

DIREITO CIVIL ATUAL

## Ideias para o Judiciário brasileiro em tempo de pandemia — parte II

21 de abril de 2020, 8h00

Por Flávio Luiz Yarshell e Heitor Vitor Mendonça Sica

Para ler a primeira parte deste artigo, clique [aqui](#).

Prosseguindo na busca de ideias, tem-se que, tão indesejável quanto impor prévia conciliação ou mediação como condição para o pleito de decisões adjudicadas é tentar conter o acesso ao Judiciário mediante o aumento da taxa judiciária; quer para o ingresso inicial, quer para recursos.

Num momento em que a Economia (não só do país, mas do mundo) sofre graves e inevitáveis abalos, encarecer o custo de acesso ao Judiciário, a pretexto de evitar o respectivo caos, seria ética e moralmente inaceitável. Pior: criar barreiras econômicas ao ingresso em juízo poderia ter um efeito contrário ao desejado: isso poderia estimular o inadimplemento, na aposta de que o credor prejudicado teria dificuldades de ir a juízo. Então, estimular o jurisdicionado a buscar soluções consensuais, dando-lhe instrumentos para tanto, é uma coisa; criar óbices econômicos para o acesso ao Judiciário, tanto mais neste momento, seria desleal por parte do Estado.

Por outro lado, forçoso dizer que eventual facilitação do acesso, mediante a concessão de gratuidade, também deve ser vista com um grão de sal. O tema é delicado e exige ponderação.

É mesmo de se esperar que, num momento como esse, justamente por conta dos efeitos econômicos perversos, cresçam os pleitos de gratuidade, quer por pessoas físicas, quer por jurídicas. Indeferi-los pode significar simplesmente denegação de justiça; deferi-los pode não apenas criar um aumento do número de processos, mas eventualmente desestimular as soluções negociadas. Este é o ponto mais importante a considerar: a gratuidade, sem embargo do relevante papel que desempenha no acesso à Justiça, pode acabar sendo um incentivo para



demandas frívolas e/ou abusivas. Mas, mesmo em relação a demandas fundadas, volta-se ao ponto já tratado: se o sistema quer fomentar as soluções consensuais, ele precisa agir de forma coerente. Criar incentivo à litigância baseada na busca de soluções adjudicadas é contraditório com aquele objetivo. Portanto, ao lado da (desde sempre) exigível cautela ao se analisar um pleito de gratuidade, uma ideia, como forma de incentivar soluções consensuais, seria a de adotar a sugestão feita na primeira parte deste texto: a exigência da taxa judiciária ficar sobrestada até o momento em que as partes, estimuladas a buscar conciliação e mediação, efetivamente assumam o caminho rumo a decisões adjudicadas.

De todo modo, ainda em tema de taxa judiciária, existe a possibilidade de eventual diferimento; no que naturalmente se inclui prerrogativa (por ideia de continência) de eventual parcelamento de valores. Para efeito recursal, há a fórmula da proporcionalização balizada pelos limites da pretensão recursal. Deve-se ainda efetivamente aplicar de forma mais frequente a ainda desconhecida “gratuidade parcial”, introduzida pelo inovador artigo 98, parágrafo 5º, do CPC. Todos são expedientes para tentar conciliar o aspecto econômico do processo e a garantia que ele representa.

Outra forma de desincentivo econômico que deve ser evitada neste momento é a exacerbação de sanções processuais de natureza pecuniária.

Em qualquer circunstância, deve-se repugnar a contenção da litigiosidade mediante o emprego desse mecanismo, cujo objetivo não é o de conter o acesso ao Judiciário, mas sim o de sancionar a litigância desleal e ímproba. Na atual conjuntura, a tentação de rechaçar uma espécie de parasitismo, materializado em demandas infundadas, pode ser grande. Mas, é preciso serenidade: o momento é compreensivelmente gerador de temores e até mesmo de ansiedades. Como advertido no trabalho anterior, separar o joio do trigo, identificar o nexo causal entre efeitos da pandemia e equilíbrio do contrato, não comprometer a segurança jurídica em nome de circunstâncias que, embora difíceis, tendem a ser passageiras, tudo isso, enfim, é uma tarefa difícil. Simplificar essa complexa realidade pela pura e simples rotulação da má-fé — e pela imposição de multas — não é decididamente o mais aconselhável. Isso evidentemente não significa que, quando consistentemente detectada, a conduta eticamente reprovável seja sancionada, de forma proporcional.

