

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



**A SENTENÇA CÍVEL E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA
UMA VISÃO EVOLUCIONISTA**

JULIO ROBERTO DOS REIS

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA
ESPECIALIDADE DIREITO CIVIL**

LISBOA

2019

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



**A SENTENÇA CÍVEL E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA
UMA VISÃO EVOLUCIONISTA**

JULIO ROBERTO DOS REIS

DISSERTAÇÃO ORIENTADA PELA
PROFESSORA DOUTORA MARIA PAULA REIS
VAZ FREIRE PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE
MESTRE EM DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA,
ESPECIALIDADE DIREITO CIVIL.

LISBOA

2019

DEDICO este trabalho a todos os meus ascendentes, representados por Maria Auxiliadora de Fátima, Marta Maria Medeiros, Maria Antonia de Oliveira, Ibraim Alves Diniz, Gaspar dos Reis Cruz e Eugênio Eustáquio dos Reis; ao Tuka (*in memoriam*), bem como às minhas filhas Julia Scott Reis e Roberta Scott Reis.

AGRADEÇO ao apoio material do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e da Associação dos Magistrados Brasileiros; ao essencial apoio afetivo de Marcelo Ricardo dos Reis e Diene Alkimim, bem como ao apoio intelectual de Fernando Antonio Tavernard Lima, Jerry A. Teixeira, Saulo Ferreira Rocha e dos componentes da “*Diretoria*”, representados por Giordano Resende Costa.

RESUMO

O problema enfrentado neste trabalho é a morosidade. No meio acadêmico, nos fóruns e nas ruas, todos apontam a demora, a ineficiência, como o principal defeito do Poder Judiciário.

O tempo dinâmico pode ser visto como fato jurídico e como direito, de modo que no processo judicial o bem da vida em disputa está na esfera jurídica de uma das partes. Por conseguinte, a ausência de decisão equivale a decidir em favor de alguém potencialmente não merecedor da tutela jurídica. A compreensão da evolução darwiniana lança luzes sobre a tomada de decisões em ambiente de opacidade e há espaço para evitar erros cognitivos e melhorar a qualidade das decisões judiciais.

O CPC/2015 confiou na eficiência para enfrentar o *tempo inimigo*. O desafio consiste em compreendê-la para, sem ingenuidade, alterar o mundo empírico mediante meios estratégicos de dirigir o processo e julgar de forma célere com aversão ao cometimento de erros graves. O sistema jurídico precisa valorizar o primeiro e o segundo grau de jurisdição, porquanto são as portas de entrada do sistema, assim como são os responsáveis diretos pela aplicação e integralidade do direito, ostentando grande capilaridade.

Necessária a aplicação da regra *de baixo para cima* ao sistema jurídico, o qual deveria ser baseado nos juízes, devido à sua diversidade. Mas no Brasil idealiza-se o sistema *de cima para baixo*, cujos erros podem comprometer a sua robustez, ante o efeito contágio e de não linearidade. Simplesmente ainda não se sabe sobre os mistérios da mente humana, mas a tomada de consciência da falibilidade, limitações cognitivas e de pendores é passo importante para tornar a Justiça instituição aderente à realidade e impulsionadora da cooperação e do altruísmo.

Portanto, o sistema jurídico congestionado pode ser visto como sistema frágil, ao contrário do que a intuição sugere, necessita de redundância defensiva e regras simples para se evitar a multiplicação em cadeia de efeitos imprevistos, deixando que siga o curso natural e permita que a própria dinâmica social diante de sua *antifragilidade* se encarregue de encontrar saídas.

PALAVRAS-CHAVE: eficiência, princípio, efetividade, celeridade, economia processual, segurança jurídica, morosidade, sentença, precedente, evolução darwiniana, simplicidade-brevidade, fluxo interrompido, prova silenciosa, dinâmica social, sistema de baixo para cima, antifragilidade.

ABSTRACT

The focus of this work is the slowness and inefficiency pointed out by the academic environment and justice courts as the main weakness of the Judicial Power.

The dynamic time can be seen as a judicial fact as well as a right, so that in the judicial process the welfare of the life in dispute is in the legal sphere of one of the parties. Therefore, the lack of decision means deciding in favor of someone who potentially does not deserve legal protection. The comprehension of Darwin's theory of evolution points out to the decision-making in an environment of opacity and there is room to avoid cognitive errors and to improve the quality of legal decisions.

The CPC/2015 has granted efficiency to face hostile times. The challenge consists in, without ingenuity, understanding it to change the empirical world through strategic ways of directing the legal process and judging it quickly, avoiding serious mistakes. The judicial system needs to value the first and second degrees of jurisdiction, given that they are the entrance to the system as well as the direct responsible for the application and integrality of the Law, showing great capillarity.

It is necessary to apply the "bottom-up" rule to the juridical system, which should be based on the judges, due to its diversity. However, in Brazil the "top-down" system is idealized, whose errors may jeopardize its strength at the contagious effect and nonlinearities. The mysteries of the human mind are still unknown, but the awareness of fallibility, cognitive limitations is an important step to make Justice an institution adherent to reality and the booster to cooperation and altruism.

Therefore, the congested judicial system can be seen as a fragile system. In opposition to what intuition suggests it needs defensive redundancy and simple rules to avoid the multiplication of unforeseen effects, letting the natural course proceed and allowing the social dynamics itself, due to its antifragility, to be in charge of finding ways out.

KEYWORDS: efficiency, principle, effectiveness, celerity, procedural economy, legal

safety, slowness, sentence, preceding, Darwin's Evolution, simplicity-brevity,
interrupted flow, silent proof, social dynamic, bottom to top system, antifragility.

RESUMEN

Lo que se plantea con ese trabajo es el enfrentamiento de la morosidad. En el medio académico, en los foros y hasta mismo en las calles, todos apuntan la lentitud, la ineficiencia, como el principal defecto del Poder Judicial.

El tiempo dinámico puede ser visto como hecho jurídico y como derecho, así es que en el proceso judicial lo que se desea, el objeto de la disputa, está en la esfera jurídica de una de las partes. En consecuencia, la falta de decisión es lo mismo que decidir en favor de alguien potencialmente no merecedor de la tutela jurídica. La comprensión de la evolución darwiniana lanza luces sobre la toma de decisiones en el ambiente de opacidad y hay espacio para apartarse de los errores cognitivos y mejorar la calidad de las decisiones judiciales.

El Código de Proceso Civil de 2015 prescribe eficiencia para enfrentar el *tiempo enemigo*. El desafío consiste en comprenderla para, sin ingenuidad, cambiar el mundo empírico con la ayuda de los medios estratégicos de dirigir el proceso y juzgar con prontitud y aversión al cometimiento de errores graves. El sistema jurídico necesita valorizar la primera y la segunda instancias, una vez que son las puertas de entrada del sistema, así como son los responsables directos por la aplicación e integralidad del derecho, ostentando gran capilaridad.

Es necesaria la aplicación de la regla *debajo hasta arriba* al sistema jurídico, o sea, debería basarse en los jueces, puesto la diversidad. Pero, en Brasil, idealizase el sistema de *arriba para bajo*, cuyos errores pueden comprometer su robustez, ante el efecto contagio y no linealidades. Todavía no se sabe sobre los misterios de la mente humana, pero la toma de consciencia de la falibilidad, limitaciones cognitivas y de obliquidad (peso) es paso importante para tornar la justicia institución adherente a la realidad e impulsora de la cooperación y del altruismo.

Por lo tanto, el sistema jurídico congestionado puede ser visto como un sistema frágil, opuesto al que la institución sugiere, pues necesita de redundancia defensiva y reglas simples a fin de evitarse la multiplicación en cadena de efectos imprevistos,

permitiendo que siga el curso natural y deje que la propia dinámica social delante de su *antifragilidad* encárguese de encontrar salidas.

PALABRAS CLAVE: eficiencia, principio, efectividad, celeridad, economía procesal, seguridad jurídica, morosidad, sentencia, precedente, evolución darwiniana, simplicidad, brevedad, flujo interrumpido, prueba silenciosa, dinámica social, sistema debajo hasta arriba, antifragilidad.

ZUSAMMENFASSUNG

Das zu überwältigende Problem in dieser Arbeit ist die Langwierigkeit. In den akademischen und gerichtlichen Kreisen unter den Menschen auf der Straße, alle nennen den Verzug und die Ineffizienz als der Hauptmangel der rechtsprechenden Gewalt.

Die dynamische Zeit kann als ein juristisches Faktum und als Anspruch angesehen werden, sodass sich das bestrittene Lebensgut im gerichtlichen Verfahren in der juristischen Sphäre von einer der Parteien befindet. Infolgedessen bedeutet das Ausbleiben einer Entscheidung die Gleichstellung zu Jemand, der potenziell einen juristischen Schutz nicht verdient habe. Die Auffassung der darwinischen Evolution bringt Licht auf die noch zu treffenden Entscheidungen in einem undurchsichtigen Umfeld und es gibt doch Spielraum, um kognitive Fehler zu vermeiden und die Qualität der gerichtlichen Entscheidungen zu verbessern.

Die brasilianische Zivilprozessordnung/2015 hat Effizienz verliehen, um der „feindlichen Zeit“ entgegenzutreten. Die Herausforderung besteht darin, die Effizienz aufzufassen, um ohne Naivität die empirische Welt durch strategische Mittel zu ändern, das Verfahren zu führen und mit Aversion gegen Verübung schwerer Irrtümer und schnelligkeit zu urteilen. Das juristische System soll die ersten und zweiten Instanzen würdigen, denn sie sind die Eingangstür des Systems sowie unmittelbare Verantwortliche für die Anwendung und Integralität des Rechtes, in dem sie große Kapillarität aufweisen.

Die Anwendung der Regel von unten nach oben ist notwendig im juristischen System, welches auf den Richtern infolge ihrer Verschiedenartigkeit basiert werden sollte. Jedoch idealisiert man in Brasilien das System von oben nach unten, dessen Irrtümer im Angesicht des Ansteckungseffektes und der fehlenden Linearitäten seine Robustheit beeinträchtigen können. Lediglich weiß man noch nichts über die Mysterien des menschlichen Denkens, aber die Bewusstseinsnahme der Fehlbarkeit, kognitive Einschränkungen und Neigungen ist ein wichtiger Schritt, um die Justiz in einer Institution zu wandeln, die an der Wirklichkeit anschließt und den Impuls zur

Kooperation sowie zur Selbstlosigkeit verleiht.

Demnach kann das zähflüssige juristische System als ein zerbrechliches System angesehen werden. Im Gegensatz zu dem was die Intuition nahe legt, bedarf es eine defensive Redundanz und einfache Regeln, damit die Ketten-Multiplikation der unvorhergesehenen Wirkungen vermieden werden, in dem der natürliche Kurs folgt und erlaubt, dass die eigene soziale Dynamik im Angesicht seiner Anti-Zerbrechlichkeit Auswege zu finden zulässt.

SCHÜSSELWÖRTER: Effizienz, Prinzip, Wirksamkeit, Schnelligkeit, prozessuale Wirtschaftlichkeit, juristische Sicherheit, Langwierigkeit, Urteil, Präzedenzfall, darwinische Evolution, Einfachheit-Kürze, unterbrochener Fluss, schweigender Beweis, soziale Dynamik, System von unten nach oben, Anti-Zerbrechlichkeit.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	16
2 – EFICIÊNCIA NO DIREITO.....	19
2.1 – Conceito e natureza jurídica.....	19
2.2 – Subprincípios e limites	26
<i>Eficiência-efetividade.....</i>	<i>27</i>
<i>Eficiência-celeridade</i>	<i>28</i>
<i>Eficiência quantitativa versus eficiência qualitativa</i>	<i>32</i>
<i>Eficiência-segurança.....</i>	<i>35</i>
<i>Eficiência-economicidade</i>	<i>36</i>
2.3 – Limites	40
3 – EFICIÊNCIA NA NATUREZA	44
3.1 – Visão evolucionista	44
<i>Seleção Natural</i>	<i>51</i>
<i>Seleção Genética e Memética.....</i>	<i>58</i>
<i>Antifragilidade.....</i>	<i>68</i>
3.2 – Simplicidade.....	75
4 – SENTENÇA CÍVEL.....	88
4.1 – Estratégias gerais para prolação de sentença.	88
<i>Admissibilidade da demanda e sentença liminar de improcedência.....</i>	<i>94</i>
<i>Julgamento liminar de improcedência do pedido.....</i>	<i>99</i>
<i>Audiência de conciliação e mediação.....</i>	<i>101</i>

<i>Técnicas práticas gerais de prolação da sentença.</i>	104
<i>Relatório – identificação do problema.</i>	109
<i>Fundamentação – tentativa de solução.</i>	112
<i>Dispositivo – eliminação do problema.</i>	115
4.2 – Estratégias específicas para prolação de sentença.	118
<i>Uso de prova emprestada.</i>	118
<i>Prova preponderante</i>	121
<i>Dificuldades acerca da verificação da causalidade</i>	131
<i>O nexu causal e suas teorias</i>	132
<i>A análise da causalidade.</i>	136
CONCLUSÃO.	139
REFERÊNCIAS	146
APÊNDICE	157

Siglas e abreviaturas

ACS	Assessoria de Comunicação Social
art./arts.	artigo/artigos
CESVI	Centro de Experimentação e Segurança Viária
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPC/15	Código de Processo Civil Brasileiro (vigente)
CPC/73	Código de Processo Civil Brasileiro (revogado)
EEE	Estratégia Evolutivamente Estável
IA	Inteligência Artificial
INMETRO	Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
STF	Supremo Tribunal Federal
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
TRF	Tribunal Regional Federal
UFSC	Universidade Federal de Santa Catarina

INTRODUÇÃO

A motivação para este trabalho decorre na necessidade de enfrentar o principal defeito do nosso sistema jurídico: a morosidade. No meio acadêmico, nos fóruns e nas ruas, todos apontam a demora, a lentidão, a morosidade, enfim, a ineficiência como o principal defeito do Poder Judiciário.

O tempo dinâmico pode ser visto como fato jurídico, mas o tempo na vertente estática consubstancia um direito, de modo que, invariavelmente, no processo judicial o bem da vida em disputa está, ainda que provisoriamente, na esfera jurídica de uma das partes. Por conseguinte, a ausência de decisão equivale a decidir em favor de alguém potencialmente não merecedor da tutela jurídica. Pior ainda seria decidir completamente contrário aos fatos.

Os juízes são os devedores de prestação jurisdicional tempestiva e correta, independentemente das causas do atraso para definir a controvérsia, eles devem tomar a dianteira no *front* de batalha. Todos reclamam da letargia da Justiça brasileira em solucionar as lides, sendo pontual e restrita a insurgência quanto à correção ou à qualidade técnica das sentenças ou precedentes. A compreensão da evolução darwiniana lança luzes sobre a tomada de decisões em ambiente de opacidade e há espaço para evitar erros cognitivos e melhorar a qualidade das decisões judiciais e evitar cometimentos de erros.

O Código de Processo Civil brasileiro de 2015, sob influência da Análise Econômica do Direito, confiou na busca por eficiência para enfrentar o *tempo inimigo*. A corroborar esta afirmação, basta verificar que doze vezes aparecem na Exposição de Motivos as expressões eficiência/efetividade/eficiente/celeridade.

O desafio consiste em compreender o que é a *eficiência* tão em voga em diversas áreas do conhecimento para, acima de tudo, sem ingenuidade, alterar o mundo empírico, de sorte a permitir ao julgador produzir sentenças/precedentes de forma tempestiva e correta.

A pesquisa aborda a atuação do Poder Judiciário na dimensão da gestão processual ao proferir decisões, delimitando o objeto ao procedimento de tomada de decisão sob a ótica do processo civil de resultados. O escopo será, sobretudo,

compreender a eficiência aplicada ao processo civil sob o enfoque da teoria da evolução e em seguida propor meios estratégicos de dirigir o processo e julgar de forma célere com aversão ao cometimento de erros graves.

O trabalho foi dividido em três capítulos. Primeiramente, explora-se a literatura jurídica acerca da eficiência, abordando-se o seu conceito, sua natureza jurídica e sua classificação, com o detalhamento de subprincípios, a saber: *celeridade*, *efetividade*, *economicidade* e *segurança jurídica*. São indicados os limites à utilização da eficiência com a observância do devido processo legal.

No capítulo seguinte, menos dogmático, busca-se o auxílio de intuições e ideias de outras áreas de conhecimento como a biologia evolutiva, a psicologia cognitiva e a teoria de tomada de decisões para mostrar outra faceta da eficiência a ser aplicada ao processo civil. Invoca-se ainda a simplicidade aliada à brevidade como critério a ser observado para combater a complexidade e evitar erros cognitivos.

No terceiro capítulo, analisa-se a sentença cível, suas particularidades e nuances, bem como são sugeridas técnicas, essencialmente práticas, para proferir sentenças eficientes, tendo como norte a simplicidade e a intuição da necessidade de privilegiar o cumprimento espontâneo do direito e a dinâmica social. Realiza-se estudo de caso de sentença que enfrentou o problema do nexo de causalidade, de modo a evidenciar que o uso da prova emprestada e da prova preponderante podem ser utilizados para combater a morosidade e permitir decisões socialmente aceitáveis.

Ora, nos dias atuais, há clamor social por eficiência, seja o que isso significa. É preciso resolver conflitos de massa e também atuar em situações de fato cada vez mais intrincadas, decorrentes da revolução tecnológica, científica e cultural, com o surgimento de inéditas controvérsias, demandas repetitivas e até uso de inteligência artificial para lutar pela primazia do direito para alcançar-se a Justiça. Desse modo, a compreensão menos ingênua e mais vertical acerca do princípio da eficiência, analisado à luz da evolução darwiniana e da tomada de decisão em ambiente de opacidade informacional, mostra-se virtude para aprimorar a prestação jurisdicional.

Aliás, a exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil do Brasil expressa que, sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se

transformam em pura ilusão sem a garantia de sua correlata realização no mundo empírico, por meio do processo.

2 – EFICIÊNCIA NO DIREITO

2.1 – Conceito e natureza jurídica

O vocábulo eficiência, do latim *efficientia*¹, apresenta diversas acepções e sentidos consoante literatura nas áreas de Administração, Economia, Direito Constitucional, Direito Administrativo e Análise Econômica do Direito².

De início, há desconfiança sobre o risco de incorporação do conceito de eficiência à Ciência Jurídica³, ante a proximidade com a filosofia utilitarista, a qual utiliza da análise de custo e benefício na tomada de decisões ao transformar todos os custos e benefícios em termos monetários e em seguida proceder à comparação.⁴

A eficiência pode ser interpretada como valor⁵, critério, capacidade⁶, qualidade⁷, relação⁸, direito, regra ou princípio. Pela pesquisa, podem ser todas essas

¹ BATISTA JÚNIOR (2012, p. 91), enuncia que o vocábulo eficiência provém do latim *efficientia* e quer dizer “ação, força, virtude de produzir um efeito”.

² JOBIM (2018) explicita que a eficiência, entendida enquanto virtude de produzir efeitos desejados, de forma sustentável, encontra-se em franca ascensão, embora ainda exista certa resistência, para não se dizer grande, quando se fala nela perante a comunidade jurídica, uma vez que se trata de conceito oriundo de outras áreas do saber, com fundamentos próprios e bases sólidas, como a Economia ou a Administração.

³ MARCELLINO JUNIOR (2009, p. 182), assinala que o princípio da eficiência “foi decorrência de uma reforma administrativa de caráter eminentemente gerencial. Sem qualquer discussão nacional mais apurada a respeito do tema, tornou-se não apenas mais um princípio da administração pública, mas sim, o principal e paradigmático princípio que acabou por vincular todos os demais, constituindo praticamente uma perigosa metanorma. O Estado brasileiro passou, a partir de então, a se legitimar em tal princípio, de sorte que todas as práticas no âmbito da administração pública passaram a ser pautadas pela lógica da relação custo-benefício eficiente.”

⁴ SANDEL, 2011, p. 56.

⁵ Segundo ARAÚJO (2007, p. 31), “[...] por forma a casar os valores da justiça com os da eficiência, que são colocados no mesmo plano, seja porque se entende que a eficiência é o resultado justo das opções livres na medida em que traduz uma maximização de resultados desejados (significando, em suma, que a eficiência é uma forma de justiça).”

⁶ PORTO e RODRIGUES (2018, p. 89-117), reforçam que “[...] é a capacidade de se obter o máximo de produtividade em uma atividade, utilizando-se do mínimo esforço (aí incluídos os recursos em geral) possível”. Neste artigo, os autores ainda explicitam que eficiência é um direito fundamental (garantia dos cidadãos contra atuações abusivas e direito à boa administração, bem como reveste da roupagem de princípio, por orientar a atuação do administrador. Os autores visualizam a eficiência também como qualidade da atividade jurisdicional que atinge suas finalidades com a maior produtividade e qualidade, mediante o mínimo possível e razoável esforço.”

⁷ Na proposta original de emenda constitucional (PEC nº 173/95) não constava o princípio da eficiência, mas a ‘qualidade do serviço prestado’.

⁸ FREIRE, 2008, p. 773.

expressões, o que se costuma denominar de natureza autônoma⁹. O nome dado ao título desta dissertação não indica convencimento de que se trata de novo princípio processual ou mesmo princípio geral do direito¹⁰ ou mesmo da ciência. Correndo o risco de ilusão de compreensão ou distorção retrospectiva, a eficiência assemelha-se a critério de aferição, valor ou *virtude*, e está vinculada a um escopo maior, a depender do beneficiado pela estratégia ou pela conduta/procedimento, daí o seu caráter relativo ou até subjetivo, a depender do observador. Em prestígio ao texto constitucional brasileiro convencionou-se que se trata de princípio, mas fica o registro que *eficiência* ultrapassa o texto conceitual e configura, apesar de diversos trabalhos publicados na área jurídica sobre o assunto, verdadeira incógnita.

Maria Paula dos Reis Vaz Freire¹¹ faz inescapável advertência que não pode ser obliterada pelos juristas:

[...] a noção de eficiência acaba, em última análise, por ficar refém de critérios quantitativos, deduzidos a partir dos preços. Pretender que ela funcione como critério normativo poderá, afinal, revelar-se redutor. A maior vantagem que a Economia possui, relativamente a outras áreas do conhecimento, é a de poder contar com o uso de uma medida monetária, no entanto, uma excessiva confiança na capacidade de quantificação e de comparação pode empurrar a ciência econômica para domínios relativamente aos quais se defronta com limitações dogmáticas intransponíveis.

O conceito de eficiência pode ser classificado de forma estática ou dinâmica¹². Na vertente estática, reporta-se ao desempenho num determinado momento, sem levar em consideração ajustes posteriores, ou seja, com efeitos imediatos. Na acepção dinâmica atenta-se para a capacidade de introduzir melhorias,

⁹ Quando os juristas não conseguem identificar em qual categoria jurídica incluir determinado fenômeno ou instituto, assim como quando identificado como gênero de outras espécies, o melhor é reputar como entidade autônoma.

¹⁰ Interessante a visão de Giorgio Del Vecchio sobre os princípios gerais do direito ao defender que “[...] onde, pois, faltam as leis especiais, ou porque a legislação tenha deixado de contemplar determinados tipos de contingências, ou porque, havendo-os previsto, se tenha deliberadamente, absterido de os regular, melhor se manifesta a necessidade de recorrer a esses princípios de razão jurídica natural, que constituem as bases de definição de toda relação humana e social. Dessa necessidade o nosso legislador deu testemunho solene, ao reconhecer nos princípios gerais do direito o meio supremo de integração de seus próprios dispositivos”. (DEL VECCHIO, 2003, p. 75-76)

¹¹ FREIRE, op. cit., p. 773.

¹² *Ibidem*, p. 778.

além de pressupor dimensão temporal e mudança de opções.

Essa abordagem dinâmica da eficiência é a mais relevante nessa dissertação para sugerir a alteração da espiral de complexidade do sistema, simplificando-o para que a própria dinâmica social, *de baixo para cima* na estrutura do Poder Judiciário, encontre as saídas para a coesão e primazia do direito.

O princípio da eficiência está expressamente inserido no artigo 37, *caput*¹³, da Constituição Federal do Brasil, tendo sido incluído no texto com a Emenda Constitucional n.º 19/1998.¹⁴

Não se pode negar a revolução que se observa com a força normativa da Constituição sobre todos os ramos do Direito, dentre os quais o processo civil, limite objetivo de nosso estudo. Se a Constituição se situa no topo da pirâmide normativa e nela se estabelece rol de princípios para a concretização do Estado Democrático de Direito, então é preciso filtrar as normas processuais para dimensionar sua compatibilidade e pertinência com os vetores do texto constitucional, de sorte a adaptar e remodelar a interpretação da lei processual para dar força vinculante à Constituição, na linha proposta por Konrad Hesse¹⁵.

Miguel Teixeira de Sousa¹⁶ enfatiza que

[...] os princípios jurídicos, sejam formais ou materiais, também são critérios normativos de decisão de casos concretos. Como se compreende, é mais comum o recurso aos (mais concretos) princípios materiais do que aos (mais abstractos) princípios formais, mas não está excluído que uma decisão se possa fundamentar nos princípios formais de justiça, de confiança ou de

¹³ A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

¹⁴ Registre-se que a previsão explícita no texto constitucional recebeu críticas de respeitáveis doutrinadores administrativistas, tais como Celso Antônio Bandeira de Mello e Lúcia Valle Figueiredo, pois teria sido adorno agregado ao art. 37 da Constituição Federal, o extravasamento de uma aspiração, chegando a indagar o que muda com a inclusão de tal princípio, consoante PORTO e RODRIGUES (op. cit., p. 94).

¹⁵ “Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).” (HESSE, 1991, p. 19).

¹⁶ SOUSA, 2016, p. 419-420.

eficiência.

Na atual fase da ciência jurídica, pode-se afirmar que os princípios são normas jurídicas¹⁷ que ostentam autonomia diante das regras, a despeito da relação de congruência entre si, a possuir aptidão para a aplicação direta nas relações jurídicas. Conquanto o modo de positivação dos princípios seja dispare das regras, decisões judiciais podem ser diretamente tomadas a partir de princípios jurídicos, sem qualquer ingerência de regras¹⁸.

Miguel Reale¹⁹ assinala que

quando atingimos uma verdade que nos dá a razão de ser de todo um sistema particular de conhecimento e verificamos a impossibilidade de reduzir tal verdade a outras verdades mais simples e subordinantes, segundo certa perspectiva, dizemos que atingimos um princípio ou pressuposto.

Esta nova abordagem da interpretação constitucional recrudesce a criatividade judicial pela promoção de valores e virtudes mediante reengenharia do Poder Judiciário²⁰, a começar pela técnica de produzir sentenças ou precedentes, consoante será explorado nos capítulos seguintes.

As normas jurídicas, produtos da interpretação do texto, repartem-se em regras e princípios²¹. As regras determinam o modelo de comportamento (cumprir, dar, pagar, fazer, não fazer ou suportar), diante de determinado suporte fático. O Código de Processo Civil é estruturado em regras, prevendo o fato e o seu modelo, explicitando

¹⁷ MITIDIERO (2017, p. 17) obtempera que “desde que se percebeu que a norma é o resultado da interpretação e não propriamente seu objeto, surgiu a necessidade de repensar a maneira pela qual o direito é produzido e efetivado”.

¹⁸ ÁVILA (2005, p. 24) defende que eficiência é postulado, não um princípio, tendo em vista que é norma que serve à aplicação de outras normas, tendo diversa estrutura e finalidade.

¹⁹ REALE, 1987. p. 6.

²⁰ “Estaremos a abordar o que já se denominou ‘racionalização interna da Justiça’. De uma maneira geral, estaremos interessados em verificar se e como devem ser eficientemente geridos os serviços da justiça. Sob esta perspectiva, exigir-se-á dos magistrados que se afastem da visão teológica do julgamento qual ato divino, e se aproximem dos cidadãos e de suas necessidades, submetendo-se a algumas das normas de organização e rendimento a que devem obediência os que prestam serviços essenciais à coletividade, em nome e às expensas desta. É necessário que os integrantes do sistema se habituem a esta nova visão, pois a remodelação do sistema judicial é hoje parte central das reformas do Estado e da Administração Pública em todo o mundo. Em um futuro próximo as ideias do New Public Management, para o bem e para o mal, serão aplicadas a todos os tentáculos do Estado, aí incluída a jurisdição”. (ARRUDA, 2006, p. 111)

²¹ GONZÁLEZ (2014. p. 128) defende que “en todo sistema jurídico moderno existen dos tipos básicos de normas: las reglas y los principios. Estos dos tipos de normas se aplican mediante dos procedimientos racionales diferentes: la subsunción y la ponderación. Mientras las reglas se aplican mediante la subsunción, la manera de aplicar los principios es la ponderación.”

os elementos que devem constar da sentença, seu conteúdo, quem, como, quando e onde se produz a prova dos fatos relevantes, os procedimentos, os requisitos da petição inicial, da resposta do demandado, a previsão de recursos dentre outros.

José Joaquim Gomes Canotilho²² assevera que

O direito do estado de direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras dos códigos; o direito do estado constitucional democrático e de direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios. [...] O tomar a sério os princípios implica uma mudança profunda na metódica de concretização do direito e, por conseguinte, na actividade jurisdicional dos juízes.

Para Marcelo Elias Sanches²³ eficiência “*é a auto-superação do espírito humano, que, ao libertar-se de sua própria condição de ignorância e simplicidade, evolui e projeta ao todo social a sabedoria para que todos usufruam e evoluam. A natureza jurídica da eficiência provém do Princípio Republicano*”.

Tal princípio também foi previsto na Lei nº 9.784/99 que regulamenta o processo administrativo federal²⁴, na qual são estabelecidos prazos²⁵ para a tomada de decisão e serve como diretriz para se aferir a celeridade²⁶. No sítio processual, o

²² CANOTILHO, 2000, p. 83-89.

²³ SANCHES, 2004, p. 13-21.

²⁴ A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

²⁵ Confira-se precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “*TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO OMISSIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRAZO DE RESPOSTA AO CONTRIBUINTE. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. 1. É dever da Administração Pública pautar seus atos dentro dos princípios constitucionais, no caso, notadamente pelo princípio da eficiência, que se concretiza também pelo cumprimento dos prazos legalmente determinados. 2. Se a Administração Pública tem prazo estabelecido para decidir acerca de processo administrativo, a dilação desse prazo só pode ocorrer se houver motivo suficientemente capaz de justificar a demora na decisão. 3. O art. 49 da Lei n. 9.784/99, que assinala prazo máximo de 30 (trinta) dias (prorrogável por mais 30) para decisão da Administração, após concluído o processo administrativo, observadas todas as suas etapas (instrução, etc.). 4. O art. 24 da Lei n. 11.457 (de 16/03/2007), estipula que: “é obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.” Mandado de Segurança nº 2006.71.11.000731-7/RS – TRF da 4ª Região.*

²⁶ DALLARI e FERRAZ (2012, p. 123) assinalam que: “[...] o princípio da eficiência exige que este, no mínimo, chegue ao seu final com celeridade, com uma decisão conclusiva que afirme ou negue um direito ou solucione uma controvérsia. O que não pode ocorrer é a ausência de uma decisão final – é importante não admitir delongas, protelações, descumprimento de prazos, omissão de providências ou o puro e simples ‘engavetamento’, para não se falar em extravio ou em subtração delituosa.”

princípio decorre do art. 8º do Código de Processo Civil de 2015²⁷.

Entre os processualistas²⁸, verifica-se a tendência de enxergar o princípio da eficiência com lentes diferentes das outras áreas em que é aplicado, vale dizer Direito Administrativo ou Econômico e com critérios fluidos e subjetivos e quase sempre invocando outros princípios ou valores. Há autores que aludem à reestruturação do modo de aplicação do direito processual de índole gerencial. Outros mencionam que seria postulado ou vetor hermenêutico²⁹.

Daí se vê quão difícil a tarefa de definir ou mesmo estabelecer contornos à eficiência. Parece ser mais fácil saber o que é ineficiência, pois a eficiência pressupõe comparação entre diversas formas de agir, a relação entre meios e fins (relação tempo-custo-benefício). Sem identificar o objetivo prévio e sua manutenção de viabilidade ou sobrevivência ao longo do tempo, mostra-se ingênuo ou mesmo arriscado comparar estratégias, procedimento ou decisões para se aferir a eficiência, máxime porque em diversas hipóteses o objetivo final pode ser divergente entre os agentes envolvidos. E mais, os malefícios ou benefícios em longo prazo diante do ambiente de incerteza inerente aos fatos futuros são rotineiramente olvidados quando da análise da estratégia reputada eficiente.

Com efeito, para o litigante que não tem razão, qualquer estratégia para atrasar a prestação jurisdicional, sem punição, ou seja, o fomento de morosidade, no ponto de vista de seu interesse, pode ser eficiente. Por conseguinte, não se pode ingenuamente analisar a eficiência sem indagar a utilidade a ser alcançada e a quem

²⁷ Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

²⁸ JOBIM (2018) lista vários juristas com os respectivos conceitos de eficiência, a destacar: Cássio Scarpinella Bueno, Estela B. Sacrisán, Jânia Maria Lopes Saldanha, Artur Torres, Daniel Marques de Camargo e Levi Rosa Tomé, Georges Abboud, Trícia Navarro Xavier Cabral, Gustavo, Filipe Barbosa Garcia, Julio Guiherme Müller, Fredie Didier Jr., Lorena Miranda Santos Barreiros e Guilherme Botelho. Conclui que eficiência tem conotação de vetor hermenêutico, podendo então “*ser considerada um postulado, ou, ainda, um metacritério de interpretação e aplicação do texto processual brasileiro*”. Nas considerações finais diz que a eficiência, prevista no CPC, “*é metanorma e, por isso, condição de possibilidade hermenêutica de remodelação e redefinição da arquitetura processual civil brasileira. A busca pela eficiência, quer seja hermenêutica, gerencial ou administrativa deve ser, como salienta Luís Moretto Neto, incessante*”.

