
Cadernos ASLEGIS

ISSN 1677-9010 / www.aslegis.org.br

O Fenômeno da Desjudicialização

Eber Zoehler Santa Helena¹
Consultor de Orçamento e Fiscalização Financeira

¹ Coordenador de exame de adequação orçamentária e financeira da legislação permanente.

Dois leis editadas recentemente trouxeram a lume o fenômeno da desjudicialização das relações jurídicas com efetiva ou potencial litigiosidade. Primeiro, a Lei 10.931, de 10 de agosto de 2004, que além de regular matérias de direito real, como patrimônio de afetação e cédulas de crédito, introduziu em nosso ordenamento o processo extrajudicial de retificação registral imobiliária, secundada pela Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que veio atualizar nosso processo falimentar do empresário e da sociedade empresária, substituindo a concordata pela recuperação judicial e criando a recuperação extrajudicial, instituto paradigmático do fenômeno da desjudicialização.

DESJUDICIALIZAÇÃO E A REFORMA JUDICIÁRIA

Ao longo do século XX verificou-se intenso processo de judicialização com a transferência dos conflitos sociais para o judiciário, fortalecendo o ativismo judicial ao mesmo tempo em que as autoridades administrativas crescentemente adotaram procedimentos semelhantes aos judiciais. O surgimento de novos direitos difusos e coletivos, aliado a novos procedimentos judiciais permitiram a intensa invasão do direito na organização da vida social e política.^{2,3}

Se por um lado a judicialização trouxe avanços inestimáveis à cidadania, por outro carreou imenso volume de litígios para o Poder Judiciário e para o estado como ente provedor, sendo tal demanda judicial, em parte, causa da morosidade e conseqüente ineficácia do aparelho judiciário.

Nesse diapasão, a desjudicialização, é tema de suma importância para a plena, rápida e eficaz realização do Direito. A efetividade e celeridade na solução das pretensões resistidas é imanente à complexa sociedade moderna, como pode ser identificado no “novo” direito fundamental à celeridade na prestação jurisdicional e administrativa, agora expresso pelo art. 5º, LXXVIII, por força da Emenda Constitucional nº 45, de 2004: *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”*

² SORJ, Bernardo. A Nova Sociedade Brasileira. Ed. Record, 1999.

³ ALEMÃO, Ivan. Justiça sem Mérito? Judicialização e Desjudicialização da Justiça do Trabalho. IN: Justiça do Trabalho, ano 20, nº 239 nov. 2003.

Desjudicializar, termo ainda não dicionarizado, mas de fácil apreensão, trata de facultar às partes comporem seus litígios fora da esfera estatal da jurisdição, desde que juridicamente capazes e que tenham por objeto direitos disponíveis. A acepção do termo varia conforme o ramo do Direito. Na esfera penal, aproxima-se dos processos de despenalização ou decriminalização, a exemplo do tratamento dado às infrações de menor potencial ofensivo, cuja conduta delitiva em parte vem sendo suprimida do âmbito penal. Tal acepção não é motivo de nossa análise. Nos ateremos à apreciação do fenômeno da desjudicialização nas esferas processual e material cível e empresarial.

Francisco Carlos Duarte⁴ menciona a necessidade da reestruturação e reforma do sistema de administração e gestão da justiça como forma de promover a efetividade dos direitos e deveres e tornar o sistema de justiça um fator de desenvolvimento econômico e social, que pode ser alcançado dentre outros fatores pelo progresso na desjudicialização e resolução alternativa de litígios, de forma a evitar acesso generalizado e, por vezes, injustificado à justiça estatal. Nesta linha, propugna o autor seja desencadeado um movimento de desjudicialização, retirando da esfera de competência dos tribunais os atos e procedimentos que possam ser eliminados ou transferidos para outras entidades e salvaguardando o núcleo essencial da função jurisdicional.

A desjudicialização engendra inúmeras possibilidades de desafogo do Poder Judiciário de suas atribuições em face da crescente litigiosidade das relações sociais, em um mundo a cada dia mais complexo e mutante. A desoneração do Poder Judiciário tem aplicação especial naquelas funções por ele desempenhadas que não dizem respeito diretamente à sua função precípua em nosso modelo de jurisdição una, ou seja, o monopólio de poder declarar o direito em caráter definitivo, por seu trânsito em julgado soberano, pós rescisória.

