Desse modo, tal posicionamento, além de promover um efetivo acesso à justiça, propicia e estimula a verdadeira cidadania (MANCUSO, 2009, p. 334) ao dar maior responsabilidade aos particulares em gerir seus conflitos. Para Mancuso, o acesso à justiça que se depreende do princípio da inafastabilidade de jurisdição, o qual foi consignado no ordenamento jurídico pátrio por meio do inciso XXXV do artigo 5º da CF/88, necessita de uma releitura para efetivar-se, devendo o núcleo dessa norma ser contextualizado na esfera geral da gestão das controvérsias (MANCUSO, 2009).

Ao reinterpretar o acesso à justiça, Mancuso entende que o Poder Judiciário deve ser utilizado apenas como uma cláusula de retenção da solução de conflitos, pois, “[...] no contemporâneo Estado de Direito, o serviço judiciário não pode se converter numa prestação primária, mas deve preservar-se como uma oferta residual, para os casos efetivamente carentes de passagem judiciária.” (MANCUSO, 2009, p. 65-66).

Desde o momento em que o Estado legitima outros meios equivalentes à jurisdição estatal, o domínio único da solução de demandas se desfaz e as possibilidades de processamento diversificam-se, sendo possível especializar instituições para lidar com temas específicos⁴⁰. Mancuso (2009) entende que, ao invocar para si a gestão de demandas, o Poder Judiciário transmuta o “direito de ação em dever de ação, passando-se à falaciosa ideia de que todo e qualquer conflito de interesse deva ser judicializado, numa leitura assim atécnica como irrealista do que se contém na propalada garantia de acesso à Justiça” (MANCUSO, 2009, p. 65).

É importante considerar que a desjudicialização não é, de fato, um método equivalente à jurisdição estatal da gestão de conflitos, como a mediação ou a conciliação, porque, quando determinada demanda é desjudicializada, o que se faz,

⁴⁰ É o que ocorre, por exemplo, com os tribunais arbitrais.

em caráter prático, é buscar o provimento de um pleito em que não há controvérsia, ou seja, ao desjudicializar, o Legislador retira do Poder Judiciário o processamento de etapas burocráticas que não necessitam da manifestação do Estado. Portanto, quando há desjudicialização de alguma demanda, não existe, nesses casos, exercício de jurisdição, em virtude de esta ser exclusiva do Estado.

Quando se utiliza do da dicção “meios equivalente à jurisdição estatal”, não se afirma que mediação, conciliação e afins possuem jurisdição propriamente dita, mas que há, pragmaticamente, a gestão de uma demanda que só seria resolvida pelo exercício da jurisdição estatal. Portanto, os meios equivalentes e a desjudicialização promovem a efetivação do acesso à justiça juntamente com o Estado, sendo esse o detentor único da jurisdição.

Não se pode afirmar, portanto, que a desjudicialização pode ser considerada um meio equivalente à jurisdição estatal⁴¹, do mesmo modo que negociação, arbitragem, conciliação e mediação conotam, mas todos esses métodos atuam de modo a gerir a solução de controvérsias e buscam efetivar o acesso à justiça. Retirar do Poder Judiciário o monopólio de processamento das demandas não afetará o acesso à justiça previsto na Constituição Federal e sim o oposto, haja vista que proporcionará, de maneira econômica, tempestiva e razoavelmente previsível, a boa qualidade da jurisdição⁴².

Promover o efetivo acesso à justiça, pois, ocorre ao possibilitar que o cidadão busque o método mais adequado para gerir determinada demanda, sem necessariamente depender do Poder Judiciário para tanto. Assim, é possível entender que a desjudicialização é, na prática, uma integrante do sistema multiportas da gestão de conflitos, devendo ser utilizada e aplicada sempre que possível com a

⁴¹ Fala-se que negociação, mediação e arbitragem são métodos equivalentes de jurisdição pela possibilidade de meios privativos ou diferentes à jurisdição estatal alcançarem a mesma finalidade, qual seja, a gestão de demandas, objetivando o alcance de um provimento. Não se pode afirmar, no entanto, que os meios equivalentes possuem jurisdição, pois essa é única e exclusivamente do Estado, podendo esse, inclusive, ser responsabilizado em sua aplicação (DE CARVALHO DIAS, 2004).

⁴² O Estado brasileiro assumiu o monopólio de distribuir a Justiça, mas falhou ao produzir aquilo que pode ser considerado uma boa qualidade de jurisdição, a qual deve conter os elementos de: i. resposta jurisdicional justa (equânime); ii. jurídica (tecnicamente consistente); iii. econômica (bom equilíbrio custo-benefício); iv. tempestiva (razoável duração do processo); e, v. razoavelmente previsível (MANCUSO, 2009, p. 52).

finalidade de promover o alcance do direito fundamental de acesso à justiça e, em consequência, a diminuição das demandas judiciais.

3.2 A desjudicialização e as teorias processuais: o mesmo lado de duas moedas

Considerando que a desjudicialização é uma forma de efetivar o acesso à justiça, porquanto, gerencia demandas sem a dependência da jurisdição estatal, sendo essa resguardada em caso de necessidade⁴³, faz-se necessária uma análise sistemática da desjudicialização com as duas principais correntes processualistas que permeiam o ordenamento jurídico brasileiro: a teoria instrumentalista e a teoria do processo democrático.

A maioria das investigações acadêmicas que tratam do tema sempre verificam o influxo da desjudicialização com fundamento na crise do Poder Judiciário, ignorando aspectos inerentes ao modelo constitucional de processo que diverge, em alguns pontos, da teoria instrumentalista seguida pelos estudos. Exemplos disso são pesquisas acadêmicas sobre desjudicialização do Direito Ambiental (CAPPELLI, 2011) ou das execuções fiscais (VARGA; 2015), fundamentadas, principalmente, pela necessidade de descongestionar o excesso de processos que tramitam na esfera do Poder Judiciário.

Utilizar o processo unicamente como meio de alcance e aplicação do direito material posto em juízo, bem como primar pela celeridade e grande resolução das demandas é uma característica, como visto anteriormente, da Teoria Instrumentalista proposta por Dinamarco. O sistema desse autor entende que o processo, além de outros objetivos, deve sempre buscar a paz social e a rápida solução do litígio (DINAMARCO, 2008), devendo o Estado ter como objetivo para a efetivação do acesso à justiça um Poder Judiciário rápido e com poucas demandas judiciais para serem analisadas.

⁴³ De acordo com Mancuso (2011), a prestação jurisdicional do Estado deve ser resguardada para casos de litígio específicos, como a contenda que envolva a guarda ou trata sobre pensão alimentícia de criança menor de idade; dessa interpretação, o Poder Judiciário seria um método subsidiário da gestão de conflitos.

Apesar de não ser a teoria mais adequada para garantir uma efetivação do acesso à justiça – como norma de direito fundamental - a teoria instrumentalista alcança o seu objetivo de pacificação social e redução de demandas judiciais com o emprego da desjudicialização, desde que haja comprovação, em dados empíricos, de que a desjudicialização reduz, efetivamente, a quantidade de processos atinentes àquela matéria. Logo, para se adotar a Teoria Instrumentalista na concepção de processo, é necessário que a quantidade de demandas judiciais diminua, sob pena de inefetividade de uso da desjudicialização.

O divórcio extrajudicial pode ser utilizado como exemplo, já aplicado e de grande uso no Brasil, da desjudicialização que promoveu, efetivamente, o acesso à justiça, porque, de acordo com o Presidente do Colégio Notarial do Brasil - Seção São Paulo (CNB-SP), houve 69.926 (sessenta mil, novecentos e vinte e seis) divórcios extrajudiciais somente no ano de 2017. De acordo com a interpretação de Andrey Guimarães Duarte

Antes da aprovação da lei 11.441/07, que normatizou a realização de divórcio extrajudicial, e, principalmente após a emenda constitucional 66, em 2010, que facilitou ainda mais a separação, havia um número represado de casais que desejavam se divorciar. Agora é normal que se estabilize ou diminua. Como podemos analisar, houve uma variação positiva, mas nada que saia da curva do normal. (MIGALHAS apud DUARTE, 2018, online)

Com suporte nesses indicadores, pode ser compreendido que foram evitados, em apenas um ano, quase 70 mil ações judiciais com o intuito de realizar um divórcio consensual, o que representaria um pequeno número se comparado com a quantidade de demandas sem solução no ano de 2017, visto que, de acordo com o *Justiça em Números* do Conselho Nacional de Justiça, há 80.100.000 (oitenta milhões e cem mil) processos sem solução (BRASIL, 2018b), sendo essa quantidade fruto do acúmulo de ações judiciais sem uma solução final somadas às novas demandas, conforme o gráfico seguinte.

ESTOQUE DE PROCESSOS ACUMULADOS NO JUDICIÁRIO

Desde 2009, em milhões

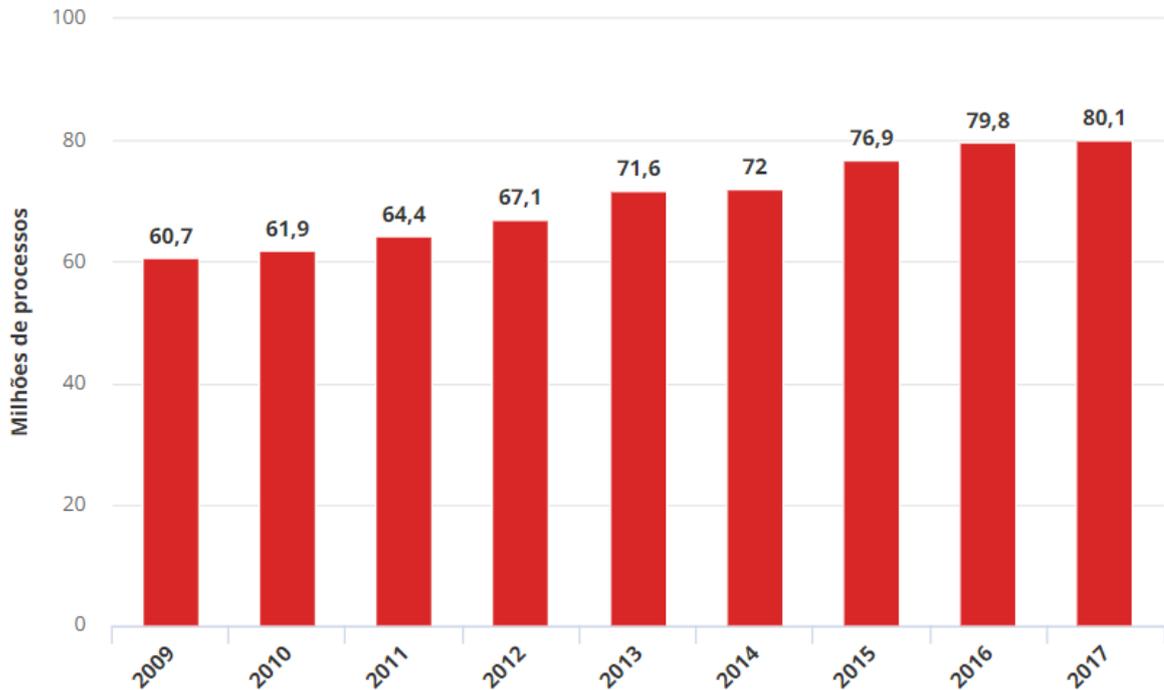


Gráfico 1, fonte: Conselho Nacional de Justiça – 2018.

É importante examinar, no entanto, esse dado de modo amplo e crítico, pois a simples análise do número dos divórcios extrajudiciais pode levar a entender que esse mesmo número de demandas judiciais foi evitada, quando, em verdade, a possibilidade de utilização da via extrajudicial pode ter fomentado a busca por divórcio. Verifica-se isso, pois, tendo em vista que o número de pessoas contraindo matrimônio é crescentemente de modo contrário à quantidade de pessoas que solicitam o divórcio, considerando que o número de matrimônios recuou 3,7%, enquanto separações aumentaram 4,7% (BRASIL, 2017).

O aumento do número dos divórcios pode ser entendido como mitigação da identidade individual, a qual é objeto de uma relativização na vida do indivíduo da sociedade líquido-moderna proposta por Bauman (2009, p. 7), pois ela “[...] não pode manter a forma ou permanecer por muito tempo”. Essa inconcretude dá-se, especialmente, pela velocidade em que a formação da identidade individual depende das decisões e suas relações consequenciais do ser em uma sociedade tão complexa e transitória, outrora denominada de “modernidade líquida” pelo autor, que

Ao contrário da era precedente, da modernidade "sólida", que vivia para a "eternidade" (termo sintético para um estado de eterna, monótona e irrevogável mesmice), a modernidade líquida não estabelece objetivos, nem traça uma linha terminal. Mais precisamente, só atribui a qualidade da permanência ao estado da transitoriedade. O tempo *flui* - não "marcha" mais. Há mudança, sempre mudança, nova mudança, mas sem destino, sem ponto de chegada e sem a previsão de uma missão cumprida. Cada momento vivido está prenhe de um novo começo e de um novo final. (2009, p. 88).

Pode-se dizer que, para Bauman, então, a vida líquida é precária e existe em uma incerteza latente, sendo ela uma sucessão de reinícios constantes, devendo ser analisada como um círculo cujo marco inicial e final são verificados pela fluidez das relações. Apesar de possuir limites (quase) indistinguíveis, a pessoa da sociedade líquido-moderna possui grande dificuldade de lidar com os términos. Apesar disso, o autor constata, em sua obra intitulada *Amor Líquido* (BAUMAN, 2004), que as relações pessoais amorosas e sociais são caracterizadas pela fluidez e transitoriedade, havendo, na prática, uma desvalorização da manutenção de relacionamentos visando à perpetuidade, ocasionando, desde uma perspectiva sociológica, um aumento do número de relacionamentos temporários nas últimas décadas.

Assim, o elevado quantitativo de divórcios ocorridos nos últimos anos não é um fato meramente do direito, muito menos exclusivo do ramo processual, sendo necessário analisar o contexto sociológico do momento para verificar se a alta busca pelas serventias judiciais ou extrajudiciais ocorreu pela efetivação do acesso à justiça por meio da desjudicialização do divórcio consensual ou por um fato exterior à Ciência Jurídica.

A análise sociológica não pode ser realizada de modo tão claro assim quando a demanda judicial utilizada como paradigma forem as ações de usucapião, porquanto essas independem, em regra, de um efeito social para serem utilizadas pelos cidadãos, salvo as específicas sociedades onde existe certa tendência na regularização imobiliária e demarcação de terras. Independentemente, no entanto, da motivação que leva as pessoas a buscarem a rápida resolução de conflitos e, conseqüentemente, desafogar o Poder Judiciário, a teoria instrumentalista de Cândido Dinamarco, que compreende o processo como o meio de alcance do direito

material, é satisfeita com a perfunctória verificação dos números de conflitos resolvidos.

Ao retirar do Poder Judiciário, portanto, a total ou parcial⁴⁴ exclusividade em analisar pleitos particulares, a desjudicialização promove a redução da busca pela jurisdição estatal e reduz a quantidade de processos em tramitação, alcançando, assim, o escopo social, político e jurídico que o processo deve ter para essa teoria.

De acordo com o autor da Teoria Instrumentalista, a desjudicialização atinge o escopo social ao pacificar com justiça e educar os membros da sociedade a não buscarem diretamente o Poder Judiciário, pois, nesse aspecto do processo, a função jurisdicional e as normas jurídicas devem estar ligadas para alcançar a paz social (DINAMARCO, 2013, p. 159).

Na mesma acepção de escopos processuais, Dinamarco entende que a concepção de Justiça está inserida no Estado, devendo esse comprometer-se a promover essa ideia. De acordo com o autor,

São fundamentalmente três aspectos. Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), sem a qual ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para seu ordenamento jurídico, posição positivada do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor liberdade, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos as quais ele se exerce; finalmente assegurar a participação dos cidadãos por si mesmo ou através (sic) de associações, nos destinos da sociedade política. Poder (autoridade) e liberdade são dois pólos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter; participação é um valor democrático inalienável, para a legitimidade do processo político. Pois a missão jurisdicional tem a missão institucionalizada de promover a efetividade desses três valores fundamentais no Estado e na Democracia, para a estabilidade das instituições. (2013, p. 168)

Já o escopo jurídico é visto como por demais técnico, traduzindo a teoria de Cândido Dinamarco em sua aplicabilidade pragmática, ou seja, o processo como instrumento de realização do direito material. Apesar de se exprimir importante a verificação do alcance do escopo político e jurídico do processo, é certo que a

⁴⁴ Exemplifica-se com a total retirada do Poder Judiciário a análise de demandas a hipótese do reconhecimento e registro da usucapião, a qual deve ser realizada, inicialmente, por meio do cartório extrajudicial de acordo com o Código de Processo Civil, enquanto a parcial retirada de análise e a hipótese de faculdade das partes procurarem as serventias extrajudiciais, como são o divórcio e o inventário consensual que não envolvam menores e incapazes.

desjudicialização é um método que, de primeiro plano, alcança com grande esforço o escopo social quando reduz as demandas judiciais.

Apesar de a desjudicialização alcançar e satisfazer a teoria instrumentalista, sua aplicabilidade necessita ser complementada, uma vez que o processo como mero instrumento desprestigia abordados por teorias mais recentes e possibilita a interpretação errônea da quantidade de processos em tramitação. É o caso da Teoria Constitucional do Processo Democrático, elaborada por Andolina e Vignera (1997) e importada ao Direito brasileiro por Baracho (2008).

Não se deve afirmar, por conseguinte, que, para alcançar a efetivação do acesso à justiça, a desjudicialização só deve ser utilizada se reduzir a quantidade de demandas judiciais. O emprego ou não da desjudicialização enquanto método da gestão de demandas não pode ser enxergado unicamente pela ótica do Direito Processual, sob pena de ignorar ou não considerar a aplicabilidade dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

O modelo constitucional do processo possibilita a aplicabilidade da teoria elaborada por Elio Fazzalari (2006) e desenvolvida por James Goldschmidt (1936), ao entenderem o processo como sequência concatenada de atos procedimentais com efetivo e paritário contraditório, visando a um provimento final, no qual as partes permanecem em determinadas situações jurídicas durante o trâmite processual. Tal conceito e essa compreensão de processo são aplicados sempre sob a égide da Constituição Federal, pois, desse modo, é possível aplicar um modelo constitucionalizado do processo, com vistas a democratizar a constituição do objeto final (o provimento).

Diferentemente da teoria instrumentalista, que se satisfaz com o preenchimento e utilização dos escopos processuais, o modelo constitucional de processo se mostra ainda mais adequado à aplicabilidade da desjudicialização de demandas, pois preserva, em primeiro plano, garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, além de realizar os escopos do processo da teoria de Dinamarco. Isto é, ao, obrigatoriamente, conceber o processo como fruto de normas constitucionais, o modelo constitucional preserva as garantias fundamentais antes de se preocupar em desafogar o Judiciário, sendo essa apenas uma

consequência de se efetivar o acesso à justiça em uma seara diferente da jurisdição estatal.

É importante constatar que a desjudicialização não deve ser compreendida como um meio de efetivação do acesso à justiça somente pelo simples fato de reduzir a quantidade de demandas judiciais ou tornar célere a solução de uma demanda, pois, se assim o fosse, a aplicação do instituto seria limitado ao caráter instrumentalista do processo e não asseguraria a necessidade de efetivação das demais garantias fundamentais. O emprego da desjudicialização, quando possível, deve ocorrer sempre que puder efetivar as garantias processuais constitucionalmente previstas, possibilitando às pessoas escolherem, de modo livre, se preferem ver os seus pleitos tratados pelo Poder Judiciário ou na esfera privada ou extrajudicial. Assim, a desjudicialização cumpre o papel instrumentalista, mas, principalmente se enquadrará no modelo constitucional de processo que resguarda as garantias fundamentais (processuais) em face dos escopos do processo, sendo esses alcançados por mero desdobramento.

Assim, uma vez adotado o modelo constitucional de processo, compreende-se que a desjudicialização deve ser entendida como uma medida excepcional, só podendo ser utilizada para efetivar o acesso à justiça se, na mesma medida, resguardar e promover a aplicação dos direitos e garantias constitucionais. A pacificação social e a redução de número de demandas protocolizadas e processadas pelo Poder Judiciário devem ser tidas como mera consequência da correta implementação da desjudicialização, não podendo, sob hipótese alguma, ser a justificativa primária de aplicação desse método, pois, se assim for feito, o processo será limitado à Teoria Instrumentalista e não alcançará as propostas desenvolvidas pelo modelo constitucional de processo. Para melhor verificar se a desjudicialização de uma demanda está alcançando a proposta das teorias processuais aqui abordadas, no entanto, imperioso se faz que seja realizada uma análise empírica da aplicabilidade desse instituto, sob pena de esta pesquisa se limitar ao caráter exclusivamente teórico peculiar aos muitos ensaios jurídicos.