²⁹ Jânia Maria Lopes Saldanha realiza interessante crítica ao postulado da eficiência, tendo como efeito deletério da ‘*virtualização*’ da jurisdição e afastamento dos sentidos humanos. A influência do neoliberalismo sobre a jurisdição: a difícil sintonia entre eficiência e efetividade (*apud*. MARIN, 2009, p. 47).

interessa atingir tal escopo final³⁰.

Assim, diante da opacidade da natureza³¹ e da limitação cognitiva humana³², raramente teremos acesso à solução, estratégia, processo ou procedimento *eficiente*, simplesmente porque depende do horizonte de eventos e total informação dos fatos relevantes de seus efeitos, sobretudo, qual o objetivo final a ser atingido e a quem interessa. Infelizmente, a vida é curta e somos ignorantes quanto a todos os efeitos da solução encontrada.³³

Façamos o seguinte experimento mental. Vamos substituir a expressão *eficiente*, por outra, como *ótimo* ou *inteligente*³⁴. Se não muda muito o sentido ou o alcance das explicações, é sinal que o princípio da eficiência como está sendo discutido e pretende ser aplicado, tem que ser mais debatido ou mesmo colocado à prova, especialmente porque sendo novidade no processo civil, deve passar pelo controle rigoroso e implacável do tempo.

Aliás, Nassim Nicholas Taleb³⁵, estudioso dos problemas da incerteza, probabilidade e do conhecimento, é severo crítico da *eficiência* ou *otimização* promovida por especialistas em diversas áreas do conhecimento, vale dizer, análises

³⁰ A análise da eficiência remete para um outro problema mais profundo e estruturante, o valor ou a utilidade, como bem antevisto por Maria Paula dos Reis Vaz Freire (2008, p. 780) na análise paretiana do conceito de eficiência, uma vez que “*mediar a utilidade suscita inúmeras dificuldades*”.

³¹ TALEB (2014b, p. 37) designa o trio de opacidade da história/natureza: “*a. ilusão da compreensão ou como todos pensam que sabem o que se passa num mundo que cada vez é mais complexo (ou aleatório) do que aquilo que julgamos; b. a distorção retrospectiva ou como apenas podemos avaliar questões depois de o fato ocorrer, como se as observássemos de um espelho retrovisor...; c. a sobrevaliação da informação factual e a falha das pessoas cultas e que constituem referências no plano intelectual, em particular quando criam categorias [...]*”

³² KAHNEMAN (2015, p. 61) estudou por muitos anos a nossa grave limitação cognitiva. Colaciona-se, no seguinte excerto: “*Não se consegue evitar lidar com a limitada informação que se possui como se fosse tudo aquilo que se há para saber. Constroem-se as melhores histórias possíveis a partir da informação disponível e, se for uma boa história, acredita-se nela. Paradoxalmente, é mais fácil construir uma história coerente quando se sabe pouco, quando há menos peças para encaixar no puzzle. A nossa reconfortante convicção de que o mundo faz sentido baseia-se num alicerce seguro: a nossa capacidade quase ilimitada de ignorar a nossa própria ignorância.*”

³³ Com acuidade, Maria Paula dos Reis Vaz Freire (op. cit., p. 710), citando North, D.C.

³⁴ PINKER (1998, p. 73) enuncia que inteligência “*é a capacidade de atingir objetivos diante de obstáculos, por meio de decisões baseadas em regras racionais (que obedecem à verdade)*”.

³⁵ “*A modernidade equivale ao distanciamento sistemático entre os seres humanos e o seu ambiente carregado de aleatoriedade – dos pontos de vista físico e social e mesmo epistemológico. A modernidade não é apenas o período histórico pós-medieval, pós-agrário e pós-feudal, tal como é definido nos compêndios de sociologia. É antes de tudo o espírito de uma época marcada pela racionalização (racionalismo ingênuo), pela convicção que a sociedade é compreensível e, portanto, deve ser modelada pelos homens. Com isso surgiu a teoria estatística, e daí a horrenda curva de sino. Da mesma forma, nasceram a ciência linear e a ideia de ‘eficiência’ – ou otimização.*” (TALEB, 2014a, p. 119).

ingênuas de custo-benefício podem ser prejudiciais, notadamente levando em conta a complexidade e dimensão dos sistemas.

A ideia explorada profundamente por Taleb é que a fragilidade dos sistemas atuais, inclusive o jurídico, decorre de sua dimensão e não linearidade de eventos, de sorte que os fluxos interrompidos³⁶ são a origem de graves problemas com consequências imprevisíveis. Mais avante haverá abordagem acerca dos *fluxos interrompidos* e da ausência de utilização, no ambiente jurídico, das descobertas decorrentes da teoria da evolução e de tomada de decisão em ambiente de incerteza.

Pontuada a dificuldade de desvendar a natureza jurídica da eficiência e cientes da ingênua e perigosa análise da relação custo-benefício-tempo em sistemas complexos e com opacidade, tais como o econômico e o jurídico, passa-se ao exame do conteúdo do princípio da eficiência aplicada ao processo civil, os seus subprincípios e os seus limites, adotando-se a natureza jurídica de princípio em prestígio ao texto constitucional brasileiro e literatura explorada.

2.2 – Subprincípios e limites

Como assinala João Gilberto Gonçalves Filho³⁷, o princípio da eficiência no processo civil está atrelado à ideia de rapidez, presteza, utilidade, economicidade e acertamento de situações jurídicas.

Assim, concordamos com este autor ao estabelecer que o princípio constitucional da eficiência no processo civil, descontadas as críticas já referidas, é gênero que se subdivide em aspectos, ou subprincípios, cada qual revelando outros

³⁶ Doloroso demais para nós brasileiros o incêndio da Boate Kiss, tragédia que matou 242 pessoas e feriu outras 680 em Santa Maria, Rio Grande do Sul em 2013. Os processos judiciais arrastam na Justiça investigando-se os culpados. Em outro exemplo, a greve dos caminhoneiros (crise do diesel), de 21 a 30 de maio de 2018, praticamente parou o país, com caos generalizado e aumento fenomenal da inflação e contração econômica, demorando meses para a recuperação e prejuízos estimados em mais de 30 bilhões de reais. Vejamos o que expôs TALEB (2014a, p. 307): “*Acontece que a vida econômica otimizada da atualidade faz com que construamos cinemas cada vez maiores, mas com portas precisamente iguais. Já não se cai com frequência neste tipo de erro de construção de cinemas, teatros e estádios, mas temos tendência a cometê-lo em outras áreas, como por exemplo, os recursos naturais e o abastecimento de alimentos. Tenhamos em conta que o preço do trigo mais que triplicou nos anos 2004-2007, como reação a um pequeno aumento da procura de um por cento. Os fluxos interrompidos são a mãe de todos os entalços.*”

³⁷ GONÇALVES FILHO, 2010, p. 37.

vértices do valor eficiência, são eles: o princípio da celeridade, o princípio da efetividade, o princípio da economicidade (ou economia processual) e o princípio da segurança jurídica. No capítulo seguinte será inserido ainda o critério da simplicidade/brevidade. É o momento de explorar cada um desses subprincípios.

Eficiência-efetividade

Nesse tópico, relevante pontuar a distinção entre eficiência, efetividade e eficácia. Parte-se da premissa que o princípio da eficiência é gênero, daí a afirmação de incluir-se em categoria jurídica autônoma, sendo a efetividade sua espécie. A efetividade está contida no raio de influência do princípio da eficiência, contudo este ostenta campo de incidência maior. Todo processo eficiente é efetivo, mas a recíproca não é verdadeira. Por exemplo, temos a sentença que efetivou o direito da parte ao resolver o contrato celebrado entre elas, mas com demora de cinco anos para surtir seu efeito desconstitutivo. Houve efetividade diante da dissolução do pacto, mas não eficiência diante do tempo decorrido com potenciais prejuízos subjacentes.

Eficácia, de outro vértice, é a capacidade ou aptidão para surtir os efeitos que lhe são próprios³⁸, de modo que nos interessa os efeitos concretos, ou seja, as alterações sensíveis no mundo dos fatos. Noutras palavras, a efetividade, como subproduto da eficiência, não se confunde com a eficácia jurídica ou social. Na condição de valor, a efetividade implica dever de resultado, de modificar a realidade factual, solucionando objetivamente as situações de conflito.

Maria Paula dos Reis Vaz Freire explica que a eficiência implica, em geral, a relação entre *inputs* e *outputs* e consiste na capacidade de obter a maior produtividade possível, a partir de determinada quantidade de *inputs* e/ou de obter certa quantidade de *outputs* com o mínimo custo. E prossegue: “(...) *O facto de ser pressupor aquele tipo de relação permite distinguir entre eficiência e eficácia, subsumindo-se esta última à capacidade de definir e cumprir metas pré-estabelecidas*³⁹”.

O processo é efetivo quando a solução do conflito pelo juiz na sentença torna-

³⁸ GONÇALVES FILHO, 2010.

³⁹ FREIRE, 2008, p. 773.

se realidade. Como enfatiza Cássio Scarpinella⁴⁰, enquanto o princípio do acesso à justiça e do devido processo legal direcionam-se à criação de condições efetivas de provocação do Poder Judiciário e de obtenção de tutela jurisdicional, o princípio da efetividade volta-se mais especificamente aos resultados práticos do reconhecimento do direito no plano material, exterior ao processo.

Leonardo Carneiro da Cunha apresenta visão parcialmente diversa. Após defender que a eficiência mede a relação entre os meios empregados e os resultados obtidos, destaca que a eficácia, então, é noção lógica-normativa, enquanto a efetividade constitui noção empírica-normativa, sendo a eficiência noção finalístico-normativa⁴¹.

Com tirocínio, Barbosa Moreira assinala que o processo para ser efetivo precisa desempenhar com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação direito substantivo, daí se costuma falar da instrumentalidade do processo, o mote do processualista Cândido Rangel Dinamarco⁴².

Desse modo, a efetividade como subprincípio da eficiência, não pode ser confundida com a eficácia moral ou jurídica. Sendo valor ou vetor de interpretação, a efetividade implica dever de apresentar resultado prático no mundo empírico, em outras palavras fornecer a solução prática que resolva o conflito de interesses, tópico que será abordado em outro capítulo.

Eficiência-celeridade

O slogan que caracteriza o pensamento do processualista moderno foi cunhado por Giuseppe Chiovenda⁴³ ao dizer que *o processo deve dar, quanto for possível, praticamente a quem tenha um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tenha o direito de obter*.

O tempo deve ser preocupação constante no estudo do processo. As reformas

⁴⁰ SCARPINELLA, 2007, p. 146.

⁴¹ CUNHA, 2014, p. 67.

⁴² DINAMARCO, 2002, p. 181.

⁴³ CHIOVENDA, 1969, p. 46.

processuais, em regra, miram-se nas formas ou técnicas de aceleração do processo ou de resolução de conflitos. Candido Rangel Dinamarco explica que o tempo é fator de corrosão dos direitos, razão pela qual o sistema jurídico precisa fornecer meios de combate ao que ele denomina de *tempo-inimigo*.

Luiz Guilherme Marinoni⁴⁴, ao citar Mauro Cappelletti, reconhece que o principal problema da justiça civil, era e ainda é o da morosidade dos processos. Os mais fracos ou hipossuficientes jurídica e economicamente acabam por transacionar direitos em virtude da letargia judicial. A demora do processo, e não há como discordar, a bem da verdade, malfere o princípio da isonomia.

É certo que a morosidade do sistema jurídico decorre essencialmente do congestionamento no sistema judicial, a razão entre o número de processos que ingressam na Justiça que ficam represados e o número de processos efetivamente solucionados, o que é trivial⁴⁵. Esse congestionamento ou fluxo interrompido tem

⁴⁴ “*La duración excesiva es fuente de injusticia social, porque el grado de resistencia del pobre es menor que el grado de resistencia del rico; este último, y no el primero, puede normalmente esperar sin daño grave una Justicia lenta*” (apud MARINONI, 2006, p. 22)

⁴⁵ De acordo com o CNJ, a taxa de congestionamento mede o percentual de processos que ficam represados sem solução, comparativamente ao total de tramitado no período de um ano. Quanto maior o índice, maior a dificuldade do tribunal em lidar com seu estoque de processos. O número de processos em tramitação apresentou o menor crescimento da série histórica, com variação de 0,3% e o Poder Judiciário chegou ao final do ano de 2017 com um acervo de 80,1 milhões de processos que aguardam solução definitiva. Entre 2009 e 2017 houve uma variação acumulada de 31,9% no estoque, correspondendo a um crescimento médio de 4% ao ano. Apesar da manutenção do volume total em estoque, constata-se que houve redução nos processos pendentes em fase de conhecimento, etapa em que se faz o julgamento de mérito dos processos judiciais. Desconsiderados os processos de execução, o estoque obteve queda de 1,4 milhão de processos (3,7%), diferentemente da tendência dos anos anteriores, em que os pendentes em conhecimento cresciam, anualmente, a uma média de 4%. O crescimento do acervo em execução se deu mais significativamente entre as execuções judiciais (12,5%) do que entre as execuções de títulos executivos extrajudiciais, inclusive as fiscais (6,9%). Os resultados alcançados em 2017 decorrem da redução de 1% no quantitativo de processos ingressados associado ao aumento da produtividade, em 5,2%. Durante o ano de 2017, ingressaram 29,1 milhões processos e foram finalizados 31 milhões, ou seja, o Poder Judiciário decidiu 6,5% a mais de processos do que a demanda de casos novos. Apesar da alta produtividade, não houve redução do estoque processual devido à reativação de casos que já haviam sido arquivados em anos anteriores e retornaram à tramitação no ano de 2017, e a fatores como, por exemplo, mudanças de classe. Muito embora tenham ingressado 29,1 milhões de processos, esse cálculo pode incorrer em duplicidade quando um mesmo processo, no mesmo ano, é iniciado em instâncias e fases distintas. É o caso, por exemplo, de um processo que ingressa na fase de conhecimento de 1º grau e, no mesmo ano, submete recurso ao 2º grau e inicia a execução judicial na primeira instância. Se forem consideradas apenas as ações originárias dos tribunais, os processos de conhecimento e as execuções extrajudiciais, chega-se ao quantitativo de 21,2 milhões de processos protocolados no judiciário em 2017. O aumento no número de processos baixados ocorreu devido ao acréscimo de 319 juízes no ano de 2017 e à elevação da produtividade média dos magistrados em 3,3%, atingindo o maior valor da série histórica observada, com 1.819 processos. Considerando apenas os dias úteis do ano de 2017, excluindo períodos de férias e recessos, tal valor implica a solução de aproximadamente 7,2 processos ao dia. O Índice de Produtividade dos Servidores da Área Judiciária cresceu 7,1%, uma média de 10 casos a mais baixados

múltiplas causas que diante da complexidade e gigantismo do sistema judicial brasileiro dificultam a exata compreensão. Nesta dissertação, a aposta alta numa das causas será na, de certa medida, artificial complexidade do sistema, com a necessidade premente de sua simplificação, fazendo cessar ou arrefecer a *corrida armamentista*⁴⁶ entre os advogados e juízes no ambiente jurídico-normativo.

António Menezes Cordeiro⁴⁷, sempre à frente dos juristas lusófonos, embora focado na realidade portuguesa, mas parecendo escrever para a brasileira, sintetizou a crise da Justiça:

A ordem jurisdicional portuguesa revela-se incapaz de resolver os litígios, em tempo útil. [...] Em boa verdade e no terreno, os agentes que proclamam a incapacidade da Justiça logo se apressam a afiançar exceções e, em especial, a enaltecer a generalidade dos advogados e dos magistrados. Sejam sinceros: individualmente, todas as pessoas são sérias, respeitáveis, cultas e eficientes; muito raramente se prova o contrário. Mas no seu conjunto, o sistema não funciona. Porquê? A resposta é simples: porque o bloqueio da Justiça, conquanto que nocivo para o País, é vantajoso para a parte que não deva obter ganho de causa. Para cada prejudicado, há um beneficiado. No plano dos grandes números, todos perdem, mas todos ganham. Apenas desde o momento que ninguém lucre com as delongas, a própria dinâmica social se encarregaria de encontrar saídas. O crescente recurso às arbitragens é, disso, um (tímido) sinal.

Menezes Cordeiro captou o problema da morosidade de forma sagaz com crítica à postura dos advogados, juízes e até dos legisladores, estes em razão da complexidade normativa absurda a prejudicar o sistema judicial, o qual não funciona essencialmente porque é vantajoso para a parte que não tem razão e também para os

por servidor em relação à 2016. Esse esforço culminou em uma taxa de congestionamento de 72,1%, menor do que a observada em 2016, apesar de permanecer em patamar elevado. Aproximadamente 28% de todos os processos que tramitaram foram solucionados. Se fossem desconsiderados os casos que estão suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, a taxa de congestionamento líquida seria de 67,9% (4,2 pontos percentuais abaixo da taxa bruta). É relevante esclarecer que nem todos os processos que tramitam em um ano estão aptos a serem baixados, em razão da existência de prazos legais, da necessidade de aguardar pagamento de precatórios ou de acordos homologados, entre outras diversas situações jurídicas possíveis (CNJ, 2018, p. 90 e 197).

⁴⁶ Esse conceito será abordado no próximo capítulo ao se tratar da evolução darwiniana, mas a ideia envolve o confronto de estratégias para sobreviver, na qual a melhora de um agente em sua estratégia (v.g. garras mais afiadas e maior velocidade) exige que o outro reaja na mesma proporção (camuflagem e aumento de velocidade).

⁴⁷ CORDEIRO, 2016, p.17-18.

representantes, os advogados, máxime porque pode haver desalinhamento ou até conflito de interesses entre o cliente (principal) e o advogado⁴⁸ (agente). Percebeu ainda que a tríade “*garantismo, astúcia das partes e timidez do tribunal*” implica milhares de documentos inúteis, nos quais “*se esvaem a riqueza das partes e as energias do Poder Judicial.*”⁴⁹

Nessa linha de pensamento, podemos adicionar a chamada banalização do uso do Poder Judiciário e a tentativa de adiar a solução do conflito com o aumento de complexidade mediante prolixidade processual, tendo como exemplos petições artificialmente prolixas, a anexação aos autos do processo de documentos desnecessários, o requerimento de meios de prova inúteis ou protelatórios, o afastamento da cognição sobre fatos essenciais ou relevantes, a gerar a mencionada corrida armamentista com cada vez mais complexidade para resolver questões inicialmente simples, de modo a tornar o sistema cada vez mais dependente de mais advogados e mais servidores e juízes, retroalimentando-o, a causar a sua interrupção e severos prejuízos ao litigante que tinha razão e a toda sociedade com o desperdício de recursos públicos gastos neste sistema congestionado e viciado.

Com efeito, a simples tramitação do processo gera incômodos e diminuição patrimonial, porquanto as partes contratam advogados, pagam as despesas processuais, além dos elevados gastos com produção de provas e acompanhamento do processo até sua resolução. Daí que a demora na prestação jurisdicional, aliada à ineficiência dos pronunciamentos judiciais, gera o que a doutrina denomina de dano marginal, como explica Renato Castro⁵⁰.

Assim, há o direito fundamental à duração razoável do processo, nos termos do art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição do Brasil, seguindo a tendência europeia e latino-americana, não se prevendo a obrigatoriedade de prazos pelo legislador ordinário para a duração dos processos judiciais⁵¹.

⁴⁸ Problema de agenciamento, o qual consiste na divergência entre o interesse do agente e do seu cliente, de acordo com TALEB (2014a, p. 31).

⁴⁹ CORDEIRO, 2016, p. 26.

⁵⁰ CASTRO, 2012, p. 34.

⁵¹ As Constituições do México (1917), Portugal, Itália, Argentina, Colômbia e Bolívia, consignam expressamente essa garantia, conforme GÓES (2005, p. 263-264). Vale anotar que o art. 49 da Lei n. 9.784/99 assinala prazo máximo de 30 (trinta) dias (prorrogável por mais 30) para decisão da

De toda a sorte, a celeridade processual potencializa a aplicação de outros princípios ou institutos processuais, dentre os quais se destacam, a necessidade de observar a brevidade na prática dos atos processuais de todos aqueles que participam do processo, a disciplina ética do processo com a efetiva punição da litigância desleal, as tutelas provisórias (cautelar, antecipada e de evidência) os do aproveitamento dos atos processuais inclusive do trabalho correto realizado por advogados e promotores, da ausência de nulidade sem prejuízo, da instrumentalidade das formas, da adaptabilidade procedimental e da fungibilidade.⁵²

Eficiência quantitativa *versus* eficiência qualitativa

O princípio da eficiência, segundo Michele Taruffo⁵³, apresenta perspectiva relacionada à velocidade dos procedimentos e a redução dos custos e outra perspectiva relacionada com a qualidade das decisões e de sua fundamentação. Sob tal prisma, haveria certa contradição, uma vez que a existência de processo rápido e barato pode ensejar decisões incompletas ou incorretas, não se podendo lograr as duas coisas ao mesmo tempo.

O grande desafio do processo civil contemporâneo, nas palavras de Fernando Fonseca Gajardoni⁵⁴, reside no equacionamento desses dois valores: tempo e segurança. A decisão judicial tem que compor o litígio no menor tempo possível, porém com o devido respeito às garantias da defesa, sem as quais não haverá decisão segura.

Na verdade, não se divisa na imensa maioria dos casos incompatibilidade entre celeridade e qualidade da prestação jurisdicional, posto que a observação do que ordinariamente acontece, a experiência prática e a análise de gráficos⁵⁵ no ambiente do

Administração, após concluído o processo administrativo, bem como o CPC (art. 226) determina o prazo de 10 dias para as decisões interlocutórias e 30 dias para proferir as sentenças.

⁵² CASTRO, op. cit., p. 41-42.

⁵³ TARUFFO, 2008, p. 185.

⁵⁴ GAJARDONI, 2003, p. 41.

⁵⁵ Informações cedidas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, por intermédio da Subsecretaria de Desenvolvimento de Sistemas, apontam que no PJe – Processo Judicial Eletrônico –, entre a conclusão e a sentença do processo de conhecimento, decorrem em média 85 dias. Para se ter ideia

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e mesmo os dados do Conselho Nacional de Justiça⁵⁶ indicam que paralisação relevante do processo decorre do *tempo morto*⁵⁷ em que não se pratica nenhum ato processual, de modo que a celeridade que se busca e aqui se enfatiza não é óbice à prestação jurisdicional de qualidade, máxime porque o intervalo de tempo entre a conclusão dos autos do processo e a prolação da sentença, ou seja, a demora em praticar os atos e diligências do processo não necessariamente é utilizada para a reflexão, busca de provas ou adoção de melhor decisão acerca do caso concreto.

O que se percebe é que o tempo que o processo fica em inatividade necessariamente não decorre de tempo gasto na busca de provas ou da solução mais adequado ao caso concreto, mas sim na falta de prática de ato processual necessário para impulsionar o procedimento previsto em lei ou mesmo na espera pela análise do julgador para encontrar a melhor solução ao problema jurídico sob sua responsabilidade ante o congestionamento, vale dizer, existência de fila de autos processos para serem impulsionados ou decididos.

A fenomenologia apoiada em dados estatísticos demonstra que os processos de conhecimento ficam paralisados em alguma fase ou à espera do magistrado analisar os pedidos e os meios de provas para proferir a decisão em razão de o fluxo de processos ter sido interrompido, seja pelo excesso de processos em tramitação, seja pela elevada complexidade de parte deles⁵⁸.

de como a digitalização acelera a prestação jurisdicional, no processo físico esse mesmo intervalo de tempo entre a conclusão e a sentença alcança 420 dias.

⁵⁶ CNJ, 2018.

⁵⁷ A expressão '*tempo morto do processo*' refere-se ao tempo em que o processo fica parado nos escaninhos de cartório judiciário, numa determinada caixa virtual de tarefa no sistema informatizado ou em conclusão para o magistrado, sem que qualquer ato ou diligência seja praticado. Seu andamento fica obstado sem qualquer razão ou benefício, apenas a aguardar a providência do servidor ou do julgador. Vale ressaltar que em determinados tribunais esse tempo morto decorre da quantidade insuficiente de servidores e juízes para análise dos processos ou da espera de ato a ser praticado em outro juízo, a depender de ato advindo de cooperação judicial.

⁵⁸ O processo de execução tem explicação própria para a elevada taxa de congestionamento. Um dos principais gargalos da execução é a inexistência de bens penhoráveis ou não alcance deles pelos meios executivos, cuja execução fiscal representa 74% do estoque em execução. Este gargalo é responsável pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, representando 39% do total de casos pendentes, e congestionamento de 92% em 2017 – a maior taxa entre os tipos de processos do Relatório do CNJ já citado, p.121. De acordo com a observação empírica, a satisfação do crédito é influenciada por fator exógeno do sistema, ou seja, a existência de patrimônio na esfera jurídica do devedor, de modo que depende de patrimônio apto a ser penhorado e executado para o arquivamento do processo executivo. O sistema de bloqueio eletrônico de ativos Bacenjud – desenvolvido pelo Banco Central do Brasil em

Evidentemente, o tempo e a experiência de que necessitam o juiz e auxiliares para analisar o problema jurídico e proferir a decisão é a moeda mais escassa do sistema judicial, a qual ao ser gasta em um processo, inibe utilizar em outro, a configurar custo de oportunidade, o qual é minorado se for processo repetitivo e/ou puder ser replicada a solução jurídica para outros processos, situação que será examinada com mais vagar em outro capítulo ao tratar de técnicas para proferir sentença ou precedente.

Seguindo essa trilha, convém desmistificar a premissa de que a segurança e a celeridade são valores incompatíveis ou somente se alcança a celeridade com o sacrifício da segurança e vice e versa. Esse aparente conflito não ocorre na realidade na maioria dos casos. Decisões similares às judiciais são tomadas todos os dias e em diversas oportunidades sem que os decisores precisam de meses ou anos para se convencer e justificar a decisão tomada. Basta olhar a *prova silenciosa*⁵⁹, vale dizer, a quantidade descomunal de soluções da vida que são criadas em pouco tempo pelos interessados para perceber que não há permanente sacrifício de qualidade se a decisão for proferida em tempo razoável.

A celeridade não pode ser confundida com precipitação. Quanto mais rápida a solução para o problema da vida, menos ebulição social e exercício arbitrário das próprias razões, permitindo-se às partes conduzirem melhor o curso na vida quanto ao futuro. Nas execuções, a prática de atos executivos podem ser realizados eletronicamente e mediante rápida conferência de documentos e inserção de dados em sistemas já desenvolvidos, a não justificar a paralisação das execuções, notadamente as fiscais⁶⁰, um dos maiores gargalos da Justiça brasileira.

cooperação com o CNJ é uma das armas para a efetividade do processo de execução com o bloqueio de valores porventura existentes em nome dos devedores nas mais diversificadas instituições financeiras. A magnitude deste nicho a ser explorado explica em parte a razão de empresas de tecnologia (inteligência artificial) oferecem ao Poder Judiciário programas informáticos para enfrentar este gargalo e consubstancia território inexplorado, pois diversas execuções fiscais são ajuizadas, mas a Fazenda Pública e o Poder Judiciário têm se mostrado incapazes de impulsionar tais processos para a satisfação do crédito.

⁵⁹ Remete-se ao próximo capítulo a noção de prova silenciosa, mas em linha geral é considerar apenas parte dos eventos (problemas da vida e processos judiciais) e esquecer os eventos totais (soluções das partes que não geraram processos judiciais). Pode configurar ilusão cognitiva, pois pensa-se que a amostra é apenas o conhecido, mas há o não conhecido, o que aumenta exponencialmente o tamanho da amostra.

⁶⁰ “A maior parte dos processos de execução é composta pelas execuções fiscais, que representam 74% do estoque em execução. Esses processos são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, representando aproximadamente 39% do total de casos

Interessante ainda anotar que os litigantes devem ser protegidos no direito à obtenção de celeridade processual e reprimidos quanto o seu comportamento tiver por objetivo frustrar tal escopo com atuação firme e atenta do juiz e sem timidez do tribunal, inclusive com a imposição de multa⁶¹ na linha defendida magistralmente por Menezes Cordeiro⁶², o qual ensina, e não há como divergir, que não existe a separação processo-substância: tudo é material. “*Quando haja ‘luta’, no Direito como na vida, deve subir a bitola da exigência de correção e de respeito pelo outro*”.

Eficiência-segurança

É corrente no meio forense a expressão anônima “*o juiz erra quando não decide*”. Preferível ao sistema jurídico a decisão sobre o problema da vida ainda que imperfeita⁶³ (nunca precipitada ou açodada) à indefinição, à insegurança, sobre a quem pertence o direito em disputa. Ora, o juiz ao não decidir, na verdade, está a manter o bem da vida em disputa com uma das partes e não pode esquecer que sua omissão equivale a negar o direito de quem não tem em seu poder o direito ou o bem da vida em conflito.

Tendo previsibilidade acerca da resposta judicial ou do procedimento a ser adotado, em suma, das regras do jogo, as partes podem moldar seu comportamento atual e futuro, a fim de obter as externalidades positivas e atenuar as negativas, evitando-se o incremento de custos marginais⁶⁴.

O Código de Processo Civil brasileiro de 2015 prestigia o princípio da

pendentes, e congestionamento de 92% em 2017 - a maior taxa entre os tipos de processos constantes nesse Relatório” (CNJ, 2018, p. 121).

⁶¹ Artigo 80 do CPC - considera-se litigante de má-fé aquele que: [...] IV - opuser resistência injustificada ao processo; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

⁶² O autor defende que a atuação firme do juiz, por exemplo, pode ser a fiscalização do uso abusivo da oposição embargos de declaração para inibir o cumprimento das decisões, analisando-os rapidamente para obstar a tentativa da parte de ganhar mais tempo (2016, p. 25).

⁶³ Excluem evidentemente as decisões advindas de crime praticado pelo juiz, pois saímos do processo civil e entramos na seara do direito criminal. De todo modo, vale lembrar que o assassinato judiciário é o pecado mortal do direito. Rudolf Von Ihering (2010) esclarece que “*na Roma antiga, o juiz corrupto incorria na pena de morte*”, a demonstrar que o valor confiança na justiça já foi muito valorizado na antiguidade e precisa voltar a ser. Como diz um provérbio árabe: Aquele que não tem passado não tem futuro.

⁶⁴ Os ingleses mencionam que os jurisdicionados não podem ser tratados “*como cães, que só descobrem que algo é proibido quando o bastão toca seus focinhos*” (BENTHAM, 2015).

segurança jurídica, de índole constitucional, pois visa a proteger e a preservar as justas expectativas dos jurisdicionados, a proteger o valor **confiança**. Na linha defendida por J. J. Canotilho, a segurança jurídica está conectada aos elementos objetivos da ordem jurídica, tais como a garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito⁶⁵.

Sempre que possível, os riscos da incerteza devem ser reduzidos, tornando previsível o comportamento dos sujeitos processuais e estáveis as decisões judiciais que regulam o litígio submetido ao crivo do Poder Judiciário, evitando-se surpresas e sinalizando eventual alteração de entendimento.

Cabe adotar, ainda, a técnica geral de fungibilidade que permeia o procedimento, como corolário do princípio da eficiência⁶⁶. Ora, nas ditas zonas de penumbra quando se admitir duas ou mais formas de se praticar o ato processual, deve-se optar pela resposta que contemple os valores fundamentais, dentre os quais sobressai a segurança e a operabilidade do sistema.

Em sendo assim, mister reduzir a aleatoriedade quanto ao procedimento a ser seguindo ao mínimo possível, com a estabilização das decisões saneadoras, evitando-se contramarchas e dando plena aplicabilidade ao instituto da preclusão, inclusive para o juiz ao decidir sobre a matéria controvertida, de sorte a conferir uniformidade e previsibilidade ao sistema jurídico, notadamente por intermédio do sistema de precedentes de *baixo para cima*, tema que será explorado em outro capítulo.

Eficiência-economicidade

Segundo o pensamento de Fredie Didier Júnior, a aplicação do princípio da eficiência no processo consubstancia versão atualizada do conhecido princípio da economia processual. Sintetiza o processualista que a meta a ser alcançada por tal princípio somente se constata *a posteriori* e deriva de dois deveres: a) o de obter o máximo de um fim com o mínimo de recurso (*efficiency*); b) o de, com um meio,

⁶⁵ CANOTILHO, 2009, p. 256.

⁶⁶ Anuímos com o pensamento de José Bedaque, no sentido de que “*a fungibilidade, todavia, não deve ficar limitada às hipóteses previstas em lei ou consagradas na doutrina e jurisprudência. É de ser considerado princípio geral do sistema processual [...]*”. (BEDAQUE, 2006, p. 118)

atingir o fim máximo (*effectiveness*)”⁶⁷.

O princípio da eficiência sob o signo da economia processual confere suporte ao princípio *pas de nulité sans grief*,⁶⁸ inerente à teoria das invalidades processuais, aproveitando-se os atos processuais praticados que não resulte prejuízo à defesa. E mais, previne a prática de atos inúteis, como requerimentos de provas repetitivas, desnecessárias ou protelatórias.

A economia processual conecta com a simplicidade e a brevidade dos atos processuais, temas que serão explicitados no próximo capítulo, mas processo econômico e que cumpre seu papel de pacificar o meio social, acima de tudo há de ser simples e breve. Se houver possibilidade de proferir duas decisões acerca do conflito, uma simples e outra complexa, o juiz deve escolher a mais simples, porquanto de maior previsibilidade e com menos efeitos desconhecidos.

De outro vértice, o exemplo contemporâneo da plena aplicabilidade da economia processual é a integral virtualização dos processos judiciais. O Brasil caminha a passos largos para a sua utilização em todos os graus de jurisdição do processo judicial eletrônico⁶⁹.