Dentre as funções atípicas do Judiciário, encontramos o desempenho da jurisdição voluntária ou administrativa, ou administração pública de interesses privados, onde se dá largo espectro de atuação da magistratura e do parquet, não havendo partes, mas interessados, sendo

⁴ DUARTE Francisco Carlos. www.parana-online.com.br/noticias/index.php?op=ver&id=171880&caderno=5 acessado em 06/11/2005

a coisa julgada meramente processual e não material, sempre sujeita à revisão pelo processo contencioso. Essas funções atípicas são predominantes nos interesses do direito de família, das sucessões, das coisas, em especial no tocante aos registros públicos.

O FENÔMENO DA DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Exemplo emblemático do crescente processo de desjudicialização deu-se com a edição da Lei da Arbitragem, Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que permite a composição de conflitos por árbitros privados com efeitos de trânsito em julgado desde que observadas determinadas condições e seja relativo a direitos patrimoniais disponíveis.

A arbitragem é instituto do Direito que se funda na livre manifestação da vontade das partes contratantes, abrangendo desde a possibilidade de nomeação de árbitro para decidir eventual controvérsia, com força de sentença judicial, até a escolha das regras que servirão de base ao procedimento e ao exame da matéria. Tal arbitragem poderá ser de direito ou equidade, com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes ou, ainda, nas regras internacionais de comércio.

A arbitragem, assim como os demais métodos extrajudiciais, é fundada no consenso, que se estabelece entre as partes, pela inserção no contrato da cláusula compromissória, ou ainda como alternativa negociada quando do surgimento da controvérsia, durante o curso da contratação, por meio de um acordo para resolução por esta via.

O procedimento que envolve a administração dos processos arbitrais é complexo em relação a mediação e a conciliação, embora bem mais simples do que os procedimentos judiciais, admitindo bastante flexibilidade em relação às suas regras. Tem sua aplicação nos mais variados ramos do direito, carecendo de maior difusão, ainda que seja relevante seu papel no direito internacional privado, como demonstrado no aresto a seguir:

“Processual civil. Recurso especial. Cláusula arbitral. Lei de Arbitragem. Aplicação imediata. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Contrato internacional. Protocolo de Genebra de 1923.

- Com a alteração do art. 267, VII, do CPC pela Lei de Arbitragem, a pactuação tanto do compromisso como da

cláusula arbitral passou a ser considerada hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito.

- Impõe-se a extinção do processo sem julgamento do mérito se, quando invocada a existência de cláusula arbitral, já vigorava a Lei de Arbitragem, ainda que o contrato tenha sido celebrado em data anterior à sua vigência, pois, as normas processuais têm aplicação imediata.

- Pelo Protocolo de Genebra de 1923, subscrito pelo Brasil, a eleição de compromisso ou cláusula arbitral imprime às partes contratantes a obrigação de submeter eventuais conflitos à arbitragem, ficando afastada a solução judicial.

- Nos contratos internacionais, devem prevalecer os princípios gerais de direito internacional em detrimento da normatização específica de cada país, o que justifica a análise da cláusula arbitral sob a ótica do Protocolo de Genebra de 1923. Precedentes. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.”(REsp 712566/RJ; de 18.08.2005; Relatora Min. Nancy Andrighi)

Outro exemplo de desjudicialização relevante do processo civil pode-se citar a Lei nº 8.951, de 13 de dezembro de 1994, que introduziu no art. 890 do Código de Processo Civil a figura do depósito extrajudicial, secundado pela Lei nº 9.703, de 17 de novembro de 1998, aplicando o depósito extrajudicial a tributos e contribuições federais e a Lei nº 10.482, de 3 de julho de 2002, relativa depósitos de tributos e contribuições estaduais e municipais.⁵ O instituto possibilitou o depósito imediato das

⁵ Art. 890. Nos casos previstos em lei, poderá o devedor ou terceiro requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida.

§ 1º Tratando-se de obrigação em dinheiro, poderá o devedor ou terceiro optar pelo depósito da quantia devida, em estabelecimento bancário, oficial onde houver, situado no lugar do pagamento, em conta com correção monetária, cientificando-se o credor por carta com aviso de recepção, assinado o prazo de 10 (dez) dias para a manifestação de recusa. (Incluído pela Lei nº 8.951, de 13.12.1994)

§ 2º Decorrido o prazo referido no parágrafo anterior, sem a manifestação de recusa, reputar-se-á o devedor liberado da obrigação, ficando à disposição do credor a quantia depositada. (Incluído pela Lei nº 8.951, de 13.12.1994)

§ 3º Ocorrendo a recusa, manifestada por escrito ao estabelecimento bancário, o devedor ou terceiro poderá propor, dentro de 30 (trinta) dias, a ação de consignação, instruindo a inicial com a prova do depósito e da recusa. (Incluído pela Lei nº 8.951, de 13.12.1994)

§ 4º Não proposta a ação no prazo do parágrafo anterior, ficará sem efeito o depósito, podendo levantá-lo o depositante. (Incluído pela Lei nº 8.951, de 13.12.1994)

quantias devidas sem a necessidade do depósito judicial inerente à ação de consignação em pagamento.