3.3 O caso mais recente de desjudicialização: o processamento do reconhecimento da usucapião

A usucapião⁴⁵ é um modo de aquisição originária de propriedade e de outros direitos reais, praticada por meio do exercício da posse com *animus domini* em determinado lapso, cujas espécies possuem características próprias. A justificativa da existência desse instituto é fundamentada nos princípios da utilidade social e seus consectários, a fim de dar segurança jurídica ao possuidor e à propriedade, além de servir como meio de prova do domínio do bem e de suas aquisições, tal como consolidá-la e facilitar a constatação da titularidade perante o proprietário desvanecido ou terceiros.

Antes de analisar a recente desjudicialização da usucapião de bem imóvel, cumpre examinar as características da usucapião no que tange ao direito material propriamente dito, em razão de essas demandas que envolvem a matéria possuírem características e requisitos peculiares para o seu processamento. Portanto, far-se-á um sintético exame do direito material para, em pó, analisar o modo de processamento da demanda que visa a declarar o direito de usucapião de bem imóvel durante a vigência do CPC/1973 e desde a vigência do CPC/2015.

3.3.1 Breve panorama sobre o direito material da usucapião

Para estudar a usucapião, antes, se faz necessário verificar a ideia de propriedade, considerando que essa é o objeto de aquisição por meio da usucapião. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira,

Não existe um conceito inflexível do direito de propriedade. Muito erra o profissional que põe os olhos no direito positivo e supõe que os lineamentos legais do instituto constituem a cristalização dos princípios em termos permanentes, ou que o estágio atual da propriedade é a derradeira, definitiva fase de seu desenvolvimento. Ao revés, evolve sempre, modifica-se ao sabor das injunções econômicas, políticas sociais e religiosas. Nem se pode falar, a rigor, que a estrutura jurídica da propriedade, tal como se reflete no nosso Código, é a determinação de sua realidade sociológica, pois que aos nossos olhos e sem que alguém possa impedi-lo, ela está passando por transformações tão substanciais quanto aquelas que caracterizaram a criação da propriedade individual, ou que inspiraram a sua concepção feudal.

(...)

Fixando a noção em termos analíticos, e mais sucintos, dizemos, como tantos outros, que a *propriedade é o direito de usar, gozar e dispor da coisa*,

⁴⁵ Termo que advém do latim *usu + capio*, que significa “tomada pelo uso”, a qual também é intitulada “prescrição aquisitiva”.

*e reivindicá-la de quem injustamente a detenha. E ao mesmo tempo nos reportamos ao conceito romano, igualmente analítico: dominium est ius utendi et abutendi, quatenus iuris ratio patitur.*⁴⁶ (2014, p. 67 e 75)

A partir do conceito supracolacionado, é possível compreender o instituto da usucapião como aquisição originária de propriedade, ou seja, não há aquisição de um bem por meio de uma transação (PEREIRA, 2014). A aquisição por usucapião pode ser de um bem sem proprietário anterior ou de “[...] bens que ainda têm dono. No que se refere aos bens que ainda têm dono, o prazo para usucapião corre até que se complete. Completando-se, nasce o direito do usucapiente e desaparece o direito do que até esse momento foi dono” (MIRANDA, 1999, p.151), pois não há de se considerar a propriedade em condomínio entre o *usucapiente* e o proprietário anterior. Deve-se entender, portanto, que a usucapião é uma aquisição originária de propriedade, pois não há sucessão, nem um direito nasce do outro. Um direito [do *usucapiente*] nasce após o outro [do antigo proprietário], sem continuidade. Temporalmente, um começa onde o outro acaba, exatamente porque aquele nasceu.” (MIRANDA, 1999, p. 151).

O ordenamento jurídico prevê alguns requisitos gerais para que seja configurada a aquisição da propriedade por meio da usucapião, haja vista que essa é uma aquisição originária, onde o *usucapiente*, aquele que irá pleitear o reconhecimento da usucapião, será reconhecido como o proprietário do bem, sem que haja uma transmissão de propriedade, ou seja, o objeto terá uma propriedade original, livre e sem quaisquer ônus.

A usucapião poderá ser um direito material reivindicado pelo proprietário de bem móvel ou imóvel, no entanto, para esta investigação acadêmica, limitam-se os estudos apenas no que tange à usucapião de bem imóvel, uma vez que a desjudicialização ocorreu por meio do CPC/2015 para reconhecer especificamente o direito sobre esse tipo de bem.

Consoante leciona Pontes de Miranda, os pressupostos comuns às espécies de usucapião devem existir na coisa que deve ser usucapível, posse própria e tempo (MIRANDA, 1999, p. 154). No entanto, é preferível adotar como os

⁴⁶ Em sua obra, o autor não traz a tradução da expressão em latim, a qual se consigna apenas a título de informação como sendo “O domínio é o direito de usar, fruir e dispor do que é seu, quanto o permite a razão do direito.” (Tradução livre).

requisitos gerais para a aquisição de propriedade pela usucapião: i) Posse; ii) Período; e, iii) Coisa hábil (PEREIRA, 2014), pois, a posse não precisa, necessariamente, ser própria, visto que há o instituto da *accessio possessionis*, o qual permite a união do tempo de posse entre antecessor e sucessor (PEREIRA, 2014, p. 124).

É indispensável que a posse seja contínua, mansa, pacífica e caracterizada pela intenção de agir como se proprietário fosse do imóvel objeto da usucapião, o que a doutrina chama de *animus domini*. No tocante ao tempo, esse dependerá da espécie pleiteada pelo usucapiente, sendo sempre necessário para consolidar a usucapião. O último requisito essencial para reconhecer a usucapião é que o bem possa ser apropriado, ou seja, esteja inserido nas práticas comerciais⁴⁷.

O ordenamento jurídico brasileiro divide a usucapião em ordinária, extraordinária, como defesa em Ação Reivindicatória, indígena, familiar, coletiva e especial (ou constitucional), haja vista sua previsão na Constituição Federal de 1988, sendo esta última subdividida, ainda, em rural (*pro labore*) e urbana (*pro misero*). Apesar de várias modalidades existentes da usucapião, não se faz necessária a análise pormenorizada para compreender o processamento pelo Poder Judiciário e pelas serventias judiciais, motivo pelo qual a investigação sob relatório irá se abster de analisar cada espécie. É importante notar, entretanto, que a usucapião é um direito material que se obtém com o preenchimento dos requisitos legais previstos no Código Civil de 2002 e na legislação extravagante, sendo a via processual necessária apenas para reconhecer a existência desse direito, ou seja, o provimento será meramente declaratório da propriedade por meio da prescrição aquisitiva.

Este conjunto de regras e princípios processuais, no tocante à esfera cível, foi concebido pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (BRASIL, 2015), a qual entrou em vigor no dia 18 de março de 2016, momento esse em que o Código de Processo Civil antecessor perdeu sua vigência (Lei nº 5.869/1973) e foi substituído por um instrumento que modificou diversos institutos até então consolidados na prática forense. Dentre as alterações e inovações do CPC/2015, ocorreu a

⁴⁷ É certo que os direitos de personalidade, bens gravados com cláusula de inalienabilidade, bens públicos, bens de incapazes ou proibidos por lei não poderão ser objeto da usucapião (GONÇALVES, 2018).

desjudicialização do reconhecimento⁴⁸ da usucapião de bem imóvel, direito material esse que era processado e reconhecido por uma ação de rito especial no Código anterior.

Para melhor aferir a necessidade de implementar a desjudicialização da usucapião de bem imóvel, faz-se imperioso verificar o tratamento dado às demandas judiciais que tratavam dessa matéria durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, tal qual verificar como é o processamento desse mesmo item desde o Código de 2015. Com base, então, nas modalidades de usucapião acima referidas, as usucapiões extrajudiciais e a judiciais não podem ser vistas como uma espécie, mas, tão somente, um meio de reconhecimento e declaração do direito material do *usucapiente*.

3.3.2 As espécies da usucapião de bem imóvel.

A usucapião é um direito material que remonta à época do Direito Romano da era justiniana (CICCO, 2009, p. 38), podendo ser o seu objeto um bem móvel ou imóvel, sendo esse o objeto deste experimento, visto que o CPC/2015 tratou de desjudicializar somente a aquisição de propriedade por meio da usucapião dos bens imóveis. O ordenamento jurídico brasileiro divide a usucapião em ordinária, extraordinária e especial, sendo essa subdivida, ainda, em rural (*pro labore*) e urbana (*pro misero*) e a especialíssima (comumente nominada de familiar), conforme conceitua a doutrina especializada (PEREIRA, 2014), sendo possível verificar, ainda, as espécies indígena e coletiva na legislação civil (GONÇALVES, 2018).

Para melhor compreensão do processamento do reconhecimento da usucapião de bem imóvel, mostra-se importante verificar, sinteticamente, as principais diferenças entre as espécies da usucapião de bem imóvel, para que não restem dúvidas sobre a diferença da usucapião extrajudicial relativamente às espécies de direito material.

Antes de analisar o ordenamento jurídico em espécie, torna-se indispensável verificar o conceito de função social da propriedade, dado que essa é

⁴⁸ Entende-se que houve desjudicialização do reconhecimento da usucapião, pois, a sentença proferida nos autos de uma ação de usucapião é meramente declaratória do direito material, considerando que a usucapião é alcançada com o transcorrer do tempo acrescido dos requisitos específicos de cada espécie.

fundamental para a existência do direito de aquisição de propriedade por usucapião. De acordo com Pietro Perlingieri, ao analisar o Direito italiano, ele entende que a propriedade é uma situação jurídica subjetiva complexa, em razão de ser composta por obrigações, ônus, vínculos, limites etc., e o revés em algum desses elementos submete a risco toda a situação (PERLINGIERI, 2002, p. 226). Por exemplo, são direitos inerentes à propriedade “usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha” (PEREIRA, 2014, p. 75) no entanto, a utilização desses direitos não é absoluta e, caso o proprietário exceda a sua utilização, tal ato poderá ocasionar a perda de propriedade.

Exemplo disso é a função social da propriedade, instituto esse que limita a ideia de direito absoluto que a propriedade tinha quando não se imaginavam os limites da propriedade. A função social da propriedade e o seu conteúdo “[...] assume[m] um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento.” (PERLINGIERI, 2002, p. 226). Portanto, de modo sintético, deve-se compreender que o proprietário que não exerce os seus direitos de propriedade (usar, gozar, dispor e reaver), tendo domínio sobre a coisa sem dar a devida função a ela, poderá perder a propriedade em alguns casos, dentre os quais, o exercício de posse com ânimo de dono por um usucapiente.

Desde o Código Civil de 1916, a pessoa que estava em posse de um bem e era considerada possuidora de má-fé passou a poder solicitar o reconhecimento da aquisição de propriedade por meio da usucapião. Então, o direito absoluto de propriedade passou a ser mitigado pela consideração de aplicar a função social do imóvel, ocasião em que o requisito temporal de posse, que inicialmente era de trinta, passou a ser de vinte anos com o advento da Lei nº 2.437/1955, sendo esse prazo posteriormente reduzido pelo Código Civil de 2002, que prevê a usucapião extraordinária no artigo 1.238:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo. (BRASIL, 2002)

Na espécie extraordinária da usucapião, além de ser um requisito dispensável a boa-fé do possuidor, não há necessidade de apresentação de nenhum título ou comprovação de possível vínculo com o direito de propriedade e, mesmo que exista um documento hábil para a transferência de propriedade, este servirá como documento com elevada força comprobatória, nada mais.

Acrescenta-se à usucapião extraordinária a característica elencada pelo parágrafo único do artigo 1.238 do Código Civil/02, o qual prevê a denominada posse-trabalho, sendo essa a hipótese de reduzir o tempo da aquisição de propriedade pela usucapião extraordinária para de quinze para dez anos quando o *usucapiante* estabelecer no imóvel a sua moradia habitual ou houver realizado obras ou serviços de caráter produtivo (PEREIRA, 2014, p. 124).

O Código Civil de 2002 prevê também outra espécie de usucapião quando o demandante tiver um justo título, ou seja, um documento capaz de comprovar eventual aquisição de propriedade, além da necessidade de existência de boa-fé do possuidor (PEREIRA, 2014, p. 127). Essa espécie de prescrição aquisitiva é caracterizada, em síntese, pelos requisitos essenciais do possuidor ser de boa-fé, tiver o justo título, devendo empregar o *animus domini* pelo período de, no mínimo, dez anos, conforme define o artigo 1.242 do diploma civil:

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

A usucapião ordinária também permite a possibilidade de redução do lapso temporal de dez para cinco anos, caso o *usucapiante* tenha adquirido o imóvel a título oneroso e, posteriormente, o registro houver sido cancelado, devendo o imóvel ter sido sua moradia habitual ou empregado investimentos de interesse social e econômico, nos termos do parágrafo único. Destaca-se que, para as espécies extraordinária e ordinária da usucapião, não há necessidade de o tempo de posse

ser exercido exclusivamente pelo *usucapiante*, podendo este resultar da soma da posse atual com a de antecessores e é previsto no artigo 1.243 do Código Civil, o qual afirma que “O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores (art. 1.207), contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e de boa-fé.” (BRASIL, 2002).

Além das espécies acima descritas, há previsão de outras modalidades de usucapião em outras normas jurídicas, como é o caso da usucapião especial urbana prevista no artigo 183 da Constituição Federal/88, bem como pelo artigo 9º da Lei 10.257 de 2001 – Estatuto da Cidade. Posteriormente, a usucapião especial urbana foi exprimida por meio do artigo 1240 do Código Civil de 2002, que estabelece:

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Conforme expressamente disposto, mostram-se como requisitos dessa modalidade a necessidade de o imóvel ter, no máximo, 250m² de extensão, não ser o *usucapiante* proprietário de outro imóvel em zona urbana ou rural, bem como a necessidade de o possuidor estar de boa-fé e empregar a posse com o *animus domini* por 5 (cinco) anos ininterruptamente sem oposição.

A restrição quanto ao tamanho do imóvel abrange o terreno e a área nele construída da qual o usucapiante tem a posse, devendo a delimitação da área ser expressamente manifestada no momento do requerimento da prescrição aquisitiva nessa modalidade. É importante salientar que a extensão do imóvel pode ter tamanho que excede o previsto para essa modalidade, no entanto, a posse do usucapiante não deve exceder os 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), sendo esse o entendimento doutrinário aqui adotado, pois “[...] nada obsta, todavia, que se adquira pela usucapião especial imóvel urbano inserido em área maior, delimitada a posse ao limite de duzentos e cinquenta metros quadrados.” (GONÇALVES, 2018).

Outra modalidade de usucapião especial é aquela de bem imóvel localizado em propriedade rural, a qual pode ser denominada de *pro labore* (MORAES, 2009). Essa modalidade de usucapião surgiu com o advento da Constituição Federal de 1934, sendo mantida no artigo 191 da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, foi tratada pelo Diploma Civil por meio do artigo 1.239:

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

São os requisitos dessa espécie de usucapião similares à especial urbana, visto que não se limita aos requisitos de posse com *animus domini* empregada ininterruptamente e sem oposição por cinco anos, devendo, ainda, o possuidor exercer trabalho produtivo no imóvel rural, ou seja, há necessidade de o *usucapiante* manter a ocupação produtiva do imóvel com extensão máxima de 50ha (cinquenta hectares). Referida modalidade dessa usucapião consubstancia-se no princípio ruralista de que o dono da terra deve ser aquele que a mantenha produtiva. Preleciona Carlos Roberto Gonçalves, ao tratar da prescrição aquisitiva especial rural:

A usucapião especial rural não se contenta com a simples posse. O seu objetivo é a fixação do homem no campo, exigindo ocupação produtiva do imóvel, devendo neste morar e trabalhar o usucapiante. Constitui a consagração do princípio ruralista de que deve ser dono da terra rural quem a tiver frutificado com o seu suor, tendo nela a sua moradia e a de sua família. Tais requisitos impedem que a pessoa jurídica requeira usucapião com base no dispositivo legal em apreço porque ela não tem família nem moradia. Tal modalidade não exige, todavia, justo título nem boa-fé. (2018, pág. 177)

O ordenamento jurídico trata, ainda, sobre a usucapião coletiva, a qual é prevista no artigo 10 do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) e elenca como seus requisitos a posse ininterrupta e sem oposição e com *animus domini* superior a cinco anos exercida em imóvel ocupado por pessoas de baixa renda, onde não é possível identificar os terrenos ocupados por parte de cada possuidor de modo exato e delimitado, acrescido ao fato de não poderem ser proprietários de outro imóvel em zona urbana ou rural. A usucapião coletiva foi estabelecida na Lei nº 10.257 de 2001, a qual prevê que

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

No momento de declaração da propriedade adquirida por meio da usucapião coletiva, deverá o magistrado (ou registrador, como expresso mais à frente) arbitrar igual fração do terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um possua, desde que não haja deliberação em contrário anterior entre os usucapiantes. O condomínio criado a partir da usucapião coletiva é indivisível, sendo possível que, pelo menos, dois terços dos proprietários realizem deliberação favorável à constituição de novo condomínio, no caso de posterior execução de urbanização.

Por fim⁴⁹, a espécie denominada de usucapião familiar ou usucapião especial por abandono de lar, sendo essa a mais recente modalidade de prescrição aquisitiva no ordenamento jurídico pátrio, veio disciplinada por meio da Lei 12.424 de 2011, a qual acrescentou o artigo 1.240-A ao Código Civil de 2002, estabelecendo que:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos, ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Essa espécie de usucapião cuida das situações em que um cônjuge ou companheiro abandona o lar conjugal sem manifestação acerca da partilha dos bens. O dispositivo, ao mencionar ex-companheiro ou ex-cônjuge, se refere à separação de

⁴⁹ A doutrina trata, ainda, da usucapião indígena no artigo 33 da Lei nº 6.001 de 1973, o qual afirma que “[...] o índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena.”; no entanto, não se faz necessário analisar essa espécie para esta pesquisa, pois a CF/88 trouxe a modalidade especial rural com prazo menor, a qual se mostra como uma espécies similar à usucapião indígena.

fato entre os possuidores, requisito este específico que caracteriza essa modalidade de prescrição aquisitiva, pois, caso haja disputa extrajudicial ou judicial relativa ao imóvel, não há de se falar em posse *ad usucapionem* daquele que permaneceu no imóvel.

Além da posse exercida pelo cônjuge ou companheiro que permaneceu no imóvel, acrescenta-se como requisitos a posse mansa, pacífica e sem oposição do imóvel com extensão não superior a 250m² por dois anos, além do *usucapiente* não poder ser proprietário de outro imóvel, seja em zona rural ou urbana.

A crítica direcionada à usucapião familiar vai no sentido de ressurgimento do elemento culpa em divórcio ou separação, característica essa abolida pela EC nº 66/2010, em sede da separação entre os cônjuges, tendo inclusive, Maria Berenice Dias, à época da publicação, chamado a nova legislação de um retrocesso, ao conceder, para um deles, a propriedade do imóvel em face daquele que ocasionou o fim da relação ao abandonar o lar:

De forma para lá de desarrazoada a lei ressuscita a identificação da causa do fim do relacionamento, que em boa hora foi sepultada pela Emenda Constitucional 66/2010 que, ao acabar com a separação fez desaparecer prazos e atribuição de culpas. A medida foi das mais salutares, pois evita que mágoas e ressentimentos – que sempre sobram quando o amor acaba – sejam trazidas para o Judiciário. Afinal, a ninguém interessa os motivos que ensejaram a ruptura do vínculo que nasceu para ser eterno e feneceu.

Mas o desastre provocado pela nova Lei tem outra dimensão.

Para atribuir a titularidade do domínio a quem tem a posse, sempre houve a necessidade de identificar sua natureza. Ou seja, para adquirir a propriedade o possuidor precisa provar *aminus domini*, isto é, que exerce a posse como se dono fosse.

No entanto, nesse novo usucapião, o que se perquire é a causa de um dos cônjuges ou companheiros ter se afastado da morada comum. Deste modo, se houve abandono do lar, o que lá permanece torna-se proprietário exclusivo. (DIAS, 2013).

É importante verificar, no entanto, que não basta o abandono do lar para configurar a prescrição aquisitiva familiar, sendo necessária que a posse do cônjuge possuidor seja pacífica, mansa, ininterrupta e sem oposição daquele que abandonou o lar, não importando se houve culpa ou não na dissolução do vínculo matrimonial ou da união estável. Além disso, mostra-se inconcebível que o cônjuge ou companheiro que permanece no lar não possa exercer os direitos de propriedade em decorrência

do abandono, possibilitando quase que uma penalidade *ad eternum* se a usucapião familiar não existisse.