A experiência no Tribunal de Justiça do Distrito Federal denota a brutal redução de custos, com a substituição do processo em meio físico (papel), com ganhos em produtividade, segurança, transparência e efetividade, sobretudo com efeitos positivos ao meio ambiente ante a desnecessidade de utilização de toda a burocracia envolvida em torno dos autos físicos, tais como toneladas de papel, tinta, impressoras, armários e escaninhos, transporte de autos de processos, locais de armazenamento de processos e construção de novas unidades judiciárias, bem como possibilidade de trabalho a distância (*home office*), cujos ganhos de produtividade e diminuição de custos somente com deslocamentos dos participantes da trama judicial, servidores e

⁶⁷ DIDIER JUNIOR, 2015, p. 102.

⁶⁸ Em tradução livre: *não se proclama a nulidade sem a prova do prejuízo*.

⁶⁹ O Processo Judicial eletrônico (PJe) é um sistema desenvolvido pelo CNJ em parceria com os tribunais e a participação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para a automação do Judiciário. O CNJ pretende convergir os esforços dos tribunais brasileiros para a adoção de uma solução única, gratuita para os próprios tribunais e atenta para requisitos importantes de segurança e de interoperabilidade, racionalizando gastos com elaboração e aquisição de softwares e permitindo o emprego desses valores financeiros e de pessoal em atividades mais dirigidas à finalidade do Judiciário: resolver os conflitos (CNJ, 2018).

juízes são estupendos.

A informatização do processo configura verdadeira revolução por que passa o Poder Judiciário no Brasil⁷⁰. De pronto, fica diminuído o risco de desaparecer com os autos do processo⁷¹, sendo possível às partes obterem cópia eletrônica do processo em seus computadores e sistemas de *backup* de dados. Os autos do processo eletrônico estão disponíveis para consulta de todos os envolvidos e os atos de comunicação e efetivação dos pronunciamentos judiciais podem ser praticados, inclusive automaticamente sem necessidade de interferência humana, sem maiores custos e com enorme celeridade e segurança, com uso de assinatura digital⁷².

Não se pode negar que há riscos ocultos com a virtualização do processo, mas é praticamente caminho sem volta diante da complexidade da vida moderna e das vantagens da tecnologia digital frente ao sistema analógico tradicional de autos físicos, especialmente no ganho de uniformização de procedimentos, ganhos de escala, controle do fluxo de processos e demais externalidade daí decorrentes⁷³.

⁷⁰ “Já a política do CNJ de incentivo à virtualização dos processos judiciais tem registrado avanços na informatização dos tribunais a cada ano. A Resolução CNJ 185/2013, que instituiu o Sistema Processo Judicial Eletrônico (PJe) como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais, impactou significativamente o percentual de processos autuados eletronicamente, que passou de 30,4% em 2013, para 79,7% em 2017”. (CNJ, 2018, p. 198).

⁷¹ Na verdade, a prudência manda não ser totalmente confiante na tecnologia digital e nos sistemas informáticos, pois pode haver ataque cibernético e mesmo fraudes para alterar ou bloquear o sistema eletrônico, contudo a existência de cópias de segurança pelas partes e advogados e o investimento em segurança da rede pelos tribunais minimizam bastante tal risco oculto, porém esse risco não pode ser desconsiderado. Lembremos, toda tecnologia deve passar pelo filtro rigoroso e seletivo do tempo.

⁷² “Mais de 319 mil processos eletrônicos já foram distribuídos no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT desde que o sistema PJe começou a ser implantado, há exatos três anos, em 25/7/2014, chegando paulatinamente às diversas serventias da Casa. Um ano após o início das implantações, o Tribunal contabilizava mais de 28 mil feitos pelo sistema. Ao completar dois anos, eram 127 mil processos tramitando eletronicamente. Hoje, o PJe funciona em 97 unidades judiciárias, na 1ª e na 2ª Instâncias, e 78 unidades de apoio, entre serviços de distribuição, postos de redução a termo e outros. [...]. Em 2018, o sistema chegará a todas as serventias do Tribunal”. ACS/TJDFT, Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/julho/pje-completa-3-anos-no-tjdft-com-mais-de-319-mil-processos-distribuidos>>

⁷³ O Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 14,5 milhões, ou seja, 18,1%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Em toda série histórica, o ano de 2017 foi o de menor crescimento do estoque, com variação de 0,3%, ou seja, um incremento de 244 mil casos em relação ao saldo de 2016. Esse resultado decorre, em especial, do desempenho da Justiça Estadual, que apesar de registrar historicamente um crescimento médio na ordem de 4% ao ano, variou em 2017 apenas 0,4%. [...]. Durante o ano de 2017, ingressaram 29,1 milhões de processos e foram baixados 31 milhões. Houve decréscimo dos casos novos na ordem de 1% com relação ao ano de 2016, e aumento dos casos solucionados em 5,2%. A demanda pelos serviços de justiça registrou crescimento acumulado na ordem de 18,3%, considerada toda a série histórica desde 2009. Em 2017 foi o primeiro ano em que o volume de

Na luta pelo Direito, divisa-se, como já mencionado neste trabalho, a existência de *corrida armamentista* entre os litigantes e mesmo entre estes e o Poder Judiciário, razão pela qual qualquer melhora na estratégia de postular em juízo implica a necessidade de reação e melhora na capacidade de resposta para solucionar os conflitos.

Retrocedendo-se poucas décadas, lembremos que as petições eram datilografadas à velocidade da capacidade humana de ativar teclas em máquinas simples. Como envolvia elevado custo ao advogado digitar uma a uma as petições, estas eram mais concisas e focavam no essencial. Com a disseminação do computador pessoal e a melhora de sua tecnologia e seus softwares, além da *internet* como fonte de dados e de rápida pesquisa jurídica de *precedentes/modelos* e facilidade de reprodução (copiar e colar, em suma, produzir peças jurídicas), o custo intelectual e financeiro para se elaborar as petições judiciais foi reduzido drástica e inexoravelmente. A parte que pretender retardar a marcha processual passou a ter a seu dispor poderosa ferramenta para, por intermédio de seu advogado, construir petições prolixas a custo reduzido.

O uso da internet e programas informáticos específicos facilitou o trabalho de pesquisa jurídica e de formular petições infundáveis e sentenças prolixas, de modo que a informatização penetrou silenciosamente no nosso sistema judicial, cujo próximo passo já foi dado: o uso de robôs⁷⁴ para peticionar virtualmente e sentenciar casos simples repetitivos parametrizáveis. E é só o começo!

Essa luta incessante entre advogados entre si e juízes ensejou a necessidade de

baixados superou o patamar de 30 milhões de casos solucionados [...]. Apesar de se verificar, historicamente, um número de processos baixados igual ou superior ao número de casos novos, o estoque não reduziu [...] O crescimento acumulado no período 2009-2017 foi de 31,9%, ou seja, acréscimo de 19,4 milhões de processos. Ainda que baixando casos em volume superior ao ingressado, com Índice de Atendimento à Demanda na ordem de 106,5%, o estoque manteve-se praticamente constante, e chegou ao final do ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação aguardando alguma solução definitiva. Se o Poder Judiciário decidiu 6,5% de casos acima da demanda, seria esperada uma redução do estoque nessa proporção. Isso não ocorre, em parte, por conta de processos que retornam à tramitação (casos pendentes). São, por exemplo, os casos de sentenças anuladas na instância superior; ou de remessas e retornos de autos entre tribunais em razão de questões relativas à competência ou de mudança de classe processual. (CNJ, 2018).

⁷⁴ KAHNEMAN (2015, p. 293-306) aborda a nossa natural hostilidade aos algoritmos com apoio em Paul Meehl, contudo vários estudos mostram a exatidão significativamente melhor por parte dos algoritmos ao longo de variedade de resultados de previsões, incluindo violações de liberdade condicional, sucesso no treino de pilotos e reincidência criminal.

adoção de ambiente virtual para controle do fluxo de processos, cuja nova batalha que se descortina é com uso de inteligência artificial⁷⁵, de modo que já começou nos escritórios de advocacia a utilização desta ferramenta, sendo crescente o número de empresas oferecendo tal serviço, inclusive para o Poder Judiciário para o espanto de muitos.

Há empresas que disponibilizam robôs (algoritmos⁷⁶) para interpretar atividades cartorárias, interpretar petições, realizar fluxos eletrônicos e ainda gerar petições ou sentenças com *Deep Learning*⁷⁷. Era inevitável que o avanço da tecnologia ocupasse o espaço das tarefas repetitivas e de baixa complexidade ou mesmo de complexidade parametrizável ou de operações matemáticas em camadas. Em outras áreas a tecnologia da informação já alterou a forma de prestar serviços, tais como bancários, hotelaria, transportes dentre outros, sendo só questão de tempo a tomada do território da justiça⁷⁸. Aliás, arrisca-se a dizer, muito pouco tempo, se é que já não tomou e sequer percebemos.

2.3 – Limites

O princípio da eficiência descortina múltiplas possibilidades de se aplicar as

⁷⁵ WATTS (2011, p. 53-55) explica a grande dificuldade quanto ao problema de enquadramento que atormentou os pesquisadores de inteligência artificial para replicar a inteligência humana, haja vista que “a lista de fatos e regras com potencial relevância é dolorosamente longa”. Mas, quando optaram os pesquisadores por enfatizarem modelos estatísticos de dados em vez de processos de pensamento, abordagem denominada de ‘*machine learning*’ (aprendizagem de máquina), esta demonstrou ser mais produtiva, com descobertas impressionantes como mecanismos de busca que completam suas pesquisas enquanto você as digita até a construção de carros-robôs autônomos.

⁷⁶ Algoritmos, segundo DAMÁSIO (2018, p. 231), “são formulas, receitas, enumerações de passos na construção de determinado resultado”.

⁷⁷ A aprendizagem profunda, do inglês *Deep Learning* (também conhecida como aprendizado estruturado profundo, aprendizado hierárquico ou aprendizado de máquina profundo) é um ramo de aprendizado de máquina (*Machine Learning*) baseado em um conjunto de algoritmos que tentam modelar abstrações de alto nível de dados usando um grafo profundo com várias camadas de processamento, compostas de várias transformações lineares e não lineares. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Aprendizagem_profunda>.

⁷⁸ DAMÁSIO (Op. cit., p.236-237) menciona que “um bom número das iniciativas atuais em relação ao mundo em expansão na IA e robótica não tenciona criar robôs parecidos com humanos, e sim dispositivos que façam coisas que nós precisamos que sejam feitas de modo mais competente, econômico e rápido possível. A ênfase ocorre em programas de ação inteligentes. Não importa que nenhum programa produza sentimentos, muito menos experiências conscientes. A ideia de construir robôs semelhantes a humanos que possam tornar-se ajudantes ou companheiros convenientes é perfeitamente razoável”.

regras processuais com mais efetividade, celeridade, segurança, economicidade e simplicidade como se verá em outro capítulo, extraindo-se o máximo proveito da prestação jurisdicional.

Há amplo aspecto de liberdade do Juiz e dos operadores do direito para a sua atuação nesse particular. Acerca da margem de liberdade que o sistema processual outorga ao juiz e às partes, oportunas as palavras de Eduardo Couture⁷⁹:

[...] A lei processual é uma descrição. O legislador descreve como se realizará, no futuro um processo. Algumas leis, como, por exemplo, as italianas, são redigidas no tempo presente. Nas leis de formatação espanhola, o habitual é a disposição no tempo futuro. O certo, porém, é que um ou outro tempo verbal, o legislador determina, descritivamente, a evolução e o desenvolvimento do processo. É essa relação dinâmica, em marcha desde a petição inicial até a sentença e sua execução. Tal como se fosse a descrição de um itinerário a ser percorrido, o legislador descreve como deve ser esse itinerário. Existe, nesse relato, sem dúvida, uma grande margem de liberdade.

É inerente à atividade jurisdicional fazer escolhas para instrumentalizar a produção de provas e a prolação de decisão rente à realidade, razão pela qual dentre as interpretações possíveis em conformidade com a Constituição, deverá ser adotada a que confere maior valor à eficiência, não a ingênua e planificada que se nota em geral, mas a que a longo prazo diminua a complexidade e incentive o cumprimento espontâneo do direito, além da desejada cooperação entre os usuários da Justiça, tornando sempre desvantajoso lesar direitos.

Segundo João Gilberto Gonçalves Filho⁸⁰ “há uma porta aberta no sistema jurídico que permite a criação normativa pela jurisprudência; não se trata de gostar disso ou não, mas simplesmente constatar que o ato de interpretação enseja naturalmente uma atividade criativa. Se o limite dessa criação é o texto legal, a começar pela Constituição, então essa atividade exegética deve ser orientada pelos valores constantes desses textos, o que autoriza a concluir: existe um dever de promoção do princípio da eficiência pela via da interpretação”.

Evidentemente, o limite da aplicabilidade do princípio da eficiência é o resguardo das garantias constitucionais, não se podendo descambar para o arbítrio,

⁷⁹ COUTURE, 2001, p. 17-18.

⁸⁰ GONÇALVES FILHO, 2010, p. 141.

precipitação ou açodamento, distorcendo a interpretação do texto legislativo para se alcançar, a qualquer custo, a suposta eficiência muitas vezes entendida de forma pusilânime como busca desenfreada pelo arquivamento do maior número de processos possível. A eficiência que se defende deve ser entendida como decisão em tempo razoável e correta ou aceitável, mas que resolva o problema ainda que de forma simples. Processo jamais pode ser encarado como mais um número ou fim em si mesmo⁸¹, mas sempre como instrumento protetor de vidas em conflito à espera de decisão. A virtualização do processo, é inegável, gera inúmeras possibilidades de redução de custos na administração da justiça, mas o elemento humano, a sensibilidade, a consciência de que cada processo contém vidas não pode ser obliterada.

Esta almejada eficiência convive com as demais garantias processuais que devem ser prestigiadas, tais como a garantia do contraditório e da ampla defesa, a vedação a provas obtidas por meios ilícitos, juiz natural e imparcial etc. Na verdade, processo eficiente é o que, acima de tudo, observa o devido processo legal. O respeito judicial ao princípio do devido processo legal garante solidez ao sistema jurídico e isso é altamente eficiente para se evitar efeitos perniciosos no átimo sentencial. A eficiência processual somente será alcançada se pudermos identificar exatamente o objetivo a atingir a longo prazo e respeitar os direitos e garantias constitucionais. Respeite-se o devido processo legal e naturalmente a decisão muito provavelmente será eficiente, socialmente aceitável.

Por conseguinte, à luz dessas considerações, o princípio da eficiência ostenta natureza relativa e condicional, pairando harmonicamente com os demais princípios do sistema processual. Desse modo, busca-se realçar as possibilidades negligenciadas de aplicação da eficiência, havendo margem para explorar e colher ótimos frutos, sem eclipsar garantias constitucionais.

O princípio da eficiência, ao dar força normativa a determinado valor ou virtude a ser alcançada, vale repetir rapidez e acerto ou aceitabilidade da decisão judicial, faz com que na aplicação do ordenamento jurídico duas atividades sejam

⁸¹ Eis a lição de COUTURE (1990, p. 145): “*la idea de proceso, decíamos, es necesariamente teleológica, pues sólo se explica por su fin. El proceso por el proceso no existe*”.

atribuídas ao juiz. Em primeiro lugar, conduzir o processo, de forma cooperativa e com perspectiva instrumental. Em segundo lugar, decidir a causa em tempo razoável em busca da verdade aproximativa, ao menos com *aceitabilidade racional*⁸² com mitigação dos prejuízos à parte que tem razão⁸³.

⁸² SOUSA (2016, p. 467-468) explica, de forma convincente, a inconveniência de se adotar o critério de única resposta correta, podendo-se utilizar o critério controlável de aceitabilidade racional ou de razoabilidade da decisão.

⁸³ PORTO; RODRIGUES, 2018, p. 100.

3 – EFICIÊNCIA NA NATUREZA

3.1 – Visão evolucionista

Nesse capítulo identifica-se a ineficiência processual judicial brasileira com uma anedota.

Seguindo a intuição de Dawkins⁸⁴, imaginemos estudante do curso de sociobiologia interplanetária incumbido de observar como os humanos resolvem os seus conflitos de interesses, tendo aleatoriamente escolhido o Brasil, similarmente como nossos biólogos estudam o altruísmo entre insetos sociais na floresta amazônica. Eis o resumo de seu primeiro relato observacional:

A espécie observada resolve os conflitos intersubjetivos com base em princípios ditos constitucionais, tais como preservar e garantir a vida, a liberdade e o patrimônio; buscar a igualdade e a felicidade, bem como em regras, as quais podem ser resumidas em ter autonomia de vontade, cumprir pactos, viver honestamente e não lesar o outro. A maioria dos membros da espécie segue os princípios e cumpre espontaneamente as regras estabelecidas, sem necessidade de uso de força, qualquer especialista ou autoridade, de modo que configura espécie social e aparenta ser bem cooperativa, embora se nota haver agentes oportunistas que não cooperam. Quando os membros da espécie não conseguem compor os conflitos de interesse ou punir os transgressores por si sós, há especialistas que são chamados de advogados e promotores. Esses especialistas estudam o problema, coletam provas, apresentam projeto de solução e a submetem a outro especialista, o qual é designado juiz de direito, este responsável por selecionar o correto projeto de solução do conflito à luz dos fatos e das regras da sociedade e em nome desta, estando os juízes de 1º grau em contato próximo dos litigantes e com grande capilaridade. É comum um ou ambos os contentores não aceitarem a solução do juiz e a desconsideram. O conflito então é submetido a um colegiado de especialistas que dão o nome de tribunal, e este ou mantém a solução do juiz ou seleciona a solução do litigante inconformado. Aquele que foi

⁸⁴ A vida inteligente de um planeta atinge a maioria no momento em que compreende pela primeira vez a razão de sua própria existência. Se criaturas superiores vindas do espaço um dia visitarem a Terra, a primeira pergunta que farão, de modo a avaliar o nível de nossa civilização, será: “*Eles já descobriram a evolução?*” (DAWKINS, 2007, p. 37).

derrotado, ainda pode desconsiderar as decisões e submeter a mais um grupo de especialistas, se não envolver análise sobre os fatos e sim sobre as regras (direito federal). Quem perde neste terceiro tribunal especial, ainda pode recorrer ao quarto e último tribunal, dito supremo, se o caso envolver apenas princípios constitucionais.

O que chama a atenção nos casos levados aos juízes foi que, quando um litigante possui recursos financeiros para suportar as despesas processuais e a demora, desconsidera todas as decisões sem obrigação de cumpri-la e ainda consegue ter decisão do quarto tribunal. Interessante também que todos os especialistas remunerados pelos litigantes ou pela sociedade fazem atividades bem parecidas (elaboram relatório sobre o problema, produzem e analisam as provas dos fatos, apresentam rol de motivos para acolher a solução proposta e formulam a solução para ser escolhida), mas em vários casos observados o trabalho que o outro fez não pode ser aproveitado ou não é dado valor e refazem o mesmo trabalho, ainda que a solução seja a mesma, sem o aproveitar, quando muito, aproveitam-se o relatório e as provas. Interessante ainda é o fato de as soluções de baixo para cima, aquelas proferidas rente a realidade e que analisam fatos, são facilmente desconsideradas pelos tribunais superiores mais distantes dos interessados, porém somente as soluções destes vinculam os litigantes e demais especialistas.

O que mais chama a atenção nesse sistema de solução de conflitos foi o fato de quando se contratam especialistas a solução fica cada vez mais demorada e complexa, o que é paradoxal, pois na maioria dos conflitos que surgem da interação social deles e há o cumprimento espontâneo do ordenamento, a solução dos envolvidos, pela própria dinâmica social têm menos custos, é célere e bem mais simples. Houve muitos casos que o problema foi resolvido pelo juiz, mas o conflito passou a ser questões formais acessórias⁸⁵ ou mesmo a remuneração dos especialistas contratados pelos litigantes, repetindo-se o mesmo ritual até o quarto tribunal. Descobriu-se inclusive que a regra inserida no Código que regula a resolução de conflitos mais extensa e detalhista é exatamente a que disciplina a remuneração dos

⁸⁵ Em interessante ilustração, ASPERTI (2017) demonstra que 35% dos temas analisados pelo Superior Tribunal de Justiça em 2016 discutiam o Direito Processual Civil e Processual do Trabalho, ou seja, no Tribunal Superior que cuida do Direito Federal o processo se coloca à frente do direito material em importância, o que evidencia a anomalia comentada.

especialistas⁸⁶.

Por esta observação preliminar, os membros da espécie que não cooperam e que mereciam ser rapidamente punidos pela estratégia egoísta de não cumprir voluntariamente as regras e os princípios são beneficiados pela demora e prodigalidade recursal, e pior, os responsáveis por gerirem o sistema de solução de conflitos, são permissivos quanto a tal estratégia e vários sequer demonstram conhecer como funciona a evolução, pois debatem porque o sistema não funciona.

Evidenciadas algumas das causas da ineficiência do sistema judicial cível brasileiro, mister abordar a teoria da evolução, ainda que mediante apanhado restrito e aleatório de ideias.

Essa dissertação deriva da observação empírica na Justiça comum em Brasília-DF, ou seja, parte-se da ação na linha de frente do primeiro grau de jurisdição, do conhecimento empírico inerente à prática da jurisdição para a formulação da intuição de que a visão evolucionista do sistema jurídico com a simplificação e atenção às limitações cognitivas dos operadores do direito são vigorosos passos para superar ou ao menos compreender melhor a crise da Justiça brasileira e dos sistemas jurídicos em geral. O sentimento é que falta consciência de nossa profunda ignorância sobre aspectos evolutivos gerais, causalidade e aleatoriedade⁸⁷, deixando-se escapar fatos e ideias poderosos para compreensão e tentativa de aprimorar o sistema judicial brasileiro.

Evidentemente, vários estudiosos já importaram ideias e intuições relevantíssimas de outras áreas do conhecimento para a ciência jurídica, sendo o movimento da Análise Econômica do Direito, notadamente o seu viés de eficiência econômica, o mais recente e conspícuo.

⁸⁶ O artigo 85 do CPC/15 que disciplina os honorários possui 19 parágrafos, sendo que o § 2º e 4º possuem 4 incisos e o § 3º, ostenta 5 incisos. Os artigos 86 a 90 também regulam exclusivamente a fixação dos honorários advocatícios.

⁸⁷ SMITH (1986, p. 155-156) bem explica esta dificuldade: “[...] O nosso instinto de procura de um padrão está tão profundamente enraizado que nos recusamos a aceitar qualquer coisa que vemos como genuinamente aleatória. Uma das características mais estranhas da história da humanidade é a maneira como usamos mecanismos aleatórios – os dados, as cartas, as folhas de chá no fundo de uma chávena, os ossos de uma perna de frango que se partem – para prevermos o futuro. Partimos do princípio de que cada padrão tem um significado. Essa recusa de aceitarmos qualquer coisa que vejamos como aleatória resulta de milhões de anos de evolução”.

Nessa dissertação busca-se a transposição de premissas e até do tipo de raciocínio exigido para entender a evolução darwiniana para a compreensão do sistema judicial brasileiro, designadamente estratégias para proferir sentenças em tempo razoável sob o critério da simplicidade/brevidade, bem como evitando-se cometer erros de raciocínio e enviesamentos.

O caminho escolhido foi extremamente simples. Qual o fato, a ideia, a explicação, a teoria, pode ser considerada eficiente, ostenta poder para explicar o complexo sistema jurídico? Sem nenhuma dúvida, **a evolução** e seus desdobramentos, teoria ou mesmo fato para muitos biólogos, descrita por Charles Robert Darwin (1809-1882) e Alfred Russel Wallace (1823-1913) e desenvolvida e ampliada por diversos cientistas, com destaque para Richard Dawkins (1941) e Nicolas Nassim Taleb (1960) e demais autores pesquisados.

A obra *THE ORIGIN OF SPECIES BY MEANS OF NATURAL SELECTION* (1859) foi a que, com pouca tecnologia⁸⁸, munido Darwin de aguçada curiosidade e contundente poder de observação, com auxílio de diversos colaboradores, lançou luz para decifrar a origem das espécies o *mistério dos mistérios*.

Deixando para trás as mentes mais poderosas da humanidade até então, Darwin, Wallace e colaboradores desenvolveram a melhor explicação de como surgiram ou desenvolveram as espécies inclusive o ser humano. Não é só a mais eficiente explicação é a única que resistiu ao crivo rigoroso do tempo, às novas descobertas científicas nestes quase 160 anos e ainda conquistou e continua a inspirar cientistas, filósofos⁸⁹ e juristas para compreender a vida e nossos maiores desafios.

Vários estudiosos perceberam a enorme relevância e poder explicativo no trabalho de Darwin e seus precursores para o desenvolvimento do Direito. Fábio Portela⁹⁰ enumera diversos expoentes do Direito e da Economia que invocaram teorias

⁸⁸ O sistema postal vitoriano ajudou muito com a troca de correspondências entre Darwin e diversos colaboradores espalhados pelo mundo.

⁸⁹ Destaque para POPPER (2017, p. 10 e 96), o qual no prefácio da obra pesquisada consignou que “quanto mais profundamente penetramos nas inúmeras áreas da biologia, seja de que perspectiva for, mais insondável demonstra ser a riqueza das estruturas biológicas e mais prodigiosa a sua interação harmônica”. Noutra passagem esclarece: “Todas as adaptações às regularidades ambientais e internas, as situações de longo prazo e as situações de curto prazo, são tipo de conhecimento – tipos de conhecimento cuja enorme importância podemos aprender com a biologia evolutiva.

⁹⁰ PORTELA, 2013.

da evolução em apoio às suas obras, a destacar: Friedrich Karl Von Savigny - Da Vocação de nosso Tempo para a Legislação e a Jurisprudência (1814); Henry Maine – Ancient Law (1861); John Henry Wigmore – Evolution of Law, Oliver Wendell Holmes – The Common Law e Law in Science in Law, este com aplicação explícita dos elementos da teoria darwinista: variação, competição e reprodução e Arthur Corbin – The Law and the Judge (1914).

Argumenta-se que a falta de precisão teórica e o denominado “darwinismo social⁹¹” com movimentos eugênicos e racistas⁹² no início de século XX, podem ter influenciado o abandono das teorias evolutivas. Ao colocar o *Homo sapiens* como apenas mais uma espécie⁹³ que chegou à forma atual ao evoluir de ancestrais⁹⁴, Darwin também teria ofendido a mentalidade religiosa⁹⁵, a repercutir na aceitação da evolução

⁹¹ DAMÁSIO (2018, p. 192) menciona que “*fatos biológicos foram interpretados erroneamente e aplicados a sociedades humanas com o objetivo de produzir uma transformação sociocultural radical. O resultado foi um pavoroso e colossal extermínio de grupos humanos específicos, atacados em razão de suas origens étnicas ou identidade política e comportamental. A biologia foi injustamente responsabilizada por essa perversão inumana, o que é compreensível. Foram necessárias décadas para que a relação entre biologia e cultura se tornasse um tema de estudo acadêmico aceitável*”.

⁹² De acordo com BROWNE (2008, p. 37-38), nos escritos do Beagle, Darwin sempre expressou a ideia de que todos os seres humanos são irmãos, independentemente da cor da pele, com forte antipatia para com qualquer forma de escravatura.

⁹³ Conforme MAYR (2009, p. 29), “*a substituição de uma visão estática do mundo pelo evolucionismo ocorreu bruscamente, com a publicação do Livro A origem das espécies, de Charles Darwin, no dia 24 de novembro de 1859. Esse evento talvez represente a maior revolução intelectual experimentada pela humanidade. Ele questionou não só a crença na constância (e pouca idade) do mundo, mas também a causa da notável adaptação dos organismos e, de forma ainda mais chocante, a posição única do homem no mundo dos seres vivos*”.

⁹⁴ HARRISON (2009) explora a evolução do corpo humano desde quando passamos por peixes, dos quais herdamos a coluna vertebral central, dois braços, duas pernas, maxilares, dentes, pulmões, e o hábito de comer e respirar pela boca. Do período dos nossos antepassados anfíbios, nos foi legado: um pescoço articulado, cotovelos, joelhos, pulsos, tornozelos, cinco dedos e perdemos barbatanas, guelras e escamas de peixe. Quando éramos répteis, estes deixaram-nos com pele à prova de água sem escamas, região lombar na coluna sem costelas, cotovelos e joelhos que dobram em direções opostas, tímpanos e os primeiros passos para a temperatura corporal constante. Há 65 milhões de anos, quando da extinção dos dinossauros, os pequenos mamíferos saíram das sombras e destes de quatro patas herdamos: sangue quente, pelagem, transpiração, mamilos, testículos salientes, capacidade de rodar os ombros e ancas em direções opostas, desenvolvimento de útero, deixando de eclodir em ovos nos ninhos e a ingestão de leite. Na sequência, no período que passamos como primatas que habitavam as árvores deixaram como legado, mãos capazes de agarrar objetos com polegar oponível, espectro de movimentos, inclusive equilíbrio nas pernas traseiras, pescoço bastante articulado, olhos posicionados em frente da cabeça e a noção de profundidade, com capacidade de distinguir o vermelho do verde, genitais masculinos permanentemente expostos e foi perdida a causa ancestral.

⁹⁵ Darwin não era ateu e na juventude quase foi clérigo. Definiu-se como agnóstico, termo criado pelo seu amigo Thomas Henry Huxley.

por seleção natural. Essa crítica é injusta. Darwin estava à frente de seu tempo⁹⁶, demonstrou diversas vezes veemente repulsa à escravidão, inclusive ao visitar o Brasil⁹⁷, mesmo assim seu legado ainda é negligenciado pelo direito, ciências sociais e cognitivas⁹⁸ sem qualquer motivo plausível.

Na década de 1970, estudos jurídico-econômicos baseados na premissa darwinista voltaram à ativa, com os trabalhos de Robert Clark, Paul Rubin, Robert Cooter, Richard Posner e Friedrich August von Hayek - *Law, Legislation and Liberty* (1973), tendo este produzido sofisticadas obras evolutivas com abordagem multinível da evolução das instituições humanas, sob o enfoque genético, individual e de grupo.

Como sublinhado por Fábio Portela é essencial abrir os nossos horizontes para a evolução darwiniana e sua releitura. Em outros países já se fala em *Evolutionary Turn in Law*, enquanto a Análise Econômica do Direito ainda assusta, perdidos que estamos ainda a discutir problemas de hermenêutica e de ingênua eficiência processual. Essencial prestarmos atenção para os progressos de outros campos do

⁹⁶ Vale ressaltar as qualidades humanas de Darwin até para afastar a resistência à sua descoberta que tanto pode auxiliar os juristas ao enxergar o fenômeno jurídico. Eis o manifesto de Stephen Jay Gould com citação do próprio Darwin: “Apesar de já ter lido mais de cem vezes as frases finais de Darwin, não consigo relê-las sem sentir um arrepio na espinha devido ao poder de sua prosa – e sem sentir um grande orgulho por ter um herói intelectual com qualidades humanas tão admiráveis (não é vulgar estas duas características conjugarem-se num mesmo homem): ‘Os que veem o proprietário de escravos com bons olhos e olham com frieza para o escravo nunca tentaram imaginar-se no lugar deste; que sombria perspectiva, sem a mínima esperança de mudança! Tentem imaginar a possibilidade, a pairar sempre sobre a vossa cabeça, de a vossa mulher e os vossos filhos – esses seres que a natureza obriga até o escravo a chamar de seus – vos serem tirados à força e vendidos como animais ao primeiro licitador! E estes actos são cometidos e desculpados por homens que professam amor ao próximo tal qual a si mesmos, que acreditam em Deus, e que rezam para que seja feita a Sua vontade (assim) na terra (como no céu)! Tudo isto faz ferver o sangue, mas também estremecer o coração, ao pensarmos que nós, ingleses, somos culpados, como o são ainda os nossos descendentes americanos, apesar dos vangloriosos gritos a favor da liberdade’”. (GOULD, 2004, p. 473)

⁹⁷ BROWNE (2008, p. 38) relata o seguinte: “A única vez em que Darwin se zangou realmente com o comandante FitzRoy (do navio *Beagle*) foi devido a um incidente numa instância no Brasil, onde o dono dos escravos chamou todos os seus homens e lhes perguntou se desejavam ser livres. ‘Não’, responderam eles. Mas tarde, enquanto conversam na cabina, FitzRoy, de forma condescendente considerou a resposta uma verdade simples, até Darwin lhe chamar atenção para o facto de nenhum escravo estar disposto a arriscar-se a dizer o contrário. O Comandante saiu tempestuosamente da cabina, dizendo que não podiam continuar a conviver diariamente”.

⁹⁸ PINKER (1998, p. 33-34) assinala que “a alergia à evolução nas ciências sociais e cognitivas tem sido, a meu ver, uma barreira para a compreensão [...]. A psicologia evolucionista reúne duas revoluções científicas. Uma é a revolução cognitiva das décadas de 1950 e 1960, que explica a mecânica do pensamento e emoção em termos de informação e computação. A outra é a revolução da biologia evolucionista das décadas de 1960 e 1970, que explica o complexo design adaptativo dos seres vivos em termos de seleção entre replicadores. As duas ideias formam uma combinação poderosa. A ciência cognitiva ajuda-nos a entender como uma mente é possível e que tipo de mente possuímos. A biologia evolucionista ajuda-nos a entender por que possuímos este tipo de mente específico”.

conhecimento, como na biologia, na psicologia e na ciência da incerteza para examinar o complexo fenômeno jurídico à luz das potentes lentes evolutivas.

Assim, nesse capítulo serão lembradas as ideias e as observações derivadas de autores selecionados, a retomar e ampliar a tradição de apoiar-se na teoria da evolução para visualizar o sistema jurídico e com mais acuidade a eficiência aplicado ao processo.

Apesar da ainda *alergia* à teoria evolucionista e sua releitura por estudiosos atuais, seguimos a intuição de debruçar sobre obras tendo como pano de fundo e ideia base a evolução darwiniana. Pode até parecer perda de foco debruçar-se sobre obras gerais e até de divulgação científica e de conhecimento geral para analisar a evolução, mas essa digressão mostra-se necessária e tais obras têm diferencial em relação aos artigos científicos. Os autores prezam a clareza e fazem conexões importantes com outras áreas do conhecimento e com o próprio direito, de modo a facilitar entendimento dos juristas e eventual aplicabilidade.