O PROCESSO EXTRAJUDICIAL DE RETIFICAÇÃO REGISTRAL NO FÓLIO REAL

Melhim Namem Chalhub⁶ em percuciente estudo sobre as alterações trazidas pela Lei nº 10.931/2004, menciona a desjudicialização como ponto relevante na reforma do Judiciário, ao retirar parte do volume de processos que o sobrecarrega, liberando o magistrado para se ocupar das questões que efetivamente justifiquem a atuação da autoridade judiciária e assinala que a mudança não deve se restringir ao processo judicial mas centrar-se na criação de formas alternativas de resolução de conflitos.

Importante inovação introduzida pela lei 10.931/04 é o procedimento administrativo de retificação de registros de imóveis. As retificações de registro imobiliários reguladas pela Lei nº 6.015/73, outrora sujeitas a procedimento judicial de jurisdição voluntária, passarão a ser feitas pelo próprio oficial do Registro de Imóveis, só se levando ao Judiciário as situações em que não houver acordo entre as partes ou houver potencial lesão ao direito de propriedade de algum confrontante.

Modificou-se a forma da retificação do fôlio real. Inovou-se, não só pela criação de rol de situações onde poderá ser feita a retificação de pronto pelo oficial de registros públicos como, também, criou procedimento administrativo conduzido pelo mesmo.

Cume do processo iniciado pela Lei 10.267/01, os arts. 212 e 213 foram reescritos, fazendo hoje o procedimento administrativo de retificação dos assentamentos prediais consentâneo com as necessidades de celeridade e segurança que o moderno tráfico jurídico real exige.

O novo procedimento indubitavelmente atrai maior responsabilidade e isenção por parte do oficial de registro, com relevo para os casos onde haja correção das medidas perimetrais, sob pena de ofensa a direitos subjetivos de terceiros, agravado pela presunção editalícia de conhecimento *erga omnes* da alteração e pela introdução

⁶ CHALHUB, Melhim Namem. A reforma por caminhos alternativos. www.anoregbr.org.br/?action=doutrina&iddoutrina=121 acessado em 02/12/2005

em nosso ordenamento do instituto da usucapião tabular, paralelo à convalescença registral, consolidando registros em homenagem à teoria da aparência.

Procurou-se, assim, disponibilizar vias mais céleres aos interessados para que possam sanar eventuais erros constantes na matrícula de seus bens imóveis, assim como, “desafogar” o judiciário delegando parte de sua tarefa administrativa, desjudicializando procedimentos tipicamente administrativos.

A RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO EMPRESÁRIO E DA SOCIEDADE EMPRESARIAL

A lei de recuperação e falência dos empresários e sociedades empresárias, Lei 11.101, de 9.02.2005, veio a substituir o já ultrapassado Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, com seu rígido processo judicial de concordata, por um mecanismo flexível, que viabiliza a recuperação da empresa mediante processo direto de negociação entre os credores e a empresa devedora, criando a recuperação extrajudicial. O plano de recuperação, aprovado pela assembléia de credores, é levado à homologação judicial e implementado por um comitê de credores. São regras que autorizam a livre negociação entre credores e devedores visando a prevenir situações de desequilíbrio econômico-financeiro da empresa devedora e preservar a atividade produtiva.

O novel regramento pátrio da recuperação extrajudicial das empresas vem no sentido das modernas legislações, como demonstra o lusitano Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF), aprovado pelo Decreto-Lei nº 132/93. A legislação portuguesa já se baseia no princípio que hoje norteia a totalidade das legislações no mundo, qual seja, em primeiro lugar, a recuperação da empresa e somente após a sua inviabilidade partir se para a liquidação. Nesse sentido, antes de recorrer-se a um processo judicial longo, e em sua maioria ineficaz, busca-se a composição do devedor insolvente com seus credores, com a recuperação da empresa sob a tutela desses últimos, a partir de um plano de recuperação por eles aprovado e sob o controle do comitê de credores.