A usucapião como defesa em ação reivindicatória é, por vezes, confundida como uma espécie de usucapião. Tal como a usucapião extrajudicial, no entanto, essa modalidade de reconhecimento nada mais é do que um desdobramento processual. A usucapião a partir da defesa de uma ação reivindicatória surge pela possibilidade de o *usucapiante* alegar a prescrição aquisitiva em sede de defesa na demanda judicial em que o autor reivindica a propriedade de que não tenha a posse, conforme estabelecido no artigo 1.228, § 4º do Código Civil de 2002:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
(...)

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores. (BRASIL, 2002)

Esta previsão define verdadeira modalidade de usucapião, devendo a alegação ser deduzida em ação reivindicatória, necessitando, porém, que a posse seja empregada para fins de moradia. Ocorre que, nessa modalidade de usucapião, o antigo proprietário não perderá a propriedade de modo gratuito, pois é essencial uma fixação de indenização ao proprietário despojado do imóvel a ser paga pelos *usucapiantes*.

É importante notar que a arguição da prescrição aquisitiva de propriedade em contestação prevista na Súmula nº 237 do STF poderá ser utilizada em ações possessórias ou reivindicatórias, sendo que nesta é possível utilizar a sentença como instrumento hábil para transferência de propriedade no Cartório de Registro de Imóveis, enquanto que, naquela, somente terá a finalidade de afastar a pretensão do autor da ação possessória em reivindicar a posse, já que nessa ação não é possível discutir a propriedade. No caso de reconhecimento de prescrição aquisitiva em ação possessória, entende-se que o *usucapiante* pode utilizar a sentença como

instrumento de reconhecimento de usucapião por meio de uma demanda específica que trate da propriedade.

Assim, as espécies ora descritas de aquisição de propriedade por meio da usucapião tratam do direito material, o quais deve ser reconhecido judicialmente por meio de uma sentença declaratória ou extrajudicialmente com o ato de registro do cartório de registro de imóveis, como será visto adiante. É importante notar, entretanto, que a usucapião extrajudicial não é uma nova modalidade de usucapião, mas, tão somente, um meio de reconhecimento das espécies aqui descritas.

3.3.3 O reconhecimento da usucapião de bem imóvel durante a vigência do CPC/1973: o procedimento comum revestido de especial

Durante a vigência do CPC/1973, as demandas judiciais que buscavam reconhecer o direito material de aquisição de propriedade por meio da usucapião eram tramitadas pelo rito especial, ou seja, eram organizadas de modo diferente das demais ações. As normas processuais especiais que tratavam das ações judiciais que versavam sobre a usucapião no CPC de 1973 (BRAISL, 1973a) compreendiam:

Art. 941. Compete a ação de usucapião ao possuidor para que se lhe declare, nos termos da lei, o domínio do imóvel ou a servidão predial.

Art. 942. O autor, expondo na petição inicial o fundamento do pedido e juntando planta do imóvel, requererá a citação daquele em cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo, bem como dos confinantes e, por edital, dos réus em lugar incerto e dos eventuais interessados, observado quanto ao prazo o disposto no inciso IV do art. 232.

Art. 943. Serão intimados por via postal, para que manifestem interesse na causa, os representantes da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios

Art. 944. Intervirá obrigatoriamente em todos os atos do processo o Ministério Público.

Art. 945. A sentença, que julgar procedente a ação, será transcrita, mediante mandado, no registro de imóveis, satisfeitas as obrigações fiscais.

Esses artigos que, sinteticamente, definiam que o legitimado ativo na propositura da ação de reconhecimento de usucapião de terras particulares era o possuidor do imóvel, reunia alguns documentos obrigatórios e a intervenção obrigatória do membro do Ministério Público em todos os atos, sendo esse um dos

motivos que tornavam o processamento da demanda lenta e burocrática, porque desnecessária essa intervenção em todos os atos procedimentais.

Apesar de ser nomeado como rito especial pela legislação processual anterior, as ações de usucapião diferenciavam-se das demandas de rito comum unicamente pelos documentos obrigatórios que deveriam ser trazidas a juízo e pela obrigatória intervenção do Ministério Público. Na prática, a ação de usucapião seguia basicamente os mesmos atos procedimentais das ações comuns, sendo acrescida a intervenção do *parquet*.

Ocorre que, ante as exigências do rito especial para processar o reconhecimento da usucapião de bem imóvel, a demanda judicial mostrava-se por demais instrumentalista e lenta se comparada ao rito comum ordinário das demais ações. Além disso, outro fator que levava as ações de usucapião se prologarem para alcançar o trânsito em julgado era o fato de que, quando intimados os interessados, confinantes ou o proprietário do imóvel, e esses permanecessem inertes, sua atitude era compreendida como não concordância ao pedido do *usucapiente*.

Com suporte na realidade por demais instrumentalista e burocrática do seu antecessor, o Código de Processo Civil de 2015 alterou o processamento de todas as demandas judiciais⁵⁰, tornando-as mais céleres e promovendo a solução do conflito por meios alternativos ao, obrigatoriamente⁵¹, utilizar uma audiência conciliatória ou mediadora logo no início do processo. A inércia dos interessados sendo compreendida como discordância, é uma das características que foi adotada pelo CPC/2015 ao regulamentar a usucapião extrajudicial, no entanto, tal medida foi alterada posteriormente pelo legislador.

3.3.4 O reconhecimento da usucapião de bem imóvel desde a vigência do CPC/2015: entre a desjudicialização e o rito comum.

Em razão da necessidade de administrar o conflito com a finalidade de melhor proferir o provimento buscado pelas partes, os legisladores optaram por

⁵⁰ Não é o objetivo desta investigação verificar a alteração ou o impacto das mudanças do CPC/2015 na tramitação das ações judiciais. Basta expressar, para melhor compreensão do contexto em que se encontra a desjudicialização da usucapião, que o Código Processual em vigência buscou otimizar e minimizar as burocracias técnicas da lei anterior.

⁵¹ A audiência será de conciliação ou mediação, a depender do tipo do conflito, e só será dispensada na hipótese de expressa manifestação de ambas as partes pela sua não realização, conforme preleciona o texto do artigo 334, § 4º, I do CPC/2015.

desjudicializar as demandas judiciais que visam reconhecer o direito material de reconhecimento de propriedade por meio da usucapião. Tal escolha do legislador poderia ser interpretada no sentido de que essa demanda passará a tramitar pelo procedimento comum, especialmente pela menção nos artigos 246, §3º e 259, I do CPC/2015.

A interpretação de que a ação de usucapião passou, imediatamente, a tramitar pelo rito comum deve ser tomada com cautela, visto que o CPC/2015 acrescentou o artigo 216-A à Lei de Registros Públicos (BRASIL, 1973b):

Art. 1.071. O Capítulo III do Título V da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 216-A:

“Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

(...)

Assim, o disposto no artigo 1.071 desjudicializou a ação judicial que visa a reconhecer a usucapião de bem imóvel, não sendo a “usucapião extrajudicial” uma nova espécie de prescrição aquisitiva, mas de apenas uma nova modalidade de “procedimentalização” para o registro da usucapião com a finalidade de se reconhecer e oficializar o domínio sobre áreas de terra, tanto urbanas quanto as rurais, devendo o pedido ser direcionado ao Ofício de Registro de Imóveis da situação do imóvel.

Na hipótese de o usucapiente exercer posse sobre um imóvel, comprovada mediante justo título ou de outro documento hábil que evidencie a sua origem, a duração, continuidade, qualidade de sua procedência, durante qualquer período, com determinação específica da origem, e não surgindo eventual impugnação ao pedido pela pessoa em cujo nome está a matrícula, pelos confrontantes e órgãos públicos, o titular do cartório deverá reconhecer o pedido de registro da usucapião, o qual deverá ser elaborado nos mesmos moldes de uma petição inicial e começará a elaboração da matrícula do imóvel com a devida averbação junto à matrícula de origem.

Mesmo em se tratando de uma solução administrativa que declare a prescrição aquisitiva, nota-se que todos os atos processuais serão realizados à luz dos procedimentos nos casos de jurisdição estatal, apesar de não ser um processo judicial propriamente dito, pois, como nas demandas judiciais que envolvessem matéria de usucapião durante a vigência do CPC/1973, continuará sendo necessária a intimação do poder público para manifestar interesse em impugnar o pedido, a intimação de terceiros por meio de edital, a fim de prevenir que outros possam se manifestar acerca do pedido de usucapião, tal como submeterá o pedido à possibilidade de ser impugnado pelos confinantes ou pelo titular do registro do imóvel *usucapiendo*:

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

§ 1º O pedido será autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido.

§ 2º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes, o titular será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar consentimento expresso em quinze dias, interpretado o silêncio como concordância.

§ 3º O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido.

(...)

É importante registrar a ideia de que a redação do § 2º do artigo 216-A da Lei de Registros Públicos foi alterada pela Lei nº 13.465/2017 (BRASIL, 2017b), visto que, antes dessa lei, o silêncio dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel era interpretado como discordância do pedido de reconhecimento da usucapião e os autos extrajudiciais eram remetidos à análise do Poder Judiciário. Alterar a interpretação do silêncio do interessado para concordância, em vez da discordância, ao pedido do *usucapiante* possui fortes desdobramentos práticos, porquanto, na prática, o eventual proprietário ou interessado que possui registro na matrícula e permite uma situação de posse com

animus domini prolongada, em tese, permanecia silente quando do pleito de reconhecimento da usucapião.

Quando da desjudicialização da ação de usucapião, o legislador não previu que, por efeitos práticos, muitas demandas cartorárias poder-se-iam tornar judicializadas pela simples inércia de um interessado, o que tornaria, pragmaticamente, ineficiente a decisão legislativa de desjudicializar esse tipo de processo. As alterações trazidas pela Lei nº 13.465/2017 para a Lei de Registros Públicos visaram reparar a desjudicialização realizada de modo incorreto, o que, se não for sentido e corrigido pelo Poder Legislativo, pode tornar ineficiente esse instituto, como será visto no capítulo seguinte.

O diploma processual de 2015 prevê, ainda, a incumbência do oficial de registro de imóveis publicar, em jornal de grande circulação, o pedido administrativo da usucapião. Além disso, goza da prerrogativa de realizar ou solicitar diligências para a elucidação de fatos em que pairam dúvidas acerca da situação do pedido administrativo:

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

(...)

§ 4º O oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias.

§ 5º Para a elucidação de qualquer ponto de dúvida, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis.

§ 6º Transcorrido o prazo de que trata o § 4º deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5º deste artigo e achando-se em ordem a documentação, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso.

§ 7º Em qualquer caso, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida, nos termos desta Lei.

Portanto, caso não haja qualquer oposição, restará reconhecida a titularidade do usucapiente, mas, se houver impugnação, o titular do cartório de registro de imóveis remeterá o expediente ao juízo competente da situação do imóvel, onde deverá ser convalidado em demanda judicial que se submeterá ao

procedimento comum, conforme preveem os últimos parágrafos que versam acerca da usucapião extrajudicial:

§ 8º Ao final das diligências, se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido.

§ 9º A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião.

§ 10º Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum.

(...)⁵²

Apesar de não expressamente prevista, acredita-se ser indispensável a intimação por edital dos demais interessados, haja vista que o inciso I do artigo 259 do CPC/2015 trata da necessidade de citação, por edital, nas ações de usucapião. Assim, se ocorrer a citação pessoal daquele que tiver registrado como proprietário e dos confinantes, a publicação por edital se materializará com a citação dos demais interessados, senão desnecessária seria a previsão desse artigo.

Não há entendimento firmado acerca do prazo da manifestação dos entes públicos, pois a previsão expressa do §3º do artigo 1.071 trata acerca da usucapião extrajudicial, sendo, mais uma vez, omissa como a usucapião judicial, situação essa em que poderia ser utilizada a regra geral do artigo 218:

Art. 218. Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei.

§ 1º Quando a lei for omissa, o juiz determinará os prazos em consideração à complexidade do ato.

§ 2º Quando a lei ou o juiz não determinar prazo, as intimações somente obrigarão a comparecimento após decorridas 48 (quarenta e oito) horas.

Decerto, não houve elevada alteração sobre a “procedimentalização” das demandas de usucapião, haja vista que poderá ocorrer a intervenção do Ministério

⁵² A lei 13.465/2017 (BRASIL, 2017) acrescentou cinco parágrafos para tratar de outros assuntos concernentes ao processamento da usucapião em serventias extrajudiciais, no entanto, basta a análise dos dez parágrafos originais para se compreender a “procedimentalização” do reconhecimento desse direito material pela via extrajudicial.

Público em caso de relevante interesse social, conforme preceitua o inciso I do artigo 178 do CPC/2015. Percebe-se que, para a tramitação perante o cartório, não poderão existir quaisquer oposições, impondo-se necessária a concordância expressa de quem revele direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel objeto da usucapião e na matrícula dos imóveis confinantes.

Com base nessas inovações, a desjudicialização da usucapião pode, de certo modo, ser interpretada como solução simples e imediata que não necessita de uma intervenção do Estado, visto que a escolha por desjudicializar só será necessária na hipótese de controvérsia entre as partes interessadas ou um terceiro, razão pela qual não há de se falar em ausência de jurisdição, mas um acesso célere ao provimento que seria emitido pelo Poder Judiciário.

Cumpra analisar recente decisão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Resp nº 1.361.226 pela Terceira Turma, a qual firmou entendimento no sentido de ser possível o preenchimento do requisito temporal da usucapião ser completado no decorrer do processo judicial (STJ, 2018, *online*). De acordo com o acórdão, a contestação ao pleito do usucapiente não tem capacidade de exprimir a resistência do demandado à posse do *usucapiente*, mas, tão somente, uma mera oposição à aquisição de propriedade por meio da usucapião⁵³.

Com apoio nessa decisão, resta certo afirmar que os requisitos para o reconhecimento da usucapião podem ser adquiridos e concluídos no curso do processo, seja judicial ou extrajudicial, posto que esses têm o condão meramente de declarar a aquisição de propriedade. Assim, compreende-se que todas as características que inovam os processos judiciais com matéria de usucapião devem ser aplicadas, com o mesmo peso, aos processos extrajudiciais, dado que esses são apenas um meio de realização do direito material.

Por meio de uma leitura sofisticada da desjudicialização do processamento de reconhecimento da usucapião em cotejo com a ideia de acesso à justiça proposta por Mancuso (2011), é possível afirmar que o primeiro método do sistema multiportas a ser buscado pelo possuidor do imóvel deve ser a serventia extrajudicial. Assim, caberá recorrer ao Poder Judiciário somente nas hipóteses em

⁵³ O entendimento da terceira turma do STJ é passível de severas críticas, dado que pode gerar insegurança jurídica na hipótese de conceder a propriedade a um invasor que ingressar com ação de usucapião, somada à inércia do proprietário em ingressar com demanda possessória; no entanto, como não é o objetivo da pesquisa analisar o direito de propriedade, posse ou segurança jurídica, opta-se por se abster da análise desse debate, deixando a ressalva ao entendimento do STJ.

que houver ausência dos requisitos previstos no artigo 216-A da Lei de Registros Públicos ou quando existir litígio entre o usucapiente e algum eventual interessado.

Desse modo, é possível constatar, por meio de uma análise teórica, que a desjudicialização do processamento de reconhecimento da usucapião de bem imóvel pode proporcionar a efetividade da garantia fundamental de acesso à justiça, aplicando-se um processo enquadrado no modelo constitucional proposto por Baracho (2008), bem como alcança os escopos processuais da teoria de Dinamarco (2013), especialmente se for verificado que há uma redução na quantidade de demandas judiciais. A análise unicamente teórica e dogmática da desjudicialização não permite afirmar se o acesso à justiça será efetivado ou ampliado com essa medida, independentemente da perspectiva teórica processual analisada. Para tanto, é imperioso realizar uma verificação por meio de dados empíricos para constatar o alcance da proposta legislativa.

3.4 Em ultrapasse à teoria: A pesquisa empírica realizada nos cartórios de registro de imóveis sobre a usucapião administrativa

Com o objetivo de qualificar esta pesquisa acadêmica, realizou-se, além da busca bibliográfica abordada durante toda a dissertação, uma verificação empírica por meio da obtenção de dados quantitativos e qualitativos sobre a utilização da via administrativa (extrajudicial) para a realização de reconhecimento da usucapião prevista no 1.071 do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015). Para tanto, foram obtidos dados dos cartórios de registro de imóveis das comarcas da Região Metropolitana de Fortaleza e distritos próximos (APÊNDICE A).

A procura de campo mostrou-se necessária para fazer o cotejo da teoria dogmática com os dados da prática jurídica, porquanto os indicativos de utilização da via extrajudicial são o melhor método para verificar se a desjudicialização da usucapião promoveu, de fato, a efetividade do acesso à justiça. A união da pesquisa empírica agregada à pesquisa bibliográfica foi um método utilizado para evitar problemas comuns na produção argumentativa da tradicional pesquisa acadêmica realizada no Direito (MONEBHURRUN, 2017), uma vez que essa, ao se ater fortemente ao dogmatismo, prescreve inicialmente o dever ser (caráter deontológico)

para, posteriormente, analisar o ser (ontológico) das relações sociais (CUNHA; SILVA, 2013).

Considerando que o Código de Processo Civil de 2015 entrou em vigor no dia 18 de março de 2016, os dados quantitativos foram obtidos dessa data até o dia 18 de setembro de 2018, totalizando um período de dois anos e seis meses de levantamento dos dados nos cartórios de registro de imóveis. A pesquisa empírica foi produto da explicação conceitual da desjudicialização para, em pós, se realizar uma análise teórica e prática da aplicação desse instituto no Brasil, visto que a necessidade desse método se mostra capaz de promover a abordagem descritiva da pesquisa jurídica.

As perguntas feitas aos cartórios de registro de imóvel foram realizadas após uma abordagem inicial, demonstrando os objetivos desta investigação, sendo todos os dados fornecidos em nome do respectivo cartório por meio do funcionário responsável pelos processos desse tema. Após a explanação dos objetivos traçados, foi apresentado um Termo de Livre Consentimento Esclarecido, o qual afirma, dentre outras coisas relacionadas à essa pesquisa, que os dados do respondente serão mantidos em completo sigilo e que as respostas só poderiam ser utilizadas para a elaboração da argumentação aqui construída.

Posteriormente, a Associação dos Notários e Registradores do Ceará, por meio de ofício-circular, submeteu a pesquisa e o Termo de Livre Consentimento Esclarecido a todos os cartórios de registro de imóveis do Estado do Ceará e, até a finalização deste texto, foi possível obter dados de 71 cartórios de municípios do Estado do Ceará, os quais se prontificaram a participar da pesquisa (APÊNDICE B). A escolha dos municípios para a realização da pesquisa empírica foi feita levando em consideração a diversidade populacional e posicionamento no mapa do Estado do Ceará, buscando, assim, a utilização de uma amostragem diversificada.

Os respondentes foram submetidos às seguintes perguntas: 1. Quantas solicitações envolvendo matéria de usucapião foram processadas desde 18 de março de 2016; 2. Quantos processos envolvendo matéria de usucapião foram concluídos desde 18 de março de 2016?; 3. Quantos processos envolvendo matéria de usucapião foram deferidos desde 18 de março de 2016?; 4. Qual o prazo de conclusão de processos envolvendo reconhecimento de usucapião?; 5. Quantos processos envolvendo matéria de usucapião foram indeferidos e remetidos à Justiça

Comum desde 18 de março de 2016?; 6. Quais os principais motivos de indeferimento de reconhecimento da usucapião?; 7. O Cartório possui algum tipo de isenção de custas para a pessoa que se declara hipossuficiente? Em caso positivo, como funciona a concessão da gratuidade?; e 8. Qual o custo médio do reconhecimento de usucapião pelo cartório?

Os questionamentos direcionados aos cartórios de registro de imóvel mostram-se essenciais para a verificação da adequada implementação da usucapião administrativa no sistema jurídico e a confirmação (ou negação) de que esse instrumento, efetivamente, promove o acesso à justiça. As perguntas elaboradas possuíam dois objetivos, sendo inicialmente importante verificar se houve uma elevada procura pela via extrajudicial para registrar a usucapião e, em seguida, testar uma eventual hipótese suscitada no início da presente investigação, qual seja, a possibilidade de existência de elevadas custas cartoriais.

Partindo desses objetivos, as seis primeiras perguntas foram realizadas com o intuito de analisar se a transferência de competência para processar e proferir o provimento que reconhece o direito material de propriedade com suporte na usucapião logrou êxito a partir da visão instrumentalista do processo, ou seja, buscou-se investigar se há, de fato, procura pelas serventias extrajudiciais para lidar com essa demanda. As perguntas sete e oito, assentadas na hipótese de que a busca pelos cartórios poderia encontrar determinada resistência por conta das taxas e emolumentos, foram realizadas no sentido de identificar o conhecimento e aplicabilidade da gratuidade dos custos para o processamento da usucapião.