É essencial compreender a evolução darwiniana e suas implicações nos demais ramos do conhecimento, notadamente a ciência jurídica. Em especial para o escopo desta dissertação compreender o conceito de *prova silenciosa*⁹⁹, *corridas armamentistas*¹⁰⁰ e o critério da simplicidade para a tomada de decisões. Se há ainda alguma dúvida, veja o que escreveu Yuval Noah Harari¹⁰¹:

Os cientistas que estudam o funcionamento interno do organismo humano não encontraram ali nenhuma alma. Eles argumentam cada vez mais que o comportamento humano é determinado por hormônios, genes, sinapses, e não pelo livre-arbítrio – as mesmas forças que determinam o comportamento dos chimpanzés, lobos e formigas. Nossos sistemas

⁹⁹ Não foi fácil encontrar um nome para o fenômeno denominado por Taleb como prova silenciosa. Na leitura de Darwin e Taleb encontramos exemplos da prova silenciosa, a qual será melhor explicada e guiará parte deste trabalho. Fica a confissão que não foi fácil alcançar o entendimento deste fenômeno. No campo da matemática, o nome dado a algo similar é “preconceito de sobrevivência”. Em suma, como a pesquisa indica e percebemos ao nos colocar como parte do experimento, temos dificuldade com o abstrato e com o raciocínio probabilístico dos eventos à nossa volta, de modo que a mente ingressa num túnel e não consegue perceber o tamanho real da amostra.

¹⁰⁰ HARARI (2017, p. 252) explica que “*‘corridas armamentistas’ são um padrão de comportamento que se espalha como vírus de um país a outro, prejudicando a todos, mas beneficiando a si mesmo segundo os critérios evolutivos de sobrevivência e reprodução. (Tenha em mente que a corrida armamentista, assim como os genes, não tem consciência – ela não procura sobreviver e reproduzir conscientemente. Sua disseminação é o resultado involuntário de uma poderosa dinâmica.)*”.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 245.

jurídicos e políticos tentam varrer tais descobertas inconvenientes para debaixo do tapete. Mas, com toda a franqueza, por quanto tempo poderemos manter o muro que separa o departamento de biologia dos departamentos de direito e ciência política?

Seleção Natural

A teoria da evolução por seleção natural é de simplicidade assustadora, porém ao mesmo tempo é de difícil compreensão e até aceitação, pois viola os nossos juízos racionais e mesmo intuitivos, a tornar sua simplicidade enganadora¹⁰². Por ironia, a própria evolução calibrou nossa mente para eventos lineares, escalas de tempo curtas, objetos de porte médio, velocidades moderadas, dificuldade com o abstrato e com juízo probabilístico, a exigir realmente salto imaginativo para compreender sua elegância e poder explicativo¹⁰³.

A obra seminal sobre evolução foi escrita com cordialidade para os críticos e leitores e generosidade para com os colaboradores, com clareza invejável. Pensando bem, é justo que alguém com humildade, compaixão¹⁰⁴ e admiração pela natureza ter começado a desvendar o maior mistério de nossa existência ou mesmo ter difundido

¹⁰² DAWKINS (2007) explica que um dos problemas do darwinismo é que todos pensam entendê-lo. Com efeito, trata-se de uma teoria notavelmente simples – pensando bem, até mesmo infantil em comparação com quase todas as teorias da física e da matemática. Essencialmente, ela se resume à ideia de que a reprodução não aleatória, conjugada à variação hereditária, terá conseqüências de grande alcance uma vez que estas tenham tempo para ser cumulativas.

¹⁰³ Richard Dawkins demonstra que a evolução darwiniana por seleção natural apesar de sua aparente simplicidade (reprodução não aleatória, conjugada à variação hereditária, terá conseqüências de grande alcance uma vez que estas tenham tempo para ser cumulativas). Enfatiza ser incrível como antes de Darwin e Wallace (1859) essa ideia tão simples não tenha sido descoberta pelos grandes pensadores. Destaca que o darwinismo é ideia contra intuitiva basicamente porque o cérebro humano tem dificuldade com escalas de tempo que se desenvolvem em milhares e milhões de anos, bem como com conceitos como acaso, aleatoriedade e probabilidades. Necessita-se de salto imaginativo para entender o *'design complexo'*. Explica que as mutações são aleatórias, mas a seleção natural é o exato oposto do acaso, pois determina a vida e a morte. A complexidade decorre de transformações graduais, sucessivas, cujo processo cumulativo é dirigido pela sobrevivência não aleatória. (DAWKINS, 2001, p. 12-13, 19, 71 e 73)

¹⁰⁴ No esboço autobiográfico, pouco antes de falecer, Darwin disse: *"não sinto remorso de haver cometido pecado grave algum, mas sim de pesar não ter feito maior bem ao próximo"*. Janet Browne destaca ainda que Emma, esposa de Darwin, o definiu como um homem bom, humilde, generoso e sempre que possível por agir de acordo com os valores tradicionais que aprendera em criança. (BROWNE, 2008, p. 462)

por intermédio de raciocínio científico esta descoberta¹⁰⁵.

Darwin em sua principal obra descreveu a observação de pequenas variações sucessivas, primeiro selecionadas pelo homem nos animais domésticos e plantas cultivadas e depois nas espécies em estado natural, percebendo o efeito da cumulação nas variações sucessivas em certa direção útil ou caprichosa ao agente humano selecionador. Baseado na doutrina de Thomas Robert Malthus (1766-1834) conjecturou que “*de cada espécie nascem ainda mais indivíduos dos que podem sobreviver*” e em consequência deste fato há uma ***luta pela vida***¹⁰⁶ a qual se repete constantemente.

Segue-se todo ser, se varia, por menor que esta possa ser de algum modo proveitoso para ele, sob as complexas e muitas vezes variável condição da vida, obterá maior probabilidade de sobreviver e de assim ser naturalmente selecionado. E que em razão da hereditariedade, toda variedade selecionada tenderá a propagar sua nova e modificada forma, com a ressalva de que a seleção natural foi o meio mais importante¹⁰⁷, mas não o único de modificação¹⁰⁸.

Darwin concentra-se na luta pela existência, a qual é a causa da transformação de incipientes em melhores e diferentes espécies. Esse princípio pelo qual toda ligeira variação, se útil, conserva-se, ele denominou com a expressão *seleção natural*. Ele mesmo assinala que o termo “sobrevivência dos mais adequados ou aptos”, deve-se a Herbert Spencer (1820-1903). E enfatiza que a seleção natural “*é a força sempre disposta à ação e tão incomensuravelmente superior aos débeis esforços do homem*”

¹⁰⁵ Consoante BROWNE (2008), *A Origem das Espécies* foi sem dúvida publicação de primeira importância, que alterou de forma fenomenal a natureza da discussão sobre a questão das origens. Como afirmou Theodore Dobzhansky em 1973, “*nada na biologia faz sentido a não ser à luz da evolução*”.

¹⁰⁶ IHERING (2010, p. 20 e 87) em 1872 publicou a tese “*A luta pelo direito*”, a demonstrar a antiga ligação entre evolução e direito, eis duas passagens: “*A luta pela existência é a lei suprema de toda a criação animada; manifesta-se em toda a criatura sob a forma de instinto de conservação*”. “*Sem luta não há direito, como sem trabalho não há propriedade. A máxima: ganharás o pão com o suor do seu rosto, correspondente com tanta mais verdade com esta outra: só na luta encontrarás o seu direito. Desde o momento em que o direito renuncie a apoiar-se na luta, abandona-se a si próprio, porque bem se lhe podem aplicar estas palavras do poeta: ‘Tal é a conclusão aceita atualmente: Só deve merecer a liberdade e a vida quem para as conservar luta constantemente’*”.

¹⁰⁷ Fica afastada a teoria lamarckiana do ‘*uso ou desuso*’, posto que não existe transmissão de caracteres adquiridos. Segundo MAYER (2009, p. 108), é o chamado ‘*dogma central*’ da biologia molecular.

¹⁰⁸ SMITH (1986, p.20) esclarece que “[...] *A teoria de que a seleção natural é uma causa da evolução não é facilmente refutável. Só o seria se fosse possível mostrar que os organismos não têm uma das três propriedades necessárias – multiplicação, variação e hereditariedade -, mas não conheço ninguém que tenha tentado fazê-lo*”.

como as obras da natureza o são às da arte”.

A expressão “*luta pela existência*” é utilizada em sentido amplo, inclui não só a preservação da vida do indivíduo, mas também o sucesso ao deixar descendência, além de ressaltar a dependência entre os seres e a concorrência rigorosa entre eles e contra a hostilidade do meio ambiente. Enfatiza Darwin que a tendência geométrica ao aumento populacional da espécie é contrabalanceada pela destruição em algum período da vida, bem como intui a necessidade de grande quantidade de indivíduos da mesma espécie para sua conservação.

A força do pensamento de Darwin advém de ter percebido com clareza, podemos dizer, o abstrato e contra intuitivo conceito de “*prova silenciosa*”¹⁰⁹. Todos nós vemos a explosão de vida e a beleza natural das formas de vida, além da aparente perfeição de nosso corpo¹¹⁰ e mente¹¹¹, colocando-nos como objeto de experimentação. Mas esquecemos dos defeitos ocultos, dos cadáveres e do rastro de destruição da vida que ficaram ao longo do caminho geológico de milhões de anos. Nas palavras de Darwin¹¹²:

Nada mais fácil do que admitir de palavra a verdade da luta universal pela vida, nem mais difícil – pelo menos, assim, o experimentei eu – que ter sempre presente esta conclusão; e, no entanto, se não se fixa por completo na mente a economia inteira da natureza, com todos os fatos de distribuição,

¹⁰⁹ TALEB (2014b, p. 159, 168 e 172) menciona que ignoramos o cemitério de fósseis que não deixaram vestígios. O nível de extinção de espécies poderá ser bem superior ao que julgamos – perto de 99,5% das espécies que transitaram na Terra estão atualmente extintas. “*A vida é muitíssima mais frágil do que temos considerado*”. Eis o exemplo claro de prova silenciosa que Darwin percebeu e que é de importância impar para captar a realidade, pois a evolução atinge o ótimo ao derivar de uma série de acasos bons e ruins, mas somente vemos os bons. “*Fomos construídos para ser superficiais, para prestar atenção ao que vemos e ignorar o que não nos vem à mente de forma nítida. A parte inconsciente de nosso mecanismo inferência (que a temos) irá ignorar o cemitério, mesmo que estejamos intelectualmente conscientes da necessidade de o tornar em consideração. Longe da vista, longe da mente: albergamos um desdém natural, até mesmo físico pelo abstrato*”. Esse conceito de prova silenciosa pode ser extrapolado para inúmeras situações e nos auxiliará a tomarmos melhores decisões.

¹¹⁰ HARRISON (2009, p. 137-148) enumera os problemas ou imperfeições de nosso corpo derivados do nosso curso evolutivo, dentre os quais a crônica dor nas costas, os problemas de dentição “*dentes do siso*”, hérnias, a dor e a dificuldade do parto, o desgaste e o envelhecimento do corpo, tudo bem explicado pela evolução. Stephen Jay GOULD (2004, p. 403-404) defende que evoluímos por neotenia, somos animais que aprendem.

¹¹¹ KAHNEMAN (2015) demonstra os erros sistemáticos que cometemos ao tomar decisões, ao que ele denomina Sistema 1, pensar depressa e o Sistema 2, pensar devagar, além de comprovar a nossa imensa dificuldade de pensar estatisticamente. Apesar de a obra consultada não mencionar expressamente a evolução, esta explica a razão dessa nossa limitação cognitiva, as heurísticas e os enviesamentos.

¹¹² DARWIN, 2009, p. 65.

raridade, abundância, extinção e variação, serão vistos confusamente ou serão por completo mal compreendidos. Contemplamos a fase da natureza resplandecente de alegria, vemos com frequência superabundância de alimentos; mas não vemos ou esquecemos que os pássaros que cantam ociosos a nosso redor vivem em sua maioria de insetos ou sementes e estão assim constantemente destruindo vida; esquecemos com que abundância são destruídos estes cantores, seus ovos e seus filhotes pelas aves e mamíferos rapaces; nem sempre temos presente que o alimento possa neste momento muito abundante, não ocorre isto assim, em todas as estações de cada um dos anos sucessivos.

A *prova silenciosa* será destacada em outras oportunidades, pois revela face inexplorada do nosso pensamento e, de acordo com essa pesquisa, pode ser ferramenta importante para compreender o sistema jurídico e sua fragilidade.

A obra em análise ressalta as complexas relações mútuas entre plantas e animais na luta pela existência, a qual será quase sempre muito severa entre indivíduos da mesma espécie, pois frequentam os mesmos nichos, precisam da mesma comida e estão expostos aos mesmos perigos. Assim, por ocupar o mesmo lugar na economia da natureza a luta pela vida é severíssima e direciona a evolução, mas sem cair nas falsas relações de causalidade, porquanto em nenhum caso poderíamos dizer com precisão por que uma espécie venceu a outra na grande batalha da vida, dada a ignorância das relações mútuas de todos os seres orgânicos e a aleatoriedade das variações.

Refletindo sobre esta luta, como consolo e talvez sob o signo da esperança, Darwin¹¹³ disse que “*a guerra na natureza não é incessante, que não se sente nenhum medo, que a morte é geralmente rápida e que o vigoroso, o sadio, o feliz sobrevive e se multiplica*”.

Ao tratar da seleção natural, percebendo a eficiência da seleção promovida pelo homem, reafirma Darwin que a conservação das diferenças e variações individualmente favoráveis e a destruição das que são desfavoráveis, chamou-a de seleção natural. Demonstrou-a comparando os efeitos da seleção artificial pelo homem em curto espaço temporal como os efeitos da seleção natural durante períodos geológicos de milhões de anos, a atuar geralmente com extrema lentidão, as maravilhas da obra da natureza, pois metaforicamente, a seleção natural procura a cada

¹¹³ DARWIN, 2009, p. 76.

momento, em todo o lugar, as mais tênues variações, rejeitando-se as prejudiciais, conservando e até ampliando todas as que forem úteis, a trabalhar silenciosa e imperceptivelmente, *quando e onde quer que se ofereça oportunidade*, pelo aperfeiçoamento e sobretudo sobrevivência de cada ser vivo.

Em suma, qualquer espécie que não se modifique e aperfeiçoe no grau correspondente em relação a seus competidores e para suportar as intempéries do meio ambiente em que vive aumenta a probabilidade de ser exterminada.

A força da teoria da evolução de Darwin deriva também do desafio de encontrar um órgão ou uma estrutura complexa em seres vivos que não pôde ser formada por modificações pequenas, numerosas e sucessivas, a qual, se existente, destruiria a teoria da evolução que propusera¹¹⁴, vale dizer, seu caráter adaptativo para a sobrevivência. Mas o desafio darwiniano continua válido, pois as asas, o coração, os olhos, as estruturas orgânicas elétricas, os órgãos luminosos, a mente humana e tudo que observamos à nossa volta, inclusive o computador e o programa informático editor de texto no qual escrevemos (fenótipo estendido¹¹⁵) não violam a previsão darwiniana.

Esclarece o nosso maior biólogo que todo organismo atual passou por muitas mudanças e estas são herdadas, de maneira que cada modificação não se perderá, ao contrário, pode modificar-se mais e mais, reafirmando a antiga regra de história natural, de *Natura non facit saltum*, ou em outras palavras, *a Natureza é pródiga em variedade, mas parcimoniosa em inovação*. Ora, há muitos mais meios de piorar do que melhorar um organismo ou sistema, razão pela qual, como bem intuiu Darwin, a seleção natural atua somente aproveitando pequenas variações sucessivas; não pode dar nunca um grande salto brusco¹¹⁶, mas avançar em passos pequenos e seguros, ainda que sejam lentos, muito lentos sob determinadas condições. O tempo necessário não é problema para a teoria da evolução¹¹⁷, pois estamos a falar de milhões de anos, de até

¹¹⁴ Richard Dawkins escreveu *The blind watchmaker* exatamente para demonstrar a vitória da teoria da evolução contra o design divino ou o design inteligente. Também o mesmo autor faz veemente defesa da teoria da evolução na obra *Climbing mount Improbable*, 1986.

¹¹⁵ Título de obra de Dawkins – *The Extended Phenotype* (1982) – a qual o próprio autor confessa ser a maior contribuição sua à teoria da evolução.

¹¹⁶ O saltacionismo, baseado no pensamento essencialista, apesar de popular durante anos não se firmou como teoria, ante a inexistência de macromutações na natureza, embora, segundo MAYR (2009, p. 105-106), em raros casos, poucas mutações podem originar novas espécies.

¹¹⁷ SMITH (1986, p. 87) esclarece que houve tempo mais que suficiente para a seleção produzir inclusive sequências de DNA específicas necessárias à evolução e até cita o exemplo do aumento do cérebro

quase quatro bilhões de anos¹¹⁸.

Merece registro a crítica darwiniana ao antropocentrismo, na qual além do egoísmo de acreditar que seja o ápice ou objetivo final da evolução, o ser humano pensa que a beleza dos seres seria para seu deleite. Fornece exemplos de que a beleza e aparente perfeição da natureza¹¹⁹ precede e extrapola o sistema nervoso humano. E mais, Darwin antevê o biocentrismo e novamente colocando sua teoria à prova, demonstra que a seleção natural não pode produzir nenhuma modificação ou instinto numa espécie *exclusivamente* para proveito da outra, embora todas as espécies esforcem-se mediante múltiplas estratégias para obter vantagens das outras espécies e do seu habitat.

Em relação à aparente pobreza e imperfeição dos achados paleontológicos¹²⁰ e à aparição súbita de grupos inteiros de espécies afins¹²¹, Darwin demonstra conhecer a fundamental diferença entre *prova da ausência e ausência de prova*¹²², conceito bastante negligenciado por muitos pensadores e fundamental para a sua teoria e para o raciocínio probabilístico do qual precisamos atualmente para compreender o mundo.

humano nos últimos 4 milhões de anos serem mil vezes mais lentas do que a velocidade a que as modificações podem ser produzidas por seleção humana em animais domésticos.

¹¹⁸ MAYR (2009, p. 68) assinala que evidências astronômicas e geofísicas indicam que a Terra se formou há aproximadamente 4,6 bilhões de anos. A vida surgiu há mais ou menos 3,8 bilhões de anos e os primeiros organismos foram procariontes (bactérias) encontrados como fósseis em estratos que se formaram há 3,5 bilhões de anos.

¹¹⁹ GLEISER (2010, p. 222-223 e 268) explora a assimetria na natureza ao conjecturar o seguinte: “[...] a ciência moderna nos ensina que a assimetria do tempo e a assimetria da matéria são precondições para a origem da vida. A partir do momento em que a vida surgiu há aproximadamente quatro bilhões de anos, sua história e a da Terra tornaram-se uma só. Sem um plano ou um planejador, o processo de seleção natural ditou a evolução das espécies. A passagem do tempo, a química, a geologia e a luta pela autopreservação orquestravam os eventos. Dos seres unicelulares aos multicelulares, a vida surgiu simples e tornou-se mais complexa, passando por uma tremenda diversificação. Genes se combinaram, sofreram mutações e a vida evoluiu”. Em outra passagem, cita Pasteur: “o universo é assimétrico e estou persuadido de que a vida, como nós a conhecemos, é resultado direto da assimetria do Universo ou de suas consequências indiretas. *L’Univers est dissymétrique!*”.

¹²⁰ DAWKINS (2009, p. 31) demonstra que os fósseis são um bônus, pois mesmo que alguém fizesse desaparecer todos eles, o estudo comparativo dos organismos modernos, de como se distribuem entre as espécies seus padrões de semelhanças e especialmente de suas sequências genéticas, ainda sim o pensamento de Darwin continuaria íntegro. Ao mesmo tempo, se possuíssemos apenas os fósseis e nenhuma outra prova, o fato da evolução também seria inquestionavelmente corroborado. E conclui “*Acontece que somos abençoados com as duas coisas*”.

¹²¹ MAYR (op. cit., p. 34-40) explica a improbabilidade de um organismo se fossilizar e fornece diversos exemplos de fatos que comprovam a evolução, inclusive os perdidos que preenchem lacunas.

¹²² Essa distinção está intrincada com o conceito de prova silenciosa, a qual fica opaca para o observador, dentre outros motivos porque temos a tendência de confundirmos prova da ausência com ausência de provas.

Ora, “sempre se pode dar crédito às provas paleontológicas positivas; as negativas não têm valor algum, como tantas vezes demonstrou a experiência¹²³”.

Essa percepção da diferença entre *prova da ausência e ausência de prova* é fundamental para afastar duvidosas relações de causalidade e perceber a força da aleatoriedade nas mutações que permitem a evolução. Insista-se, esse erro é bastante comum e caso essa diferença fulcral não seja internalizada não se acompanha o pensamento darwiniano.

Esclarece então Darwin que os habitantes do mundo em cada período sucessivo da história derrotaram seus predecessores na luta pela vida ainda que acidentalmente. Menciona que os seres extintos se assemelham aos embriões dos seres mais modernos pertencentes às mesmas classes e tal fato portentoso deriva do princípio da hereditariedade¹²⁴.

Em resumo, Darwin percebeu que as inúmeras espécies, gêneros e famílias de seres que povoam a Terra descendem todos, cada um dentro de sua própria classe ou grupo, de antepassados comuns¹²⁵ e que se modificaram todos, com gradações, nas gerações sucessivas¹²⁶. A descoberta do DNA¹²⁷ e diversas pesquisas genéticas, além de todos os artigos científicos atuais sobre o tema em revistas científicas de ponta corroboram as principais premissas darwinianas.

Sobre a nossa repugnância natural à teoria da evolução por seleção natural darwiniana, ele próprio explicou a razão, posto que somos tardos em admitir grandes

¹²³ DARWIN, 2009, p. 300.

¹²⁴ SMITH (1986), ao tratar da hereditariedade, lembra que Darwin desconhecia as descobertas de Mendel e menciona as quatro etapas fundamentais do conhecimento da hereditariedade: o conceito de Weismann da independência da linha germinativa e do soma, o estabelecimento de uma teoria atômica da hereditariedade, que seguiu a redescoberta das leis de Mendel em 1900; a teoria cromossômica da hereditariedade, em particular, na obra de T. H. Morgan e dos seus colaboradores sobre a mosca *Drosophila*; o desenvolvimento da genética molecular, iniciado com a descoberta do DNA, em 1953, por Watson e Crick.

¹²⁵ Vários estudos com diferentes tipos de prova confirmaram a conjectura de Darwin, hoje conhecida, de acordo com Ernst Mayr, como teoria da origem comum. (MAYR, 2009, p. 43).

¹²⁶ MAYR (op. cit., p. 40 e 42) esclarece que uma das maiores contribuições de Darwin foi a de propor a primeira teoria coerente de evolução ramificada, pois os modelos pré-darwinistas de evolução postulavam linhagens lineares (a *scala naturae* era uma progressão linear que ia das espécies inferiores para as superiores).

¹²⁷ O DNA consagra abreviação em língua Inglesa da substância ácido desoxirribonucleico, representa provavelmente a molécula mais famosa do mundo, talvez apenas a fórmula H₂O seja mais conhecida. Poucas pessoas decerto deixará de ter visto e memorizado a estrutura de escada de pintor torcida do DNA, tradicionalmente descrita como dupla hélice. (LEITE, 2003)

mudanças cujos grau não vemos, assim como a mente humana tem muita dificuldade para abarcar toda a significação sequer da expressão um milhão de anos. Darwin anteviu a recusa à teoria aos que ostentam disposição a dar mais importância a dificuldades momentaneamente não esclarecidas à gama de fatos esclarecidos com a sua teoria¹²⁸.

Ao final, Darwin em clara visão otimista quanto ao ser humano, prediz grande desenvolvimento na biologia, assim como que a evolução por seleção natural projetaria muita luz sobre a origem do *Homo sapiens* e sobre sua psicologia e sua história.

Enfim, a história e a ciência em seus diversos ramos no atual estado da arte corroboram o acerto da teoria evolucionista em linhas gerais e nos permite dizer *fato*¹²⁹ que Darwin nos mostrou heroicamente, bem como as novas descobertas científicas reverenciam o seu mítico raciocínio.

Seleção Genética e Memética

O criador do termo “*meme*” merece destaque como sucessor atual de Darwin em compreender e explicar aos leigos a evolução. O livro base desta pesquisa é ‘O gene egoísta’, 2009, o qual ainda levanta controvérsias. Para começar, o título é enganoso, pois o próprio autor explica que a atenção deve ser dada ao “*gene*” e não ao adjetivo “*egoísta*”, de modo que “*gene imortal*”, “*gene cooperativo*” ou “*veículo altruísta*” faria jus à mensagem, presente que a obra dedica muita atenção ao altruísmo

¹²⁸ PINKER (1998, p. 175-176) aponta que alguns membros da nova área denominada “*teoria da complexidade (com as propriedades de auto-organização, ordem, estabilidade e coerência)*” advogam que a seleção natural agora é trivial ou obsoleta, ou, na melhor das hipóteses, de importância desconhecida. Todavia, defende que a matéria absolutamente não tem tendência inata a organizar-se, não sendo suficiente para esclarecer o design funcional adaptativo. E conclui: “*A seleção natural continua sendo a única teoria que explica como a complexidade adaptativa, e não uma complexidade qualquer, pode emergir, porque é a única teoria não milagrosa, orientada para frente, na qual o grau em que uma coisa funciona bem tem um papel causal no modo como essa coisa veio a existir*”.

¹²⁹ Dawkins, Smith, Gould, Mayr e praticamente todos os autores citados ligados à biologia evolucionista nesta dissertação colocam a evolução como verdadeiro *fato*, ainda que um ou outro aspecto ou pormenor sejam considerados conjectura ou teoria. Aliás, MAYR (2009, p. 24 e 34) menciona ainda Futuyma (1983 e 1998), Ridley (1996), Strickberger (1996). As teses criacionistas não serão abordadas na dissertação, notadamente o design inteligente, seja por desacordo com as descobertas científicas desde Darwin, seja porque as próprias obras consultadas afastam por completo as frágeis premissas das teses criacionistas. De toda sorte, há extensa bibliografia (Tim M. Berra, Niles Eldredge, Philip Kitcher, Ashley Montagu, Norman D. Newell, A.R. Peacocke, Michael Ruse e Willard Young) que demonstra a prevalência evolucionista sobre o criacionismo.

e à cooperação entre genes, organismo e grupo.

A obra aborda o darwinismo visto sobre a perspectiva dos genes, o qual se encontra implícito nos escritos de R. A. Fischer, W.D. Hamilton e G. C. Willians, além dos contributos de John Maynard Smith e Robert L. Trivers e na edição posterior a 1989 também de Robert Axelrod (*The evolution of cooperation*). O propósito não é defender o darwinismo, mas explorar suas implicações e consequências quanto a um problema específico, isto é, examinar a biologia do egoísmo e do altruísmo¹³⁰.

A premissa do gene egoísta é que os seres são “máquinas de sobrevivência” criadas pelos nossos genes¹³¹, cuja qualidade preponderante para ser bem-sucedido é o egoísmo do gene, o qual, em geral, originará comportamento individual egoísta. Mas é errôneo acreditar que os traços herdados geneticamente são por definição fixos e inalteráveis, havendo singular influência da cultura, sendo importante para construir uma sociedade com generosidade cooperativa para o bem comum que tratemos de ensinar e incentivar a generosidade e o altruísmo.

Enfatiza Dawkins que alguns atos ou comportamentos tidos por altruístas são ou podem ser, na realidade, atos de egoísmo disfarçados, quando se percebe o beneficiário dos efeitos reais da ação sob a perspectiva de sobrevivência. Assim, critica a falsa noção de que os seres vivos evoluem para o bem da espécie ou para o bem do grupo. Defende que a seleção natural não se opera no nível individual¹³² ou do grupo como muitos acreditam, mas se dá no nível mais baixo de todos, o genético¹³³.

¹³⁰ PINKER (2009, p. 53-54) assinala que a seleção natural atua ao longo de milhares de gerações e em 99% da existência humana as pessoas viveram em pequenos grupos de caçadores-coletores, de modo que não estamos bem sintonizados para lidar com multidões anônimas, tribunais, polícia, medicina moderna, alta tecnologia e outras instituições recém-chegadas à experiência humana. E acrescenta: “o comportamento humano é resultado de uma luta interna entre módulos mentais e é jogado no tabuleiro das oportunidades e restrições definidas pelo comportamento de outras pessoas [...]. O comportamento em si não evoluiu; o que evoluiu foi a mente”.

¹³¹ Consoante WILLIAMS (1996), gene seria porção de material genético que se separa e que se recombina com uma frequência apreciável. Um gene poderia ser definido como qualquer informação hereditária para a qual exista tendência seletiva – favorável ou desfavorável – com amplitude algumas ou muitas vezes maior do que a sua velocidade de mudança endógena.

¹³² MAYR (2009, p. 156-159) contesta que o gene é o alvo da seleção, a defender que seria o indivíduo (adaptabilidade do fenótipo) ou a população de indivíduos. Essa divergência entre biológicos não altera a importância da seleção natural, apenas evidencia a complexidade que é a evolução.

¹³³ SMITH (1986, p. 54-55 e 67) enuncia as duas maneiras de encarar a evolução. Uma centrada no organismo individual, pois são estes que sobrevivem e reproduzem ou morrem, sob tal ponto de vista os genes são apenas instrumento por meio do qual os organismos produzem descendentes semelhantes a si próprios. A alternativa consiste em ver o problema sob a perspectiva do gene, segundo esta ótica os

Dawkins aborda os “replicadores”, pois no início da vida vigorava a simplicidade, a qual se transformou em complexidade à guisa do pensamento darwiniano, com a ressalva de que a “sobrevivência do mais apto” seria caso especial de uma lei mais geral, a “sobrevivência do estável”, de sorte que a estabilidade é a característica do universo¹³⁴. Partindo da especulação que a origem da vida foi uma “sopa primordial¹³⁵”, em algum momento surgiu uma molécula notável, o *Replicador*, capaz de produzir cópia de si mesmo, a desencadear a produção de moléculas estáveis, ou seja, com longevidade/fecundidade/fidelidade de cópia, características dos replicadores ancestrais da vida. Estes replicadores, diante da competição entre eles e da luta pela existência, desenvolveram invólucros para si mesmos, verdadeiras “*máquinas de sobrevivência*”. Nesse longo caminho evolutivo, esses replicadores respondem pelo nome de genes e nós e todos os animais, plantas, fungos, bactérias e vírus somos suas máquinas de sobrevivência.

Todos os seres vivos apresentam estrutura química fundamental bastante semelhante, ou seja, as moléculas de DNA¹³⁶, as quais surgiram por seleção natural. Os genes controlam indiretamente a produção de organismos e a influência é estritamente de mão única, pois as características adquiridas, o fenótipo, não é herdado, apenas o genótipo. Cada nova geração começa do zero, do tipo gargalo, de modo que o corpo é a forma de os genes se preservarem inalterados, os quais não contam com nenhuma

organismos são apenas mecanismos de sobrevivência construídos pelos genes a fim de assegurarem a sua replicação. Neste sentido, a informação genética é potencialmente imortal.

¹³⁴ Vale anotar o pensamento de GLEISER (2010, p. 250-251) ao pontificar que é o desequilíbrio que leva às mudanças. Seres vivos também são sistemas em permanente desequilíbrio, pois para continuarem a viver, organismos precisam absorver nutrientes e energia do ambiente externo, descartando os seus restos degradados. “*Para a vida, equilíbrio é sinônimo de morte*”. Nessa linha de pensamento, “*a vida é mecanismo para atenuar o desequilíbrio de energia, uma espécie de niveladora dos excessos de energia que existem no mundo*”.

¹³⁵ DAWKINS (2009, p. 642-667) aborda a possibilidade de que a vida pode ter se originado nas profundezas do subsolo e que nas bactérias que ainda vivem pode haver relíquias relativamente inalteradas dos nossos ancestrais remotos, com base nos estudos de Thomas Gold em artigo publicado em 1992.

¹³⁶ Essa anotação informa que temos que ter mais humildade. O rato possui 23 mil genes, a planta do trigo possui 26 mil, nós humanos temos pouco mais de 21 mil genes. A bióloga Alanna Collen informa que “*com pouco mais de 21 mil genes, o genoma humano é pouco maior que o do Verme (C. elegans). Tem metade do tamanho do da planta de arroz e até a humilde pulga-de-água o ultrapassa, com 31 mil genes. Cada pessoa é um superorganismo; um coletivo de espécies que vivem lado a lado e, em conjunto gerem o corpo que nos mantém a todos. As nossas células, embora muito maiores em volume e peso, são excedidas numa proporção de dez para cada uma pelas células dos micróbios que vivem dentro de nós e à nossa superfície*”. (COLLEN, 2016, p. 22).

capacidade de previsão¹³⁷.

Assinala Dawkins que o replicador moderno é altamente gregário e a fabricação de um corpo é empreendimento cooperativo com a contribuição de diversos genes. A combinação de genes que constitui um ser pode ser efêmera, mas o gene como unidade praticamente indivisível que sobrevive através de grande número de corpos individuais são potencialmente muito duradouros. Explica a mitose, meiose e o processo de permuta de pedaços do cromossomo denominado *crossing-over*, a ensejar uma colcha de retalhos, um mosaico de genes maternos e paternos nas células reprodutivas.