A celeridade e objetividade são essenciais para uma empresa em crise econômico-financeira, que não pode depender da morosidade do Poder Judiciário, uma vez que seus bens, sobretudo os intangíveis,

para muitas mais significativos do que os imobilizados, perderão valor rapidamente, casos do nome, clientela, marca, posição no mercado, pontos comerciais etc. Assim, a recuperação extrajudicial pode ao menos dar uma chance a que empresas consigam se recuperar e superar insolvência eventual, fato que definitivamente não ocorria sob a égide do ritualístico processo concordatário ou falimentar.

A DESJUDICIALIZAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

Jacques Béhin ⁷, notário francês, menciona o crescimento na Comunidade Européia da tendência de legislar vias alternativas extrajudiciais de resolução de conflitos, com atenção especial voltada para os litígios familiares, sob a perspectiva de “desjudicialização” da sociedade. E este título vem coincidir com a missão tradicional do notário em matéria de mediação e de prevenção de conflitos.

Mônica Sifuentes ⁸ menciona como exemplo de desjudicialização o ordenamento português que tem adotado caminho diferente do nosso na matéria relativa a menores ou relações familiares, tais como atribuição de alimentos a filhos maiores, a autorização para utilização ou proibição do uso do sobrenome do cônjuge divorciado, a conversão da separação em divórcio, quando não houver litígio, a reconciliação de cônjuges separados, entre outras, foram transferidas para o Ministério Público ou o próprio Cartório de Registro Civil (Decretos-Leis n. 272 e 273 de 13 de outubro de 2001).

Assim, caminha o ordenamento português a atribuir a seu Poder Judiciário exclusivamente a solução de lides que não possam se dar pela autocomposição dos interesses em litígio. A heterocomposição, origem da jurisdição, deve ser a exceção nos casos da denominada jurisdição voluntária.

⁷ BÉHIN, Jacques. Via extrajudicial de resolução de conflitos ganha espaço na Europa . Boletim ANOREG. 2001 - Fevereiro - Nº 2 - 22ª edição.

⁸ SIFUENTES, Mônica <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4242> acessado em 02.12.2005

A DESJUDICIALIZAÇÃO DE LEGE FERENDA

Melhim Namem Chalhub⁹, afirma que a Lei 10931/04 mostra que a reforma do Judiciário não se faz somente alterando as regras do processo judicial. É preciso, também, criar formas alternativas de resolução de conflitos, de modo a liberar o Judiciário de tarefas que o sobrecarregam desnecessariamente. Para tanto, indica outros procedimentos passíveis de mecanismos extrajudiciais, como:

1. o inventário e a partilha de bens, quando não envolver bens de menores;
2. a separação de casais, quando consensual;
3. o cancelamento de usufruto, a consolidação ou a reversão da propriedade, no fideicomisso; e
4. a adjudicação compulsória de propriedade imobiliária,

Todos esses atos, propugna o civilista, poderiam ser excluídos do Código de Processo Civil e atribuídos aos notários ou oficiais dos registros públicos, bem como às autoridades fazendárias, só se recorrendo ao Judiciário se e quando houver alguma controvérsia ou lesão de direito.

Mário Fernando Carvalho Ribeiro¹⁰, menciona que a idéia da desjudicialização das separações consensuais já é adotada com sucesso nos países escandinavos, vendo nessa alternativa “*uma tentativa de diminuir o insondável fluxo de processos que abarrotam os cartórios das varas de família de todo país.*”

Argúi o mestre da UFRGS que “*se os nubentes para a implementação do vínculo do casamento civil devem providenciar o processamento da habilitação perante o Oficial do Registro Civil, perfeitamente poderiam, em havendo mútuo consentimento, quando como ocorre no momento da constituição do vínculo do matrimônio, efetuar um processo de desabilitação perante o próprio Oficial titular do cartório onde tramitou o processo de habilitação.*”

⁹ CHALHUB, Melhim Namem. Patrimônio de afetação - A reforma por caminhos alternativos. Boletim IRIB/ANOREG Nº 1228 - 11/08/2004.

¹⁰ RIBEIRO, Mário Fernando Carvalho. Proposta de desjudicialização da separação por mútuo consentimento e da sua conversão em divórcio. Âmbito Jurídico, ago/2001 [Internet] <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dfam0013.htm>.