Com fulcro na Resolução nº 510 do Conselho Nacional de Saúde (BRASIL, 2016), a qual dispõe sobre pesquisas realizadas em Ciências Humanas e Sociais cujos dados tenham sido obtidos diretamente com participantes ou de informações identificáveis, opta-se por tornar confidenciais os nomes dos respondentes dos cartórios de registro de imóveis que forneceram os dados acima solicitados.

As respostas foram fornecidas em titularidade do cartório, ou seja, por meio da pessoa jurídica, a qual foi representada por um integrante cientificado por meio do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (APÊNDICE A), o qual não pode ser identificado sequer virtualmente, pois não há nenhum instrumento para tanto. Diante disso, não se mostrou necessária a tramitação da pesquisa empírica

pelo comitê de ética, estando a coleta de dados em conformidade com a Resolução nº 510 do Conselho Nacional de Saúde.

De acordo com as respostas obtidas, é possível constatar que não houve procura ou, quando houve, a quantidade de demandas recebidas e processadas é mínima, conforme tabela a seguir:

Município	Demandas processadas	Demandas concluídas	Demandas deferidas	Demandas indeferidas	Há gratuidade? ⁵⁴
2º Mombaça	0	0	0	0	NÃO
1º Croatá	0	0	0	0	NÃO
2º Jaguaribe	0	0	0	0	NÃO
Salitre	0	0	0	0	SIM
Frecheinha	0	0	0	0	NÃO
Groaíras	0	0	0	0	NÃO
Urucá	0	0	0	0	NÃO
3º Camocim	0	0	0	0	NÃO
6º Sobral	0	0	0	0	NÃO
2º Baixio	0	0	0	0	NÃO
Jijoca de Jericoacoara	0	0	0	0	NÃO
1º Maracanaú	0	0	0	0	NÃO
Milagres	0	0	0	0	NÃO
2º Ipuerbas	1	0	0	0	NÃO
1º Sobral	1	0	0	0	NÃO
3º Acoiara	1	1	1	0	NÃO
2º São Gonçalo do Amarante	1	1	1	0	NÃO
3º Itaipoca	1	1	1	0	NÃO
1º Guaiúba	1	1	1	0	NÃO
2º Icó	1	1	1	0	NÃO
Potirema	1	1	1	0	NÃO
1º Alto Santo	1	1	1	0	NÃO
3º Mauriti	2	2	2	0	NÃO
Penaforte	2	0	0	0	NÃO
2º Granja	2	0	0	1	NÃO
2º Marco	2	2	2	0	NÃO
Tururu	2	1	1	0	NÃO
Dep. Irapuan Pinheiro	2	0	0	0	NÃO
3º Brejo Santo	2	2	2	0	NÃO
Chorozinho	2	0	0	0	NÃO

⁵⁴ No que pese as respostas sobre a concessão de gratuidade para o processamento da usucapião extrajudicial, cumpre salientar que alguns cartórios responderam que seguem a legislação vigente, o que deve ser interpretado como não existência de gratuidade, conforme será tratado detalhadamente no capítulo seguinte.

ARATUBA	2	0	0	0	NÃO
GUARAMIRANGA	2	1	1	0	NÃO
2º SANTANA DO CARIRI	2	2	2	0	NÃO
OCARA	3	0	0	0	NÃO
2º DE JUCAS	3	1	1	0	NÃO
2º CRATEÚS	3	1	0	0	NÃO
2º ACOPIARA	3	1	1	0	NÃO
CARNAUBAL	3	1	1	0	NÃO
2º MUCAMBO	3	3	3	0	NÃO
1º FORTALEZA	3	0	0	0	NÃO
2º PALMÁCIA	4	0	0	0	NÃO
2º NOVO ORIENTE	4	4	3	1	NÃO
CAUCAIA	4	0	0	0	NÃO
1º IPUEIRAS	5	1	1	0	NÃO
2º MORADA NOVA	5	4	4	0	NÃO
ITAREMA	5	1	0	1	NÃO
2º JARDIM	5	5	3	2	NÃO
MERUOCA	5	5	5	0	NÃO
2º BARRO	5	5	5	0	NÃO
2º SANTANA DO ACARAÚ	5	5	5	0	NÃO
AMONTADA	5	0	0	0	NÃO
1º SÃO BENEDITO	6	5	5	0	NÃO
3º JUAZEIRO DO NORTE	6	1	1	0	NÃO
ERERÊ	7	7	7	0	NÃO
2º CRATO	7	2	2	0	NÃO
ARACOIABA	7	4	3	1	NÃO
2º UBAJARA	7	6	6	0	NÃO
PENTECOSTE	8	1	1	0	NÃO
3º ARACATI	8	1	0	1	NÃO
2º CEDRO	10	10	10	0	NÃO
POTENGI	10	10	10	0	NÃO
2º MULUNGU	10	10	10	0	NÃO
2º TABULEIRO DO NORTE	10	7	7	0	NÃO
2º MISSÃO VELHA	12	12	12	0	NÃO
2º IRACEMA	12	11	11	0	NÃO
2º PARAIPABA	12	10	8	2	NÃO
2º SOLONÓPOLE	13	12	12	0	NÃO
BANABUIÚ	14	9	9	0	NÃO
VARJOTA	16	12	12	0	NÃO
2º HORIZONTE	26	7	7	0	NÃO
3º CANINDÉ	60	41	0	0	NÃO
TOTAL	365	232	182	9	

Tabela 1: Dados sobre a tramitação da usucapião extrajudicial em 71 cartórios de registro de imóveis do Estado do Ceará.

A partir da tabela acima, é possível obter o gráfico 2, que demonstra a quantidade de processos extrajudiciais iniciados em um cartório de registro de imóveis. Em regra, há baixa quantidade de procura da via extrajudicial para o reconhecimento da prescrição aquisitiva, dado que há uma média cinco processos extrajudiciais durante dois anos e seis meses de vigência do CPC/2015.

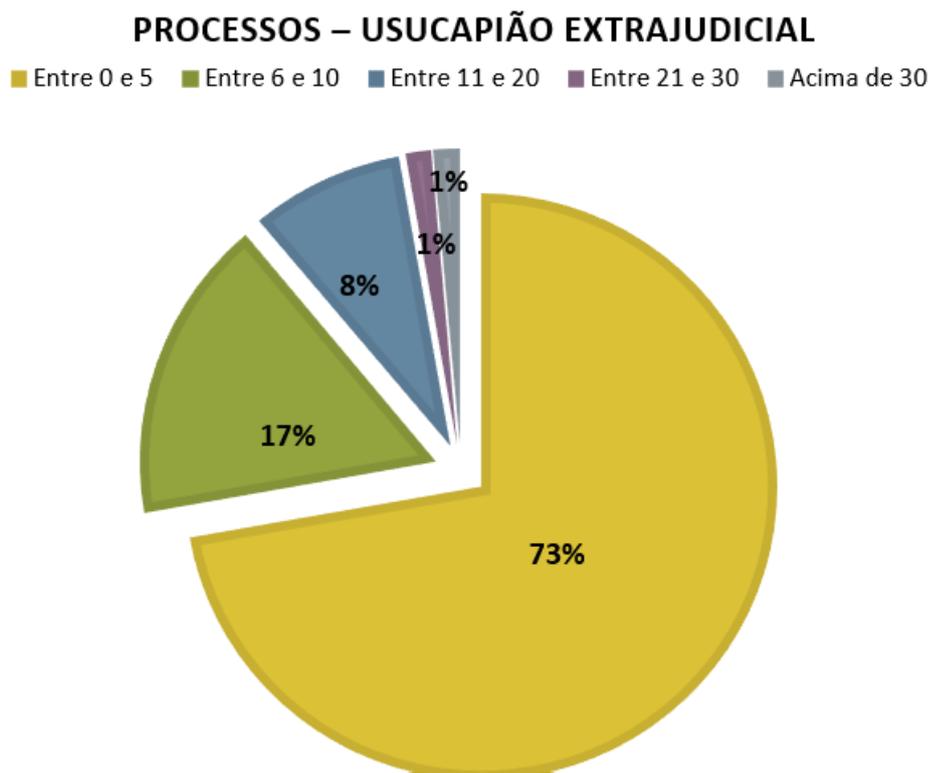


Gráfico 2: Quantidade média de demandas sobre usucapião que tramitam em Cartórios de Registro de Imóveis nos municípios do Estado do Ceará.

De acordo com o gráfico acima, é possível verificar que 90% dos cartórios de registro de imóveis possuíram entre 0 e 10 processos de usucapião em tramitação durante o período de 30 meses de vigência do CPC/2015, havendo, pelo menos, 14 municípios do Estado do Ceará em que não houve tramitação de pedido da usucapião extrajudicial. Assim, os municípios de Varjota e Canindé, os quais tiveram, respectivamente, 16 e 60 processamentos de usucapião extrajudicial se mostram como um desvio-padrão, pois não retrata a realidade em comum dos outros municípios, no entanto, após a obtenção dos dados acima, se mostra necessária

uma análise qualitativa para constatar o motivo desse desvio⁵⁵. Além da quantidade média acima demonstrada, é possível melhor verificar a quantidade dos pleitos de usucapião extrajudicial por meio do gráfico 3:

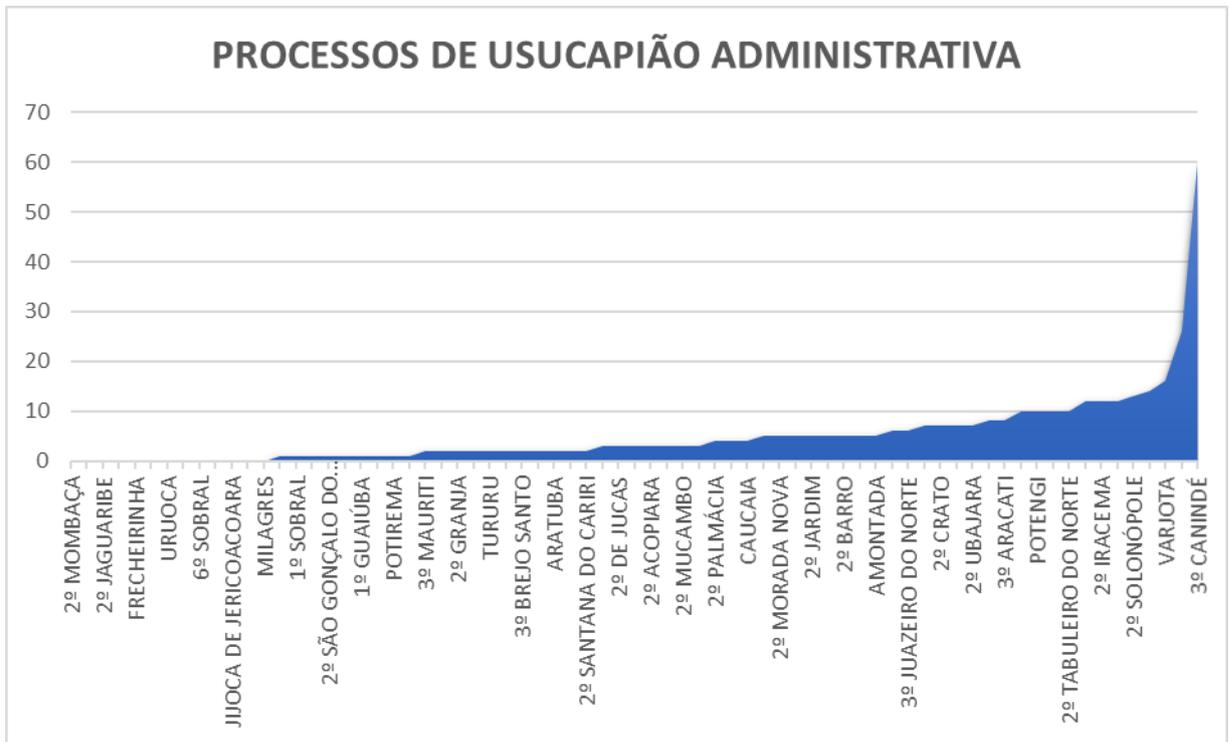


Gráfico 3: Quantidade de demandas sobre usucapião que tramitam em Cartórios de Registro de Imóveis nos municípios do Estado do Ceará.

Além da quantidade de processamento das demandas nos cartórios de registro de imóveis, verifica-se o tempo de tramitação médio das demandas judiciais, sendo possível aferir que o processamento extrajudicial é quase dez vezes mais célere que o processamento das demandas judiciais até a conclusão da fase de conhecimento e julgamento por meio de sentença⁵⁶, conforme a série histórica do tempo médio de duração dos processos elaborada pelo CNJ (BRASIL, 2018b):

⁵⁵ Para uma análise mais aprofundada dos dados de Canindé, Varjota e Horizonte, os quais se mostraram muito diferentes da média, faz-se necessária uma análise qualitativa de cada município, o que não se pretende realizar nesta pesquisa. Registra-se que o elevado número de processamentos de usucapião extrajudicial pode ser resultado de diversos motivos, como a cultura social das partes de cada município ou até mesmo da formação dos advogados atuantes, portanto, opta-se por analisar apenas os dados quantitativos desses cartórios.

⁵⁶ O tempo médio no âmbito da Justiça estadual aumenta para dois anos e sete meses, conforme os mesmos dados do CNJ.

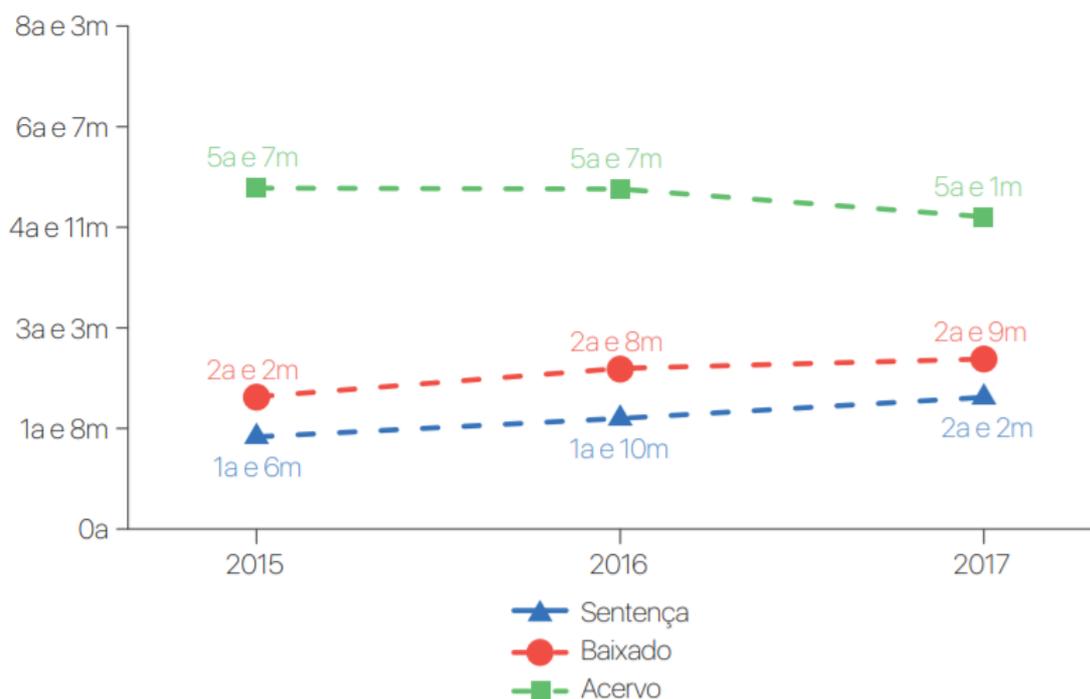


Gráfico 4: Fonte: CNJ – Justiça em Números 2018

Por fim, é possível apurar, ainda, que, de 71 cartórios de registro de imóveis, apenas o cartório do município de Salitre informou que concede a gratuidade do processamento da usucapião extrajudicial por meio de requerimento da parte. Diferentemente ocorre com os outros 70 cartórios, os quais não aplicam nenhum tipo de isenção às taxas e emolumentos cartoriais para hipossuficientes, mesmo sendo essa uma previsão do artigo 98, IX do CPC/2015, bem como um elemento essencial para a efetivação do acesso à justiça por meios que não sejam o Poder Judiciário.

De acordo com as respostas fornecidas sobre a gratuidade, o cartório município de Caucaia informou que aguarda orientações do TJCE para a concessão, enquanto o cartório de Fortaleza informou que a gratuidade ocorre conforme legislação vigente e com a devida comprovação⁵⁷, enquanto o cartório de Novo Oriente afirmou que a gratuidade é concedida de acordo com os programas sociais do governo (APÊNDICE).

É necessário afirmar, antecipadamente, que a gratuidade na assistência judiciária à pessoa hipossuficiente e, conseqüentemente, a efetivação do acesso, é

⁵⁷ De acordo com o CPC/2015, a comprovação de hipossuficiência deve ser feita mediante mera declaração, conforme § 3º do artigo 99 (BRASIL, 2015).

um direito fundamental que deve ser aplicado imediatamente, não devendo ser objeto de posterior regulamentação, inclusive no tocante às relações privadas (SARMENTO, 2010). Os cartórios de registro de imóveis negam-se à conceder a isenção das taxas e emolumentos ou limitam-se a afirmar que seguem as normas legais e administrativas, o que não deixa de ser verdade. A questão da gratuidade e da regulamentação foi mais bem explicada pelo cartório de Maracanaú, o qual afirmou, em sua resposta, que

Os Cartórios são remunerados pelos serviços que prestam, através (sic) da remuneração pelo usuário do serviço. Diferentemente do Registro Civil, os tabelionados e registradores de imóveis não recebem subsídios ou valores do poder público com a finalidade de absorverem a gratuidade. (APÊNDICE A).

Portanto, é possível atribuir a ausência de concessão da gratuidade e, conseqüentemente, o descumprimento de uma garantia fundamental necessária à efetivação plena do acesso à justiça aos Estados que não regulamentam a gratuidade da usucapião administrativa. É importante ressaltar que, apesar de a gratuidade ser concedida no âmbito da jurisdição estatal, o conceito de acesso à justiça utilizado neste trabalho é no sentido amplo, ou seja, abrangendo os métodos equivalentes da gestão da conflitos e as hipótese de desjudicialização, sendo imperioso que todos os mecanismos que se proponham efetivar o acesso à justiça possuam todos os elementos processuais necessários para possibilitar o processamento das demandas. Se a gratuidade for, portanto, concedida somente pelo Poder Judiciário em uma demanda judicial, o pleno funcionamento dos demais mecanismos de efetivação do acesso à justiça não seria possível e, conseqüentemente, essa garantia fundamental só será realizável na esfera estatal.

Por fim, cumpre ressaltar que o custo médio do processamento de uma usucapião extrajudicial dependerá do valor do imóvel e dos provimentos do TJ/CE, conforme informado pela maioria dos cartórios. Consoante relatado pelo cartório de Novo Oriente, todavia, o custo médio de tramitação no CRI é de R\$ 2.300,00 (dois mil e trezentos reais), enquanto o cartório de Maracanaú informou que o valor médio é de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), dado que esse considerou no valor o custo gasto com a ata notarial para fins de usucapião.

4 A (IN) EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA COM BASE NA DESJUDICIALIZAÇÃO

O emprego da desjudicialização com o intuito de alcançar a efetividade do acesso à justiça depende, como visto até aqui, do conceito de acesso à justiça utilizado pela pesquisa e, principalmente, pela teoria processual adotada. A depender, pois, da compreensão de processo, os desdobramentos práticos podem surgir de maneiras bastantes diversas.

É bem verdade, e isso não se pode negar, que o modelo constitucional de processo (BARACHO, 2004) se mostra o mais adequado, malgrado a sua aplicabilidade prática cotejada com a finalidade de promover as garantias fundamentais. Ademais, o conceito de processo do modelo instrumental é satisfatório no que tange à utilização prática, mas é omissivo ou não preza, com a máxima relevância, sobre os direitos constitucionalmente previstos.

Portanto, pode-se compreender o alcance de efetivação do acesso à justiça com esteio em dois marcos teóricos processuais: i) o modelo constitucional de processo, para o qual a efetivação ocorrerá por qualquer meio da gestão de demandas que faça o pleito ser processado ao modo de operar em conformidade com todas as garantias e preceitos fundamentais previstos na Constituição; e, ii) o modelo instrumental de processo, o qual alcançará a efetivação do acesso à justiça, escolhendo o meio mais célere de conclusão do alcance ao direito material das partes.

Esta seção objetiva, sem a pretensão de pôr fim ao debate acadêmico, analisar eventuais causas de inefetividade da desjudicialização da usucapião de bem imóvel, bem como verificar outros exemplos em que a utilização desse instituto foi útil em promover o acesso à justiça. Pretende-se compreender, ainda, se a desjudicialização busca somente a efetivação do acesso à justiça ou, de modo diverso, se há o alcance de outras garantias fundamentais pela aplicação desse instituto.