Dawkins sustenta que o gene não envelhece e tem expectativa de anos de milhares ou milhões de anos, vale dizer: “*O gene salta de um corpo para outro, geração após geração, manipulando-os à sua maneira e para os seus próprios fins, e abandonando essa sucessão de corpos mortais antes de eles soçobram na senilidade e na morte*”. Numa analogia com o jogo de cartas, os genes são as cartas, os indivíduos são como uma mão do jogo, um arranjo provisório, os quais são destruídos pouco depois de serem distribuídas as cartas. Nessa analogia, baseando-se em Stephen Hawking¹³⁸ “*o embaralhamento das cartas*” é o aumento de desordem ou entropia, que indica a seta do tempo termodinâmica, a qual coincide com a seta do tempo psicológica e cosmológica.

No cassino da evolução, um jogador precisar pensar em três importantes elementos: o valor apostado, o risco e o prêmio. A moeda utilizada é a sobrevivência, tendo que tomar a decisão que maximize as probabilidades de sobrevivência no longo prazo de seus genes, de sorte que uma maneira de os genes responderem ao problema de fazer frente ao ambiente bastante imprevisível é incorporar a capacidade de aprender, imitar e simular o mundo.

¹³⁷ Nas palavras de SMITH (1986, p. 64): “*A seleção natural não possui capacidade de antevisão. Uma característica não é selecionada apenas por vir a ter efeitos benéficos em determinado momento futuro. São apenas as vantagens atuais que contam*”.

¹³⁸ “*O aumento da desordem ou entropia com o tempo é um exemplo do que chamamos de seta do tempo, algo que distingue o passado do futuro, estabelecendo uma direção. Existem pelo menos três setas do tempo distintas. Primeiro, há a seta do tempo termodinâmica, a direção na qual a desordem ou entropia aumenta. Depois há a seta do tempo psicológica. Essa é a direção em que sentimos o tempo passar, a direção em que nos lembramos do passado, mas não do futuro. Enfim, há a seta do tempo cosmológica. Essa é a direção do tempo em que o universo está se expandindo, em vez de se contrair*”. (HAWKING, 2015, p. 181).

Dawkins conjectura que a capacidade de simular parece ter culminado na consciência subjetiva, embora reconheça seja insatisfatória a explicação. O que é mais relevante é esta tendência evolutiva da consciência direcionar-se para a emancipação das máquinas de sobrevivência das “ordens” dos genes.

Dawkins deposita no gene a unidade básica de seleção natural, diante das propriedades da longevidade, fecundidade e fidelidade de cópia, bem como unidade básica do egoísmo, pois na luta competitiva pela sobrevivência, os genes competem com os genes rivais (alelos), ao passo que os outros genes são simplesmente parte do seu meio ambiente. Realiza Dawkins a analogia com os remadores, de modo que os genes cooperam da mesma forma que os remadores num time de especialistas que ocupam seus lugares no barco, os quais para serem vencedores devem saber trabalhar em equipe e colaborar com os demais membros da tripulação.

Ao tratar da agressão, Dawkins lembra que os membros da mesma espécie tendem a influenciar mais diretamente a vida entre si que entre espécies diferentes, diante da competição por parceiros sexuais, ocuparem o mesmo meio ambiente e com o mesmo tipo de vida, de modo que são competidores diretos a todo e qualquer recurso necessário à sobrevivência. Embora exista o assassinato e até o canibalismo, os animais em geral lutam “*com luvas nos punhos e com espada sem fio*”, pois a ameaça e o blefe assumem o lugar da luta implacável. Para a teoria do gene egoísta, a belicosidade sem reservas resulta em custos, além de benefícios, o que acabou sendo esclarecido por J. Maynard Smith em colaboração com G.R. Price e G.A. Parker, utilizando a ramo da matemática da *teoria dos jogos*, precisamente o conceito de estratégia evolutivamente estável (EEE).

Estratégia evolutivamente estável é definida como a que ao ser adotada pela maioria dos membros da população, não pode ser superada por estratégia alternativa, bem como se sai bem contra cópias de si mesma, vale dizer é aquela dominante na população.

Com base na EEE, Dawkins explica porque leões não caçam leões, pois o risco de retaliação é alto demais, mas sempre que houver grande assimetria numa disputa, é provável que a EEE seja condicional desta assimetria, tal qual a estratégia análoga a “ser for menor fuja, se for maior ataque”, comumente vista na natureza.

Reputa Dawkins que o conceito de EEE é aplicável onde quer que encontremos conflitos de interesses e ajuda a entender organizações sociais, ecossistemas e comunidades entre muitas espécies.

Fornece Dawkins o conceito de *pool* gênico como o ambiente a longo prazo do gene. Esse pool gênico tornar-se-á o *conjunto evolutivamente estável* de genes, definido como aquele que não pode ser invadido por nenhum gene novo. Os genes são selecionados por “mérito”, o qual, contudo, é julgado com suporte no seu desempenho em relação ao conjunto evolutivamente estável que é o pool gênico existente. Para compreender a agressão foi necessário tratar os animais individualmente como máquinas egoístas independentes, mas tal modelo não é apropriado quando os indivíduos em questão são parentes próximos. Isso acontece porque os familiares compartilham proporção substancial dos seus genes, a gerar lealdade dividida entre corpos diferentes.

Ao tratar do parentesco dos genes, Dawkins explica que por ser capaz de auxiliar réplicas de si mesmo localizadas em outros corpos, o que aparenta ser altruísmo individual seria, na realidade, um efeito do egoísmo do gene¹³⁹, vale dizer, seleção de parentesco¹⁴⁰.

Quanto ao altruísmo recíproco, este não invalida a teoria do gene egoísta, posto que a vida em grupo pode gerar inúmeros benefícios ao indivíduo egoísta, tais como o virtual parentesco entre os indivíduos que estão próximos, de modo que seria hipótese de seleção de parentesco disfarçada, a proteção contra predadores¹⁴¹ e inúmeros exemplos na natureza de cooperação para evitar doenças ou a morte

¹³⁹ Nas palavras de SMITH (1986, p. 97) “*um gene que faz com que o portador renuncie à reprodução em favor de parentes que procriam aumentará de frequência na população se o número de réplicas do gene nesses parentes for maior do que o número que teria estado presente na própria descendência*”. A este processo tem-se chamado “*seleção de parentesco*”.

¹⁴⁰ O odioso nepotismo no serviço público é exemplo claro desta tendência, lembrando que nepotismo (do latim *nepos*) deriva da palavra sobrinho. No Brasil, a Súmula nº 13 do STF, editada em 2008, veda a prática: “*A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal*”.

¹⁴¹ O sinal de alerta realizado por aves mostra evidências que analisado com mais acuidade a estratégia, mostra ser eficiente individualmente, pois coloca quem dá o sinal ao grupo em melhor condição caso não desse o aviso. (SMITH, op. cit., p. 297)

(comportamento de catar parasitas tão comum entre as aves e mamíferos, desde de que reconheça os membros cooperativos e se puna os trapaceiros).

Daí que a memória de longo prazo e a capacidade para o reconhecimento individual e verificação do estado emocional são bem desenvolvidas no ser humano, a evidenciar que o altruísmo recíproco desempenhou papel importante na evolução humana. Inclusive, Trivers afirma que muitas de nossas características psicológicas – inveja, culpa, gratidão, empatia etc. – foram moldadas pela seleção natural para enganar, detectar trapaceiros e evitar ser considerado um.

Às vezes, a melhor estratégia é acreditar nas nossas próprias mentiras num ambiente em que as pessoas são naturalmente boas em detectar o logro. Assim, até a teoria do autoengano é explicado pela tentativa de não trair nossas intenções ocultas e segundo Steven Pinker¹⁴² o “*autoengano é talvez o mais cruel de todos os motivos, pois faz com que nos julguemos corretos quando estamos errados e nos encoraja a lutar quando deveríamos nos render*”.

Aborda Dawkins a ideia de altruísmo recíproco sob a ótica da *teoria dos jogos* – Dilema do Prisioneiro Repetido ou Iterativo” com suporte no trabalho de Robert Axelrod e W. D. Hamilton, nos quais as opções “*cooperar*” ou “*trair*” são usados no jogo indefinidamente longo, sem que se saiba o seu término, com possibilidade de desenvolver a confiança ou a desconfiança no adversário, cuja estratégia mais simples cooperar na primeira partida e, da segunda em diante, simplesmente copiava o movimento anterior do adversário, chamada de “Olho por Olho” pelo professor Anatol Rapoport, foi a vencedora nas simulações matemáticas realizadas. Eis um indício de que a simplicidade é excelente critério decisório e será mencionado no próximo capítulo.

Os especialistas em teoria dos jogos dividem estes em “*jogos de soma zero*”, na qual a vitória de um jogador acarreta a derrota do outro como o jogo de xadrez e o futebol na maioria dos casos e “*jogos de soma não-zero*”, como o dilema do prisioneiro, no qual há uma banca (natureza), com possibilidade de os jogadores cooperarem e ganhar à custa da banca, como os morcegos e caçadores que dividem o

¹⁴² PINKER (2009, p. 445-446) cita definições sagazes sobre autoengano: “*Há um modo de descobrir se um homem é honesto: pergunte a ele; se ele responder sim, você sabe que ele é desonesto – Mark Twain*”. “*Se existisse um verbo significando ‘acreditar falsamente’, ele não teria uma significativa primeira pessoa do presente do indicativo- Ludwig Wittgenstein*”.

sangue e a carne, que alimenta mais de um indivíduo, entre parentes e vizinhos nas boas investidas, na esperança de receber a retribuição quando estas forem ruins e só funciona se houver a ameaça de retaliação se os jogadores traírem.

O exemplo do casamento/divórcio é perfeito para compreender o tema e merece transcrição:

Um bom casamento é obviamente um jogo de soma não-zero, transbordante de cooperação mútua. Mas, mesmo quando ele se rompe existe todo um conjunto de razões para que o casal continue a tirar benefícios da cooperação mútua, tratando também o seu divórcio como um jogo de soma não-zero. Ainda que o bem-estar dos filhos não fosse uma razão mais que suficiente, os honorários dos dois advogados deixarão enormes marcas nas finanças familiares. Portanto, é óbvio que um casal sensato e civilizado começara por consultar, em conjunto, o mesmo advogado, não é?

Bem na verdade, não. Pelo menos na Inglaterra, e, até recentemente, em todos os cinquenta estados dos Estados Unidos, a lei, ou mais rigorosamente – e mais significativamente –, o próprio código profissional dos advogados, não permitem que eles o façam. Os advogados podem aceitar somente um dos membros do casal como cliente. A outra parte é convidada a se retirar e enfrenta a seguinte situação: ou não recebe nenhuma orientação legal, ou é forçada a procurar outro advogado. E é aí que a diversão tem início. Em gabinetes separados, mas a uma só voz, os advogados imediatamente passam a se referir a ‘*nós*’ e a ‘*eles*’. ‘*Nós*’, bem entendido, não somos eu e a minha mulher, mas sim eu e meu advogado e ela e o advogado dela. Quando o caso chegar ao Tribunal, ele é verdadeiramente arrolado como ‘*Smith versus Smith*’! Assume-se que existem lados opostos, quer o casal se sinta em lados opostos, quer não, quer tenham os dois concordado ou não que desejam ser sensatamente amigáveis. E quem se beneficia de que o caso seja tratado como uma contenda do tipo ‘*Eu ganho, você perde*’? Provavelmente, apenas os advogados.

O infeliz casal se vê arrastado para um jogo de soma zero. Para os advogados, porém, o caso ‘*Smith versus Smith*’ é um succulento jogo de soma não-zero, com os Smith desembolsando os ganhos e os dois profissionais ordenando a conta conjunta dos seus clientes, num elaborado código de cooperação. Uma das maneiras de cooperarem é fazer propostas que ambos sabem de antemão que a outra parte não aceitará. Isso desencadeia uma contraproposta que, uma vez mais, ambos sabem ser inaceitável. E assim sucessivamente. Cada carta, cada telefonema trocado

entre os dois ‘adversários’ em cooperação adiciona mais uma parcela ao somatório final dos honorários legais. Com sorte, esse procedimento pode arrastar-se durante meses, ou até mesmo durante anos, com os custos a subir paralelamente. Os advogados não se reúnem para combinar tudo isso. Pelo contrário, a distância escrupulosa entre eles e, ironicamente, o instrumento principal de sua cooperação, à custa dos clientes. Os advogados podem nem sequer dar conta do que estão fazendo. Tal qual os morcegos-vampiros, que conheceremos a seguir, eles estão jogando de acordo com as regras estabelecidas. O sistema funciona sem nenhuma vigilância ou organização conscientes. Tudo está engendrado para nos forçar a entrar no jogo de soma zero. Soma zero para os clientes, mas extremamente diferente de soma zero para os advogados.¹⁴³

Em relação ao ser humano, Dawkins o diferencia das outras espécies pelo que ele tem de menos usual, a “*cultura*”, cuja transmissão sustenta ser análoga à transmissão genética. A linguagem, os costumes, a arte, a arquitetura, a tecnologia, o direito¹⁴⁴, tudo isso evolui no tempo histórico de uma forma que se assemelha à evolução genética. Conjectura que os humanos podem muito bem ter passado boa parte dos últimos milhões de anos sobrevivendo em pequenos grupos familiares, de modo que a seleção de parentesco e a seleção em prol do altruísmo recíproco podem ter atuado sobre os nossos genes para produzir muitos de nossos atributos e tendências psicológicas básicos.

Para compreender a evolução do homem moderno, Dawkins afirma que devemos abandonar a ideia do gene¹⁴⁵ como a única base de nosso pensamento a respeito da evolução e usá-lo simplesmente como uma analogia. Define a lei segundo a qual “*toda a vida evolui pela sobrevivência diferencial das entidades replicadoras*”, sendo o gene a entidade com esta característica mais comum, mas não o único, pois a cultura humana possui os ingredientes, o *caldo* necessário para o novo replicador o

¹⁴³ DAWKINS, 2007.

¹⁴⁴ Richard Dawkins não menciona expressamente o sistema judicial, mas como subproduto cultural, não há como excluí-lo de suas premissas e conclusões.

¹⁴⁵ DIAMOND (2010, p. 25) resume numa frase, o acerto de não imputar aos genes a direção da história humana: “*a história seguiu diferentes rumos para os diferentes povos devido às diferenças entre os ambientes em que viviam e não devido a diferenças biológicas entre os povos*”.

*meme*¹⁴⁶, cujos exemplos são melodias, ideias, slogans, modas de vestuário e até a ideia de Deus¹⁴⁷.

Dawkins enfatiza que em geral as mesmas qualidades do gene (longevidade, fecundidade e fidelidade de cópia) estão presentes nos memes e estes estão sujeitos à mutação e mistura contínuas, bem como estão submetidos à competição entre si. Se um meme, como a ideia da evolução darwiniana, dominar a atenção de um cérebro humano, tem de fazê-lo à custa de memes rivais. Daí que quando morremos há duas coisas que podemos deixar para trás, os genes e os memes, de modo que determinado traço cultural pode evoluir tornando-se proveitoso para ele mesmo. Ora, tendo os genes dotados os cérebros para a imitação rápida, os memes podem assumir o comando e explorar a capacidade de imitação e evoluir¹⁴⁸.

Ao final, Dawkins defende que a capacidade de previsão consciente – capacidade de simular o futuro com uso da imaginação - pode combater os traços egoístas de curto prazo de nossos replicadores (genes e memes), porquanto são cegos e inconscientes e dispomos de equipamento mental para promover altruísmo verdadeiro, genuíno e desinteressado¹⁴⁹, desafiando os genes que herdamos e se necessário os memes com que fomos doutrinados¹⁵⁰. Eis a sua sentença: “*Somos construídos como*

¹⁴⁶ A palavra “*meme*”, segundo DAWKINS (2009, p. 330), derivou da necessidade de o nome transmitir a ideia de unidade de imitação, daí escolha pela palavra mais curta que soasse mais ou menos como gene e ainda guardasse relação com “memória” ou com a palavra francesa *même*. O vocábulo entrou em 1988 na lista oficial do Oxford English dictionary.

¹⁴⁷ Richard Dawkins tem uma obra extensa sobre essa temática, a exemplo de “*Deus um Delírio*”, de 2007.

¹⁴⁸ Em abordagem tangencial da evolução humana, Yuval Noah Harari assinala que “*os sapiens são animais relativamente fracos, cuja vantagem está na capacidade de cooperar em grande escala*”. E tem excelente sacada sobre a interação entre biologia e cultura ao pontificar que “*a biologia permite, a cultura proíbe. A biologia está disposta a tolerar um leque muito amplo de possibilidades. E a cultura que obriga as pessoas a concretizar algumas possibilidades e proíbe outras*”. (HARARI, 2017, p. 154 e 167)

¹⁴⁹ No mesmo sentido, DAMÁSIO (2018, p. 270), ao dispor que a questão do altruísmo é, toda ela, uma boa porta de entrada para fazermos a distinção entre as culturas primordiais e a variedade plenamente desenvolvida. Sua origem é a cooperação cega, mas o altruísmo pode ser desconstruído e ensinado em famílias e escolas como uma estratégia humana deliberada. Como no caso de várias emoções benevolentes e beneficentes – compaixão, admiração, reverência, gratidão -, o comportamento altruísta pode ser incentivado, exercitado, treinado e praticado na sociedade. Ou não. Embora nada garanta que o altruísmo funcionará, ele está disponível como um recurso humano consciente, acessível por meio da educação.

¹⁵⁰ A corroborar esta premissa, Steven Pinker assinala: “*A megalomania dos genes não significa que a benevolência e a cooperação não podem evoluir, assim como a lei da gravidade não prova que a capacidade de voar não pode evoluir. Significa apenas que a benevolência, como a capacidade de voar, é um estado de coisas especial que requer uma explicação, e não algo que simplesmente acontece. Ela*

máquinas de genes e educados como máquinas de memes, mas temos o poder de nos revoltar contra nossos criadores. Somos os únicos na Terra com a possibilidade de nos rebelar contra a tirania dos replicadores egoístas”.

A robustecer que não há conflito entre a influência cultura e genética, o pensamento de António Damásio é esclarecedor:

Vale a pena repetir que a condição excepcional dos humanos, acima de tudo o mais que eles têm em comum com os demais seres, deriva do modo único como seus sofrimentos e alegrias são amplificados por memórias individuais e coletivas do passado e pela imaginação de um futuro possível. O conhecimento crescente da biologia, desde as moléculas até os sistemas, reforma o projeto humanista.

Também vale a pena repetir que não há conflito nenhum entre interpretações do comportamento humano atual que favoreçam a influência cultural autônoma ou a influência da seleção natural transmitida geneticamente. Ambas têm seu papel, em proporções e ordens diferentes.

Antifragilidade

O pensador Nicolas Nassim Taleb, à luz de seu estudo sobre os problemas de incerteza, probabilidade e tomada de decisões em ambiente de opacidade, desenvolveu o conceito de *antifragilidade*. As ideias sobre este tema, amadurecidas na área financeira sua formação inicial, podem ser transportadas para a noção alargada de processos de decisão, razão pela qual, sendo obra oriunda do conhecimento prático¹⁵¹ e com embasamento empírico, reputa-se de grande valor para esta dissertação.

Darwin, Dawkins e os cientistas citados neste capítulo nos forneceram elementos para começar a entender ou se acostumar com a evolução e a complexidade a partir da simplicidade. Agora, com o apoio nas obras de Taleb, quase em engenharia

pode evoluir em determinadas circunstâncias e tem de ser sustentadas por um conjunto de faculdades cognitivas e emocionais. Na revolução sociobiológica da década de 1970, biólogos evolucionistas substituíram a vaga impressão de que os organismos evoluem para servir ao bem da maioria por deduções de que tipos de motivos tendem a evoluir quando os organismos interagem com prole, parceiros, irmãos, amigos, estranhos e adversários”. (PINKER, 2004, p. 83-84).

¹⁵¹ TALEB (2014a, p. 17) anuncia que “*apenas as ideias destiladas, aquelas que já estão em nós há muito tempo, são aceitáveis – e as que provêm da realidade. É altura de fazer reviver a noção filosófica relativamente desconhecida de compromisso doxástico, um tipo de crenças que vai para além daquilo que é verbalizado, e em relação às quais estamos suficientemente empenhados para correr riscos pessoais*”.

reversa, busca-se demonstrar que o critério da simplicidade, não superficial, mas profunda, na tomada de decisão é a estratégia que se erige capaz de melhorar nosso sistema ao evitar os fluxos interrompidos e erros graves na tomada de decisões.

O antifrágil envolve o estudo de sistemas orgânicos e complexos sob o enfoque da aleatoriedade e a incerteza, a estabelecer forma de tomada de decisões em que prevalece o desconhecido, ou seja, situações em que haja aleatoriedade, imprevisibilidade ou compreensão limitada da realidade.

Do mesmo autor é o conceito de Cisne Negro com obra homônima, denominado o acontecimento de grande escala, imprevisível e irregular, com matriz de acarretar grandes consequências não lineares. Explica Taleb que a vida é labiríntica, conquanto o nosso cérebro esforça-se para transformar os acontecimentos em algo suave e linear em interpretação retrospectiva, razão pela qual se subestima a aleatoriedade.

Taleb conjectura que todas as iniciativas vindas de cima fragilizam e paralisam a antifragilidade e o crescimento, já as ações da base florescem com a quantidade adequada de fatores de tensão e desordem. Os sistemas complexos são abundantes em interdependências difíceis de detectar diante das reações não lineares e mesmo diante dos conhecimentos tecnológicos, torna tudo muito mais imprevisível.

O sistema jurídico e especialmente para o objeto deste trabalho, a morosidade judicial e a propensão ao erro judiciário, pode ser visto como um sistema frágil, o qual diante da complexidade e não linearidade, ao contrário do que a intuição sugere, necessita de regras simples para se evitar a multiplicação em cadeia de efeitos imprevisíveis, deixando que o sistema siga o curso natural que ensejou a sua existência ou como dito por Menezes Cordeiro permita que *a própria dinâmica social se encarregue de encontrar saídas*.

Fragilidade, conceito sem definição técnica, caracteriza o que não gosta da volatilidade, aleatoriedade, incerteza, desordem, erros e fatores de tensão, em resumo, da passagem do tempo. Em contraste, o que é antifrágil gosta de volatilidade e dos fatores referidos, além de ostentar forte e útil ligação com a aleatoriedade. Daí que tudo o que tem reação não linear é frágil ou antifrágil em relação à determinada fonte de aleatoriedade. Antifragilidade não se confunde com robusto ou resiliente, pois estes

não se beneficiam da volatilidade ou da desordem, ao contrário do antifrágil.

A antifragilidade é relativa à determinada situação ou exposição, de modo que Taleb constrói uma tríade: *frágil* – *robusto* – *antifrágil*. No que toca aos sistemas jurídicos, as regras e as leis são inseridas na coluna *frágil*, os princípios e incluímos por conta e risco os precedentes estáveis na segunda coluna *robusto*. A virtude, os costumes e a equidade inserimos na coluna *antifrágil*. Evidentemente, não cabe analisar a correção desta classificação, mas apenas sob a ótica da reprodução e longevidade, não há como discordar de Taleb, tendo em vista que as regras e as leis perecem com enorme rapidez, já os princípios e a virtude possuem vida longa e maior estabilidade.

Taleb enuncia que “*menos é mais e geralmente mais eficaz*”, porém a *simplicidade* tem sido difícil de pôr em prática na vida moderna, porque vai de encontro com a mentalidade que procura sofisticação para que se torne possível justificar determinadas profissões. E esclarece:

O conceito de que menos é mais no processo de decisão tem origem em Spyros Makridakis, Robyn Dawes, Dan Goldstein e Gerd Gigerenzer, que descobriram todos em diversos contextos que os cálculos mais simples de previsão e dedução podem funcionar muito, muito melhor do que os complexos. As regras básicas mais simples não são perfeitas, mas são concebidas para não serem perfeitas; a adoção de uma certa humildade intelectual e a ausência de ambição de sofisticação podem ter efeitos muitos eficazes. [...] Menos é mais tem-se revelado extraordinariamente fácil de encontrar e aplicar-se – e ‘robusto’ em relação a erros e alterações de estado de espírito. Pode não haver uma causa facilmente identificável para uma grande parte dos problemas, mas frequentemente existe uma solução fácil (não para todos os problemas, mas para uma boa parte; para uma parte realmente significativa), e essa solução é identificável de imediato, por vezes a olho nu e não através de análises complexas e altamente frágeis com pendor para erros.¹⁵²

Aborda Taleb que o aspecto interessante da evolução deriva de seu funcionamento antifrágil, uma vez que os organismos individuais são relativamente frágeis, o conjunto de genes tira partido da aleatoriedade, incerteza e desordem para melhorar a sua forma. Os organismos precisam de morrer para que a natureza (ao nível

¹⁵² TALEB, 2014a, p. 330.

informativa – genética) seja antifrágil, daí deduz que a natureza é oportunista, implacável e egoísta. Explicita que a evolução se beneficia da aleatoriedade por duas vias: aleatoriedade nas mutações e aleatoriedade do meio ambiente, de modo que ambas intervêm de formas semelhantes para provocar mudanças nas características das gerações seguintes.

António Damásio explica a dinâmica da homeostase¹⁵³ como “conjunto fundamental de operações no cerne da vida, sendo imperativo poderoso, impensado, tácito, cujo cumprimento permite, a cada organismo vivo, pequeno ou grande, nada menos do que perdurar e prevalecer”.

Seguindo tal linha de raciocínio, esclarece Taleb, por exemplo, que os acidentes aéreos dão origem a mais medidas de segurança, aperfeiçoam o sistema e fazem com o transporte aéreo torne-se mais seguro. O segredo de um bom sistema então é a capacidade de isolar os erros parciais, pois os sistemas devem ser concebidos para que pequenos erros sejam independentes dos demais, razão pela qual é necessário evitar o *efeito contágio*, os erros sistêmicos como os inerentes no atual mercado financeiro.

Ao tratar do problema de escala nos sistemas, Taleb explora o conceito de variações de *baixo para cima*, no qual o pequeno funciona melhor que o grande em diversos aspectos, posto que lamenta e universalmente, o que é grande está condenado a ser destruído¹⁵⁴, citando a diferença entre o município e o governo central, sendo que este tende a resolver melhor os assuntos comunitários, ante o efeito de não linearidade e magnitude dos erros cometidos, alterando a qualidade da relação entre as partes que passa da desejável concretude para a perigos abstração. Defende, com apoio em Bruno Leoni, a aplicação da regra *de baixo para cima* ao sistema jurídico, o qual deveria ser baseado nos juízes, devido à sua diversidade.

¹⁵³ DAMÁSIO (2018, p. 14-15) explora o fenômeno designado homeostase, o qual se baseia nos mecanismos da própria vida e nas condições de sua regulação. E prossegue: Os sentimentos são as expressões mentais da homeostase, enquanto esta, atuando sob o manto dos sentimentos, é a linha funcional que liga as primeiras formas de vida à extraordinária parceria entre mente e sistemas nervosos. Essa associação é responsável pelo surgimento de mentes dotadas de consciência e sentimentos, e essas mentes, por sua vez, são responsáveis por aquilo que é mais distinto no ser humano: cultura e civilização.

¹⁵⁴ Na natureza essa lei é rigorosa. O grande perece. Lembremos-nos das extinções de grandes animais como os dinossauros e atualmente os grandes mamíferos, bem como a existência de trilhões de bactérias e insetos e praticamente poucos animais maiores que o homem. Numa analogia conhecida, o gato tem muito mais vidas que o elefante.

Nesse ponto, mister uma digressão. O sistema de precedentes brasileiro idealizado pelo CPC/2015 poderia ser estruturado ou até interpretado para que os precedentes de primeira e segunda instâncias sejam seguidos e só excepcionalmente, os tribunais superiores produzirem precedentes vinculativos. Mas o que se nota é a cegueira quanto aos problemas de escala, nos quais os tribunais superiores no Brasil desconsideram reiteradamente as decisões das instâncias inferiores e idealizaram o sistema de cima para baixo, cujos erros podem comprometer e muito a sua robustez, ante o efeito contágio e não linearidades.

Os tribunais superiores diante do gigantismo do sistema jurídico brasileiro são incapazes de resolver os milhões de processos num país continental como o Brasil, a formar verdadeiros gargalos e deveriam prezar pela manutenção dos precedentes das instâncias ordinárias e julgar seletivamente somente casos realmente de grande repercussão, máxime diante da razão simples que não reexaminam fatos e não possuem capilaridade e capacidade para julgar todos os recursos cabíveis que o sistema viciosamente admite.

Necessário reconhecer que é utopia, verdadeiro delírio o Superior Tribunal de Justiça, exceto em questões realmente de mesmo suporte fático e repetitividade, uniformizar jurisprudência sobre questões polêmicas e muitas vezes regionais num país continente de mais de 210 milhões de habitantes e imensa pluralidade cultural e econômica. Na verdade, a realidade indica que o Superior Tribunal de Justiça tem dificuldade de uniformizar a sua própria jurisprudência¹⁵⁵.

Os precedentes da base do sistema, quer dizer, as sentenças de primeiro grau deveriam ser mais valorizadas para a melhora no sistema brasileiro, mas o que se percebe é a concentração de poder nos tribunais superiores, não se dando o devido valor à primeira¹⁵⁶ e a segunda instâncias e sem estipular suficientemente filtros, a

¹⁵⁵ Marco Bruno Miranda Clementino, Juiz Federal, adverte que “*nesse ponto, convém destacar que a falta de cultura em torno do precedente tem contribuído para sabotar seu potencial estabilizador. Ora, o ideal é que, reconhecido o valor normativo ao precedente, este vincule mesmo os juízes de mesma instância, quiçá os de instância inferior e a administração pública. A experiência tem mostrado, contudo, que mesmo as instâncias superiores têm enfrentado dificuldades em seguir seus próprios precedentes (BRASIL. STJ. REsp. 1442840. Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 21 ago 2015)*”. (CLEMENTINO, 2016, p. 45)

¹⁵⁶ Há iniciativas do CNJ com a percepção de que é absolutamente necessária a atenção ao primeiro grau. Contudo, o CNJ focou na diferença de estrutura entre o primeiro e segundo graus do mesmo tribunal, mas olvidou de analisar a diferença entre as instâncias ordinárias e os tribunais superiores quanto à formação

atrair a competência para diversas demandas com graves riscos à sociedade, a causar potencialmente o congestionamento do sistema.

De outro vértice, Taleb aborda o problema de projeto e predição sob o efeito da incerteza e os riscos daí decorrentes. Utiliza para analogia o problema dos transportes. Ora, como o tempo de viagem não pode de fato ser negativo, o qual é irreversível, pois na essência a sua passagem configura aumento de desordem, o aumento de incerteza (não linear) aliada ao excesso de confiança faz com que sempre ocorram atrasos e dificilmente se cumpre os prazos programados havendo pequena flutuação das condições.

Transportando-se para o processo judicial, temos o mesmo problema, pois o tempo de tramitação do processo não pode ser negativo e é influenciado pela fase mais demorada durante o procedimento, acrescentado sempre maior atraso ao já existente. Por conseguinte, o pequeno aumento do número de ações propostas ou aumento de inadimplemento em alguns pontos percentuais, o que pode ser desencadeado por crise econômica ou qualquer flutuação no meio social, acarreta o congestionamento do sistema judicial e conseqüentemente incrementa a indesejada morosidade diante do fluxo interrompido e da complexidade e da não linearidade dos efeitos no sistema jurídico continental do Brasil.

Esse efeito será agravado se houver a chamada eficiência ingênua¹⁵⁷, na qual o sistema opera no limite da capacidade de os juízes prolatarem as sentenças, pois

de precedentes e sua força vinculativa. Mas necessário reconhecer que já é um começo. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça instituiu a Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição pela Resolução CNJ 194, de 26 de maio de 2014, com o objetivo de desenvolver, em caráter permanente, iniciativas voltadas ao aperfeiçoamento da qualidade, da celeridade, da eficiência, da eficácia e da efetividade dos serviços judiciários da primeira instância dos tribunais brasileiros. Na mesma linha, o CNJ publicou, na sequência, outras duas resoluções: • Resolução CNJ 195, de 3 de junho de 2014: determina que a distribuição do orçamento nos órgãos do Poder Judiciário de primeiro e segundo grau seja proporcional à demanda e ao acervo processual; • Resolução CNJ 219, de 26 de abril de 2016: determina que a distribuição de servidores, de cargos em comissão e de funções de confiança nos órgãos do Poder Judiciário de primeiro e segundo grau seja proporcional à demanda e cria critérios objetivos para cálculo da lotação paradigma das unidades judiciárias. (CNJ, 2018, p. 101)

¹⁵⁷ Eis exemplo de ingênua análise custo-benefício promovida por Taleb: “no passado os franceses investiram na energia nuclear, pois esta parecia ‘limpa’ e barata. E parecia ser ‘otimizada’ num ecrã de computador. Em seguida, após o alerta que representou o desastre de Fukushima em 2011, perceberam que precisavam de maiores medidas de segurança e apressaram-se a pô-las em prática, a qualquer custo. De certa forma, isso assemelha-se ao entalço que referi anteriormente: são forçados a investir, independentemente do preço. Essa despesa adicional não estava prevista na análise custo-benefício que motivou a decisão inicial e fazia boa figura num ecrã de computador. Desta forma, na decisão a favor de uma fonte de energia em prejuízo da outra, ou em comparações semelhantes, não percebemos que um erro-modelo pode afetar uma das opções mais que outra”. (TALEB, 2014a, p. 311)

parte-se da premissa que não pode existir subutilização e o próprio Conselho Nacional de Justiça incentiva verdadeira competição pelos Tribunais por produtividade sem observar que funcionar com certa margem de segurança (*redundância defensiva*) tem o poder de prevenir interrupções do fluxo no futuro.

A redundância defensiva no sistema processual mostra-se essencial para evitar o bloqueio da justiça e não é sequer mencionada nos estudos sobre morosidade e eficiência pesquisados. Desse modo, diante da incerteza em relação ao futuro e não linearidade do aumento de demandas e seus reflexos no sistema jurídico, este não pode funcionar no limite de sua capacidade, a necessitar de redundância defensiva nas palavras de Taleb¹⁵⁸, sendo eficiente manter certa margem para a incerteza e eventuais fatores de tensão, para que não se interrompa o fluxo e corra-se o risco do bloqueio no sistema judicial em razão do pequeno aumento de litigiosidade ou aumento de inadimplemento de obrigações por crises financeiras locais ou globais ou mesmo outros fatores imprevisíveis.