No campo probatório, talvez a crise leve os agentes econômicos e seus advogados a dar maior atenção à antecipação da prova sem o requisito da urgência, tal como regulada pelos incisos II e III do artigo 381 do CPC. Saber se o emprego dessa medida representa um incentivo às soluções consensuais ainda é, por incrível que pareça, uma interrogação.

De um lado, é inegável que a adoção de estratégias depende em boa medida do acesso à informação, que a investigação contida na prova assim produzida é apta a proporcionar. Esperar que soluções consensuais sejam obtidas apenas a partir de consciência cívica, isso sim seria ingenuidade. Portanto, o sistema pode e deve oferecer ferramentas para que as partes possam avaliar seus riscos, suas chances e seus encargos, na perspectiva da busca de uma solução adjudicada do litígio. O incentivo econômico, nesse caso, pode não apenas residir nesse aspecto indireto, mas também na perspectiva de que, em muitos casos, inverter a lógica do sistema e começar pela prova pode ser uma solução menos arriscada e menos custosa. Para ilustrar, mesmo à míngua de números que respaldem a assertiva, há notícia de que após a reforma da legislação trabalhista — que criou reais ou potenciais encargos que antes o demandante não teria — cresceu o emprego da medida aqui tratada.

De outra parte, é preciso considerar que a prova tem um custo, cuja antecipação pode eventualmente funcionar como desestímulo. Eventualmente, esse investimento pode até mesmo se revelar desnecessário, a depender da regra do ônus da prova aplicável: nos casos em que milite presunção de certo fato em favor do demandante, a prévia certeza de atribuição do ônus da prova ao adversário pode levar simplesmente à irracionalidade (econômica e jurídica) de se adotar a estratégia de requerer prova antecipada. Se a isso for acrescido o benefício da gratuidade (que, em termos realistas, tende a eximir o demandante derrotado de encargos econômicos), a opção pela antecipação realmente pode se afigurar ilógica. Aliás, isso faz pensar no custo que pode estar contido na regra do CPC que atribui ao juiz a fixação do ônus da prova em cada caso: a incerteza sobre a regra de distribuição desse encargo é, quando menos, um fato que dificulta às partes o cálculo sobre o custo que está associado à produção da prova necessária à demonstração do fato favorável a cada qual.

Mais uma vez, a consideração dos *payoffs* decorrentes de uma outra ou de outra situação concreta poderá dizer se e em que medida vale a pena ingressar com a medida. De qualquer modo, a depender dos contornos da controvérsia (especialmente naquelas que envolvam prova pericial), a antecipação ainda parece ser uma forma de incentivar soluções consensuais e talvez o momento seja propício para expandir o emprego dessa medida no Judiciário, assim como para inaugurá-lo na arbitragem e para afastar definitivamente a ideia (que, por incrível que pareça, ainda remanesce ocasionalmente) de antecipar prova só mesmo se houver urgência.

Outro dado essencial na perspectiva econômica — tanto mais no atual momento — diz respeito à segurança que se possa ter a respeito da jurisprudência dos tribunais. No atual momento, esse ponto é particularmente desafiador.

Primeiro, pela tentação — de que já se falou no trabalho precedente — de que magistrados de primeiro grau ou relatores nos tribunais, diante do inusitado e da excepcionalidade da situação, empreguem juízos de equidade, quando eles são francamente excepcionais. Segundo, porque é preciso um tempo para a uniformização. E há aqui um paradoxo: se por um lado, a segurança depende de mensagens claras, uniformes e estáveis do Judiciário, de outro lado, a precipitação de órgãos superiores em fixar teses — antes que algum debate possa levar ao amadurecimento do problema e das soluções — pode também ser indesejável. Mas, é justamente essa potencial instabilidade que deve funcionar como incentivo às soluções consensuais, diante dos riscos que a imprevisibilidade das decisões judiciais pode trazer.

Finalmente, sob o aspecto econômico é fundamental que, nos limites do que permite a tecnologia, desde que observado o devido processo legal e com eventuais ressalvas decorrentes da natureza das coisas, o Judiciário, assim como os órgãos arbitrais, deem continuidade à atividade jurisdicional, em todos os seus graus.