4.1 Possíveis obstáculos que promovem a inefetividade do acesso à justiça com suporte na desjudicialização da usucapião de bens imóveis

Como já mencionado, confirmar se há, de fato, efetivação da garantia fundamental de acesso à justiça por meio da desjudicialização dependerá da teoria processual adotada. Independentemente da teoria perfilhada, entretanto, elementos comuns aos modelos constitucional e instrumentalista de processo existem, como, a utilização o processo de maneira e autônoma ao direito material.

Essa subseção limitar-se-á em analisar a efetividade da desjudicialização tendo como base dois parâmetros: primeiro, a constatação de uso adequado da elaboração do texto normativo para implementação prática do processamento administrativo, e, em um segundo momento, será analisada se a aplicabilidade da gratuidade e de demais normas legais que necessitam de regulamentação posterior ocorre no âmbito regional.

4.1.1 Verificação prévia do ato legislativo: análise da aplicabilidade prática do texto normativo

O texto original do Código de Processo Civil de 2015, ao prever a transferência da competência primária e exclusiva das ações de usucapião, acrescentou à Lei de Registros Públicos o artigo 216-A, o qual foi elaborado pelo legislador do Diploma Processual da seguinte forma:

Art. 1.071. O Capítulo III do Título V da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 216-A:

“Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

(...)

§ 2º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, interpretado o seu silêncio como discordância.

(...)

Verifica-se, com a leitura do texto legal, que a inércia do titular registrado na matrícula do imóvel era compreendida como discordância ao pedido

administrativo da usucapião, sendo esse remetido automaticamente ao Poder Judiciário para ser processado pelo rito comum do processo de conhecimento. Ocorre que muitos imóveis no Brasil são localizados em zonas rurais, os quais, se acredita, possuem poucos ou incorretos registros, portanto, para essa maioria territorial, os pleitos extrajudiciais de declaração da usucapião não tinham efetividade prática, porquanto a maioria dos confinantes, titulares de direitos reais e interessados não eram localizados para se manifestarem nos autos do processo administrativo.

Após a verificação disso, acredita-se que a desjudicialização aplicada do modo como o CPC/2015 previu não tinha utilização prática, em razão de os processamentos pelos cartórios de registros de imóveis serem convertidos em demandas judicializadas. Foi tanto que, em 11 de julho de 2017, pouco mais de um ano após a entrada em vigor do CPC/2015, a Lei nº 13.465 alterou a redação de alguns artigos da Lei de Registro de Imóveis, dentre eles a própria desjudicialização da usucapião:

§ 2º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes, o titular será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar consentimento expresso em quinze dias, interpretado o silêncio como concordância. (BRASIL, 2017)

A Lei nº 13.465/2017 acrescentou cinco parágrafos para tratar de outras características do procedimento administrativo da usucapião, além de ter alterado a redação do parágrafo supracolacionado, o qual passou a compreender que a inércia do titular deveria ser entendida como concordância ao pleito do usucapiente. Com base nessa alteração, ocorreram importantíssimas consequências de efeitos práticos, pois o cartório de registro de imóveis deve conceder a propriedade para o autor do pedido extrajudicial de reconhecimento da usucapião na hipótese de inércia do suposto titular de direito.

Referida alteração encontra base jurídica no princípio *dormientibus non succurrit jus*, brocardo que remonta à época do Direito Romano e, em livre tradução, diz que o direito não socorre aos que dormem (LISBOA, 2006), sendo esse um dos fundamentos de existência dos institutos da prescrição e decadência. Ao interpretar o silêncio do titular da matrícula do imóvel como concordância com o pleito *usuapiente*, o legislador utilizou o princípio para tornar mais viável a utilização da via extrajudicial.

É necessário notar, no entanto, que essa simples alteração de importante efeito prático só ocorreu após mais de um ano da entrada em vigor do CPC/2015. Acredita-se que, ao decidir transferir a competência de análise de demandas às serventias extrajudiciais, o legislador não realize um levantamento teórico e empírico das consequências daquela decisão, optando por desjudicializar e aplicar na prática primeiro para, em pós, prover eventuais medidas à utilização adequada e efetiva do instrumento desjudicializado.

Com base na rápida necessidade de edição do procedimento extrajudicial da usucapião, é possível considerar que o legislador deve utilizar instrumentos de análise da influência prática de seu exercício legislativo, objetivando aplicar os institutos de maneira imediata e efetiva, o que não se mostrou o caso da desjudicialização.

Ao ampliar a competência para gerir uma demanda sem prever, minimamente, os desdobramentos práticos dos atos processuais, defende-se que a mera elaboração da norma pode causar a necessidade de sua reedição após um breve momento de sua entrada em vigor. Essa necessidade de maior prudência na elaboração das normas pode ser constatada no caso da usucapião administrativa, na qual foi necessária importante alteração do procedimento, no caso, a interpretação do silêncio do titular do imóvel como concordância do pleito autoral, para que o processamento se tornasse viável.

Acredita-se que, para uma criação legislativa qualificada, tanto os juristas quanto os legisladores devem utilizar instrumentos prévios à elaboração da lei, dentre os quais se destaca a pesquisa empírica. Sabe-se que a verificação dos conceitos dogmáticos com a realidade por meio de dados é algo escasso na pesquisa do Direito (BORGES NETO; COLÁCIO; BEDÊ, 2017), sendo esse um costume reforçado pelo excesso de dogmatismo no ensino jurídico e pela grande utilização de manuais e esquemas na formação do conhecimento acadêmico. Pode-se afirmar, portanto, que a elaboração meramente teórica dos textos legais é influenciada por essa cultura dogmática do Direito.

4.1.2 Verificação posterior ao ato legislativo: a gratuidade e a regulamentação procedimental no âmbito regional

A desjudicialização do divórcio é um exemplo que funcionou de modo adequado no alcance e efetivação do acesso à justiça, pois, além de regular os aspectos procedimentais por meio da Lei 11.441/2007 (BRASIL, 2007), o Conselho Nacional de Justiça disciplinou aspectos de suma importância para a utilização do procedimento administrativo por pessoas hipossuficientes, como a gratuidade dos emolumentos e assistência por meio da defensoria pública (LOBO, 2007). De modo diverso à prudência legislativa no caso do divórcio, não é possível averiguar o mesmo comportamento na desjudicialização da usucapião, na qual a aplicabilidade da gratuidade para hipossuficientes, apesar de ser um direito fundamental, não está disciplinada nas normas procedimentais e, como visto por meio da pesquisa empírica, não é aplicada.

Conquanto a aplicabilidade da gratuidade dos emolumentos e taxas cartoriais por expressa previsão legal, faz-se necessário analisar o CPC de 2015:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem (sic) direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

(...)

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

(...)

§ 7º Aplica-se o disposto no art. 95, §§ 3º a 5º, ao custeio dos emolumentos previstos no § 1º, inciso IX, do presente artigo, observada a tabela e as condições da lei estadual ou distrital respectiva. (BRASIL, 2015).

Assim, com o exame da previsão de gratuidade aos emolumentos de notários e registradores, o parágrafo 7º faz uma ressalva, remetendo às normas previstas nos parágrafos 3º e 5º do artigo 95 do mesmo diploma processual (BRASIL, 2015), os quais afirmam que o custeio desses emolumentos poderá ser feito por meio de orçamento da entidade pública e realizada por servidor ou órgão conveniado ao Poder Judiciário, ou, ainda, por meio de recursos da União, Estado ou Distrito

Federal, sendo vedada a utilização de recursos do fundo de custeio da Defensoria Pública (BRASIL, 2015).

Acredita-se, portanto, que, para a aplicação do inciso IX do artigo 98 do CPC/2015, faz-se necessária uma regulamentação por norma estadual específica, que, no Estado do Ceará inexiste. Diz-se isso, pois, a Consolidação Normativa Notarial e Registral no Estado do Ceará – Provimento nº 08/2014 da Corregedoria Geral de Justiça⁵⁸ - só faz menção ao termo “gratuidade” em apenas sete passagens do texto normativo e, em todos as vezes, só trata de registros atinentes ao Direito de Família (nascimento, reconhecimento de paternidade, divórcio e partilha de bens). Desse modo, por ausência de previsão normativa de âmbito regional, a gratuidade não se aplica aos pleitos de usucapião extrajudicial, apesar de previsão no CPC/2015 e de necessária à efetivação do acesso à justiça.

É possível constatar isso, especialmente, porque o sistema de pagamento dos selos e demais instrumentos dos cartórios de registro de imóveis é realizada de modo prévio à utilização, ou seja, o cartório realiza o pagamento do material necessário e, posteriormente, faz a cobrança da pessoa que utilizar o serviço. Além disso, a ata notarial elaborada pelo Cartório de Notas e Registros Públicos⁵⁹ e o valor o tempo gasto por esse órgão e pelo processamento do pleito da usucapião extrajudicial não são restituíveis pelo ente público e, com a aplicação da gratuidade, não podem ser cobrados do *usucapiante*, tornando, na prática, inviável a concessão de gratuidade.

Além da gratuidade, a qual não é aplicada no Estado do Ceará, o que pode ser visto pela análise teórica da legislação pertinente e corroborada com a pesquisa empírica, em que o cartório de Maracanaú (APÊNDICE A) informou abertamente que não aplicava a gratuidade por inviabilidade econômica e o cartório de Fortaleza (APÊNDICE A) limitou-se a informar que segue a legislação em vigor,

⁵⁸ A versão disponível *online* no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará é constantemente atualizada por provimentos posteriores à publicação da Consolidação Normativa, tendo a última atualização acontecido em 24 de agosto de 2018 (BRASIL, 2016). Opta-se, para esta pesquisa, apresentar o Anexo A, o qual é composto pelas normas elaboradas pelo Estado do Ceará para regulamentar o procedimento da usucapião extrajudicial nos cartórios de registros de imóveis.

⁵⁹ De acordo com o artigo 466-A da Consolidação Normativa Notarial e Registral no Estado do Ceará, “O requerimento para lavratura de ata notarial para reconhecimento de usucapião extrajudicial deverá ser protocolado em Tabelionato de Notas do município da circunscrição do imóvel *usucapiendo* (...)” (BRASIL, 2016).

cumpra analisar um tópico de destaque da Consolidação Normativa Notarial e Registral no Estado do Ceará:

Art. 770-C – O interessado, representado por advogado, no reconhecimento da usucapião extrajudicial, formulará pedido ao Oficial de Registro de Imóveis, instruindo-o com: (Incluído pelo Prov. nº 03/2016, publicado no DJe, de 02/08/2016)

(...)

§ 4º. Tendo em vista o potencial litigioso da usucapião familiar, prevista no art. 1.240-A do Código Civil e usucapião coletiva prevista no Art. 10 da Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001, não se aplicam na forma extrajudicial administrativa; (Incluído pelo Prov. nº 03/2016, publicado no DJe, de 02/08/2016)"

Apesar de, adequadamente, mencionar a possibilidade de registro da usucapião nas suas mais diversas formas, a Consolidação Normativa Notarial e Registral no Estado do Ceará, de modo discricionário e exercendo função que não é típica às suas capacidades, opta por não possibilitar o pleito de reconhecimento da usucapião extrajudicial quando se tratar das modalidades familiar ou coletiva. É importante verificar que a norma editada pelo Tribunal de Justiça no âmbito de sua função atípica é ilegal, posto que, além de adentrar diretamente à esfera legislativa, editou norma que vai contra a lei criada pelo Poder legislativo em caráter nacional.

É imperioso realizar uma crítica à disposição acima colacionada, pois, ao vedar a aplicação da desjudicialização a determinadas espécies da usucapião, o Poder Judiciário do Estado do Ceará atua como se legislador fosse, inovando na aplicação da desjudicialização, sem terem sido essas hipóteses objeto de vedação pelos legisladores que criaram o CPC/2015. Ao analisar o ativismo judicial, Luís Roberto Barroso ensina que

A idéia (sic) de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009)

Desse modo, o Poder Judiciário do Estado do Ceará, no contexto regional, utiliza-se do protagonismo judicial⁶⁰ ao aplicar e regular o Código de Processo Civil de 2015 não só de modo independente à manifestação do legislador, mas diametralmente oposto à sua vontade, porquanto, ao desjudicializar a usucapião, o Diploma Processual não limitou ou fez menção às espécies de direito material que poderiam ser reconhecidas pelo cartório de registro de imóveis.

Ao editar a norma de regulação do procedimento do reconhecimento da usucapião extrajudicial, o Estado do Ceará age, ilegalmente, de modo paternalista⁶¹, “[...] limitando a esfera individual para garantir outros valores” (LEITÃO; DIAS; CIDRÃO, 2017) supostamente superiores, pois, ao pressupor o caráter litigioso de determinadas espécies da prescrição aquisitiva, decide que essas espécies deverão ser analisadas pelo Judiciário, mesmo não havendo litígio. Ao regular a “procedimentalização” desse modo, o Poder Judiciário vai contra a norma expressa do CPC/2015 e mitiga a liberdade individual de escolha pelo meio gestão de demandas, tornando, assim, ineficaz a desjudicialização como instrumento de efetivação do acesso à justiça.

Ao analisar a separação de poderes dos Estados e suas atribuições, a pesquisa jurídica especializada explora a Teoria da Capacidade Institucional, a qual

envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa. (BARROSO, 2009, p. 29).

⁶⁰ Opta-se, para esta pesquisa, pela expressão “protagonismo judicial” por se considerar que, ao ser “ativo” em extrapolar a sua função típica e adentrar a esfera do Legislativo, o Judiciário atua como verdadeiro protagonista dentre os Poderes da República. O protagonismo judicial é a dicção utilizada e investigada por Lênio Streck (STRECK; DE OLIVEIRA; TRINDADE, 2013).

⁶¹ Entende-se, para esta pesquisa, que, no Brasil, o Estado não deve ser paternalista ou antipaternalista, devendo ser considerado como ideal uma intervenção equilibrada proposta por Cass Sustein e Richard Thaler, conforme analisada em *Paternalismo: uma visão viável?* (LEITÃO; DIAS; CIDRÃO, 2017), em que não há opressão de liberdades.

Com base nisso, é possível afirmar que o Poder Judiciário não possui legitimidade nem se mostra como o poder mais habilitado para editar norma acerca de matéria desta natureza, uma vez que, circunstanciado pela teoria das capacidades institucionais⁶² (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003), a desjudicialização da usucapião é objeto inerente às funções próprias do Poder Legislativo. O Judiciário deve ater-se, em regra, em processar e julgar demandas, podendo exercer suas atividades atípicas, quais sejam, o estabelecimento do Regimento Interno dos Tribunais e a administração de seus serviços e servidores (GOUVEIA; AMARAL, 2008), mas não deve editar norma de regulamentação a partir de uma pressuposição.

Ocorre que, mesmo que seja admitido ao Poder Judiciário exercer sua função atípica de legislador de modo ampliativo a tal ponto que se possa criar o direito (DUARTE; DIAS JUNIOR, 2013, p. 149-153), essa situação só deve ocorrer por meio de uma efetiva participação das partes no conjunto processual, podendo o provimento ser aplicado ao caso específico ou a casos futuros a depender da natureza do provimento. É imperioso que eventual criação de direito pelo Poder Judiciário seja feita de forma democrática com participação das partes (HABERMAS; SIEBENEICHLER, 2003), não devendo essa criação ser realizada da maneira como o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará o fez, sob pena de excesso de protagonismo judicial e interferência de um poder na esfera de capacidade do outro.

Ao escolher desjudicializar o pedido de usucapião, a vontade do legislador foi retirar do Poder Judiciário a análise única e exclusiva de processamento e gestão desse tipo de demanda, não cabendo à regulamentação do Tribunal de Justiça de determinada região vedar ou restringir o texto normativo da lei. Ao redigir um ato normativo em desconforme em relação ao texto normativo do CPC/2015, o Poder Judiciário do Estado do Ceará age de modo similar à jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, a qual, se mal executada, coloca em risco a legitimidade democrática e fomenta a politização da justiça (BARROSO, 2009, p. 25-28).

⁶² A teoria é tratada de modo pragmático em cotejo com o sistema jurídico pátrio por Aguelhes e Leal, os quais analisam o papel do Legislativo e do Judiciário em suas funções (ARGUELHES; LEAL, 2011).

A omissão do legislador deve ser interpretada, pois, como uma escolha, isto é, ao optar por desjudicializar o gênero usucapião, devem, os cartórios de registro de imóveis, gerir todos os processos que versem sobre usucapião e que as partes tenham interesse em solucionar administrativamente, não cabendo a um órgão administrativo reduzir esse direito. Acredita-se que a vedação imposta pela Consolidação Normativa Notarial e Registral no Estado do Ceará é fruto de uma cultura jurídica por demais ligada à litigância, pois, de acordo com o próprio texto da norma expressa no artigo 770-A, § 4º, acredita-se em potencial litigância de um outra espécie de usucapião e, por mera deliberação no âmbito hipotético do Tribunal de Justiça, um direito é reduzido.

4.1.3 Em qualquer tempo: a cultura litigante da prática forense como (mais) um possível obstáculo

Como expressado antes, mediação, conciliação, negociação e arbitragem são exemplos de meios equivalentes à jurisdição estatal na gestão e solução de litígios, os quais, juntamente com a desjudicialização, constituem métodos de grande relevância para a efetivação das garantias fundamentais, desde que utilizados e aplicados de maneira correta. Ocorre que, para uma ampla utilização desses meios, é necessário analisar a cultura litigante⁶³ da prática forense, isso, pois, o CPC/2015 é um marco na tentativa de reduzir o excesso de litígio ou, com suporte numa análise mais otimista, um verdadeiro instrumento de subversão dessa cultura com a finalidade de alcançar e promover os princípios e garantias fundamentais.

Como analisado por João Esteves, desde a edição da Constituição Federal de 1988, há uma busca pela efetivação e implementação dos direitos ali previstos, ocasionando a judicialização dos conflitos sociais (ESTEVES, 2006), a busca de reconhecimento e constituição de direitos subjetivos por meio da chancela do Estado, a qual ocorre na figura do Poder Judiciário. Em decorrência pela busca por reconhecimento de direitos, tornam-se judicializadas as relações interpessoais

⁶³ Para esta pesquisa, adota-se a ideia de excesso de litigância da sociedade brasileira, considerando os números crescentes de processos que tramitam pelo Poder Judiciário anualmente. Poder-se-ia adotar, para complementar tal posicionamento, que, a partir de certos aspectos, é vantajoso descumprir decisões judiciais ou normas proibitivas, como é o caso da evasão fiscal no âmbito tributário, onde o pagamento integral da obrigação principal ou acessória extingue a punibilidade. No entanto, compreende-se, como cultura litigante, o fato das pessoas buscarem o Poder Judiciário seja pela formação social ou acadêmica para dirimir conflitos, bem como pelas facilidades existentes no sistema jurídico pátrio para que se torne preferível a busca pela judicialização das relações, sejam elas advindas de atos lícitos ou ilícitos.

como um todo (ZAFERDINI, 2012), desde uma relação estritamente privada como as vinculações escolares até a relação de uma pessoa com mandato público e o seu partido.

É possível acrescentar a essa busca incessante pelo Poder Judiciário, nas últimas décadas, o que é corroborado pelos últimos levantamentos do *Justiça em Números* do Conselho Nacional de Justiça, a característica elevadamente litigante do Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973a), esse sendo caracterizado pelo excessivo teor instrumentalista que prima pela litigância e oposição das partes em um processo. O diploma processual anterior era caracterizado por constituir uma demanda de modo a dividir as partes em polos opostos, na qual havia o titular do direito subjetivo com poder de coerção em face da parte adversa.

Adiante essa cultura adversarial, acredita-se que a desjudicialização é pouco buscada em decorrência da dependência da sociedade em ter seus pleitos solucionados por meio de um processo judicial. Esse comportamento, de dependência do Estado na expedição do provimento de uma demanda, pode ser visto com base na desconfiança dos particulares em receber uma resposta de um órgão ou pessoa privada e acatá-la como resposta final, como aconteceu com a não adesão à arbitragem (FERREIRA; CALIMAN, 2009).

Essa desconfiança aos métodos extrajudiciais no tocante à gestão de demandas pode ser visto como um fator que fomenta a cultura de busca pelo Poder Judiciário para resolver as demandas⁶⁴. Ao receber um provimento – a sentença judicial – a satisfação do litígio causa maior influxo do que ter o pleito resolvido de modo diverso, seja por sessões de mediação, conciliação ou resolvidas no âmbito das serventias extrajudiciais.

O Código de Processo Civil de 2015, juntamente com a Lei nº 13.140/2015, a qual institui as diretrizes da mediação como meio e solução de controvérsias (BRASIL, 2015b) mostram-se como dois instrumentos de implementação dos instrumentos equivalentes da gestão de conflitos, os quais, juntamente com as pesquisas acadêmicas, procuram transformar a cultura litigiosa numa cultura cooperativa no âmbito do Direito Processual. Antes desse modelo de

⁶⁴ O ideal é constatar o nível de desconfiança das pessoas com os métodos equivalentes da gestão de conflitos por meio de pesquisa empírica, qualitativa e quantitativa, para corroborar referido posicionamento, pois esse pode ser visto em pesquisa eminentemente bibliográficas, mas com ausência de respaldo empírico.

processo que visa à cooperação das partes, é comum identificar, pelo menos, o modelo adversarial o inquisitorial de formação do processo.