Sobre o risco de a complexidade prejudicar o sistema judiciário, explicita Taleb¹⁵⁹ que quanto mais complicada a regulamentação, maior a interferência por parte dos que têm acesso a informações privilegiadas (agenciamento), bem como as diferenças entre a letra da lei e o espírito desta são mais difíceis de detectar num sistema complexo, aliás na linha defendida por Menezes Cordeiro ao comentar os riscos da complexidade da regulamentação e por nossa parte seus efeitos nos processos judiciais, muitas vezes inclusive com incremento de complexidade pelo uso da prolixidade e uso predatório do sistema de justiça por grandes litigantes ou por especializadas sociedades de advogados.

¹⁵⁸ A mãe natureza é manifestamente um sistema complexo, com teias de interdependência, não-linearidades e uma ecologia robusta, gosta da redundância defensiva, uma espécie de seguro que nos permite sobreviver na adversidade, graças a existência de peças sobressalentes, tal qual o corpo humano que tem dois olhos, dois pulmões, dois rins, equivalente a dois cérebros, de sorte que cada órgão tem mais capacidade de que a necessária em circunstâncias normais. Assim, a redundância equivale a seguro e as ineficiências aparentes estão associadas a custos de manutenção desta aparente subutilização e da energia necessária para conserva apesar de inativas. “*O oposto exato da redundância é a eficiência ingênua. Os sistemas complexos sobrevivem graças as baixas e à redundância, não à dívida ou à otimização*”. (TALEB, 2014b, p. 383-384 e 460)

¹⁵⁹ TALEB, 2014a, p. 449.

3.2 – Simplicidade

A simplicidade atrelada à brevidade não é estranha ao sistema jurídico, inclusive é critério previsto em lei¹⁶⁰ para a solução de litígios. Conquanto critério para as lides do sistema dos juizados especiais, isto é, para as causas de menor complexidade e baixa expressão econômica, defende-se nesta dissertação a plena aplicabilidade em todo o sistema jurídico cível diante da sua capacidade de gerar decisões rápidas e aceitáveis.

A simplicidade ora defendida para conduzir o processo, proferir sentenças e buscar a satisfação do direito, diante dos conceitos de prova silenciosa e do tipo de raciocínio para compreender a evolução (teoria dos jogos, seleção natural, corrida armamentista etc.), é fruto de observação e advém da experiência para buscar a resolução aceitável para o problema submetido ao crivo do Poder Judiciário.

Não só a cognição subjacente para a prolação de sentenças deve ser concretizada à luz do critério de simplicidade, alcança também a necessidade de juízes redigirem e exigirem dos sujeitos do processo peças processuais concisas, breves¹⁶¹, sem perder substância, com riqueza de descrição de fatos relevantes e parcimônia com alegações jurídicas – exatamente o inverso que ocorre na praxe forense¹⁶² – com o dever de indicar

¹⁶⁰ Art. 2º da Lei 9.099/95: O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

¹⁶¹ Já é o tempo de impor limite ao tamanho das petições jurídicas e até decisões judiciais. Essa lógica necessidade não escapou ao tirocínio desta honrada instituição acadêmica ao estabelecer regras da dissertação que “*no Mestrado em Direito e Ciência Jurídica: ter entre 40000 e 80000 palavras, a espaço e meio e letra de tipo 12 (espaço um e letra 10 ou 11, nos rodapés), com exclusão de índice, bibliografia e anexos documentais*”, conforme Despacho nº 6322/2016, art. 53, publicado no Diário da República de 12 de maio de 2016. Como enfatiza Eduardo Couture, a postulação é ato de liberdade e responsabilidade. O sistema judicial brasileiro é conivente com a indevida prolixidade processual e como sublinhado por Luís Roberto Barroso passou do momento de questionar o uso deste costume ou estratégia que tanto malefícios causa. O advogado deveria ter um limite (15 ou até 20 folhas ou determinado número de palavras) e em separado eventuais considerações que entender pertinentes) para expor os fatos relevantes, os fundamentos jurídicos e formular seus pedidos. Em casos realmente complexos, com a devida justificação específica, o advogado poderia usar o dobro do tamanho. Quanto aos juízes, nas sessões de julgamento poderiam até elaborar decisões longas, mas a leitura seria limitada aos pontos mais importantes e com limite temporal e os fundamentos relevantes e com a mesma limitação dos advogados (simetria). Essa intuição não é nova, Luís Roberto Barroso já a defendia em artigo que avante será transcrito.

¹⁶² Diante desta prolixidade processual e da necessidade de os juízes despacharem diariamente dezenas e até centenas de processos, não é possível ler integralmente todas as petições que são apresentadas diariamente. A produtividade seria baixíssima e diante da necessidade de impulsionar os processos, muitos magistrados adotam a técnica intuitiva e seletiva, verdadeira forma de sobrevivência em juízos com atraso processual e excesso de processos conclusos, de ler os trechos mais importantes das petições, concentrando-se nos fatos descritos e nos pedidos e requerimentos formulados. Se o juiz lesse integralmente todas as peças e documentos apresentados num dia de trabalho às vezes conseguira

precedentes persuasivos e vinculativos aderentes à realidade do processo com o devido confronto analítico ao invés da transcrição de meras ementas, muitas das quais sem identidade ou similaridade fática. Ao juiz, o mesmo dever correlato mediante prolação de decisões simples, claras, coerentes, lógicas e fundamentadas, ainda que com apoio na tese de uma das partes, em atividade seletiva de escolher a melhor exposição dos fatos e o mais adequado enquadramento jurídico, sob o signo da simplicidade¹⁶³ e da brevidade. Como bem considera Fernando Araújo, a simplicidade é o meio mais natural para se evitar colapsos de complexidade.

Em todo processo, as partes, ainda que por intermédio de seus procuradores, expõe fatos e indica meios de prova, realizam o enquadramento jurídico e apresentam a proposta de solução do problema da vida. Tanto é que a melhor definição de petição inicial é a de projeto de sentença. A contestação, a defesa em geral, a outra face do processo, é o projeto de sentença descrito pelo réu.

Os litigantes são os primeiros a *selecionarem* o direito a ser aplicado ao caso, a *variação* do sistema. Cabe ao juiz *selecionar* a melhor proposta de decisão, a qual deve vincular o órgão prolator para casos futuros e ser replicada em processos repetitivos ou com similaridade fática (*reprodução*). Evidentemente que na sentença não é tudo ou nada,

despachar pouquíssimos processos e maior prejuízo causaria às partes. Essa forma intuitiva e seletiva de agir é decorrência desta corrida armamentista, em que a prolixidade acaba sendo enfrentada com leitura seletiva das peças apresentadas. Lembremo-nos da evolução, a tática de um agente, reflete na contramedida do outro para sobreviver no ambiente competitivo. Tendo em mira que a análise exaustiva dos fundamentos jurídicos será realizada apenas no átimo sentencial e presente o princípio *jura novit curia*, esse proceder judicial mostra-se adequado como estratégia para combater a morosidade, embora neste caso realmente quantidade pode afetar a qualidade. A experiência informa que os juízes procedem à leitura do início da petição na qual se descrevem os fatos para compreender o problema e em que fase se encontra para impulsionar o processo ou resolver questão incidente. Em seguida, ignora grande parte do corpo da petição em que o advogado fundamenta seu pedido e transcreve em excesso leis, doutrina e jurisprudência (alguns colocam até clips) e voltam a ler a parte final da petição, onde são ordinariamente deduzidos os pedidos e requerimentos e precisa ser compreendido para permitir a decisão interlocutória. Não é o ideal, mas a realidade nua e crua é reflexo da corrida armamentista que se vê no processo. Diminuindo-se a prolixidade, e havendo mais riqueza na descrição dos fatos, melhoraria a qualidade das decisões com a atenção integral do julgador no que realmente importa, daí a ênfase à simplicidade e à brevidade.

¹⁶³ ARAÚJO (2007, p. 189-190), conquanto em alusão à complexidade contratual, mas com o devido ajuste para a sentença, pois suas premissas são trasladáveis ante a robustez e a coerência dos argumentos, menciona hipóteses de ganhos com a simplicidade, nos quais em diversas condições e circunstâncias, os contratos mais simples e menos extensos tornam-se mais eficientes. E obtempera: “Podemos começar por insistir na destrinça entre acabamento e complexidade, e até na correlação inversa que por vezes se verificará entre os dois valores. Mas a resposta só será mais clara se levarmos em conta os ‘custos de complexidade’ com os ‘custos de transação’, tornando clara a preferência da teoria pelo resultado de conciliação, aparentemente difícil de acabamento e simplicidade contratuais. Por vezes a simplificação é a via mais natural (se não a única) para se evitar ‘colapsos de complexidade’ [...]”.

procedente ou improcedente. Em vários casos, salvante as sentenças processuais e em processo simulado, há possibilidade de gradação (procedência parcial dos pedidos) e o juiz poderá selecionar parte do alegado pelo demandante e parte do deduzido pelo demandado, de modo que os pedidos e defesas são em sua generalidade decomponíveis, de modo que a sentença pode representar verdadeira mescla entre os *projetos* apresentados pelas partes.

Nesse passo, é dever inexorável do julgador fundamentar sua decisão, mas não há ontologicamente diferenças relevantes entre os trabalhos realizados pelos diversos operadores do direito. A petição inicial ou contestação bem elaborada, fundamentada, praticamente com a alteração da forma de redação do estilo discursivo/postulatório para o imperativo/decisório e pequenos ajustes de forma e de comandos, converte-se praticamente numa sentença. Nessas três peças fundamentais do palco jurídico (petição inicial, contestação e sentença), os requisitos são praticamente os mesmos (relato do essencial, fundamento jurídico e pedido/decisão).

Dar-se proeminência ao trabalho do juiz dentre outros motivos porque é ato de autoridade, a decisão vinculará as partes, sendo a lei do caso concreto e ainda, se formar precedente, vinculará futuramente jurisdicionados e juízes, mas o trabalho judicial pode ser comparado ao trabalho dos advogados e promotores e o conteúdo das peças apresentados com o devido rigor pode ser aproveitado na sentença eficazmente sem qualquer ofensa ao sistema.

Ora, a atuação do juiz é delimitada pelas pretensões das partes e estas ainda podem transigir na grande maioria dos casos, pois a regra é o direto admitir transação. O advogado é o primeiro juiz da causa e delimita o objeto do processo, não se pode negar essa realidade. Assim como já ressaltado, divisa-se a premente necessidade de o sistema ser estruturado de baixo para cima para garantir a sua antifrágilidade, com a variação e reprodução de bons precedentes, os quais oriundos da primeira e segunda instâncias que analisam concretamente os fatos e ostentam capilaridade para garantir a coerência e integralidade do sistema judicial.

Aliás, a prática jurídica brasileira em geral sequer atribui aos julgados de primeiro grau de jurisdição a qualidade de precedentes persuasivos, havendo dificuldade de pesquisas eletrônicas sobre precedentes do primeiro grau¹⁶⁴, pois praticamente todos os

¹⁶⁴ No TJDF e em vários tribunais estaduais pesquisados não é possível pesquisar por assunto nos sistemas eletrônicos ou nos respectivos sites oficiais as sentenças proferidas nos diversos juízos de primeiro grau, sendo que em determinadas matérias o índice de recurso é baixo ou o juiz profere decisões de elevada qualidade que as partes não recorrem, de modo que informações valiosas não ficam

tribunais de justiça realizam a indexação e pesquisa jurisprudencial sob a ótica dos precedentes de segunda instância, a revelar o menor valor atribuído às sentenças de primeiro grau. Insista-se, a valorização do primeiro grau é fundamental para o eficiente funcionamento do sistema de justiça¹⁶⁵.

Na essência, as partes ao procurarem a Justiça intuitivamente já têm noção do direito que almejam reconhecimento judicial e os advogados realizam atividade intelectual que difere muito pouco do que realizou a parte e que realizará o magistrado, apesar de a vaidade intelectual e visão meramente superficial da dinâmica do processo podem obscurecer essa realidade que se apresenta.

Chega-se à conclusão que cabe ao juiz simplificar, buscando a solução mais simples, menos teórica e mais prática para o caso, a qual deve primar pela criteriosa análise do suporte fático, concentrando-se com o máximo rigor crítico nos fatos relevantes e circunstâncias, com a possibilidade de aproveitar o eventual correto trabalho executado pelos advogados e promotores na apuração dos fatos ou ao resolver a crise de identificação da norma jurídica aplicável à espécie.

Ora, retrabalho pelo retrabalho, talvez apenas para justificar sua importância, talvez seja a maneira mais ineficiente de conduzir uma atividade e no sistema judicial há bastante espaço para aproveitar o trabalho dos outros especialistas. Menos vaidade, menos

disponíveis diante da previsão de pesquisa apenas de acórdãos nos tribunais e de acórdãos e decisões monocráticas de tribunais superiores.

¹⁶⁵ “É aos juízes e tribunais nas instâncias ordinárias que compete cogitar se há identidade suficiente entre o chamado *instant case*, que é o processo que está sob apreciação e o *candidate precedent case*. A eles, em sendo o caso de aplicar um precedente, cabe dar solução definitiva aos casos em concreto. Para que o sistema tenha êxito, é preciso que os tribunais superiores assumam em definitivo o papel de cortes de interpretação do direito, deixando para as instâncias de origem a solução dos processos individualmente, e exonerando-se da função de revisar cada feito individualmente. A função dos juízes e tribunais de dar aplicação material aos precedentes forjados no novo sistema de julgamento de processos repetitivos e de repercussão geral pode recuperar, em grande medida, o sentido da atuação das instâncias ordinárias, que há muito vêm gozando de pouca importância, figurando como mero rito de passagem, especialmente nas questões de direito. E acrescenta a culta magistrada: Diferentemente de uma norma geral, destinada a tudo resolver, o precedente é vetor de modificação e dinamização da jurisprudência. Seu sentido é transformador, seus efeitos, prospectivos. Não é da sua natureza regular situações passadas e sim servir de elemento informador de decisões futuras sobre casos análogos. É daí que não se deve identificar julgamento por precedente a simples propósito de uniformização da jurisprudência. Sem abrir mão da ideia de que o processo é instância hermenêutica, ciência do diálogo, do convencer, é possível a introdução da ideia de respeito aos precedentes. Não como novos dogmas a serem objeto de reverência, não como normas prontas e acabadas, mas enquanto encerrem enunciados dinâmicos, contingentes e analógicos e integrativos do ordenamento jurídico. Aclarar e integrar o sistema normativo, para usar as palavras de Calamandrei, não equivale a uniformizar, mas a criar ambiente que, ao tempo em que assegure segurança jurídica e previsibilidade à aplicação do Direito, não o aprisione, impedindo que absorva as mudanças e os novos contextos históricos”. (CLEMENTINO, 2016, p. 149 e 151-152)

prolixidade, mais simplicidade, mais brevidade, mais cooperação e a equação converge para sentenças socialmente aceitáveis.

A estratégia intuitiva de priorizar os fatos relevantes e circunstâncias da causa, deriva do fato que o eventual erro da crise de identificação da norma jurídica, aplicável ao caso, se equivocada, causa menos danos que o erro de fato¹⁶⁶, o erro quanto à realidade emergente do processo, simplesmente porque diversas regras espalhadas pelo sistema jurídico conduzem a conclusões similares, pois os princípios jurídicos inter cruzam-se e o ordenamento jurídico deve ter no mínimo coerência e ser autorreferente. Obviamente essa técnica não é perfeita e a especialização quanto ao direito aplicável à espécie e aprofundamento da cognição será necessária para dar a melhor resposta possível em causas mais complexas realmente, mas não adianta acertar o enquadramento da norma aplicável, se errar o alvo (fato da vida).

Os antigos sabiam perfeitamente da importância de centrarmos nos fatos relevantes e circunstâncias, pois toda a catedral do direito se ergue sobre os fatos da vida¹⁶⁷ e não sobre teorias, teses ou abstrações.

Os fatos da vida e o valor atribuído a estes são os componentes mais relevantes para o Direito. Daí o famoso aforismo do direito romano clássico *narra mihi factum dabi ius*¹⁶⁸ cristaliza relevante regra de atividade cognitiva, a qual temperada com o diálogo

¹⁶⁶ O erro quanto à prova de fato ou erro de fato são de tal gravidade que inclusive são motivos para a ação rescisória, consoante art. 966 do CPC/2015, o qual estabelece que “a decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos. § 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado”.

¹⁶⁷ REALE (1994, p. 117-118), na conhecida teoria tridimensional do direito, leciona que “Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é, principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor [...]”.

¹⁶⁸ Vale reproduzir os ensinamentos do Desembargador José Luiz Oliveira de Almeida no artigo que enfoca exatamente a ideia ora defendida, ainda que voltada à sentença criminal: “A prestação jurisdicional é dada, dentre outros, sob o manto dos princípios da *narra mihi factum dabi ius* e da *jura novit curia*. A equação é simples. O juiz conhece o texto da lei. A norma jurídica, no entanto, o Direito, enfim, só exsurge a partir dos fatos narrados. Dessa forma, o direito é algo a descobrir-se, a ser encontrado, a ser construído. O direito, com efeito, não é algo dado. Ele se constrói em face da interpretação feita pelo magistrado do enunciado linguístico, levando em conta o caso concreto, a partir dos fatos narrados, fatos da vida, do mundo real; diria, fatos e circunstâncias, como, aliás, lembrou Eros Grau, na Reclamação nº 3.034-2-PB AgR: “[...] Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito – porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação –

entre juiz e advogado e vice e versa, a cooperação entre os sujeitos do processo, evitando-se decisões surpresas, permitirá construir a norma jurídica adequada ao caso concreto.

Veja o exemplo de processo envolvendo morte de pedestre em ação de reparação de danos proposta pelos familiares da vítima contra o motorista, ante atropelamento com uso de veículo automotor. O grande problema é descobrir autoria e o nexo de causalidade entre a condução do veículo de forma ilícita e o óbito, ou seja, os fatos relevantes e circunstâncias aptos a demonstrar a existência de prova segura da morte da vítima e do seu efetivo causador. Menor influência haverá eventual erro de enquadramento se o juiz corretamente analisar os fatos e eventual exclusão de responsabilidade e certificar-se do ato ilícito, imputação, dano e nexo de causalidade. Se o caso pode ser enquadrado como homicídio doloso, culposo ou por culpa leve poderá até ter certa influência no valor da reparação, mas o pior é condenar o inocente ou inocentar o culpado em virtude da desconsideração ou menor valor dado aos fatos

ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida [...]” (STF, Reclamação nº 3.034-2/PB AgR, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, voto do Min. Eros Grau). Faço essa linha de introdução para realçar, como um tributo, que o nosso estimado colega Desembargador José Bernardo Silva Rodrigues, como um mantra e com o feeling que só os mais argutos julgadores possuem, tem instado os colegas, nas sessões de julgamento, insistentemente, a noticiarem, pormenorizadamente, os fatos e as circunstâncias do crime em julgamento, exatamente para que ele possa construir a sua decisão, com a convicção, que é própria dos bons julgadores, de que eventual norma jurídica só pode surgir à luz de dados do mundo real, tendo em vista que, como leciona Eros Graus, os juízes decidem não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas em razão de situações do mundo da vida. É dizer: com a materialidade mais substancial da realidade. Às vezes, pragmáticos – e, no mesmo passo, equivocados –, insistimos em apresentar, em destaque, a tese jurídica. Mas ele, determinado, obtempera: quero os fatos e as circunstâncias, pois somente a partir deles me posicionarei. É dizer: narrem-me os fatos e darei o direito, noutros termos, narrem-me os fatos e direi qual a norma jurídica a ser aplicada [...]. A conclusão óbvia a que se chega, em face do acima exposto, é que, tendo os fatos às mãos, e somente à luz deles, ter-se-á condições de fazer um julgamento tão próximo quando possível do que seja mais justo. Logo, de nada adianta a exposição de teses jurídicas, por mais inteligentes e bem concebidas que sejam, se o julgador não tiver absoluto domínio dos fatos e das circunstâncias, pois são eles, fatos e circunstâncias, que possibilitam ao julgador a construção do direito, a fixação da tese, a definição da norma jurídica a ser aplicada. Ademais, o julgador que não tiver total domínio dos fatos e daquilo que o circunda, nunca terá condições de fazer um julgamento justo; não terá como fazer um juízo de subsunção; não terá como aplicar a pena de forma justa, proporcional e razoável. Para definição da autoria, fixação de uma pena, definição do grau de censurabilidade desse ou daquele acusado, só mesmo mediante fatos e as circunstâncias; só, e tão somente só, se eles estiverem expostos, quantum sufficit, pois, em sentido contrário, não será possível a apreensão do objeto do conhecimento. Portanto, nenhum juiz será capaz de decidir acerca da responsabilidade penal de um acusado, nem será capaz de definir com clareza a sua posição diante de um fato criminoso, se não estiver ciente, o quanto baste, dos fatos e das circunstâncias. Simples assim”. (ALMEIDA, 2018)

relevantes, ressaltando-se que na esfera penal a dúvida deve ser resolvida em prol do acusado por razões óbvias e intuitivas e o secular princípio *in dubio pro reo*. Seja com base nas nossas mais profundas intuições, em nossos sentimentos como membro da espécie humana, nos costumes, no Código de Hamurabi, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Constituição Federal, no Código Penal ou Código Civil, o causador do dano deve repará-lo.

A vida em primeiro lugar e praticamente todos os direitos fundamentais são protegidos pela própria evolução da natureza humana e nenhum diploma legal pode negar o que constituiu a essência da humanidade, sendo que cada legislação incorpora bens jurídicos e valores a serem protegidos, reconhecendo situações jurídicas e assimetrias. Aliás, se tem algo que o direito deve proteger com ainda mais energia é a vida¹⁶⁹.

A técnica que se defende na formação do convencimento é ser extremamente cético e crítico quanto aos fatos relevantes e circunstâncias da causa e mais permeável quanto à sugestão da norma (crise de identificação) que regulará o litígio, vale dizer, ao enquadramento jurídico sugerido pelas partes e advogados. Sempre em busca da verdade aproximativa, mas plenamente ciente das limitações cognitivas e falsas relações de causalidade¹⁷⁰.

De outro vértice, sob o enfoque da existência da noção de *prova silenciosa*, a grande maioria dos conflitos de interesse são solucionados pelas partes sem a necessidade de intervenção judicial e somente subsidiariamente os conflitos são resolvidos pelos juízes¹⁷¹.

¹⁶⁹ Eis o suplício de Marcelo Gleiser: “*Humanos! Salvem a vida! Não há nada de mais precioso e raro. Preservem-na, façam com que dure, ajudem a espalhá-la pela vastidão do cosmo. Esta é a nossa missão suprema como mentes do cosmo*”. (GLEISER, 2010, p. 337)

¹⁷⁰ A análise do nexo de causalidade é tema árido e bastante suscetível ao erro cognitivo, mas extremamente relevante para a prolação de sentença, pois principalmente nas ações de responsabilidade civil está quase sempre presente. WATTS (2011, p. 113-115) explica que o determinismo gradual e amostra polarizada levam a chamada ‘*falácia post-hoc*’. Só porque B se seguiu a A isso não significa que A causou B. Daí conclui que somos tentados a inferir uma relação de causa e efeito quando o que testemunhamos foi uma sequência de eventos.

¹⁷¹ De acordo com o relatório Justiça em Números 2018, referente ao ano de 2017, o Poder Judiciário brasileiro, para a população de 209,3 milhões de habitantes distribuídos em 5.570 municípios, possui 15.398 unidades judiciárias, com 90 tribunais, 18.168 juízes (4% da força de trabalho), 448.964 de força de trabalho (272.093 servidores – efetivos: 235.053, cedidos/requisitados: 21.039, sem vínculo efetivo: 16.001 e auxiliares: 158.703), bem como gastou R\$ 90,8 bilhões de reais em 2017 (1,2% do PIB). O acervo em 2017 era de 80,1 milhões de processos, com o ingresso de 29,1 milhões de processos e

Diante do entendimento do conceito de *prova silenciosa*, os dados indicam a quantidade de processos que são submetidos ao Poder Judiciário, mas não temos os dados da quantidade de conflitos que foram resolvidos sem o uso estatal ou mesmo por arbitragem. Praticamente 210 milhões de habitantes, fora milhares de pessoas jurídicas e entes despersonalizados, para um pouco mais de 18 mil juízes brasileiros. Esses dados (silenciosos) não podem ser ignorados.

Eis a *prova silenciosa* da qual já se introduziu e deve ser revisitada. O cumprimento espontâneo do direito e a dinâmica social são os eventos mais comuns e relevantes do sistema e normalmente nos esquecemos deles. A prova silenciosa explica a razão de termos no sistema judicial o acesso ao que deu errado na sociedade, o descumprimento do direito, mas não o que deu certo, a quantidade descomunal de conflitos evitados e resolvidos pelas próprias partes e colaboradores e que, em larga escala, garante a paz social.

O pai presta os alimentos ao filho espontaneamente. O empresário quita o salário do trabalhador e alguns até confere bônus no final do ano se o lucro aumenta. Os animais de estimação em geral são bem cuidados e tratados como membros da família. Contratos das mais diversas modalidades são firmados e cumpridos, casamentos felizes e duradouros são celebrados, enfim esse fluxo virtuoso ‘invisível’ da dinâmica social merece ser cultivado e catalisado mediante observação do meio social para replicar a solução na sentença ou precedente. O Fluxo visível, o que fugiu da normalidade, a ameaça ou violação aos direitos, as ações judiciais devem ser solucionadas com a ferramenta da simplicidade e de acordo como a observação da dinâmica social sempre que possível se os fatos assim indicarem. Mas se não for possível, deve-se punir o litigante desonesto para restaurar a ordem jurídica e desestimular condutas contrárias ao direito.

A questão da prova silenciosa é tão relevante que possui historial e apoio na matemática¹⁷². A história envolve a Segunda Guerra Mundial, tendo como personagem

finalizados 31 milhões no ano de 2017, mas sem reduzir o estoque devido à reativação de casos que arquivados antes de 2017, retornaram à tramitação. A virtualização dos processos também foi destaque, pois passou de 30,4% em 2013 para 79,7% em 2017. (CNIJ, 2018)

¹⁷² O relato de Jordan Ellenberg, inclusive com os cálculos matemáticos e o truque de atribuir zero à variável, explica que “*para um matemático, a estrutura subjacente ao problema do buraco de bala é um fenômeno chamado ‘preconceito de sobrevivência’*. E que surge, uma e outra vez, em todo o tipo de contextos. Uma vez familiarizado com ele, como Wald estava, estaremos prontos a descobri-lo onde quer

principal o matemático Abraham Wald que participou do confidencial Grupo de Pesquisa Estatística (GPE). O problema que os militares levaram foi a necessidade de blindagem dos aviões americanos para evitar o abate pelos caças inimigos. A blindagem torna o avião mais pesado com efeito negativo de dificultar manobras e maior gasto de combustível, motivo pelo qual teria que ser encontrado o ponto ótimo, razão de solicitar o apoio dos matemáticos e estatísticos do GPE. Os militares indicaram a informação que reputavam útil, os estragos na fuselagem de furos por pé quadrado (motor:1,11; fuselagem: 1,73; sistema de combustível 1,55, restante do avião:1,8). Os oficiais viram oportunidade para a eficiência e pensavam que seria a proteção nas secções que recebiam mais disparos. A pergunta a Wald era quanta blindagem a mais deveria ser aplicada nessas secções do avião? A blindagem, disse Wald, não deve ser aplicada onde estão os buracos de bala, *mas onde eles não estão*: no motor. A descoberta resulta do já comentado conceito de ‘prova silenciosa’ ou ‘preconceito de sobrevivência’. Onde estão os buracos que faltam, aqueles que se encontrariam por toda a secção do motor se os estragos estivessem distribuídos de forma igual por todo o avião? Wald tinha a certeza que os buracos de projetis que faltavam estavam nos aviões abatidos, a razão pela qual os aviões regressavam com menos disparos no motor devia-se ao fato de os aviões alvejados em área crítica (no motor) não regressavam. De outro vértice, o grande número de aviões que retornava à base com a fuselagem igual ao queijo suíço constituía prova forte de que os disparos nesta parte do aparelho podem e por isso devem ser tolerados, menos no motor que, pela prova silenciosa, era a parte vulnerável do avião. As recomendações de Wald, com a devida justificação por equações matemáticas, foram rapidamente postas em prática e ainda foram utilizadas pela Marinha e pela Força Aérea americana nas guerras da Coreia e do Vietnã.

Ao analisar o sistema judicial nunca podemos olvidar a prova silenciosa dos conflitos que foram resolvidos pelo cumprimento espontâneo do direito e a própria dinâmica social e a sentença para garantir a fluidez e antifragilidade do sistema deve sempre que possível incentivar tal conduta pelos jurisdicionados, com sentenças simples e inclusive com audiências de conciliação e mediação especialmente em ações

que se esconda”. No caso, o índice de sobrevivência e a localização do disparo estão correlacionados. (ELLENBERG, 2016, p. 13-20)

de família e de relações contínuas ou de trato continuado ou que o magistrado verificar a probabilidade de transação.

E mais, consoante analisado neste capítulo, naturalmente os humanos são psicólogos (teoria da mente) e juízes intuitivos (senso natural de moralidade e justiça), e apenas como exceção necessitam de especialistas (advogados, promotores, juízes etc.) com plena capacidade de resolução dos conflitos intuitivamente, segundo a evolução e a cultura que moldaram nossa mente para o convívio social e a cooperação.

Noutras palavras, a regra na vida social é não precisarmos de juízes e advogados, com o cumprimento espontâneo e natural do direito, fato trivial, mas esquecido costumeiramente e com repercussões para o sistema judicial e crença difundida, de que as decisões serão altamente racionais, profundamente fundamentadas e que a solução judicial tem mais validade que a resposta colhida no meio social. Que ingênuo engano¹⁷³ embora rentável e necessária para quem participa e sobrevive do sistema.

Aqui, cabe realçar o limitado do papel dos operadores do direito para a sociedade. A dinâmica social é muito mais rica e possui soluções bem mais engenhosas para os conflitos de interesse que o sistema judicial, não obstante a necessidade deste para a paz social e para controle social evidentemente.

Essa ordem imaginada intersubjetiva bem explicada por Harari¹⁷⁴ só funciona porque acreditamos nela. O sistema de justiça não tem a mínima chance de ser o local onde a imensa maioria dos humanos resolve seus problemas¹⁷⁵. A máquina estatal

¹⁷³ POPPER (2017, p. 73) enfatiza que o conhecimento é a *priori*, geneticamente a *priori*, no seu conteúdo. Defende ainda que 99% ou até 99,9% do nosso conhecimento é inato, mas não conhecimento certo. Enfatiza que somos animais e como tal não podemos ter conhecimento certo. Tudo o que existe é conhecimento conjectural. Aprendemos com a experiência, empiricamente, noutras palavras, nós só aprendemos por tentativa e erro.

¹⁷⁴ Segundo Yuval Noah Harari, “ordens imaginadas não são conspirações malignas ou miragens inúteis. Ao contrário, são a única forma pela qual grandes números de humanos podem cooperar efetivamente”. Três fatores principais impedem-nos de perceber que a ordem que organiza nossa vida somente existe em nossa imaginação: a. A ordem imaginada está incrustada no mundo material; b. A ordem imaginada define nossos desejos; c. A ordem imaginada é intersubjetiva, consubstancia imaginação partilhada de bilhões de pessoas. E arremata o autor: “Não há como escapar à ordem imaginada. Quando derrubamos os muros de nossa prisão e corremos para a liberdade, estamos, na verdade, correndo para o pátio mais espaçoso de uma prisão maior” (HARARI, 2017, p. 118 e 126).

¹⁷⁵ WATTS (2011, p. 68-70), ao retratar o problema micro-macro (partem-se das microescolhas dos indivíduos e chega-se ao macrofenômeno do mundo social) assenta que instituições culturais como casamentos, normas sociais, e até mesmo princípios legais, só tem relevância se um grande número de

quebraria em pedaços se as pessoas fossem obrigadas ou tivessem que buscar todos os seus direitos ou resolver seus conflitos judicialmente. Essa prova silenciosa não pode ser olvidada.

Assim, o sistema jurídico moderno é verdadeira dádiva, mas não pode ser endeusado ou mesmo considerado o único ou principal palco para a solução dos conflitos, pois as decisões não serão perfeitas e limitada a cognição dos juízes, os quais erram da mesma forma que os envolvidos nos litígios com suas crenças, erros de julgamento e enviesamentos. E mesmo tendo o ônus de fundamentar as decisões, esta essencial e constitucional exigência infelizmente não impede o cometimento de erros e enviesamentos¹⁷⁶ pelos julgadores.

É preciso enfrentar a ilusão de que o mundo cabe no processo, pois este não o encerra, é muito mais complexo. A decisão judicial é uma das respostas possíveis, mas não a única ou a melhor. Quando esta tiver que ser dada, a premissa desta dissertação é que se busque a simplicidade, em linguagem clara, coerente e focada nos fatos relevantes.

O tempo é escasso, insubstituível e, portanto, muito precioso. Na vertente dinâmica pode ser visto como fato jurídico, a seta psicológica na linguagem dos físicos ou aumento de desordem. Mas o tempo na vertente estática consubstancia uma oportunidade, um verdadeiro direito que não pode ser tolhido sem justificativa, de modo que invariavelmente no processo judicial o bem da vida em disputa está, ainda que provisoriamente, na esfera jurídica de uma das partes. Por conseguinte, a prolixidade e atos protelatórios retiram oportunidades e a ausência de decisão equivale a decidir em favor de alguém potencialmente não merecedor da tutela jurídica. Por conseguinte, o critério da simplicidade deve estar intrincado com a brevidade processual.

peças acredita que tenham, de sorte que o senso comum disfarça esta complexidade, pois o comportamento das partes integrantes não se relaciona linearmente com o comportamento do todo.