Nesse particular, chega a ser paradoxal que processos eletrônicos — justamente aqueles que comportam trabalho à distância — venham a ser paralisados. Só se pode entender o apoio que entidades representativas de advogados deram a pleito de tal ordem na perspectiva de que, no momento inicial, havia grande incerteza sobre a solução de questões operacionais e práticas. Mas, agora com um relativo distanciamento, é possível afirmar que a ferramenta eletrônica pode e deve ser usada em toda — rigorosamente toda — sua potencialidade. É irracional interromper uma atividade que não dependa substancialmente de atuação presencial. Por isso, aplaude-se decisão do Conselho Nacional de Justiça que entendeu viável fluência de prazo para eventual oposição a julgamento virtual nos tribunais. Ora, se o prazo pode ser atendido mediante o emprego da ferramenta eletrônica e se o próprio julgamento há que se realizar por essa forma (um dos motivos, aliás, dos esforços do Judiciário com aparelhamento tecnológico), então seria irracional a paralisação. Do contrário, será lícito supor que terá havido algum desperdício de tempo e de recursos públicos na medida em que investimentos nos julgamentos virtuais, para este período, inegavelmente já ocorreram.

A confirmar essa assertiva, há inúmeras instituições privadas de mediação e arbitragem preparadas — com as mesmas ferramentas disponíveis ao Judiciário, a propósito — e dedicadas ao prosseguimento normal de sessões de mediação e em processos arbitrais, inclusive com a realização de audiências e sessões à distância. Para tanto, alguns avanços tecnológicos já possibilitam, inclusive, superar dificuldades com a perda do contato físico e da observação pessoal dos indivíduos participantes. Isso pode ser ilustrado pelo uso de câmeras dinâmicas (e não estáticas) para evitar que testemunhas sejam indevidamente orientadas ou

leiam roteiros previamente preparados; pelo investimento em imagem e som de alta definição para viabilizar a captação das formas não verbais de comunicação; ou, ainda, pela possibilidade de criação de salas virtuais privadas — tudo isso um campo de potencial emprego de negócio jurídico processual a bem dos escopos da jurisdição.

Assim, atos que normalmente eram praticados com a presença física das partes podem ser realizados agora mediante o emprego eficiente de ferramentas que, aliás e para ilustrar, têm permitido o regular prosseguimento das aulas dos cursos de graduação e de pós graduação da Faculdade de Direito da USP, com adesão maciça de professores e de alunos, com grande proveito. Até mesmo as avaliações — com as devidas adaptações — estão sendo aplicadas via plataforma digital. Aliás, o impressionante número de seminários baseados na web (*webinars*) é disso uma demonstração clara. Outro feliz exemplo dessa possibilidade de continuidade das atividades jurídicas é a realização de competições de arbitragem — bem ilustrado pelo primeiro *moot* virtual da história. Portanto, seguir nas atividades executáveis à distância é a resposta que se pode dar à sociedade, aos jurisdicionados e, em última instância, aos profissionais que, pela natureza de suas atividades, precisam se expor ao risco da contaminação dada a presença física.

Poderá haver problemas e necessidade de adaptação? Certamente. Poderá haver necessidade de investimentos adicionais? É possível. Mas, sobre isso se arrisca dizer que a comunidade jurídica — por exemplo as entidades que congregam advogados — provavelmente esteja aberta a dar uma contribuição. Mas, antes de tudo é preciso existir a vontade de superação e de adaptação à nova realidade. Todas as cortes precisam se adaptar para que os despachos com magistrados — de todos os graus — sejam feitos à distância; o que, aliás, já era feito há tempos pela ministra Nancy Andrichi, autêntica visionária. Sessões de julgamento com sustentação oral podem se adaptar a isso. Os jurisdicionados merecem o esforço e o Judiciário lhes deve essa resposta.

Enfim, são ideias que podem ou não ser aproveitadas. Mas, neste momento o importante é que haja um esforço concentrado, para que o sistema de justiça brasileiro — aí incluído o Judiciário — saia dessa situação difícil mais forte e prestigiado.

*\* Esta coluna é produzida pelos membros e convidados da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP, Humboldt-Berlim, Coimbra, Lisboa, Porto, Roma II-TorVergata, Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC, UFMT, UFBA, UFRJ e UFAM).*

Flávio Luiz Yarshell é advogado e professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Heitor Vitor Mendonça Sica é professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Revista **Consultor Jurídico**, 21 de abril de 2020, 8h00