Em suma, o modelo adversarial assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é decidir o caso. O modelo inquisitorial (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes; no segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo. (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 122)

É possível afirmar que as características adversariais ou inquisitoriais podem surgir em distintos momentos de um mesmo processo, como a indicação do direito subjetivo em debate é atividade desenvolvida pelas partes (modelo adversarial), enquanto durante a produção do lastro probatório há possibilidade de o juiz determinar a produção de ofício (modelo inquisitorial)⁶⁵. O CPC/2015, no entanto, busca ser o modelo cooperativo de organização dos atos procedimentais, em razão de ter consagrado, por meio do artigo 6º, o princípio da cooperação, ao afirmar que “[...] todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” (BRASIL, 2015a).

Independente da concordância ou não com a aplicabilidade do modelo cooperativo⁶⁶, o que aqui não se discute, é forçoso reconhecer que o CPC/2015 se mostrou como um forte instrumento que visa reduzir a cultura litigiosa, buscando, por meio do processo, a gestão de conflitos de modo não-adversarial. Do mesmo modo, a Lei n º 13.140/2015 (BRASIL, 2015b) estabelece as diretrizes já elencadas pela doutrina especializada, consolidando esse instituto como verdadeiro método complexo, com características e princípios próprios.

⁶⁵ Não se pretende analisar de modo aprofundado os modelos inquisitoriais e adversariais, dado que seria necessário realizar um cotejo com a teoria processual para uma análise mais aprofundada. Para a presente pesquisa, basta demonstrar a diferença desses dois modelos para que possa ser analisado o modelo cooperativo instituído pelo CPC/2015.

⁶⁶ Há divergência minoritária sobre a possibilidade de cooperação processual e efetivo contraditório das partes em conjunto, conforme analisa Lúcio Delfino em *Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina* (DELFINO, 2016), no entanto, não se faz necessária a análise da (im) possibilidade da existência harmônica dos dois princípios para o avançar desta investigação.

4.2 A usucapião administrativa: melhoria efetiva no acesso à justiça com amparo no marco teórico.

Superados todos os elementos teóricos e empíricos traçados até aqui, faz-se imperioso verificar se houve efetividade na implementação do acesso à justiça com base na transferência de competência na análise e processamento das demandas que versam sobre o reconhecimento da usucapião. Para tanto, deve-se realizar uma verificação das teorias processuais e do conceito de acesso à justiça adotado para este texto, realizando um cotejo com os dados empíricos coletados nos 71 cartórios de registros de imóveis do Estado do Ceará, o que foi tratado de modo sistemático nos capítulos anteriores.

4.2.1 A efetividade do acesso à justiça perante a teoria instrumentalista

Como já relatado, a teoria processual de Cândido Dinamarco, denominada de Teoria Instrumentalista, entende que o processo deve ser visto como um instrumento de análise e alcance do direito material. Além disso, a teoria do autor prima pelos escopos processuais, dentre os quais se deve destacar a necessidade de o processo ser utilizado como meio para resolver, com a brevidade possível, os litígios. Assim, para ideia de processo fundado na Teoria Instrumentalista, um Poder Judiciário com grande volume de processos não se mostra como um âmbito interessante para a gestão das demandas, porquanto a busca da coexistência social se revela como um dos escopos do processo (DINAMARCO, 2013).

Analisando e concebendo o processo dessa maneira, a desjudicialização pode ser vista, em primeiro plano, como excelente aliada ao Direito Processual e, especialmente, ao Poder Judiciário brasileiro, considerando que há um processo em tramitação para cada 2,6 (dois e seis décimos) brasileiros⁶⁷. Isso, pois, ao colocar as serventias extrajudiciais como opção mais célere de reconhecimento e solução de determinadas demandas, a tendência, em teoria, é que o Poder Judiciário tenha uma

⁶⁷ Esse dado é fruto das pesquisas qualitativas do CNJ (BRASIL, 2017a) e do IBGE (BRASIL, 2017b) sobre a população brasileira do ano de 2017 e é utilizado somente com o intuito de demonstrar que o Brasil é um país em que há elevada quantidade de processos em tramitação, o que reforça a cultura litigiosa e dependente do Poder Judiciário para gerir conflitos. Esses dados não têm outra pretensão que não ser demonstrar o volume de demandas, sem levar em conta questões de ordem social e econômica.

redução no número de processos que versem sobre as passíveis de resolução no âmbito extrajudicial.

Para constatar se houve, de fato, efetivação do acesso à Justiça na perspectiva processual que visa a realizar um esvaziamento do Poder Judiciário, necessária, entretanto, é a análise dos dados reais na busca do meio extrajudicial. Conforme demonstrado por meio da pesquisa empírica realizada em 71 cartórios de 69 comarcas do Estado do Ceará, somente Canindé, Horizonte e Varjota demonstraram elevada busca pelo reconhecimento da usucapião extrajudicial.

No cartório de Varjota (APÊNDICE A), houveram 12 pedidos de reconhecimento de usucapião extrajudicial processados e concluídos desde 18 de março de 2016, não havendo nenhum indeferimento ou conversão em demanda judicial. Para esse município, a desjudicialização da usucapião de bem imóvel se mostrou como uma tecnologia⁶⁸ que consuma a promoção do acesso à justiça, tendo 12 situações concretas sido solucionadas em um prazo médio de três meses, prazo esse que se transformariam em anos se a demanda estivesse tramitando por meio Poder Judiciário (BRASIL, 2017).

Assim, a desjudicialização da usucapião de bem imóvel, baseada em uma análise primária dos municípios que fazem parte do desvio-padrão, mostra-se como um instrumento capaz de promover e efetivar a garantia fundamental de acesso à justiça. É preciso averiguar que os demais cartórios de registro de imóveis que optaram por participar da pesquisa mostram uma realidade distinta; já que, conforme a análise das respostas dos demais municípios (APÊNDICE A), houve pouca ou quase nenhuma busca por esse procedimento extrajudicial em mais de dois anos de vigência do CPC/2015.

Desse modo, a análise meramente quantitativa se revela como auxiliadora na verificação da efetivação do acesso à justiça no caso da usucapião administrativa, mas, para Canindé, Horizonte e Varjota faz-se necessário um exame mais aprofundado sobre os motivos que levaram ao grande número de buscas por esse método de reconhecimento da usucapião. Acredita-se que, dentre os motivos que tornam a usucapião extrajudicial um meio bastante procurado pelos cidadãos dos 3 municípios com maior busca, está o fato de, naquela comarca, haver bastante

⁶⁸ Entende-se como tecnologia uma nova modalidade de fazer algo que anteriormente era realizado diferentemente, tanto em larga escala quanto por um longo período.

procura pela regularização de terras, conforme informado pelo cartório de registro de imóveis de Varjota.

Entende-se, com efeito, que a desjudicialização da usucapião de bem imóvel só se mostrará completamente efetiva em alcançar o acesso à justiça se for constatada a sua utilização pela sociedade, pois, ignorar a possibilidade de utilização das vias extrajudiciais para reconhecer a usucapião judicialmente não reduzirá a quantidade de processos do Poder Judiciário. Desse modo, a completa efetivação da escolha do legislador em desjudicializar determinada matéria só ocorrerá se a sociedade optar por utilizar os cartórios para o reconhecimento da usucapião, sob pena de sempre ser utilizada a via judicial.

Portanto, em decorrência da análise do processo como instrumento, a desjudicialização da usucapião de bem imóvel se revela, em tese, importante aliada à efetivação do acesso à justiça, juntamente com os meios equivalentes à jurisdição estatal na solução de demandas. Tal constatação foi corroborada pela pesquisa empírica, pois a desjudicialização se mostrou efetiva ante a procura, mesmo que pequena na maioria dos municípios, de utilização desse método para o processamento e reconhecimento do direito material da prescrição aquisitiva, deixando a ressalva aos municípios de Canindé, Horizonte e Varjota, os quais se mostrou diferente dos demais.

4.2.2 A parcial efetividade do acesso à justiça ante o modelo constitucional de processo

A teoria constitucional não compreende o processo do mesmo modo que a teoria instrumentalista, porquanto aquela observa que a Constituição Federal ofereceu parâmetros a serem seguidos por todo o ordenamento jurídico, incluindo-se o Direito Processual. A Teoria Instrumentalista, apesar de não negar a máxima importância dos preceitos constitucionais, é expressa somente em destacar os objetivos de aplicabilidade do processo para solucionar um conflito posto em juízo de modo adversarial, pois, para essa teoria, “[...] o processo deve ser utilizado não para a garantia dos direitos fundamentais das partes, mas sim, para a consecução dos escopos metajurídicos (políticos, econômicos, sociais, etc.) do Estado.” (MARDEN, 2012, p. 35).

De modo distinto ao instrumentalismo, a efetivação do acesso à justiça pode ser verificada se a teoria processual adotada em análise for o modelo constitucional de processo, dado que, consoante já se deixou patente, não é um elemento relevante, para essa teoria, a quantidade de demandas que tramitam pelo Poder Judiciário.

Para o modelo constitucional, o processo deve ser visto como uma tecnologia de efetivação e reconhecimento do direito material e não apenas um mero instrumento que visa à rápida resolução de demandas. De efeito,

Em resumo, então, pode-se dizer que, na compreensão da Teoria Constitucionalista, a Constituição Federal assegura ao cidadão direito fundamental ao processo (enquanto metodologia de garantia de seus direitos fundamentais). Ademais, não se trata de qualquer tipo de processo, mas sim de um procedimento compatível com o modelo constitucional de processo, ou seja, ao formatar os procedimentos, deve o legislador ordinário estar atento ao atendimento dos princípios constitucionais pertinentes ao tema. Em outras palavras, o modelo constitucional de processo oferece a moldura dentro da qual podem ser configurados os diversos procedimentos existentes no ordenamento jurídico brasileiro. (MARDEN; 2012, p. 30)

Com base na teoria constitucional, o processo, compreendido como um conjunto de atos procedimentais, qualificado pelo efetivo e paritário contraditório que visa à expedição de um provimento, deve estar em conformidade com as normas constitucionais vigentes. Assim, ao desjudicializar determinada demanda, a opção legislativa deve prestigiar não apenas o princípio constitucional de acesso à justiça, mas, em completude, todas as garantias fundamentais elencadas pela Constituição, especialmente as de caráter processual.

Decerto, ao possibilitar o alcance do provimento de um pleito por um meio além do Poder Judiciário, como nos casos da conciliação, mediação, negociação e arbitragem, o ordenamento jurídico prestigia uma maneira diversificada e democrática de análise dos pleitos sociais, não monopolizando a gestão das demandas em um só órgão público e moroso. Somando-se aos demais meios equivalentes, a desjudicialização passa a compor essa maneira democrática de processamento das demandas, independentemente da quantidade de casos que são resolvidos extrajudicialmente.

Em análise sobre o modelo constitucional, Carlos Marden verifica que essa teoria é a mais adequada ao Estado Democrático de Direito, visto que a

[...] ideia de processo constitucional democrático, [se mostra] como ambiente franqueado às partes para buscar a proteção contra ameaças ou lesões aos seus direitos, sem que precisem se submeter a um magistrado onipotente e comprometido com a resolução rápida dos conflitos. A duração razoável (e não mínima!) do processo é apenas um dos direitos fundamentais constituintes do modelo constitucional do processo e só será tida como razoável, na medida em que não inviabilizar o exercício dos demais princípios, quebrando a necessária harmonia entre eles.

O Estado Democrático de Direito é um conceito indissociável dos conceitos de constituição, democracia e direitos fundamentais; mas também é inseparável do conceito de processo, enquanto garantia de que os cidadãos terão os seus direitos respeitados. Desse modo, não se pode conceber a existência fática de um Estado Democrático de Direito, sem que se entenda o conceito de processo constitucional democrático, pois é nesse último que reside a própria garantia de existência dos fundamentos daquele. (MARDEN, 2012, p. 36).

Pode-se considerar, portanto, que com base no modelo constitucional, o processo há de ser um meio que possibilite às partes a elaboração do provimento de modo livre e com a manifestação da vontade do Estado com apoio nos argumentos elencados no processo, uma vez que o provimento deverá ser elaborado pelas próprias partes com amparo no paritário contraditório e em conformidade com a Constituição Federal. Assim, os meios equivalentes de jurisdição, os quais primam pelo protagonismo das partes e situam o Poder Judiciário em segundo plano, estão em conformidade com esse sistema.

A desjudicialização pode ser verificada como uma tecnologia em conformidade com o Estado Democrático de Direito e com o modelo constitucional de processo, visto que possibilita às partes escolherem como gerir o conflito, resguardando a análise por meio do trâmite processual perante o Judiciário. Desse modo, não se faz válido trazer ao debate a análise se houve procura pelo reconhecimento da usucapião pelas vias extrajudiciais, pois, para constatar a efetivação do acesso à justiça com suporte na teoria constitucional do processo, basta verificar se houve essa procura pela sociedade, porquanto a desjudicialização, tal qual os demais métodos equivalente, serve como uma opção às pessoas para efetivarem o acesso à justiça da maneira que for preferível.

Assim, considerando que houve procura, mesmo que com quantidades flutuantes entre os cartórios de registro de imóveis dos municípios do Estado do Ceará (APÊNDICE A), as serventias extrajudiciais se revelam como completa via de efetivação do acesso à justiça. Desse modo, pode-se afirmar que a desjudicialização

da usucapião de bem imóvel promove, sob essa perspectiva processual, a efetivação do inciso XXXV do artigo 5º da CF/88, bem como os demais princípios de ordem constitucional.

4.2.3 A questão da gratuidade: o principal obstáculo à efetivação do acesso à justiça pela desjudicialização

Conforme restou examinado anteriormente, a promoção do acesso ao Poder Judiciário de modo livre e gratuito aos hipossuficientes é elemento essencial para a configuração do acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988), sendo essa a primeira onda renovatória do processo analisada por Cappelletti e Garth. A necessidade de disponibilidade da gratuidade aos hipossuficientes é algo que, aparentemente, não encontra divergência na doutrina processual e constitucional, no entanto, é forçoso que esse direito seja implementado em larga escala da concepção de acesso à justiça.

A gratuidade no recebimento, processamento e julgamento é, além de um elemento necessário para a promoção e efetivação do direito fundamental do acesso à justiça, por si, um próprio direito fundamental, em razão de que há expressa previsão de prestação jurisdicional gratuita no inciso LXXIV do artigo 5º da CF/88, acrescentando-se, ainda, a assistência gratuita da defensoria pública prevista no artigo 134 da mesma Constituição.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 prevê, por meio do inciso LXXIV do artigo 5º, que “[...] o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.” (BRASIL, 1988). A partir dessa previsão, ao desjudicializar uma demanda, deve o Estado conceder os meios necessários para implementar o processamento dos pleitos em conformidade com as normas constitucionais, estando aqui incluída a previsão de gratuidade aos hipossuficientes.

É importante destacar, portanto, o fato de que a gratuidade, como direito fundamental, pode ser compreendida como um direito humano qualificado pela previsão positivada na Constituição e, por ser um direito fundamental, deve ter sua aplicabilidade direta e imediata, mesmo sendo de uma demanda que versa

unicamente sobre relações privadas (CARVALHO; LIMA, 2015). Ocorre que, segundo já expresso, para a concessão de gratuidade das taxas e emolumentos para o processamento e resolução da usucapião extrajudicial, o legislador do Diploma Civil vigente condicionou a concessão dessa garantia fundamental à norma de regulação posterior, permitindo que os cartórios de registro de imóveis não isentem os pleitos desjudicializados sem a autorização e regulamentação em âmbito regional.

Assim, a norma que trata da gratuidade do CPC/2015 para as taxas e emolumentos se mostra como de natureza de eficácia contida e necessita de regulamentação⁶⁹, no entanto, até o momento, não há um instrumento normativo que conceda a gratuidade aos pleitos extrajudiciais de reconhecimento da usucapião no âmbito do Estado do Ceará, onde a pesquisa empírica foi realizada. Diferentemente do que ocorre no âmbito das demandas inerentes ao direito de família, o Poder Judiciário do Estado do Ceará não prevê gratuidade das taxas e emolumentos para os pleitos cartorários que versem sobre direito de propriedade, tais como escrituração e usucapião extrajudicial.

Ocorre que, para efetivar, plenamente, o acesso à justiça por meio da usucapião de bem imóvel extrajudicial, imperioso se faz que seja editada norma concedendo gratuidade ao hipossuficiente que necessite reconhecer a prescrição aquisitiva, uma vez que, um pleito dessa natureza, apesar de variar de acordo com o tamanho do imóvel, tem custo médio de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), conforme informações do cartório de registro de imóveis de Maracanaú (APÊNDICE A), o qual também atua em sua comarca como cartório de notas e documentos e informou o custo médio da emissão de ata notarial para fins de usucapião somada aos custos de registro.

Os cartórios de registro de imóveis que responderam a pesquisa empírica (APÊNDICE A) são unânimes em afirmar que não concedem a gratuidade das taxas e emolumentos ou que somente seguem os normativos do CNJ e do Poder Judiciário estadual, o que, na prática, pode ser compreendido como ausência de concessão de isenção das taxas e emolumentos. Sem olvidar-se de tratar sobre o assunto,

⁶⁹ Levando em conta a eficácia imediata das garantias fundamentais no âmbito da esfera pública e privada, pode-se compreender que a não regulação da concessão de gratuidade para o reconhecimento da usucapião extrajudicial pode ser objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no entanto, a presente pesquisa não pretende verificar de modo aprofundado tal hipótese.

conforme já relatado, o cartório de registro de imóveis de Novo Oriente afirmou que não concede a gratuidade por ausência de custeio pelo Estado.

Com base nas normas expressas na Consolidação Normativa Notarial e Registral no Estado do Ceará, na eficácia contida do inciso IX, § 1º do artigo 98 do CPC/2015 (BRASIL, 2015), bem como pelas respostas às perguntas “7. O Cartório possui algum tipo de isenção de custas para a pessoa que se declara hipossuficiente? Em caso positivo, como funciona a concessão da gratuidade?; e, 8. Qual o custo médio do reconhecimento de Usucapião pelo cartório?” (APÊNDICE A), é possível garantir que não há gratuidade para as demandas extrajudiciais que visam a reconhecer a usucapião dos requerentes por inércia dos entes federados.

Sem a concessão de gratuidade dos emolumentos e taxas notariais - ou, pelo menos, a sua redução proporcional à renda do pleiteante, ao tamanho do imóvel ou espécie da usucapião - se mostra impossibilitada, em termos práticos, a desjudicialização da usucapião, pois não há eficácia em promover o acesso à justiça, posto que, os hipossuficientes que não têm meios para custear um processo de valor relativamente alto irão buscar o Poder Judiciário para ver o seu direito à prescrição aquisitiva e, do mesmo modo, o Estado terá custos pelo trâmite que durará anos pelo Poder Judiciário.

A gratuidade vai além disso, pois, ao negar a concessão dessa garantia fundamental, o acesso à justiça se revela inalcançado em qualquer que seja a compreensão ou teoria processual adotada, pois, para a Teoria Instrumentalista, a busca pelo Poder Judiciário permanecerá grande e os escopos processuais não serão alcançados, enquanto que, para o modelo constitucional de processo, os princípios constitucionais não são aplicados no processo extrajudicial.

Quando Carlos Marden verifica que o modelo mais adequado de processo é aquele em conformidade com o Estado Democrático de Direito e com a totalidade de normas constitucionais de modo uníssono (MARDEN, 2012), constata-se que, para uma adequada utilização do processo para o alcance e efetivação do acesso à justiça por meio da desjudicialização, todas as normas constitucionais precisam ser efetivamente implementadas no desenrolar dos atos em um processo. Impossibilitar, negar ou não efetivar a gratuidade para as demandas extrajudiciais de usucapião é, certamente, um grande obstáculo para a efetivação do acesso à justiça.

Diz-se isso, pois deve ser compreendido como acesso à justiça, conforme visto, a possibilidade de as pessoas buscarem os variados mecanismos adequados de gerenciamento de demandas. Assim, considerando que há um pleito que pode/deve ser gerido por determinado método, mas, por deficiência legislativa ou administrativa, o método mais adequado não pode ser utilizado em sua plenitude, há de se averiguar que existe um obstáculo na efetivação do acesso à justiça em sentido amplo. Entende-se, portanto, que há um empecilho na efetivação dessa garantia fundamental, pois o ideal é utilizar os métodos adequados de a gestão⁷⁰, no entanto, deve-se admitir que o Poder Judiciário sempre deverá estar à disposição para ser utilizado na deficiência de algum outro meio.