¹⁷⁶ Os casos de revisão de condenações com uso de exames de DNA em diversos países são provas robustas dos grandes erros judiciários, cujos juízes e promotores confiaram cegamente em prova testemunhal ou em reconhecimentos viciados por pouca amostragem ou induzimento pela polícia. Logo, o estudo do Direito com base em casos reais de graves erros judiciários, na forma como se investiga os acidentes aéreos e se propõe melhorias, seria de grande valia para o sistema jurídico. Cada erro judiciário tornaria o sistema mais seguro. Eis outra aplicação do conceito de antifragilidade ao sistema jurídico.

Acerca da brevidade, Luís Roberto Barroso¹⁷⁷ foi ao âmago da questão e sua opinião merece ser transcrita na íntegra, pois esgota a ideia que se pretende transmitir:

TODA ÁREA do conhecimento humano tem a sua beleza, as suas circunstâncias e as suas dificuldades. O mundo jurídico, tradicionalmente, debate-se com duas vicissitudes: (a) a linguagem empolada e inacessível; e (b) os oradores ou escribas prolixos, que consomem sem dó o tempo alheio. Verdade seja dita, no entanto, o primeiro problema vem sendo superado bravamente: as novas gerações já não falam nem escrevem com a obscuridade de antigamente.

De fato, em outra época, falar difícil era tido como expressão de sabedoria. Chamar autorização do cônjuge de ‘outorga uxória’ ou recurso extraordinário de ‘irresignação derradeira’ era sinal de elevada erudição. Hoje em dia, quem se expressa assim é uma reminiscência jurássica.

Nos dias atuais, a virtude está na capacidade de se comunicar com clareza e simplicidade, conquistando o maior número possível de interlocutores. A linguagem não deve ser um instrumento autoritário de poder, que afaste do debate quem não tenha a chave de acesso a um vocabulário desnecessariamente difícil.

Essa visão mais aberta e democrática do direito ampliou, significativamente, a interlocução entre juristas e tribunais, de um lado, e a sociedade e os meios de comunicação, de outro. Não se passam dois dias sem que algum julgado importante seja notícia nas primeiras páginas dos jornais.

Pois agora que finalmente conseguimos nos comunicar com o mundo, depois de séculos falando para nós mesmos, está na hora de fazermos outra revolução: a da brevidade, da concisão, da objetividade. Precisamos deixar de escrever e de falar além da conta. Temos de ser menos chatos.

Conta-se que George Washington fez o menor discurso de posse na Presidência dos Estados Unidos, com 133 palavras. William Harrison fez o maior, com 8433, num dia frio e tempestuoso em Washington. Harrison morreu um mês depois, de uma gripe severíssima que contraiu naquela noite. Se não foi uma maldição, serve ao menos como advertência aos expositores que se alongam demais.

Tenho duas sugestões na matéria. A primeira importa em cortar na própria carne. Petições de advogados devem ter um limite máximo de páginas. Pelo menos as ideias centrais e o pedido têm que caber em algo assim como 20

¹⁷⁷ BARROSO, 2008.

laudadas. Se houver mais a ser dito, deve ser junto como anexo, e não no corpo principal da peça. Aliás, postulação que não possa ser formulada nesse número de páginas dificilmente será portadora de bom direito.

Einstein gastou uma página para expor a teoria da relatividade. É a qualidade do argumento, e não o volume de palavras, que faz a diferença. A segunda sugestão corta em carne alheia. A leitura de votos extremamente longos, ainda quando possa trazer grande proveito intelectual para quem os ouve, torna os tribunais disfuncionais. Com o respeito e o apreço devidos e merecidos - e a declaração é sincera, e não retórica -, isso é especialmente verdadeiro em relação ao Supremo Tribunal Federal.

Registro, para espantar qualquer intriga, que o tribunal, sob a Constituição de 1988, vive um momento de virtuosa ascensão institucional, com sua composição marcada pela elevada qualificação técnica e pelo pluralismo. Todos os meus sentimentos, portanto, são bons, e o comentário tem natureza construtiva.

O fato é que, nas sessões plenárias, muitas vezes o dia de trabalho é inteiramente consumido com a leitura de um único voto. E a pauta se acumula. E o pior: como qualquer neurocientista poderá confirmar, depois de certo tempo de exposição, os interlocutores perdem a capacidade de concentração e a leitura acaba sendo para si próprio.

Não há problema em que a versão escrita do voto seja analítica. A complexidade das questões decididas pode exigir tal aprofundamento. Mas a leitura em sessão deveria resumir-se a 20 ou 30 minutos, com uma síntese dos principais argumentos. Ou, em linguagem futebolística, um compacto com os melhores momentos.

A revolução da brevidade tornará o mundo jurídico mais interessante, e a vida de todos nós, muito melhor.

Quem sabe um dia chegaremos à capacidade de síntese do aluno a quem a professora determinou que escrevesse uma redação sobre "*religião, sexo e nobreza*", mas que fosse breve. Seguindo a orientação, o jovem produziu o seguinte primor de concisão: "*Ai, meu Deus, como é bom, disse a princesa ainda ofegante*".

4 – SENTENÇA CÍVEL

4.1 – Estratégias gerais para prolação de sentença.

Antes de tudo, imperioso afirmar a seriedade que envolve o exercício da judicatura, a qual não pode ser vista interna ou externamente como fria e calculista linha de produção de decisões. O que há de mais relevante na magistratura é o constitucional compromisso de lutar eticamente pelo justo, a sensibilidade humana deve sempre estar presente, ainda que com o auxílio de máquinas e sistemas de informação. Não se pode rebaixar ou obliterar essa premissa, elemento essencial da própria existência do Poder Judiciário.

O discurso em busca da eficiência nos quais os juízes e tribunais são pressionados a adotar medidas para atendimento de metas de produtividade e do dever funcional de qualidade e acerto, faz com que os magistrados há muito tempo deixaram de ser apenas julgadores¹⁷⁸ para se tornarem verdadeiros gestores de processos¹⁷⁹.

O ideal seria magistrados com tempo e poder cognitivo suficientes¹⁸⁰ para analisar o drama da vida dos litigantes, designando-se audiência para contato mais próximo com as partes e analisar criteriosa e exaustivamente os elementos de prova e os contornos da demanda com o que há de mais relevante em nós, os sentimentos e racionalidade em busca da cooperação e do altruísmo desinteressado. Esse mundo ideal não existe. O que temos são seres humanos com excesso de trabalho, pouco

¹⁷⁸ Consoante Trícia Navarro Xavier Cabral “a gestão processual é o conjunto de tarefas que garante o uso eficaz de recursos do Poder Judiciário visando uma prestação jurisdicional eficiente. Destarte, o modelo de juiz-gestor constitui um novo paradigma, já que essa postura otimiza o funcionamento das unidades judiciárias, por meio de decisões racionais e fundamentadas que buscam a satisfação das necessidades dos jurisdicionados. (CABRAL, 2016, p. 148)

¹⁷⁹ De acordo com ASPERTI (2017, p. 241), “Magistrados deixam de ser apenas julgadores para se tornar administradores e gerenciadores de processos, além de mediadores de conflitos, na medida em que o acordo também é reverenciado como um produto do sistema de justiça, ao lado da sentença judicial”.

¹⁸⁰ KAHNEMAN (2015, p. 61) demonstrou os perturbantes efeitos do depauperamento do juízo em estudo realizado com juízes em Israel que analisaram pedidos de liberdade condicional apresentados em ordem aleatória. Houve evidências que a proporção dos pedidos aprovados sobe em flecha após cada refeição, quando 65% deles são concedidos e a taxa de aprovação decai regularmente até cerca de zero antes da refeição, de modo que a melhor justificação para os dados foi que “cansados e com fome, os juízes tendem a acomodar-se à posição mais fácil de negação dos pedidos de liberdade condicional. Tanto a fadiga como a fome desempenharão provavelmente um papel”.

tempo para dedicar a cada processo e de cognição limitada, *estruturas fordistas de advocacia*, diuturnamente são apresentadas petições iniciais com pedidos de tutela de urgência, além de petições prolixas, muitas delas com mais de 50 laudas, inclusive produzidas eletronicamente por algoritmo com uso de inteligência artificial¹⁸¹. Enfim, mapa muito bem desenhado por Menezes Cordeiro em que o volume processual esmaga o funcionamento da Justiça.

Nesse quadro de luta, verdadeira guerra contra a morosidade e a alta litigiosidade, em escala ascendente de prolixidade e complexidade, inescapável a adoção de técnicas ou estratégias para cumprir o constitucional papel de pacificação social, de modo a prestar o serviço judiciário com qualidade e em tempo razoável.

Em relação ao juiz, José Renato Nalini¹⁸² descreve posturas de condução do processo para se atingir a almejada celeridade. No caso, o exame atento da petição inicial com determinação de emendas e o indeferimento da petição inicial faz estancar lides temerárias, com efeito preventivo de atribuir maior responsabilidade aos advogados, a solução pronta para a matéria preliminar, a observância dos prazos e a fiscalização de encargos dos auxiliares da justiça:

Para a finalidade deste trabalho, interessa-nos técnicas de gerenciamento de processos e elaboração de pronunciamentos¹⁸³ à luz do princípio da eficiência sob a visão evolucionista, com o uso de técnicas simples para enfrentar a morosidade e

¹⁸¹ Por exemplo, há empresas que disponibilizam serviços para apoio de inteligência artificial ao peticionamento individual e em bloco, utilizando dados internos para apoio na geração de peças jurídicas. Disponível em <<https://legalabs.com.br/#contact>>.

¹⁸² NALINI, 2000, p. 118-123.

¹⁸³ O art. 162 do CPC/73 dizia que os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. O CPC/2015 no art. 203 estabelece que tais atos são ‘pronunciamentos’, pois há os atos materiais que ele realiza (inspeção, presidência de audiências etc.). O art. 203, § 1º redefiniu sentença para afirmar que “é pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos artigos 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum (*rectius*: procedimento, pouco importa se comum ou especial), bem como extingue a execução”. É essencial saber com exatidão o conceito de sentença tendo em vista o sistema recursal, de modo a diferenciar de decisão interlocutória, pois o recurso para atacar este ato em regra é o agravo (art. 1015), já para impugnar sentença, em regra, é o recurso de apelação (art.1009). Vale observar que somente a sentença encerra, por completo, o procedimento ou fase (cognitiva ou executória), isto é, chamamos de sentença o ato pelo qual resolvem TODAS as relações jurídicas, no primeiro grau de jurisdição, de sorte que pode haver “decisão interlocutória” com conteúdo de sentença, como ocorre quando o juiz procede à redução objetiva (julgamento de um dos pedidos) ou redução subjetiva (quando exclui um dos litisconsortes) sem encerrar uma das etapas do procedimento. Veja que a lei não leva em consideração o conteúdo do ato (decisão interlocutória com conteúdo de sentença pode ocorrer), mas sim a sua finalidade – critério topológico nas precisas palavras de Barbosa Moreira.

arrefecer a “*corrida armamentista*”¹⁸⁴, tendo como norte a simplicidade para atacar a morosidade e congestionamento do sistema judicial, bem como evitar cometimento de erros.

O escopo será examinar estratégias com resultados empíricos para dar vazão ao fluxo processual com o fim de modificar a espiral de complexidade que encapsula o processo civil brasileiro.

A simplificação defendida não denota reducionismo ou superficialidade, muito pelo contrário. Na verdade, ela deve vir acompanhada de criteriosa observação e ponderação do que é relevante para o funcionamento sadio do sistema mediante juízo crítico, isto é, a luta incessante para que o direito em perigo seja restaurado, a aproximação da verdade seja alcançada em tempo razoável e incentivado o cumprimento espontâneo do direito com foco no incentivo à cooperação. Do contrário, o Poder Judiciário corre o risco de perder a credibilidade, a confiança, a razão de existir.

Não se pode negar que alterações legislativas, mudança de mentalidade dos magistrados e servidores, vedação do uso indevido ou estratégico da Justiça¹⁸⁵ pelos grandes litigantes, alteração na forma de exercício da advocacia adversarial, elevação do nível educacional e mesmo cultural e tantas outras medidas poderiam impactar positivamente a melhora do sistema judicial. Porém, todos estes esforços estão fora do

¹⁸⁴ Giselle de Amaro e França faz importante advertência acerca desta ‘corrida’: *A quantidade excessiva de processos, de um lado, e a excessiva cobrança de produtividade (por parte das partes, corregedorias e demais órgãos de controle), de outro, acabam tornando o juiz um produtor de decisões em massa, guiado pelo ímpeto de tudo decidir, o mais rápido possível. É preciso ‘baixar a pilha de processos’, julgar mais ações do que aquelas que entram. Nesta perspectiva, não sobra tempo nem espaço para pensar o que deve efetivamente ser objeto de apreciação judicial. Muitas vezes, são submetidas ao Judiciário questões que são típicas do âmbito político, econômico, religioso, mas que por algum motivo não foram ali resolvidas, por deliberada opção do órgão originariamente competente para fazê-lo, seja em razão do ônus que a tomada da decisão traria, seja em razão da falta de amadurecimento do tema. Será que em todos esses casos o juiz deve se pronunciar sobre o mérito da demanda? Será que é ele que tem que dar essa resposta? Mais que isso: quando o tema é submetido ao Judiciário, será que a intenção não é apenas de tornar público o debate?* (FRANÇA, 2016, p. 18)

¹⁸⁵ ASPERTI (2017, p. 247), com base na análise de Marc Galanter (‘*Why the Haves Come Out Ahead*’ republicado em *Law and Society*. Dartmouth. Aldershot: Cotterrell, 1994, p. 165-230) alerta que os litigantes que atuam repetidamente em processos similares possuem vantagens estratégicas diante dos litigantes individuais, com capacidade de antever resultados, poder de influenciar a formação de precedentes, têm menos a perder no caso individual e podem transigir nos casos em que entendimento desfavorável seja mais provável, focando energia em casos nos quais as situações fáticas contribuem para um precedente benéfico ao seu interesse.

alcance dos magistrados¹⁸⁶ e dos responsáveis pela gestão do sistema judiciário, razão pela qual se aponta concretamente o que tem sido feito e o que pode ser realizado para vencer o desafio de proferir sentenças/precedentes de forma ágil e socialmente aceitável.

As intuições e estratégias a seguir delineadas observam práticas testadas especialmente no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, compilando-se procedimentos e técnicas eficazes de magistrados para proferir decisões em tempo razoável e com transmissão do valor confiança aos jurisdicionados.

Pois bem. Em primeiro lugar, necessário definir a divisão interna de trabalho no gabinete do magistrado e adoção de técnicas de gerenciamento de *crise*, de modo a dar vazão aos processos para cumprir a missão judicante. Conquanto sentenciar seja uma arte, sentimento¹⁸⁷, de feitura idealmente calma, refletida, artesanal e indelegável¹⁸⁸, diante da advocacia de massa, proliferação de inéditos direitos, facilitação do acesso à justiça, ampliação da sociedade de consumo com crescimento da classe média e da população com largo acesso a bancos e instituições financeiras, imperioso organizar o gabinete do órgão jurisdicional de modo a aumentar a capacidade de produção de decisões, adotando-se **fluxo que não seja interrompido**, privilegiando-se os processos urgentes, as sentenças-modelo, o julgamento em bloco de processos repetitivos e eventuais mutirões de conciliação e de cumprimento de metas¹⁸⁹, bem como, sempre que possível, com a observância da ordem cronológica nos julgamentos¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Exceto o contínuo aperfeiçoamento do magistrado mediante cursos diversos e mesmo busca de leituras de outras áreas do conhecimento e mesmo a formulação de propostas perante os órgãos da justiça e mesmo de alterações legislativas.

¹⁸⁷ Do latim *sententia*, *sententiae*, cuja raiz é *'sentire'*. Eduardo Couture diz que: “[...] é algo que foi sentido e daí seu nome de sentença. Mas esse sentimento, pela razão dada anteriormente, necessitou ser registrado ou documentado. O que temos entre as mãos, pois, não é mais que o documento representativo daquilo que o juiz sentiu como direito”. (COUTURE, 1998, p. 75)

¹⁸⁸ “O poder de decisão é indelegável pelo magistrado, quer no plano horizontal (delegar a decisão a membros de outros poderes) quer no plano vertical (delegar a decisão a membros do mesmo Poder Judiciário).” (SLAIBI FILHO; NAVARRO DE SÁ, 2017. p. 243)

¹⁸⁹ A meta nº 1 do CNJ e que normalmente é o foco do juiz na jurisdição cível é julgar quantidade maior de processos de conhecimento do que os distribuídos, excluídos os suspensos e sobrestados no ano corrente. As outras metas envolvem julgar os processos mais antigos e os mais relevantes para a sociedade como crimes contra a vida, atos de improbidade etc.

¹⁹⁰ O art. 12 do CPC estabelece lista de processos aptos a julgamento, observando-se preferencialmente a ordem cronológica de conclusão, exceto os casos listados, cuja justificativa deriva da busca de eficiência, ao mencionar as sentenças homologatórias, improcedência liminar do pedido, proferidas em audiência,

A experiência diária de atuação em juízo de competência residual cível evidencia ser possível atingir o objetivo proposto mediante divisão de trabalho¹⁹¹ na qual pessoalmente o juiz:

- 1) Procede à análise das petições iniciais prioritariamente os pedidos urgentes, de modo a decidir os pedidos de tutelas provisórias (de urgência – cautelar e antecipada e de evidência), bem com analisa todas as petições iniciais¹⁹²;
- 2) Profere decisões saneadoras¹⁹³ e sentenças inéditas, com especial atenção para sentença-modelo¹⁹⁴ de aplicação em casos repetitivos mediante profunda pesquisa e prudência para posterior aplicabilidade escalável e em caráter geral se houver identidade de suporte fático;
- 3) Adote fluxo de trabalho com apoio de servidores mediante a classificação dos processos de acordo com a complexidade e grau de repetição ou similaridade, com a sugestão de utilizar a seleção e classificação de atos processuais referentes aos autos de processo em

casos repetitivos, sentenças processuais (art. 485), embargos de declaração etc. Note-se que o critério utilizado nesta regra foi que os casos que podem ser decididos liminarmente, os simples, os urgentes e os repetitivos tenham preferência e não se submetem à regra de antiguidade de conclusão, exatamente para estabelecer forma de não interromper o fluxo de processos e permitir a melhor gestão processual.

¹⁹¹ Essa sugestão é totalmente flexível adaptável a situações específicas, a depender da área de atuação do magistrado, quantidade de processos em tramitação, qualificação dos servidores, grau de repetição de temas ou matérias, estoque de processos em conclusão, dentre outros fatores.

¹⁹² A justificativa dessa sugestão deriva da necessidade de assim como na emergência médica, o caso mais grave e urgente deve ser atendido imediatamente, pois a demora pode gerar o perecimento do direito ou mesmo retirar o seu resultado útil. O sistema de processo eletrônico já lista os casos urgentes em ordem de prioridade, inclusive com as preferências legais. E mais, o juiz deve conhecer quais os conflitos estão em evidência no juízo, fiscalizando a distribuição de ações, com especial atenção às repetitivas para posteriormente padronizar procedimentos e entendimentos acerca de questões que se repetem ou são similares ou mesmo comunicar ao Tribunal se houver exponencial aumento de distribuição para adoção de medidas para fazer frente ao incremento de processos, atuando preventivamente, antes que o sistema fique saturado e maiores danos decorrentes do volume de processos sejam evitados.

¹⁹³ Na linha defendida por Trícia Navarro Xavier Cabral “o processo contemporâneo utiliza as formas e formalidades a seu favor, e o controle precoce dos atos deve servir para tentar salvar o processo e não para invalidá-lo”. E acrescenta, “o juiz deve se valer do saneamento do processo, feito por meio do juízo de admissibilidade dos atos processuais e também do procedimento como um todo, eliminando vícios, irregularidades ou nulidades processuais e preparar o processo para receber a sentença”. (CABRAL, 2016, p. 152-153)

¹⁹⁴ ASPERTI (2017, p. 242) destaca a catalogação de sentenças-tipo (a partir de casos frequentes), o julgamento em bloco de processos e os mutirões de conciliação como técnicas gerenciais.

conclusão da seguinte forma¹⁹⁵: ordinatório¹⁹⁶, simples, modelos do juízo¹⁹⁷, sem modelo do juízo, complexos¹⁹⁸. Os atos ordinatórios e simples de impulso processual¹⁹⁹ podem ser praticados pelos servidores autorizados, concentrando-se o magistrado no inédito, no complexo e no que terá repercussão que ultrapassa os limites do processo individual.

¹⁹⁵ Diante da experiência e advertência de KAHNEMAN (2015, p. 61) de que o cansaço e até a fome podem alterar o resultado do julgamento, os casos complexos e inéditos preferencialmente deveriam ser analisados no início do expediente ou na tranquilidade do lar com a mente descansada e devidamente alimentado como medida tendente a minorar os riscos de erros na tomada de decisão. Os casos complexos e difíceis exigem maior tempo para a decisão, com confronto das teses das partes para aferir qual delas explica melhor os fatos subjacentes e qual o enquadramento jurídico para o caso permite a extrapolação para os demais casos, como critério de razoabilidade para decisões em ambiente de opacidade ou incerteza.

¹⁹⁶ Estabelece o § 4º do art. 203 do CPC que os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário. Além dessa autorização legal, o TJDFT, por intermédio da Corregedoria disponibiliza, sem prejuízo do poder normativo do juízo, ato de delegação padrão com diversos atos que podem ser praticados pelos servidores para o impulso oficial com enorme ganho de celeridade, evitando-se conclusões indevidas e desnecessárias ao gabinete do juiz, podendo este revisar os atos sempre que necessário. Essa medida simples tem grande impacto para evitar a interrupção do fluxo processual, objetivo essencial para vencer a morosidade.

¹⁹⁷ Os modelos existentes no juízo previamente elaborados pela autoridade judicial de despachos, decisões e sentenças podem ser recuperados e selecionados pelos servidores, sem qualquer ofensa à indelegabilidade, cabendo ao magistrado a conferência da remessa com eventuais ajustes, correções e respectiva assinatura física ou digital.

¹⁹⁸ Deve ser preocupação constante padronizar modelos de despacho, decisões e sentenças em casos repetitivos ou de idêntico suporte fático, pois permitirá a seleção, classificação e adaptação ao confeccionar minutas, bem como garante a coerência e segurança jurídica em relação aos jurisdicionados com o ganho de escala e uniformidade de procedimento. Essa triagem de processos é essencial, inclusive nada impede o desenvolvimento de programas informáticos, mediante parametrização, capazes de realizar estas tarefas, pois são automatizáveis.

¹⁹⁹ Conquanto indelegável a função jurisdicional, há espaço para que servidores devidamente treinados e supervisionados pelo magistrado pratiquem atos processuais ordinários e de impulso oficial, desonerando o juiz de milhares de atos já previstos em lei como decorrentes do itinerário processual, impulsionando grande quantidade de processos para a fase de sentença ou mesmo de cumprimento da sentença. Essa ideia simples, na qual servidores da secretaria e do gabinete praticam os atos ordinários e de impulso oficial é uma das técnicas, segundo nossa análise e sem excluir outras medidas, que fizeram com que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal tenha o menor tempo médio de sentença (1 ano e 10 meses no primeiro grau e 5 meses no segundo grau) dentre todos os tribunais estaduais do Brasil, cuja média é de 3 anos e 9 meses no primeiro grau e 8 meses no segundo grau. (CNJ, 2018, p. 147)

Admissibilidade da demanda²⁰⁰ e sentença liminar de improcedência.

Na natureza, o nascimento é momento de esplendor, átimo essencial, razão pela qual há máximo esforço e investimento para se garantir a continuidade da vida. Não pode ser diferente no processo judicial. O esforço do advogado da parte postulante para lutar pelo direito dito lesado ou ameaçado mediante o *projeto de sentença* deve ser proporcional ao esforço do juiz em analisar a existência e a viabilidade do processo, não podendo adiar o enfretamento de questões processuais subjacentes e mesmo exercer o juízo hipotético de veracidade dos fatos para verificar a procedibilidade da demanda.

Mostra-se medida simples, mas de grande impacto aceleratório realizar lista de verificação - *check list*²⁰¹ de documentos²⁰² e dos requisitos da petição inicial nos termos dos artigos 319 e 321 do CPC²⁰³, somente admitindo a demanda se presentes os

²⁰⁰ A demanda possui natureza bifronte, pois o estado é devedor da jurisdição (pedido imediato) e esta incidirá sobre determinado bem da vida em desfavor de alguém (pedido mediato). Nas palavras de DINAMARCO (2002b, p. 40): “*toda demanda inicial do processo é necessariamente bifronte, por resolver-se na dedução de duas pretensões e pedido de satisfação de ambas, a saber: a) satisfação da pretensão ao julgamento de mérito, pela simples prolação do provimento jurisdicional pretendido, sendo esse o chamado pedido imediato; b) satisfação da pretensão ao bem da vida, mediante outorga da tutela jurisdicional querida pelo demandante (procedência da demanda – pedido mediato)*”.

²⁰¹ KAHNEMAN (2015, p. 299 e 549) demonstra de forma inequívoca, com o exemplo da anestesista Virginia Apgar – teste de Apgar - as vantagens de listas de verificação e das regras simples para a correta tomada de decisões.

²⁰² A conferência de documentos pode ser realizada por servidores do juízo, com a intimação da parte para anexar os documentos faltantes. Aliás, nada impede que se desenvolva sistema informatizado para auxiliar o juízo nesta atividade, pois bastaria programar para cada tipo de procedimento os documentos essenciais e mediante a tecnologia já disponível, o software verificaria os documentos faltantes e automaticamente geraria intimação eletrônica da parte para suprir o defeito. Procuração outorgada aos advogados, guia de custas, escritura pública nas ações relativas a imóveis, o contrato nas ações de dissolução dele, documento escrito nas ações monitorias são exemplos de documentos necessários, a depender do procedimento e tipo de demanda. Na execução de título judicial, extrajudicial e especialmente nas execuções fiscais, a análise de documento (título) representa um dos passos mais importantes do procedimento e condição sem a qual não para a prática de ato executivo. Nos juízos das sucessões, a experiência evidencia que a demora para finalizar o procedimento decorre primordialmente da falta de anexação dos documentos exigidos pela lei. Enfim, a lista de verificação de documentos e até dos pressupostos de existência e validade da relação jurídica, conquanto procedimento simples, implica diminuição de erros e eficiência na prestação jurisdicional.

²⁰³ Art. 319. A petição inicial indicará: I - o juízo a que é dirigida; II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido com as suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação. [...] Art. 320. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação. Art. 321. O juiz,

pressupostos de existência e viabilidade da relação processual. A citação do demandado deve ser precedida de completa análise da petição inicial, simplesmente porque envolverá custos crescentes tanto para o demandante, quanto para o demandado, impondo-se em regra ao réu o ônus de contratar advogado, a tornar mais complexo o processo com possibilidade de incremento de litigiosidade mediante ampliação do seu objeto, potencialmente com apresentação de reconvenção e demais modalidades de resposta.

Daí o cuidado do magistrado em determinar a citação do réu, salvo se presentes todos os requisitos da petição inicial, permitindo-se a emenda ou a complementação da petição inicial, se cabível, a qual se presume.

Note-se que o art. 337 do CPC indica em geral e razoavelmente os pressupostos processuais peremptórios e dilatórios, os quais devem ser analisados pelo juiz de ofício antes de admitir a demanda, a saber: I – investidura, imparcialidade, incompetência absoluta e conexão; II – inépcia da petição inicial, inclusive no caso do art. 330, § 2º do CPC; III – preempção, litispendência e coisa julgada; IV – ausência de legitimidade ou de interesse processual; V – falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar; VI – incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; VII – incorreção do valor atribuído à causa e indevida concessão da gratuidade de justiça.

Ao verificar defeitos na petição inicial, deve o juiz indicar exatamente o defeito ou a irregularidade para permitir a parte saná-lo. Não atendida a determinação de emenda, se o vício não permitir a correção ou providência que o magistrado pode suprir de ofício, resta-lhe o indeferimento da petição inicial. Estando apta a petição inicial, cabe ao magistrado analisar eventual pedido de tutela provisória e determinar a citação do réu.

Caso o demandado apresente contestação ou mesmo o juiz ao verificar a

ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

regularidade da citação²⁰⁴, novo reexame destas questões processuais preliminares poderá ser realizado se houver fatos novos, bem como examinada a alegação de incompetência relativa e de convenção de arbitragem.

Mostra-se medida de grande valia especial atenção aos pedidos de tutela provisória²⁰⁵, porquanto o início do processo configura momento ideal de distribuir isonomicamente os efeitos do tempo de acordo com a qualidade demonstrada do direito material²⁰⁶, garantindo-se a tutela jurídica de urgência, antecipada ou cautelar ou mesmo de evidência logo no início de arco procedimental ou se o demandado abusar do direito de defesa²⁰⁷ obviamente após citado.

Na atualidade, a dinâmica social cada vez mais exige decisões acerca de direito provável, com base em verossimilhança e antes mesmo da citação do réu, razão pela qual o juiz é confrontado diuturnamente com pedidos de tutela provisória urgentes. A concessão ou indeferimento do pedido de tutela liminar nestes casos é atividade cognitiva tão relevante quanto a própria sentença de mérito, a exigir

²⁰⁴ Fundamental o magistrado concentrar-se na verificação da regularidade da citação, pois o defeito deste ato solene pode causar vício transrescisório, nos termos do art. 525, § 1º, inciso I do CPC, com severos prejuízos aos litigantes. Importante conferir a certidão do oficial de justiça ou mesmo os termos do aviso de recebimento da carta citatória ou mesmo se houve o efetivo comparecimento espontâneo do demandado.

²⁰⁵ Nos termos do art. 294 do CPC, a tutela provisória poderá ser de urgência ou de evidência. A tutela de urgência, antecedente ou incidental (concomitante ou ulterior) ao pedido principal, com suporte no art. 300 do CPC, poderá ter natureza cautelar ou de antecipação de tutela, assim como será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Já a tutela da evidência (art. 311 do CPC) será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

²⁰⁶ Eis o acertado pensamento de MARINONI (2006, p. 23-24): “É preciso, portanto, que os operadores do Direito compreendam a importância do novo instituto e o usem de forma adequada. Não há razão para timidez no uso da técnica antecipatória, pois o remédio surgiu para eliminar um mal que já está instalado. É necessário que o magistrado compreenda que não pode haver efetividade, em muitas hipóteses, sem riscos. A tutela antecipatória permite que não é só a ação (o agir, a antecipação) que pode causar prejuízo, mas também a omissão. O juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal. O Prudência e equilíbrio não se confundem com medo, e a lentidão exige que o juiz deixe de lado o comodismo do velho procedimento ordinário (atual procedimento comum)”.

²⁰⁷ Com inteira razão Luiz Guilherme Marinoni ao pontificar que “o abuso do direito de defesa é mais perverso quando o autor depende economicamente do bem da vida perseguido, hipótese em que a protelação acentua a desigualdade entre as partes, transformando o tão decantado princípio da igualdade em uma abstração irritante”. (Ibidem, p. 342)

raciocínio probabilístico acerca do direito material invocado, sendo verdadeiro desafio dimensionar a existência do binômio: probabilidade do direito e risco de dano ou o risco ao resultado útil do processo²⁰⁸.

Nestes casos, na verdade, o magistrado decide com opacidade (risco envolve análise futura do desconhecido) e quase sempre em ambiente de incerteza, pois deve projetar os efeitos de eventual negação ao pedido para a esfera jurídica da parte requerente²⁰⁹. Aqui recrudescer o dever de o juiz estar muito atento aos contornos da lide, em especial ao substrato fático como analisado no tópico do critério da simplicidade. E fica a pergunta. Como proceder em caso de dúvida razoável sobre a existência do direito à tutela provisória?

A experiência indica que nestes casos de *zona de penumbra*, de maior opacidade fática, o juiz deve adotar a medida mais *suave* (menor restrição possível) para a proteção do direito ameaçado ou em perigo, mas sem retirar da parte contrária a possibilidade de reversão da medida adotada, com a possibilidade de concessão da tutela que proteja o direito da forma menos agressiva possível²¹⁰, evitando a irreversibilidade jurídica e fática da decisão concessiva.

Assim, quanto maior o risco de perecimento do direito e magnitude deste, maior a responsabilidade de o juiz sopesar o risco de ao negar a tutela provisória, inviabilizar a própria tutela final, podendo conceder menos que o que fora pedido, por exemplo, a tutela cautelar em vez da tutela antecipada, simplesmente porque *quem pode o mais, pode o menos* e a atuação judicial nestes casos limítrofes deve observar a premissa que o processo, por ser sempre meio e nunca fim em si mesmo, não pode ser empecilho à proteção de direitos, ainda que a demonstração deste não esteja cabalmente evidenciada, bastando a probabilidade.

²⁰⁸ Como expressou MARINONI (2006, p. 25): “É importante lembrar, ainda, que é fundamental para o encontro da real efetividade do processo a tomada de consciência de que são de natureza vária os bens envolvidos nos litígios. O novo processo não é mais um ‘processo neutro’, mas um processo que sabe que, da mesma forma que todos não são iguais, os bens que constituem os litígios não têm igual valor jurídico”.

²⁰⁹ Nesse sentido, MARINONI (*Ibidem*, p. 342) assinala que a resistência injustificada da parte é fonte de vantagens econômicas, fazendo parecer mais conveniente esperar a decisão desfavorável a adimplir com pontualidade.

²¹⁰ Ainda de acordo com MARINONI (*Ibidem*, p. 53), “cabe ao juiz, de acordo com a situação concreta que lhe é apresentada, determinar a modalidade executiva mais adequada (efeitos externos da futura sentença) para a efetiva entrega da tutela (aplicando os princípios do meio idôneo e da menor restrição possível)”.