Poderiam, assim, eles comparecer diretamente perante o Oficial do Registro, ou ser representados por procurador com poderes especiais, e dispondo sobre a separação, avençando como seriam dissolvidos os deveres do casamento, a exemplo da mútua assistência, guarda e educação dos filhos, domicílio, alimentos, uso do nome, bem como a partilha dos bens porventura existentes.

O controle da legalidade de todo o procedimento seria aferido pelo Ministério Público, da mesma forma como hoje é feito no tocante ao processo de habilitação para o casamento. O parquet fiscalizaria a legalidade de todo processado, da mesma forma como hoje atua nos processos de habilitação, garantindo assim a intervenção ministerial em situação que diz respeito ao estado das pessoas.

Saliente-se que, desconfiando o Oficial ou o Ministério Público do verdadeiro propósito dos separandos, isto é, de colusão para prejudicar terceiros de boa-fé, suscitariam a dúvida, instituto já existente na Lei 6.015/73, judicializando todo procedimento.

De lege ferenda, desjudicializando interesses essencialmente privados, tramita em caráter conclusivo nas comissões da Câmara dos Deputados, de iniciativa do Poder Executivo, o PL nº 4.725, de 2004, que altera, ou dir-se-ia, retorna ao CPC pré-reforma de 1973, dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa, nos seguintes termos:

“Art. 1º Os arts. 982 e 983 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.” (NR)

Art. 983. O processo de inventário e partilha deve ser aberto dentro de sessenta dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos doze meses subseqüentes, podendo o juiz prorrogar tais prazos, de ofício ou a requerimento de parte.” (NR)

Art. 2º Ficam acrescidos à Lei no 5.869, de 1973 -

Código de Processo Civil, os arts. 982-A e 1.124-A, este último na Seção III do Capítulo III do Livro IV:

“Art. 982-A. O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum, ou advogados de cada uma delas, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.” (NR)

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, o tabelião somente lavrará a correspondente escritura pública se os intervenientes prestarem declaração conjunta, sob as penas da lei, de que a partilha não afeta direito de credores, bem como se aqueles apresentarem ao tabelião as Certidões Negativas de Débitos Previdenciários, Fiscais, de Protesto e dos Distribuidores de Ações Cíveis do domicílio dos intervenientes e da localização dos bens imóveis, se houverem, todas com data não superior a 1 (um) mês.” NR

Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo dos cônjuges quanto à retomada pela mulher de seu nome de solteira ou à manutenção do nome adotado quando do casamento.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum, ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da Lei.” (NR)

Na justificação do PL 4725/04, o Poder Executivo exprime o escopo do projeto:

“... como uma tentativa de reduzir o excessivo número de demandas que chegam ao Poder Judiciário e que poderiam ser resolvidas no âmbito puramente administrativo.

Em que pese a vetusta discussão acerca de os procedimentos de jurisdição não-contenciosa possuírem ou não natureza administrativa, sendo a jurisdição meramente episódica, meramente reguladora dos interesses privados, entendemos que tal discussão, diante do atual contexto de todas as varas de família de todo país, é de somenos importância.

Consabidamente, a vara de família é, no mais das vezes, o maior desaguiadouro de processos que tramitam perante os foros estaduais. Diante desse panorama nada auspicioso, mister que se adote alguma medida que reserve para a apreciação do juízo privativo da vara de família, apenas aquelas questões de alta indagação e de contenciosidade.

Sendo assim, considerando-se que a separação por mútuo consentimento das partes, decorre de uma manifestação bilateral de vontade, ela poderia ser manifestada diretamente perante o Oficial do Registro, pois foi perante ele que os separandos buscaram a constituição do vínculo. “

FECHO

Em suma, a desjudicialização da resolução de certos conflitos pode contribuir para a reforma do Judiciário, ao retirar parte do volume de processos que o sobrecarrega, liberando o magistrado para se ocupar das questões que efetivamente justifiquem a atuação da autoridade judiciária prolatora de decisões em caráter definitivo.

Relações jurídicas referentes a direitos patrimoniais ou mesmo extrapatrimoniais, desde que disponíveis, não devem ser motivo da tutela jurisdicional obrigatória, mas sim facultativa. A alternativa da solução extrajudicial de potenciais ou efetivos conflitos intersubjetivos não afasta o acesso à jurisdição.

Ao Poder Legislativo, sensível aos anseios de celeridade e eficácia na prestação jurisdicional, incumbe alterar a legislação processual, permitindo a autocomposição dos interesses subjetivos disponíveis.