4.3 A desjudicialização da execução: uma possibilidade

De acordo com o *Justiça em Números* de 2018, o tempo médio de um processo a ser sentenciado na Justiça Estadual é de dois anos e seis meses da fase de conhecimento, enquanto a tramitação de um processo de execução dura em torno de seis anos e quatro meses (BRASIL, 2018b), sendo esse responsável por 53% dos processos em tramitação pelo Poder Judiciário.

Independentemente da teoria processual adotada, seja a Instrumentalista que visa reduzir a carga das demandas em tramitação, ou a do Modelo Constitucional, que prima pelas garantias fundamentais processuais, o processo é visto como um conjunto de atos concatenados que exigem tempo para o seu desenvolvimento. Com base nesse suposto, um processo pode tramitar de modo rápido ou lento, a depender de uma série de fatores, como as normas jurídicas que regem o procedimento, o direito material envolvido, a celeridade do Poder Judiciário em movimentar e desenvolver os atos necessários para o alcance do provimento, dentre outros fatores.

Ocorre que se deve levar em consideração que os processos não devem se desenvolver do modo mais rápido possível, dado que, de igual modo que um

⁷⁰ Conforme já inferido, cada caso concreto pode se enquadrar em um método da gestão de conflitos distintos, a depender das características do direito material e das partes envolvidas. Assim, pode um caso ser tratado mais adequadamente em uma sessão de mediação do que em outro meio de efetivação do acesso à justiça, por exemplo.

processo muito lento pode extinguir um direito material, um processo que tramite de modo muito rápido pode ocasionar a ineficiência do alcance e verificação do direito em debate, devendo o desenvolvimento processual ocorrer no tempo devido para garantir, tanto o direito material, quando o direito processual às partes. Assim,

É possível dizer que a tese que se defende é a de que a duração razoável é aquela consistente na conclusão do processo no menor espaço de tempo possível para que sejam efetivados os direitos fundamentais processuais, ou seja, o tempo devido do processo é o tempo suficiente para obedecer ao devido processo constitucional. Qualquer configuração processual que não respeite esse tempo mínimo, certamente incidirá no erro de confundir velocidade com pressa e comprometerá a finalidade do processo. Por outro lado, tal finalidade do processo também pode estar comprometida quando não se respeita o seu tempo máximo devido e não apenas porque exista o risco de perda de efetividade, mas porque uma demora exagerada pode implicar, por exemplo, a descaracterização da natureza das medidas cautelares. (MARDEN, 2015, p. 177).

Não é possível, de modo concreto, afirmar qual é o tempo ideal para a tramitação de um processo na fase de conhecimento ou de execução, visto que dependerá do caso concreto em análise e das particularidades de cada demanda. Um processo de execução, no entanto, durar três vezes mais do que um processo de conhecimento é algo que se mostra desarrazoado, porquanto esse possui um rito mais complexo e com a fase de instrução probatória mais demorada se comparado com aquele. Assim, é possível verificar que os processos em excesso no âmbito da execução acarretam um obstáculo de efetivação do acesso à justiça, pelo fato de haver mal funcionamento do Poder Judiciário em gerir essas demandas e, consequencialmente, os pleitos que necessitam da jurisdição estatal.

Com amparo nessa ideia, aparece, inspirada no Direito francês e português, a proposta defendida por alguns pesquisadores da área em desjudicializar as demandas de execução⁷¹, considerando a existência dos requisitos comuns a esse instrumento, como disponibilidade do direito, ausência do litígio e de menores ou incapazes.

⁷¹ Não é o objetivo desta investigação a análise pormenorizada das propostas acadêmicas e legislativas da desjudicialização da execução, portanto, será feito breve estudo desse tema, considerando apenas de modo a exemplificar uma possibilidade de desjudicialização de um instituto processual consolidado.

A execução civil portuguesa não advém do âmbito estatal, mas sim de uma entidade não jurisdicional que pratica os atos necessários ao desenvolvimento da execução em que não se faz necessária a atuação do Estado na condução dessas demandas. É importante notar que, no âmbito do Direito Processual de Portugal, a execução não saiu por completo da gestão do Poder Judiciário, mas, como proposto por Mancuso para a efetivação do acesso à justiça (2001), o órgão jurisdicional passou a funcionar como uma cláusula de reserva. Essa análise pode ser consubstanciada por uma interpretação ampla da gestão processual, dado que o Poder Judiciário passou a atuar nas execuções sem muito protagonismo, em virtude de a execução ter passado a ser gerida por um agente específico. Conforme constata Farias,

Partia-se, então, do pressuposto de que, na execução, já se conhece, quem deve pagar e quem tem relação com a dívida, bem como quanto se deve pagar e quanto se têm a receber. Preconizava-se uma especialização ou aperfeiçoamento do controle do juiz, uma vez que a eles era determinada a função de controlar a execução, que seria conduzida por oficiais públicos de execução, resolvendo questões que fossem suscitadas no seu desenvolvimento. A essência da reforma residia em principalmente conceder celeridade e eficiência da execução.

A ideia central da questão era retirar excessivas atribuições conferidas ao juiz da execução quanto à cobrança coercitiva de dívidas, para que, nesses tipos de processos, a condução fosse feita pela nova figura que se inseria no ordenamento jurídico processual português. Portanto, o solicitador de execução ou oficial público de execução deveria realizar as diligências necessárias, ao regular desenvolvimento dos processos executivos. (2014, p. 56-57).

A desjudicialização da execução ocorreu ao transmitir a competência de processar a demanda executória a um agente privado sem relação com o Estado, sendo uma pessoa com formação técnica e sujeita às normas disciplinares e éticas previstas pelo ordenamento, com a finalidade de evitar o aumento excessivo de pleitos relacionados à execução. Tal medida visou a proporcionar maior celeridade e favorecer mais eficácia do processamento desse tipo de demanda, pois durante as fases desse tipo de processo, não há controvérsia a ser decidida e, em alguns casos, sequer há controvérsia no tocante aos dados da execução.

Ao ampliar a competência de condução de uma demanda executória para gerir as execuções civis, o Direito português criou a figura do agente de execução, o qual foi inspirado no *huissier of justice* francês, que realiza intervenções durante a

execução, sem a atuação do juiz, do mesmo modo que ocorre em países como Bélgica, Holanda, Suíça e Luxemburgo (FARIAS, 2014, p. 67).

Além da possibilidade de desjudicializar a execução civil, o que pode ser feito nos moldes do Direito estrangeiro, adaptando-se às peculiaridades do ordenamento jurídico brasileiro e respeitando o modelo constitucional de processo⁷², verifica-se, ainda, a possibilidade de desjudicializar a execução fiscal, pois há projetos de lei tramitando no Congresso Nacional visando a essa finalidade, como os de nº 2.412/2007 e 5.080/2009, nos quais há previsão da promoção de a execução fiscal ocorrer por meio do órgão da Fazenda Pública competente para a inscrição do débito.

O Projeto de Lei nº 5.080/2009⁷³ (BRASIL, 2009) decorreu de uma elaboração da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), Conselho da Justiça Federal (CJF) e de pesquisadores da área, visando a desburocratizar esse tipo de processo e, especialmente, reduzir a quantidade de demandas executórias dos entes federados. Com a finalidade de viabilizar o processamento extrajudicial da execução fiscal, o projeto de lei pretende instituir o Sistema Nacional de Informações Patrimoniais dos Contribuintes (SNIPC), administrado pelo Ministério da Fazenda, conforme previsto no artigo 4º do PL (BRASIL, 2009).

É importante verificar que o Projeto de Lei não pretende desjudicializar a execução fiscal por completo, mas apenas parte desse processo, dado que o objetivo do processamento previsto pelo PL ao instituir o SNIPC é executar judicialmente as demandas que possuem efetiva chance de recuperação de crédito, ou seja, após a localização do patrimônio do devedor. Tal medida se exprime como solução ao tempo poupado do Poder Judiciário que, atualmente, ao receber uma execução fiscal, inicia atos ordinários de conferência do patrimônio do contribuinte, atos esses que não necessitam da jurisdição e poderiam ser efetuados no âmbito administrativo fazendário, como pretende o PL nº 5.080/2009.

Diferente da desjudicialização parcial descrita há pouco, o PL nº 2.412/2007 é mais ousado e pretende desjudicializar a execução fiscal por completo,

⁷² Resguardando, além do paritário contraditório em conformidade com as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988, registra-se que o Poder Judiciário deverá sempre ser uma possibilidade da gestão de uma demanda com conseqüente produção do provimento para garantir o acesso à justiça em sentido estrito, conforme texto normativo do inciso XXXV, artigo 5º da CF/88.

⁷³ Atualmente, o PL nº 5.080/2009 encontra-se sem movimentação desde 2015.

transmitindo, assim, o processamento à esfera administrativa. De acordo com a proposta, todos os atos executivos necessários ao desenvolvimento da execução fiscal deverão ser realizados por um agente fiscal, o qual deverá respeitar o devido processo legal, conforme prevê o *caput* do artigo 6º do PL (BRASIL, 2007).

Ambos os projetos de lei, seja pretendendo modificar o procedimento da execução fiscal de modo parcial ou completo, o que se acredita ser, no primeiro momento, mais viável a parcial, possuem a finalidade de desjudicializar uma demanda em que não há litígio, em tese, bem como não se vislumbra a necessidade da jurisdição estatal na condução desses processos. Assim, compreende-se que a desjudicialização da execução, seja no âmbito cível ou fiscal, mostra-se como uma possibilidade na realidade jurídica brasileira, desde que sejam resguardadas todas as garantias fundamentais previstas no Texto Constitucional, destacando-se nesse rol o inciso XXXV do artigo 5º da CF/88, o qual afirma que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1988).

Destarte, é possível corroborar que a desjudicialização é uma tecnologia que pode ser utilizada para efetivar, não só o acesso à justiça, mas todas as garantias fundamentais, desde que sejam elaboradas leis de modo prudente e que resguardem, terminantemente, os direitos processuais elencados pela Constituição Federal. A desjudicialização, se utilizada de modo correto, constitui-se um dispositivo tão importante quando os meios equivalentes à jurisdição estatal da gestão de conflitos na efetivação do acesso à justiça e demais garantias.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 é conhecida popularmente como Constituição Cidadã, em função da grande previsão de garantias fundamentais e de suas estruturas fortemente assentadas nos princípios basilares dos direitos humanos universalizados. Após analisar as diversas correntes filosóficas que buscam explicar o conceito de Direito, opta-se, para esta investigação acadêmica, pela teoria de Alexy sobre os direitos fundamentais, funcionando esses na esfera dúplice de norma e de princípio. Adota-se, ainda, a concepção de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o que deve ser realizado, inclusive, na esfera privada.

Dentre os direitos fundamentais previstos, o acesso à justiça se mostra como um importante elemento na consolidação de demais garantias, posto que serve como mecanismo da gestão de vários direitos privados e coletivos. Esse direito fundamental, conforme tratado nessa pesquisa acadêmica, além de garantir o Poder Judiciário como mecanismo de apreciação de pleitos, busca ampliar os métodos de sua efetivação por meio de metodologias equivalentes da gestão de conflitos, como a mediação, conciliação e arbitragem, bem como a desjudicialização de demandas. Busca-se, pois, no sentido de efetivação do acesso à justiça em sentido amplo, possibilitar o gerenciamento de demandas pelos diversos meios, devendo cada demanda se enquadrar no método mais adequado, a depender de suas características.

Com a finalidade de verificar a aplicabilidade do acesso à justiça (em sentido amplo) no ordenamento jurídico brasileiro, optou-se por utilizar a usucapião extrajudicial como caso de análise teórica e empírica, dado que foi o mais recente exemplo de desjudicialização. Ao considerar o acesso à justiça como garantia fundamental em sentido amplo, foram analisadas as teorias processuais contemporâneas que estudam e procuram explicar o Direito Processual, dentre as quais Teoria Instrumentalista e o Modelo Constitucional de Processo.

Verificou-se, com base nas teorias elencadas e com respaldo na pesquisa empírica realizada, que a desjudicialização, especificamente da usucapião de bem imóvel, não promove a efetividade do pleno exercício do acesso à justiça, como garantia fundamental da gestão de demandas por mecanismos diversos. No que pese à Teoria Instrumentalista, restou demonstrado que essa não se mostra

adequada para implementar as garantias fundamentais processuais, uma vez que o processo concebido por essa corrente teórica limita a aplicação e compreensão desse instituto aos escopos políticos, sociais e jurídicos que devem ter o processo, não atribuindo aos direitos fundamentais, especialmente os processuais, a relevância necessária no desenvolvimento de uma demanda.

Portanto, com calço na Teoria Instrumentalista, é possível constatar que a desjudicialização é efetiva no alcance do acesso à justiça por cumprir os escopos teóricos elaborados pelo sistema, o que foi corroborado pelos dados fornecidos por 71 cartórios de registro de imóveis, que informaram a média de demandas de usucapião extrajudicial ser de 1 processo por ano. Com as estatísticas fornecidas pela pesquisa empírica, verifica-se que a quantidade de demandas em tramitação fora do Poder Judiciário, apesar de mínima, se pouco eficiente em ampliar as vias de efetivação do acesso à justiça com base na interpretação instrumentalista do processo.

Diferente conclusão é obtida com a adoção do modelo constitucional de processo, pois essa teoria concebe o processo como atos procedimentais concatenados em que há efetivo e paritário contraditório, em conformidade com as garantias fundamentais processuais, não se valendo de escopos sociais ou políticos para a validação ou eficácia do processo. Assim, amparada pela teoria do modelo constitucional, a desjudicialização se mostra efetiva na realização do acesso à justiça em sentido amplo, dado que, juntamente com a jurisdição estatal e os meios equivalentes da gestão de conflitos, proporciona uma ampliação dos métodos de gerenciamento dos pleitos e, consequencialmente, possibilita o acesso à justiça de maneiras variadas e, por vezes, mais adequado.

Ocorre que, ao analisar os dados empíricos no tocante à pesquisa realizada, foi possível averiguar que todos os cartórios negam a concessão de gratuidade de taxas e emolumentos prevista aos hipossuficientes, tanto como garantia fundamental da Constituição Federal/88, quanto no CPC/2015. Ao negar a concessão desse direito fundamental, a execução do acesso à justiça no âmbito da desjudicialização de mostra parcialmente eficaz, pois, na prática, não há utilização efetiva dos direitos fundamentais de modo imediato no tocante às demandas desjudicializadas.

É importante registrar o fato de que o entendimento de acesso à justiça em sentido amplo não se mostra eficaz se restar resguardada, no âmbito dos direitos processuais, a utilização desses de modo pleno somente por meio do Poder Judiciário. Para incorporar ao conceito de acesso à justiça os métodos diversos à intervenção estatal na gestão de demandas, é imperioso que esses possam ser processados utilizando todas as garantias fundamentais, sob pena de inefetividade ou parcial efetividade do acesso à justiça.

Portanto, diante a justificativa demonstrada para esta pesquisa acadêmica, é possível concluir que a realização do acesso à justiça por meio da desjudicialização seja inefetiva, se adotada a Teoria Instrumentalista, e efetiva se a compreensão de processo for dada pelo Modelo Constitucional de Processo na esfera teórica. Por fim, foi possível concluir, com base na pesquisa empírica realizada que, pragmaticamente, a desjudicialização da usucapião de bem imóvel foi parcialmente efetiva na execução do acesso à justiça, pois a experiência do Estado do Ceará demonstrou claramente que as garantias fundamentais não são resguardadas de modo integral no processamento extrajudicial.

Finalmente, acredita-se que se mostra oportuna uma pesquisa empírica em maior escala, proporcionando que o debate se estenda com os dados de todos os cartórios de registro de imóveis do Brasil, com a finalidade de aprimorar a aplicabilidade das teorias processuais. Verifica-se de suma importância, ainda, o levantamento de dados concernentes à quantidade de demandas sobre usucapião em tramitação no período anterior e posterior à vigência do CPC/2015, o que não foi possível obter por ausência de informações acessíveis pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, bem como pela ausência dessa pormenorização pelos dados fornecidos nas edições do *Justiça em Números* do Conselho Nacional de Justiça.

Além de uma pesquisa empírica quantitativa com maior alcance, demonstra-se necessária, em conjunto, uma realização de pesquisa empírica qualitativa, objetivando o esclarecimento dos casos em que há desvio-padrão, como foi o caso da comarca de Varjota. Acredita-se, ainda, que uma pesquisa qualitativa se prove útil para demonstrar situações como a investigada pela presente pesquisa, a qual descobriu a inaplicabilidade da concessão de gratuidade aos hipossuficientes pelos cartórios de registros de imóveis.

Por fim, constatou-se que a desjudicialização, juntamente com o Poder Judiciário e os métodos equivalentes à jurisdição de gerenciamento de demandas é uma importante tecnologia de efetivação do acesso à justiça, seja nos casos em que há grande adesão como as demandas que versam sobre o direito de família ou, como no caso da usucapião, em que a procura se mostrou pequena. Propõe-se, assim, a implementação de todas as garantias fundamentais previstas para o processamento das demandas, independentemente do método escolhido pelas partes, devendo o Estado regulamentar, imediatamente, as pendências legislativas que existam.

Preconiza-se, a título de conclusão da presente pesquisa, a possibilidade de redução da competência exclusiva do Poder Judiciário em processar pleitos individuais que envolvam direitos disponíveis, uma vez que há necessidade de uma ampliação do acesso à justiça, o qual poderá ser efetivado adequadamente por diversos meios de gestão de demandas. No entanto, é importante que, ao optar pela desjudicialização, seja realizada uma análise completa sobre a demanda que receberá essa medida com a finalidade de evitar a criação de uma legislação desjudicializante imprudente podendo, inclusive, obstaculizar garantias fundamentais, como é o caso da não concessão de gratuidade para o processamento da usucapião extrajudicial.

De modo a ampliar o emprego da desjudicialização para as mais diversas modalidades de processamento de demandas, desde que não haja litígio, não se trata de direito indisponível e nem envolva menor ou incapaz. Sugere-se, como exemplo de uma demanda que pode ser desjudicializada, a tramitação no âmbito administrativo das execuções, sejam elas de caráter civil ou fiscal, considerando que essas são as espécies de processos com maior volume e maior demora que se desenvolvem por meio Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Trad. Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. São Paulo: Landy Ed., 2005.

ALMEIDA, Tânia. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. **Mediação de conflitos**: novo paradigma de acesso à Justiça. Belo Horizonte: Fórum., p. 85, 2013.

ALMEIDA, Tânia. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. **Mediação de conflitos**, p. 93, 2013.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni**. Milano: Giappichelli, 1990.

ARAÚJO, Thicianna da Costa Porto. Acesso à justiça e a efetividade do processo. **TEMA-Revista Eletrônica de Ciências (ISSN 2175-9553)**, v. 8, n. 12, 2009.

ARGUELHES, Diego Weneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v., n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 47.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 90, p. 69-170, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, p. 31-63, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 13, p. 17-32, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. **Direito**, v. 1, n. 8, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. Rev. São Paulo: Malheiros, 2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; DE ALMEIDA, Guilherme Assis. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2005.

BORGES NETO, José Maria de Moraes; COLÁCIO, José Eduardo Barroso; BEDÊ, Fayga Silveira. A baixa incidência de pesquisa empírica e a cultura manualesca como obstáculos para o desenvolvimento do direito. **Direito e Desenvolvimento**, v. 8, n. 2, p. 247-260, 2017.

BRASIL, **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL, **Estatísticas do Registro Civil 2016**. IBGE, 2017. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2016_v43_informativo.pdf> Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL, **Lei 5.869 de 31 de janeiro de 1973a (Código de Processo Civil)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm> Acesso em: 31 ago. 2018.

BRASIL, **Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973b (Lei de Registros Públicos)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm> Acesso em: 31 ago. 2018.

BRASIL, **Lei nº 13.140, de 11 de julho de 2017b**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm#art7> Acesso em: 01 set. 2018.

BRASIL, **Lei nº 13.465, de 26 de junho de 2015b**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 15 set. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2018: ano-base 2017^a**. Brasília: CNJ, 2018b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>> Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução nº 510 de 07 de abril de 2016**. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/reso510.pdf>> Acesso em: 01 set. 2018.

BRASIL. **Consolidação Normativa Notarial e Registral no Estado do Ceará**. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Disponível em: <<http://corregedoria.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2018/06/CNNR-atual-27.08.18.pdf>> Acesso em: 11 set. 2018.

BRASIL. Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Ceará. **Provimento n. 9/2018**. Disponível em: <<http://esaj.tjce.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=8&nuDiario=1898&cdCade rno=1&nuSeqpagina=26>> Acesso em: 07 ago. 2018a.

BRASIL. **Lei 8.951 de 13 de dezembro de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCiViL_03/LEIS/L8951.htm#art1> Acesso em: 07 de ago. 2018.

BRASIL. **Lei complementar nº 80 de 12 de janeiro de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm> Acesso em: 12 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 1.060 de 5 de fevereiro de 1950**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1060.htm> Acesso em 12 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.931 de 02 de agosto de 2004**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm> Acesso em: 09 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm> Acesso em: 09 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.441 de 04 de janeiro de 2007**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm> Acesso em: 09 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 09 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.560 de 29 de dezembro de 1992**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm> Acesso em: 09 ago. 2017.

BRASIL. **População brasileira passa de 207,7 milhões em 2017** in: IBGE. 2017b. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/08/populacao-brasileira-passa-de-207-7-milhoes-em-2017>> Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. **Projeto de lei nº 2412/2007**. Régis de Oliveira. Brasília, apresentado em 12/11/2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=376419>> Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. **Projeto de lei nº 5080/2009**. Poder Executivo. Brasília, apresentado em 20/04/2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=431260>> Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Senado Federal. Constituição federal de 1988. **Fonte: Planalto. gov. br: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm**, 1988a. Acesso em: 09 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: REsp 1361226 - MG 2013/0001207-2. Relator: Ministro Ricardo Vilas Bôas. DJe: 09/08/2018. **Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequ>>

encial=1717029&num_registro=201300012072&data=20180809&formato=PDF>
Acesso: 01 set. 2018.

BÜLOW, Oskar; LICHTSCHEIN, Miguel Angel Rosas. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

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

CAPPELLI, Sílvia. Desformalização, desjudicialização e autorregulação: tendências no direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, v. 63, p. 69-99, 2011.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. São Paulo: Editora del Rey, 2004.

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de; LIMA, Renata Albuquerque. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 13, n. 17, p. 11-23, 2015.

CAVALCANTI, Ricardo Henrique Silva de Sá; BEDÊ, Fayga Silveira. O Direito é ciência e a Terra é plana: investigação sobre a natureza do conhecimento jurídico, implicações e desdobramentos. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 12, n. 16, p. 339, 2014.

CICCO, Cláudio de. **História do pensamento jurídico e da Filosofia do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos de derecho procesal civil**. Director, 2006.

CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Pesquisa empírica em direito in: **Anais do I Encontro de pesquisa empírica em Direito**. Rio de Janeiro: IPEA. 2013.

DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: inconstitucionalidades e excessos argumentativos—Trafegando na contramão da doutrina. **Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte**, v. 24, n. 93, p. 149-168, 2016.

DIAS NETO, P. M. de. V.; FURTADO, E. T. . Reflexões acerca do fenômeno de constitucionalização do processo civil mediante a análise das normas fundamentais regidas pelo novo código processual (Lei 13.105/2015). In: SILVA FILHO, Arnaldo Coelho da; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo; OLIVEIRA JÚNIOR, Vicente de Paulo Augusto de (orgs.). (Org.). **O novo Direito Processual Civil brasileiro: estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha**. 1ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, v. , p. 69-96.

DIAS, João Paulo; PEDROSO, João. As profissões jurídicas entre a crise e a renovação: o impacto do processo de desjudicialização em Portugal. In: **Oficina do CES**. Centro de Estudos Sociais, 2002. p. 1-43.

DIAS, João Paulo; PEDROSO, João. As profissões jurídicas entre a crise e a renovação: o impacto do processo de desjudicialização em Portugal. In: **Direito e Democracia**. ULBRA, 2002. p. 281-324.

DIAS, Maria Berenice. Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?, 2013. **IBDFAM**. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20Maria%20Berenice.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, parte geral, e processo de conhecimento**. 18. Ed. Rev. Ampl. Salvador: Editora Jus Podivm. 2016.

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

DUARTE, Dayne Karla Barros de Farias; DIAS JÚNIOR, José Armando Ponte. O Poder Judiciário como legislador positivo atípico. **Revista do Direito Público**, v. 8, n. 3, p. 131-166. 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald; RIOS, Gildo. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESTEVES, João Luiz Martins. Cidadania e judicialização dos conflitos sociais. **Revista do Direito Público**, v. 1, n. 2, p. 41-54, 2006.

FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. **A desjudicialização do processo executivo português como um possível modelo para o processo de execução brasileiro**. 2014. Dissertação de Mestrado. Portugal: Universidade de Coimbra.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Bookseller, 2006.

FERREIRA, Aluísio Henrique; CALIMAN, Elaine Valéria. A arbitragem no processo do trabalho. **Revista F@pciência**, Apucarana-PR, ISSN 1984-2333, v.3, n. 3, p. 30 – 40, 2009.

FISHER, Roger; URY, William L.; PATTON, Bruce. **Getting to yes: Negotiating agreement without giving in**. Penguin, 2011.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalheite. 42. ed. Petrópolis, RJ : Vozes, 2014.

FRIEDE, Reis. Considerações sobre o juspositivismo. **Revista Direito em Debate**, v. 26, n. 48, p. 84-116, 2017.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoria General del Proceso**. Barcelona: Editorial Labor, 1936, p. 14-23. 9 Idem, p. 43-63.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro v. 5 - Direito das Coisas**. Editora Saraiva, 2018.

GOUVEIA, Daniel Otávio Genaro; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Organização dos poderes e suas funções típicas e atípicas segundo a Constituição Federal de 1988. **ETIC- Encontro de iniciação científica-ISSN 21-76-8498**, v. 4, n. 4, 2008.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Novos estudos jurídicos**, v. 7, n. 14, 2008.

GUERRERO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015

HABERMAS, Jürgen; SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Hebert L. A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HASSAN, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização: Entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília. Ano 50, n. 199, jul/set, p. 25-33. 2013.

HOLANDA, Aurélio Buarque de et al. **Dicionário Aurélio**. Salvador: Positivo Editora, 2010.

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>> Acesso em 28 ago.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. **Coimbra, Armélio Amado**, 1998.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEITÃO, André Studart; DIAS, Eduardo Rocha; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. Paternalismo: uma ideia viável?. **Direito e Desenvolvimento**, v. 8, n. 1, p. 273-288, 2017.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Los tiempos hipermodernos**. Anagrama, 2016.

LISBOA, Daniel. Em busca da Celeridade Perdida-A declaração de Ofício da Prescrição. **Revista Justiça do Trabalho. Porto Alegre**, n. 268, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Conselho Nacional de Justiça. **Divórcio e separação consensuais extrajudiciais. Fev/2007**. Disponível em: <
<http://www.cnj.jus.br/agencia-cnj-de-noticias/artigos/13313-divorcio-e-separacao-consensuais-extrajudiciais>> Acesso em: 08 set. 2018.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**; tradução: Ricardo Corrêa Barbosa. 12^a ed. - Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009, p. 98-107.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARDEN, Carlos. **A Razoável Duração do Processo**: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual. Curitiba: Juruá, 2015.

MARDEN, Carlos. Processo (constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do estado democrático de direito. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 10, n. 14, p. 24-41, 2012.

MARDEN, Carlos; DE MORAIS, Jose Luis Bolzan. Objetivos do milênio e democracia construtiva: os direitos fundamentais como elementos constitutivos do Estado Democrático de Direito. **Revista Opinião Jurídica**, v. 14, n. 18, p. 119-143, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreria. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 8, p. 131-142, 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**-Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998.

MONEBHURRUN, Nitish. **Manual de Metodologia Jurídica**-Técnicas para argumentar em textos jurídicos. Editora Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. Ed. 24. São Paulo: Atlas, 2005.

MORCHÓN, Gregorio Robles. **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual**. Civitas, 1997.

NÓBREGA, Adriano César Oliveira. TORRES FILHO, Celso Marins. A inocorrência de prescrição na ação civil pública enquanto regra geral. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI. **Anais**-Salvador/BA, p. 156-173, 2018.

OLIVEIRA SOBRINHO, Afonso Soares de; ARAÚJO FILHO, Clarindo Ferreira Araújo. A crise do estado e a desjudicialização: entre o imobilismo e a busca por uma ordem jurídica justa. Acesso à Justiça I. In: XXV Encontro Nacional do CONPEDI – **Anais**-Brasília. 2016.

PEDROSO, João. **Percurso (s) da (s) reforma (s) da administração da justiça- uma nova relação entre o judicial e o não judicial**. 2002. Disponível em: <[https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/11044/1/Percurso\(s\)%20da\(s\)%20reforma\(s\)%20da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20da%20justi%C3%A7a.pdf](https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/11044/1/Percurso(s)%20da(s)%20reforma(s)%20da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20da%20justi%C3%A7a.pdf)> Acesso em: 10 out. 2018.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. **Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais/Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2001.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direitos Reais**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. p. 369. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. 3. Edição. **Revisão Técnica: Álvaro de Vitta. São Paulo: Martins Fontes**, 2008.

RESENDE, Antônio José. Conceito e evolução histórica do direito natural. **Revista jurídica**, Universidade Federal de Santa Catarina, v. 3, n. 3, 2016.

RESNIK, Judith. **Uncovering, disclosing, and discovering how the public dimensions of court-based processes are at risk**. Chi.-Kent L. Rev., v. 81, p. 521, 2006.

REZENDE DE ALMEIDA, Diogo A.; PANTOJA, Fernanda Medina. Natureza da mediação de conflitos. In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: JusPodivm, 2016.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização: entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. **Revista de Informação Legislativa**, p. 25-33. Ano 50 Número 199 jul./set. 2013.

ROBLES, Gregório. **Los Derechos fundamentales y la ética em la sociedade actual**. Madrid: Editora Civitas.1992.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Editora del Rey, 2004.

SALES, Lilia Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. *Mediação e Conciliação Judicial: A Importância da Capacitação e de seus desafios*. **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, v. 35, n. 69, p. 255-280, 2014.

SANDER, Frank. **Varieties of dispute processing**. Minnesota: West Publishing, 1979, p. 65/87.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Livraria do Advogado Editora, 2018. Disponível em: < <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=zERPDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT10&dq=ingo+sarlet&ots=9rfz7IJyiE&sig=r2DcTzbhglyY26hr8cl62lbvRNI#v=onepage&q=ingo%20sarlet&f=false>> Acesso em: 09 out. 2018.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SGARBI, Adrian. Hans Kelsen. **Ensaio introdutório (2001-2005)**, v. 1, 2007.

SILVA, Érica Barbosa. *Conciliação judicial*. Brasília: **Gazeta Jurídica**, 2013.

SOUZA, Claudete de. Resenha crítica - o império do direito. **Revista do Curso de Direito**, Universidade Metodista de São Paulo. v. 14, n. 14, p. 133-142.

STRECK, Lenio Luiz; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz; TRINDADE, André Karam. O “cartesianismo processual” em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 18, n. 1, p. 5-22, 2013.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2016.

TENENBLAT, Fábio. Limitar o acesso ao poder judiciário para ampliar o acesso à justiça. **Revista CEJ**, v. 15, n. 52, 2011.

VARGA, Caio Amuri. **Desjudicialização das execuções fiscais tributárias como medida de auxílio ao descongestionamento do poder judiciário**. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: **Revista de Processo**. 2011. Disponível em:
<<http://portal.tj.sp.gov.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>> Acesso em: 17 jul. 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Processo costituzionale**. Milano: D. A. Giuffrè, 1989.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 17, n. 2, p. 237-253, 2012.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Os meios alternativos de resolução de conflitos e a democratização da justiça. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 5, n. 1, 2012.

APÊNDICE A

Amostragem reduzida da pesquisa empírica realizada nos cartórios de registro de imóveis

FORTALEZA

1. Quantas solicitações envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram processadas desde 18 de março de 2016?

Resp: 03

2. Quantas processos envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram concluídos desde 18 de março de 2016?

Resp: 0

3. Quantas processos envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram deferidos desde 18 de março de 2016?

Resp: 0

4. Qual o prazo de conclusão de processos envolvendo reconhecimento de Usucapião Extrajudicial?

Resp: Para análise dos documentos atendemos o prazo legal de 15 dias. Para o registro do ato a previsão esta no art. 770-J do Prov. 08/2014 da CGJ do TJ/CE.

5. Quantos processos envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram indeferidos e remetidos à Justiça Comum desde 18 de março de 2016?

Resp: 0

6. Quais os principais motivos de indeferimento de reconhecimento da Usucapião Extrajudicial?

Resp: Como nenhum foi indeferido não é possível informar os motivos dos indeferimentos.

7. O Cartório possui algum tipo de isenção de custas para a pessoa que se declara hipossuficiente? Em caso positivo, como funciona a concessão da gratuidade?

Resp: A gratuidade é concedida conforme legislação vigente para aqueles que se enquadram no benefício, desde que façam a devida comprovação.

8. Qual o custo médio do reconhecimento de Usucapião Extrajudicial pelo cartório?

Resp: A cobrança dos atos está prevista no Art. 770-P do Prov. 08/2014 da CGJ do TJ/CE. Aplicando-se, para tanto, os valores previstos na Tabela VII, constante na Portaria 206/2017, publicada no dia 09/02/2017 no Diário da Justiça.

Pesquisa Empírica
Cartórios de Registro de Imóveis

MARACANAÚ

1. Quantas solicitações envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram processadas desde 18 de março de 2016?

Resp: No cartório de registro de imóveis, nenhum. Contudo, já foram lavradas 5 atas notariais para essa finalidade no tabelionato de notas, que também é atribuição da serventia.

2. Quantas processos envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram concluídos desde 18 de março de 2016?

Resp: Nenhum

3. Quantas processos envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram deferidos desde 18 de março de 2016?

Resp: Nenhum.

4. Qual o prazo de conclusão de processos envolvendo reconhecimento de Usucapião Extrajudicial?

Resp: Considerando os prazos de resposta dos ofícios e publicação de editais, aproximadamente 6 meses.

5. Quantos processos envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram indeferidos e remetidos à Justiça Comum desde 18 de março de 2016?

Resp: Nenhum.

6. Quais os principais motivos de indeferimento de reconhecimento da Usucapião Extrajudicial?

Resp: Apesar das respostas acima não apontarem nenhum processo na serventia, os motivos principais são: os custos elevados, a regulamentação trazida pelos provimentos 3/16 e 17/2017, ambos da CGJ/CE, a incerteza pelo deferimento ou indeferimento e a insegurança dos delegatários em decidir sobre a aquisição da propriedade.

7. O Cartório possui algum tipo de isenção de custas para a pessoa que se declara hipossuficiente? Em caso positivo, como funciona a concessão da gratuidade?

Resp: Os cartórios são remunerados pelos serviços que prestam, através da remuneração pelo usuário do serviço. Diferentemente do Registro Civil, os tabelionatos e registros de imóveis não recebem subsídios ou valores do Poder Público com a finalidade de absorver a gratuidade.

8. Qual o custo médio do reconhecimento de Usucapião Extrajudicial pelo cartório?

Resp: Aproximadamente 5 mil reais, a depende do valor do imóvel (Avaliação Prefeitura).

Pesquisa Empírica
Cartórios de Registro de Imóveis

SOBRAL

1. Quantas solicitações envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram processadas desde 18 de março de 2016?

UMA

2. Quantas processos envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram concluídos desde 18 de março de 2016?

NENHUM

3. Quantas processos envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram deferidos desde 18 de março de 2016?

NENHUM

4. Qual o prazo de conclusão de processos envolvendo reconhecimento de Usucapião Extrajudicial?

NENHUM

5. Quantos processos envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram indeferidos e remetidos à Justiça Comum desde 18 de março de 2016?

NENHUM

6. Quais os principais motivos de indeferimento de reconhecimento da Usucapião Extrajudicial?

NENHUM

7. O Cartório possui algum tipo de isenção de custas para a pessoa que se declara hipossuficiente? Em caso positivo, como funciona a concessão da gratuidade?

NÃO

8. Qual o custo médio do reconhecimento de Usucapião Extrajudicial pelo cartório?

NÃO HÁ CUSTO MÉDIO

Pesquisa Empírica
Cartórios de Registro de Imóveis

CAUCAIA

1. Quantas solicitações envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram processadas desde 18 de março de 2016?

04 pedidos de usucapião extrajudicial.

2. Quantas processos envolvendo matéria de Usucapião foram concluídos desde 18 de março de 2016?

Nenhum.

3. Quantas processos envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram deferidos desde 18 de março de 2016?

02 estão em andamento.

4. Qual o prazo de conclusão de processos envolvendo reconhecimento de Usucapião Extrajudicial?

Não temos essa informação.

5. Quantos processos envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram indeferidos e remetidos à Justiça Comum desde 18 de março de 2016?

Nenhum

6. Quais os principais motivos de indeferimento de reconhecimento da Usucapião Extrajudicial?

Não atender aos requisitos dos provimentos do TJ-CE e CNJ.

7. O Cartório possui algum tipo de isenção de custas para a pessoa que se declara hipossuficiente? Em caso positivo, como funciona a concessão da gratuidade?

Estamos no aguardo das orientações do TJ-CE com relação a algum tipo de isenção por enquanto seguimos o procedimento determinado pelo provimento.

8. Qual o custo médio do reconhecimento de Usucapião Extrajudicial pelo cartório?

Não existe um custo médio, o provimento orienta a forma de cobrança.

Pesquisa Empírica
Cartórios de Registro de Imóveis

MILAGRES

1. Quantas solicitações envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram processadas desde 18 de março de 2016?

Resposta: Nenhuma.

2. Quantas processos envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram concluídos desde 18 de março de 2016?

Resposta: Nenhum.

3. Quantas processos envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram deferidos desde 18 de março de 2016?

Resposta: Nenhum.

4. Qual o prazo de conclusão de processos envolvendo reconhecimento de Usucapião Extrajudicial?

Resposta: Não sabemos ainda, tendo em vista que ninguém se interessou pela modalidade de usucapião extrajudicial até a data de hoje.

5. Quantos processos envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram indeferidos e remetidos à Justiça Comum desde 18 de março de 2016?

Resposta: Nenhum.

6. Quais os principais motivos de indeferimento de reconhecimento da Usucapião Extrajudicial?

Resposta: Não sabemos ainda, tendo em vista que ninguém se interessou pela modalidade de usucapião extrajudicial até a data de hoje.

7. O Cartório possui algum tipo de isenção de custas para a pessoa que se declara hipossuficiente? Em caso positivo, como funciona a concessão da gratuidade?

Resposta: Não sabemos ainda, tendo em vista que ninguém se interessou pela modalidade de usucapião extrajudicial até a data de hoje.

8. Qual o custo médio do reconhecimento de Usucapião Extrajudicial pelo cartório?

Resposta: Não sabemos ainda, tendo em vista que ninguém se interessou pela modalidade de usucapião extrajudicial até a data de hoje.

Pesquisa Empírica
Cartórios de Registro de Imóveis

NOVO ORIENTE

1. Quantas solicitações envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram processadas desde 18 de março de 2016?

04 desde o dia 25/07/2016

2. Quantas processos envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram concluídos desde 18 de março de 2016?

03 já foram concluídos

3. Quantas processos envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram deferidos desde 18 de março de 2016?

04 desde o dia 25/07/2016

4. Qual o prazo de conclusão de processos envolvendo reconhecimento de Usucapião Extrajudicial?

90 dias desde a data da ata notarial

5. Quantos processos envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram indeferidos e remetidos à Justiça Comum desde 18 de março de 2016?

01

6. Quais os principais motivos de indeferimento de reconhecimento da Usucapião Extrajudicial?

Interesse social do Município sobre a área usucapida

7. O Cartório possui algum tipo de isenção de custas para a pessoa que se declara hipossuficiente? Em caso positivo, como funciona a concessão da gratuidade?

Sim, de acordo com os programas sociais do governo.

8. Qual o custo médio do reconhecimento de Usucapião Extrajudicial pelo cartório?

Aproximadamente R\$ 2.300,00 nesta comarca.

Pesquisa Empírica
Cartórios de Registro de Imóveis

VARJOTA

1. Quantas solicitações envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram processadas desde 1ASSO8 de março de 2016?

Ocorreram 15(quinze) solicitações de usucapião.

2. Quantas processos envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram concluídos desde 18 de março de 2016?

Foram concluídos 12 (doze) processos.

3. Quantas processos envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram deferidos desde 18 de março de 2016?

Foram deferidos 12 (doze)

4. Qual o prazo de conclusão de processos envolvendo reconhecimento de Usucapião Extrajudicial?

O prazo de conclusão é de aproximadamente 03(três) meses.

5. Quantos processos envolvendo matéria de Usucapião Extrajudicial foram indeferidos e remetidos à Justiça Comum desde 18 de março de 2016?

Nenhum processo foi indeferido.

6. Quais os principais motivos de indeferimento de reconhecimento da Usucapião Extrajudicial?

Não houve.

7. O Cartório possui algum tipo de isenção de custas para a pessoa que se declara hipossuficiente? Em caso positivo, como funciona a concessão da gratuidade?

Não há isenção.

8. Qual o custo médio do reconhecimento de Usucapião Extrajudicial pelo cartório?

O custo é de acordo com o valor do imóvel.