É verdadeiro desafio à cognição judicial essas hipóteses, mas nestes casos de risco de perecimento do direito material invocado, a proteção ainda que por medida de índole essencialmente cautelar, mostra-se ser a técnica que garanta a proteção do direito sob ameaça²¹¹. Em suma, quanto maior o risco de perecimento do direito provável, maior a necessidade de resguardar o resultado útil do processo.

Em muitos processos, a tutela liminarmente concedida ou negada será confirmada²¹² pelo provimento final, salvo alteração probatória no curso da lide, motivo pelo qual a realização da justiça pode ser feita antecipadamente em inúmeros casos, de modo que naturalmente o incentivo para a conduta protelatória de qualquer das partes restará de certo modo contido.

Se o bem da vida ficar resguardado ou a esfera jurídica de quem evidentemente ou por verossimilhança tem razão ficar protegida por decisão provisória, os prejuízos de eventual morosidade ficam afastados ou reduzidos.

Realizada a análise da admissibilidade da petição inicial em relação ao preenchimento dos requisitos processuais previstos na lei, superado, portanto, o saneamento prévio, e analisada a possibilidade de concessão de tutela provisória, o próximo passo consiste em verificar a possibilidade de julgamento liminar de improcedência do pedido à luz do art. 332 do CPC²¹³.

²¹¹ Pode-se também exigir contracautela como a caução real ou fidejussória, caso a parte não seja economicamente vulnerável ou mesmo exigir justificação prévia se o direito ameaçado suportar aguardar a audiência de justificação.

²¹² Diversas demandas modernas são decididas com base em documentos pré-constituídos, de modo que no caderno processual, muitas vezes já consta inclusive o motivo da recusa do réu em atender à pretensão do autor, tais como nas ações envolvendo tratamento médico, fornecimento de medicamentos, direitos de personalidade, reportagens ofensivas em diversas mídias, exclusão de dados em órgãos de proteção ao crédito, despejos, resoluções de contratos escritos, mandados de segurança dentre outros. Em várias destas ações, sem exagero, a análise da tutela provisória exige mais capacidade intelectual ou esforço cognitivo que proferir a própria sentença final. A razão é a opacidade dos fatos, os quais ainda não foram contraditados e a própria necessidade de decidir rápido, pois há casos de dano, perecimento ou risco de ineficácia do provimento se não analisado com urgência.

²¹³ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241. § 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias. § 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

Julgamento liminar de improcedência do pedido.

Fruto da flexibilização do procedimento, os requisitos para o julgamento liminar de improcedência são: a) que a matéria seja unicamente de direito, vale dizer fica dispensada a fase instrutória, seja porque demonstrado por prova já produzida, seja por juízo hipotético de veracidade; b) que o pedido contrarie: I) enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II) acórdão destes tribunais superiores em julgamento de recursos repetitivos; III) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência²¹⁴; 4) enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Para maior eficiência, as súmulas do tribunal de justiça, mesmo que eventualmente extrapolam o direito local, defende-se que podem ser invocadas para proferir sentença liminar de improcedência, posto que tal interpretação confere maior efetividade ao sistema e atribui maior poder às instâncias ordinárias, nada justificando prosseguir com demanda que contraria súmula de tribunal de justiça, pois é dever de todos os membros do Poder Judiciário manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente²¹⁵. Ora, neste caso, o precedente foi testado, pois o tribunal já enfrentou o problema e sumulou o entendimento sobre o caso, de sorte que todos os integrantes vinculados ao tribunal devem observar o precedente, o qual foi formado de baixo para cima e com plena análise dos fatos relevantes.

O sistema jurídico tem muito a ganhar com a valorização do primeiro e do segundo grau, porquanto portas de entrada e são os responsáveis diretos pela aplicação e integralidade do direito e cumprimento das regras sociais, ostentado grande capilaridade. A justificativa fica ainda mais robusta se a súmula do tribunal local estiver em consonância com o regular cumprimento do direito pelos demais jurisdicionados e pela dinâmica social, de modo que se remete ao tópico que abordou o critério da simplicidade para proferir decisões, não havendo motivo razoável para

²¹⁴ O art. 947 do CPC disciplina a assunção de competência e o art. 976 e seguintes o incidente de resolução de demandas repetitivas.

²¹⁵ O art. 926 do CPC preconiza que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Devem, da mesma forma, os jurisdicionados respeitarem os precedentes do tribunal local e dos superiores, pois o sistema deve funcionar de baixo para cima, de modo a colher os frutos da antifragilidade comentada no capítulo anterior.

arrefecer o poder do tribunal de segundo grau editar súmulas acerca dos seus precedentes e estes serem rigorosamente observados pelos jurisdicionados e juízes a ele vinculados.

De acordo com a doutrina dominante formada no CPC/73 não há inconstitucionalidade dessa norma²¹⁶. Descabe falar em cerceamento do direito de defesa. Insatisfeito o autor com a sentença liminar de improcedência, faculta-se o apelo, podendo o juiz, no prazo de cinco dias, decidir não a manter e prosseguir com a citação do réu. Mantida, a sentença, será ordenada a citação do demandado para responder ao recurso, assegurando-se o duplo grau de jurisdição e até eventualmente o acesso aos tribunais superiores.

Esse dispositivo é menos abrangente que o do código anterior, presente a possibilidade de ampliação de poderes a pouco exposta, pois limita a possibilidade de julgamento liminar de improcedência apenas se tiver jurisprudência ou precedente do Supremo Tribunal Federal do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal de Justiça sobre direito local, ressalvado quando o juiz reconhece prescrição ou decadência.

A pronta análise da ocorrência de prescrição e decadência ou outro fator obstativo é medida muito eficiente para o sistema judicial, evitando-se a desnecessária citação do demandado e enfrentando desde logo do tema que não pode ser deixado para outra oportunidade sem custos para os litigantes e da própria administração do sistema de justiça.

Por conseguinte, seria possível incluir outras hipóteses de improcedência liminar do pedido, ou seja, pode o juiz em situações atípicas julgar liminarmente improcedente o pedido? Segundo Fredie Didier²¹⁷ a resposta é afirmativa, com fundamento nos princípios da eficiência, da boa-fé e da duração razoável do processo (artigos 4º, 5º e 8º do CPC e artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988).

Esse entendimento merece total endosso à luz do princípio da eficiência já debatido nos capítulos anteriores desta dissertação, de modo que nada justifica admitir demanda contrária à sumula do tribunal, abusiva, absurda ou com pedido juridicamente

²¹⁶ Acertadamente MARINONI (2015, p. 354) explica que “*pode o contraditório ser exercido eficazmente na apelação, inclusive com a possibilidade de o juiz se retratar e reconhecer que o precedente não é aplicável, que a orientação jurisprudencial não alcança o caso, que não há decadência ou prescrição*”.

²¹⁷ DIDIER JUNIOR, 2015, p. 604-605.

impossível²¹⁸.

Importante o juiz ter este efetivo instrumento para obstar demandas repetitivas, temerárias e abusivas de modo que mesmo que seja verdadeiro o fato afirmado pela parte autora em juízo hipotético, não havendo substrato jurídico para admitir a demanda, deve julgá-la liminarmente improcedente. A seriedade do direito, o custo de manutenção do sistema judiciário e a exigência ética de coibir o abuso de direito convergem para a inadmissão de demandas já sumuladas pelo tribunal local, manifestamente improcedentes, frívolas ou abusivas.

O eventual abuso da utilização do direito de ação pode ser controlado mediante sentença de improcedência liminar, ainda mais sob o escudo muitas vezes utilizado de se requerer a gratuidade de justiça sem a devida comprovação da hipossuficiência, não se permitindo que ações sem o mínimo lastro jurídico²¹⁹ possam ser admitidas, cuja sentença liminar ainda pode proteger a própria parte de maiores prejuízos, pois o conteúdo da sentença já implicitamente advertirá o autor da temeridade da demanda e suportará honorários advocatícios e eventual sujeição a perdas e danos apenas se insistir na demanda, recorrer e houver citação do demandado.

Audiência de conciliação e mediação.

Não sendo o caso de improcedência liminar do pedido, preconiza a lei processual brasileira que o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação²²⁰. O legislador apostou na obrigatoriedade desta audiência inicial para a busca da

²¹⁸ No CPC 2015 a impossibilidade jurídica do pedido deixou de ser “condição da ação”, pois evidentemente a possibilidade jurídica do pedido é tema de mérito, cuja impropriedade de se reputar como condição da ação e motivo para reconhecer carência da ação foi bem demonstrada por Fábio Gomes e Ovídio A. Baptista da Silva (Teoria Geral do Processo Civil, 3ª edição, revista e atualizada, 2002, p. 124-129). Vale anotar que o próprio Enrico Tullio Liebman, mentor da teoria eclética da ação, abandonou a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, reputando-a como matéria alusiva ao mérito.

²¹⁹ DIDIER JUNIOR (2015, p. 604) cita como exemplos de situações atípicas o caso de ação de usucapião de bem público ou ação para autorizar matar alguém ou pedido que contrarie expressamente texto normativo não reputado inconstitucional idem, obra citada, p. 604. Como exemplo real na Justiça do Distrito Federal vale mencionar ação de cobrança fundada em cheque oriundo de ato confessadamente de corrupção ou mesmo ação que pediu danos morais por fato frívolo como não ter deixado a parte ingressar em casa noturna com vestimenta inadequada ou contrária ao padrão exigido para o evento, cuja publicidade era de público e notório conhecimento.

²²⁰ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

eficiência do processo judicial brasileiro. A realidade, por outro lado, evidencia que em diversas demandas cíveis, o índice de conciliação ou mediação é bastante reduzido²²¹, bem como a parte autora já consigna na petição inicial que buscou extrajudicialmente a transação e que esta é improvável ou não tem qualquer interesse na sua designação. Em muitos casos, diante da concessão ou negativa da tutela provisória que envolve a própria pretensão final, as partes não têm qualquer incentivo à conciliação.

Assim, de acordo com a fenomenologia colhida no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, a obrigatoriedade desta audiência tem sido flexibilizada nas varas de competência cível e de fazenda pública no Distrito Federal com ganhos de eficiência, pois servidores e juízes, em vez do tempo gasto com audiências muito provavelmente infrutíferas, podem impulsionar processos.

Se o juiz estiver na sala de audiência, ele não pratica os demais atos processuais, a configurar custo de oportunidade ao presidir audiências que desde o início já se sabe que serão quase sempre infrutíferas. Daí que a seletividade dos processos que devem ser objeto de designação de audiência é a forma mais eficiente de organizar os trabalhos do juízo nos quais, em regra, é reduzido o índice de conciliação. Nos juízos em que o índice de conciliação é elevado, o critério ótimo mostra-se aplicar literalmente a lei processual e designar a audiência em todos os processos.

Com efeito, o sistema de justiça do Brasil, essencialmente adversarial e tendo como beneficiário dos honorários de sucumbência o advogado, infelizmente incentiva que os problemas jurídicos simples sejam judicializados, diante, pela teoria dos jogos já abordada²²², dos claros incentivos à litigância, especialmente se a estratégia acessória de postular indevidamente a gratuidade de justiça for vitoriosa e praticamente demandar em juízo com custos bastante reduzidos ou mesmo próximos de zero. Daí que além do risco de utilização predatória do Poder Judiciário, as partes, sob orientação de seus advogados, não têm interesse em diversas ações, especialmente de reparação de danos de natureza cível, na realização de acordos e diante do abuso da

²²¹ O índice histórico de conciliação (sentenças homologatórias de acordo em relação ao total de sentenças) no Brasil para o processo de conhecimento é de aproximadamente 17% de 2015 a 2017. O índice total (conhecimento, execução e segundo grau) nos anos de 2015 a 2017 ficou na média em 11,7%. No TJDF, o índice de conciliação em 2017 ficou em 12,4%. No processo de conhecimento ficou em 17% e 8% para a execução. (CNJ, 2018, p. 137 e 141)

²²² Confira-se a transcrição do exemplo de Richard Dawkins sobre o divórcio no capítulo anterior.

gratuidade de justiça são incentivadas a postular mesmo que o sucesso seja improvável, pois o custo reduzido ou praticamente inexistente torna vantajoso postular predatoriamente.

No início do procedimento judicial, cada parte confia apenas no seu direito e influenciados pelos advogados acreditam que a via judicial será o melhor caminho para a sua vitória e raras vezes ponderam a probabilidade de veracidade da versão da parte adversa ou outra via para a solução do conflito. O autor, aconselhado pelo advogado, em regra, está disposto a arriscar receber o maior valor possível e fica refratário à transação, máxime porque a defesa do réu ainda não foi apresentada, havendo maior opacidade quanto ao resultado julgamento. O réu, aconselhado pelo seu advogado, quer pagar o menor valor possível e como sua defesa ainda não foi analisada pelo juiz, acredita que poderá ser vitorioso e também tem aversão ao acordo. O acordo muitas vezes é vantajoso para as partes, mas não para os advogados, os quais em regra não receberão os honorários de sucumbência se anuir com a transação, os quais serão fixados em regra entre 10 e 20% sobre o valor da causa²²³.

Desse modo, a princípio, os litigantes relutam em aceitar as propostas da parte adversa. Esse quadro evidentemente reduzido e simplório, mas fidedigno da realidade no processo civil brasileiro, de certa forma, explica o insucesso da aposta processual na audiência de conciliação e mediação no início do curso processual para as demandas cíveis em geral.

De toda sorte, diante das inúmeras vantagens da conciliação para a paz social e para o sistema jurídico, nos juizados especiais, na justiça do trabalho, em algumas ações da justiça federal²²⁴ e nas varas de família, esta audiência rende ótimos frutos e

²²³ Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. § 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente. § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa [...]. Art. 90, § 2º Havendo transação e nada tendo as partes disposto quanto às despesas, estas serão divididas igualmente.

²²⁴ Priscila P. Costa Correra, Juíza Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro defende que “o maior desafio a ser enfrentado é, pois, o rompimento com a cultura administrativa de litigância em detrimento da racionalidade, da eficiência e da economicidade do sistema. Nesse contexto, é necessário anotar que os meios consensuais isoladamente considerados não solucionarão o problema da eficiência do Judiciário brasileiro, ficando, aqui, entendidos como eficiência os aspectos produtividade, celeridade, justiça material e economicidade (CORREA, 2014). A busca da consensualidade nos conflitos de direito público só gerará resultados positivos se, paralelamente, houver uma ruptura com a cultura de litigância

consubstancia procedimento adequado para a rápida solução dos litígios. Mesmo nas varas cíveis em geral, a depender da demanda e mediante análise seletiva do conteúdo da petição inicial, a designação desta audiência mostra-se medida eficiente.

Técnicas práticas gerais de prolação da sentença.

O fluxo dos processos não deve ser interrompido, posto que de acordo com fenomenologia, além da prova silenciosa de que milhares de conflitos são evitados ou resolvidos extrajudicialmente, parte considerável dos processos resolver-se-á espontaneamente pelas partes quando se dá o regular andamento processual. A simples prática de atos ordinatórios e de impulso oficial ensejará em muitos casos a solução natural do conflito cível.

A ideia deriva da experiência na judicatura e decorre do critério de simplicidade. Observa-se que diversos demandantes desistem de demandas ao serem intimados a cumprir determinações judiciais e muitos réus, com a simples citação e conhecimento da pretensão do demandante ou diante de intimações do procedimento previsto em lei, pagam as dívidas ou mesmo há casos em que as partes celebram transação após a movimentação processual. Insista-se, não há justificativa para deixar de praticar atos processuais de impulso oficial, os simples e atos-modelo do juízo, de modo que eventual acúmulo de processos deve ensejar apenas a paralisação dos processos conclusos para sentença inéditos e mais complexos ou mesmo a necessidade de produção de meio de prova mais sofisticado ou demorado.

A comparação é com uma rodovia com várias faixas de veículos, os quais devem trafegar pelas vias de acordo com a velocidade. A paralisação de uma via não pode ou não deveria prejudicar as demais. Os processos inéditos e complexos equivalem à pista para veículos lentos, mas a existência destes não pode impactar as demais vias que devem estar desobstruídas para o tráfego ordinário, evitando-se a saturação. Em outras palavras, se o atraso é inevitável que o seja para casos que não podem prosseguir sem decisão judicial específica (sem modelo) ou de maior complexidade, pois tal complexidade é que justifica a paralisação deste processo em

e procrastinação no cumprimento de obrigações por parte do Poder Público". (CLEMENTINO; CORRERA, 2016, p. 28)

tempo morto. Caso a parte utilize do expediente de artificialmente causar maior complexidade para obstar o curso processual, o antídoto está na concessão de tutela de evidência quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, nos termos do art. 311 do CPC.

Com efeito, o processo tem como trilha natural a entrega da prestação jurisdicional mediante sentença²²⁵ que dê resposta aos pedidos formulados. Pode-se dizer que a atividade jurisdicional conspira a favor da solução efetiva do conflito mediante sentença definitiva²²⁶, sendo frustrante ao operador do direito encerrar o processo sem resolução do mérito. É dever do juiz, desde o nascedouro do processo, buscar a efetiva solução do problema da vida, exigindo-se total atenção desde a propositura da demanda para garantir ao jurisdicionado a efetiva tutela jurídica como já ressaltado.

O Código de Processo Civil brasileiro divide os casos de resolução do processo em dois grandes grupos: sem resolução de mérito, previstos no art. 485²²⁷ do

²²⁵ “*Todos os demais pronunciamentos do juiz ao longo do desenvolvimento do processo, embora tenham a importante função de preparar o pronunciamento final, são coadjuvantes em relação a este. A sentença, por sua vez, tem uma função imediata em relação ao processo e uma função mediata em relação à jurisdição. Ao entregar a prestação jurisdicional, a sentença resolve o processo e concretiza a jurisdição*”. (OLIANI, 2015, p. 41)

²²⁶ No Código de Processo Civil português (Lei nº 41/2013, de 26 de junho) “*diz-se ‘sentença’ o ato pelo qual o juiz decide a causa principal ou algum incidente que apresente a estrutura de uma causa*”. No direito português a palavra sentença indica o provimento final do juiz no processo por meio do qual ele “*absolve o réu da instância ou responde ao pedido deduzido pelo autor, nele condenando o réu ou dele absolvendo*” (FREITAS, 2000, p. 291)

²²⁷ Resolução sem resolução de mérito: a) inciso I - indeferimento da petição inicial – tecnicamente a extinção deriva da ocorrência de uma das hipóteses do art. 330 do CPC antes se determinar a citação do réu. Se o vício é sanável o juiz determina a correção (art. 321, observados os requisitos dos artigos 319 e 320, todos do mesmo Código); b) incisos II e III – abandono do processo – o inciso II cuida do abandono bilateral do processo, no qual ambos os litigantes negligenciam a prática de atos processuais por mais de um ano, caso raro em face do princípio do impulso oficial). Já o inciso III trata do abandono unilateral, no qual o autor, por desídia no prazo de 30 dias, não pratica o ato que lhe compete, sendo mister a sua intimação pessoal. Oferecida a contestação, a extinção do processo por abandono da causa pelo autor depende de requerimento do réu; c) inciso IV – ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo – a doutrina diverge sobre quais são estes pressupostos, de sorte que nem sempre haverá a imediata extinção. Assim, se o juízo for incompetente de forma absoluta, a solução é a remessa dos autos ao juízo competente, mas se falecer jurisdição (a causa deveria ser proposta no exterior) é hipótese de extinção. A ausência de capacidade processual também não gera de imediato o fim do processo, pois o juiz concederá prazo para a regularização nos termos do art. 76, porém se for o demandado que não regularizou, será reputado revel, com as consequências daí decorrentes (art. 76, II e 344, ambos do CPC); d) inciso V – perempção, litispendência e coisa julgada – para muitos processualistas são os pressupostos processuais negativos (artigos 486,§3º e 337,§§ 3º e 4º do CPC); e) inciso VI – ausência de legitimidade ou de interesse processual, a anotar que este Código de Processo excluiu a possibilidade jurídica do pedido, mantendo o interesse processual e legitimidade para a causa, lembrando-se que o Código anterior adotou a teoria eclética da ação sob influência de Liebman; f) inciso

Código de Processo Civil e com resolução de mérito, nos termos do art. 487²²⁸ do mesmo código.

Adota-se neste trabalho a teoria dos capítulos de sentença desenvolvida por Cândido Rangel Dinamarco²²⁹ a qual explica que capítulos da sentença são *unidades autônomas do decisório da sentença*, com importância relevante para o custo

VII – convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência. Ao contrário das matérias de ordem pública, a convenção de arbitragem deve ser alegada pelo réu na contestação (matéria dispositiva), sob pena de renúncia e prosseguimento regular do curso processual; g) inciso VIII – desistência da ação – é de cunho processual, não repercutindo no direito material ostentado pelo demandante. É mister a homologação judicial do requerimento de desistência para que produza seus efeitos ex nunc. É ato unilateral a desistência antes da citação ou se o réu for revel. Entendemos que a discordância da desistência deve ser motivada sob pena de abuso de direito, especialmente porque os ônus da derrota serão suportados pelo demandante. Note-se ainda que desistência não se confunde com a renúncia ao direito a que se funda a ação. Neste caso, a parte abre mão do próprio direito, a ensejar a extinção com apreciação de mérito. O limite temporal para a desistência é a prolação da sentença. Casos especiais: a) desistência em caso de julgamento repetitivo (art. 1.040, §§ 2º 3º); b) IRDR – incidente de resolução de demandas repetitivas (artigos 976 e seguintes – por ser procedimento coletivo, a desistência não impede o exame de mérito do incidente); c) desistência em que ente federal é réu – art. 3º da Lei 9469/97 – condiciona à renúncia ao direito; d) ação coletiva – art. 5º, § 3º da Lei da Ação Civil Pública, Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade não se admite desistência nos termos da Lei 9.868/99; h) inciso IX – intransmissibilidade do direito material – versa sobre direitos que não se transmitem em decorrência da morte, como por exemplo: a separação judicial, divórcio, direitos relacionados à personalidade (art. 11 do Código Civil), obrigação de natureza personalíssima que só pudesse ser exigida pelo autor ou ser cumprida somente pelo réu; i) inciso X – demais casos previstos em lei – são lembrados os seguintes casos: CPC art. 115, parágrafo único, art. 313, § 3º e art. 142, processo simulado ou fraudulento, de sorte que a improcedência do pedido às vezes não atende ao escopo legal, a exigir do juiz a extinção sem adentrar no mérito.

²²⁸ Resolução com resolução de mérito: I - julgamento de procedência ou improcedência do pedido na ação ou na reconvenção – é a verdadeira extinção de mérito, porquanto o juiz resolverá a lide mediante resposta estatal cognitiva à pretensão das partes com a afirmação do direito do autor ou eventual contradireito do réu. Neste caso a sentença aplica o ordenamento jurídico ao caso concreto. Pode haver procedência parcial, a depender da natureza do pedido, valer dizer, pedido decomponível ou decorrente de sua cumulação; II - pronunciamento da prescrição ou da decadência - de ofício ou a requerimento - os casos e a distinção entre prescrição e decadência pertencem ao Direito Civil (Código Civil de 2002, artigos 205 e 206 para prescrição e os prazos em outros dispositivos são decadenciais), sendo que o pronunciamento que acolhe ou rejeita esse contradireito é de mérito, pois recobre a eficácia da pretensão ou extingue o direito potestativo; III - homologação: a) do reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção - o demandado renuncia à defesa e submete-se à pretensão do autor, envolvendo o próprio direito substancial. Não se confunde com a confissão. A confissão incide sobre fatos e não gera, por si só, o a extinção do processo, ademais também o autor pode confessar. Já o reconhecimento do pedido é exclusivo do réu e incide sobre o próprio direito em discussão. O reconhecimento pode ser parcial; b) da transação - instituto do Direito Civil (art. 840) de natureza contratual com a finalidade de resolver relações jurídicas controvertidas mediante concessões recíprocas. A transação pode ser parcial ou mais ampla que o direito posto em litígio; c) da renúncia ao direito - é o contraposto do reconhecimento do pedido, ou seja, é outro extremo da possibilidade de auto-composição, a transação estaria no meio do caminho, no qual o autor dispõe do direito material afirmado. Não se confunde com a desistência da ação, pois a desistência é do processo, mantendo-se íntegro o direito subjetivo, a permitir nova propositura. Como todo ato de disposição, verifica-se o preenchimento dos requisitos da lei e se o direito permite a disposição.

²²⁹ DINAMARCO, 2009.

financeiro do processo, análise de cumulação de pedidos e pedido decomponível, teoria dos recursos, liquidação e efetivação das decisões, inclusive sua tese foi acolhida no CPC/2015²³⁰.

Nesse tópico, cabe explicitar a técnica de prolação de sentença sob o critério da simplicidade mencionado no capítulo anterior. À luz da pesquisa empreendida, o método que se defende consiste em mimetizar a forma que naturalmente resolvemos nossos problemas de sobrevivência, o bom e velho princípio da **tentativa e erro**²³¹. A intuição inserida neste trabalho deriva da prática no exercício da magistratura, com utilização intuitiva desse método e a percepção que era defensável²³².

A justificação em que se apoia é de Karl Popper²³³ (1902-1994), o qual apresenta o modelo de três fases para aprendizagem e resolução biológica de problemas de adaptação:

1. O problema;
2. As tentativas de solução;
3. A eliminação.

Popper esclarece que o ponto de partida é sempre um problema ou situação problemática²³⁴. Seguem-se tentativas de solução. Estas consistem em teorias e estas são tentativas e estão frequentemente erradas: são e sempre serão hipóteses ou conjecturas. No terceiro passo são eliminados os erros, eliminando as nossas teorias falsas, mediante juízo crítico. Na fase três, é necessário falibilizar a conjectura, ou poeticamente, “*fazermos as nossas hipóteses morrer por nós*”. Na eliminação do problema, quer dizer aplicando-se o método de resolver problemas jurídicos, na solução para o caso concreto, buscar-se-á a aproximação à verdade, a melhor aproximação possível da realidade ou do que realmente

²³⁰ Os artigos 966, § 3º, 1013, §1º e 1034, parágrafo único do CPC expressamente referem-se aos capítulos da sentença em clara adesão ao pensamento de Dinamarco.

²³¹ A corroborar a importância deste método, novamente cita-se TALEB (2014a, p. 207): “*O processo de tentativa e erro tem um valor predominante que as pessoas não compreendem: não é verdadeiro aleatório, e, graças à opcionalidade, exige alguma racionalidade. É necessário ser inteligente para reconhecer o resultado favorável e saber o que rejeitar. E é necessário ser racional para não tornar o processo de tentativa e erro totalmente aleatório*”.

²³² O método tem ligação com a “*navalha do Occam*”, princípio de subtração, eliminação de dados supérfluos ou da forma mais simples possível.

²³³ POPPER, 2017.

²³⁴ Segundo Karl Popper: “*Verdade = correspondência com a realidade ou talvez correspondência entre alegados fatos e os fatos reais. [...] Podemos pois, com bastante frequência, defender a verdade, alcançar a verdade. Mas nunca podemos alcançar a certeza*”. (Ibidem, p. 62)

aconteceu (fato da vida – visão realista dos eventos) do qual imana o direito em discussão.

A experiência na magistratura e mesmo a observação quando se toma as decisões na vida cotidiana, mostra que ao nos depararmos um determinado problema, a mente praticamente instantaneamente indica a solução, sem qualquer esforço deliberado. Somos todos nós juízes intuitivos. A metáfora do Sistema 1 de que fala Daniel Kahneman, o pensar rápido, o inato, a heurística²³⁵ intuitiva e ligada aos sentimentos, quase sempre já indica a solução para o problema jurídico em questão. É preciso esforço mental para analisar as propostas de soluções indicadas pelas partes e verificar a correção da solução intuitiva com o juízo racional do Sistema 2, o qual é capaz de raciocinar, é mais cauteloso, porém também é preguiçoso e suscetível aos enviesamentos e tem propensão ao erro²³⁶.

A consciência da atual impossibilidade de saber como a mente realmente funciona é fundamental para a formação do juízo nos problemas jurídicos a serem solucionados, pois como demonstra Kahneman os nossos pensamentos e o nosso comportamento são influenciados, muito mais do que sabemos, pelo meio ambiente, pelos efeitos de ancoragem e da disponibilidade da informação, o que podem mascarar a realidade e gerar decisões equivocadas. Neste ponto, Kahneman sugere antídoto para evitar erros de julgamento: *“Quando tiverem boas razões para confiar na exatidão de vossa previsão intuitiva – uma forte correlação entre a evidência e a previsão – o ajuste será pequeno. As previsões intuitivas precisam ser corrigidas porque não são regressivas e, portanto, são enviesadas”*.

Como se forma o convencimento e como atua a sensibilidade e a racionalidade para a tomada de decisão são os maiores problemas da vida e do processo, verdadeiro desafio que ainda não temos resposta final pela filosofia, psicologia, biologia ou mesmo a neurociência²³⁷. Vários pesquisadores apresentaram intuições e ideias convincentes, mas a consciência, relação corpo-cérebro, a

²³⁵ Heurística é procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, embora muitas vezes imperfeitas, para perguntas difíceis como defende KAHNEMAN (2015).

²³⁶ Como explica Daniel Kahneman: *“O Sistema 1 é crédulo e enviesado nas crenças, o Sistema 2 está encarregado de duvidar e não acreditar, mas está por vezes ocupado e é em muitas vezes preguiçoso. Na verdade, há provas de que as pessoas têm maior probabilidade de ser influenciadas por mensagens persuasivas vazias, como anúncios, quando estão cansadas e desgastadas”*. (Ibidem, p. 111)

²³⁷ Como assenta DAMÁSIO (2018): *“Nossa vida atual e seus objetivos e práticas culturais podem ser ligados, embora não facilmente, às vidas do passado, dos tempos em que não existiam sentimentos e subjetividade, anteriores às palavras e decisões. A ligação entre os dois conjuntos de fenômenos viaja por um labirinto intrincado, onde é fácil enveredar pelo caminho errado e perder-se. Aqui e ali encontra-se um fio condutor – um fio de Ariadne. A tarefa da biologia, psicologia e filosofia é tornar esse fio contínuo”*.

sensibilidade humana é um grande mistério. Como a Mente funciona? Do que é feito o pensamento? Steven Pinker, só para citar este psicólogo evolucionista como exemplo, escreveu três²³⁸ obras abordando estes principais temas sobre a natureza humana, mas simplesmente ainda não se sabe com a devida profundidade sobre os mistérios da mente humana e nossa sensibilidade.

Diante desse fato, o juiz deve ter a máxima humildade intelectual de reconhecer que não terá acesso à certeza, sequer à verdade, quando muito à verdade aproximativa caso se esforce bastante. Mas a tomada de consciência de sua falibilidade, suas limitações cognitivas e de seus pendores é passo importante para tornar a Justiça instituição aderente à realidade e impulsionadora da cooperação e do altruísmo tão necessárias à nossa existência.

Realizada essa digressão e mais uma vez realçada a propensão ao equívoco cognitivo na tomada de decisões, voltemos à técnica de prolação de sentença.

O art. 489 do CPC exige que a sentença seja composta por três partes, a saber: **relatório**, **motivação** e o **dispositivo**. Estes são os requisitos estruturais essenciais da sentença, sobre quais se destacam alguns aspectos práticos:

Relatório – identificação do problema.

No relatório, deve constar o histórico do que de relevante aconteceu no processo, sendo essencial identificar o problema, a quem pertence o bem da vida em disputa, o mérito ou o objeto do processo²³⁹ interpretado diante do pedido material formulado pelo autor e eventualmente pelo réu. Admite-se a validade da sentença que se reporta ao relatório contido em outra decisão, *per relationem*, se não houver prejuízo às partes.

Os tribunais, corretamente, costumam aproveitar o relatório elaborado pelos juízes ou o relatório realizado em decisão anterior, acrescentado eventuais pontos relevantes que não foram abordados, a solução encontrada e as teses recursais. Esse proceder, mostra-se eficiente, pois evita o retrabalho e há o aproveitamento do trabalho

²³⁸ A terceira é Tábula rasa, as três já citadas nesta dissertação.

²³⁹ Pretensão apresentada ao juiz com pedido de sua satisfação, de acordo com DINAMARCO (2002b, p. 60).

alheio que delimita corretamente o problema jurídico a ser resolvido em grau recursal.

No relatório da sentença é acima de tudo o local de identificar a crise jurídica, o problema a ser resolvido e deve ficar claro qual ou quais as versões das partes para a proposta de enquadramento, relatadas de forma imparcial e sem juízo de valor. Mais avante será realizado o estudo de caso real com a descrição pormenorizada de problema fático a ser elucidado e a solução jurídica encontrada com aplicação do ordenamento jurídico, inclusive com a utilização da prova preponderante.

Uma regra simples, mas efetiva ao elaborar o relatório é descrever os fatos relevantes e as ocorrências que terão repercussão na fundamentação e parte dispositiva da sentença (concessão de tutela provisória, gratuidade de justiça, intervenção de terceiros etc.). Essas ocorrências tecnicamente repercutirão na parte dispositiva da sentença, pois a tutela provisória será confirmada ou revogada, a gratuidade de justiça concedida terá repercussão na distribuição do custo financeiro do processo e a depender da intervenção de terceiros haverá fundamentação específica e eventual alteração da eficácia subjetiva da coisa julgada.

O relatório, no mínimo, deve conter a suma do pedido do autor e seu fundamento jurídico, assim como a resistência do réu e suas teses defensivas. No relatório, o juiz já prepara o terreno para fundamentar a solução que o caso requer, resumindo o que de relevante ocorreu no processo.

O relatório assume maior relevância no sistema de precedentes, pois permite verificar o suporte fático que será comparado com o de precedentes do juízo prolator, do tribunal a estiver vinculado e dos tribunais superiores, sendo essencial a pesquisa para verificação de existência de precedentes, com o escopo de evitar o retrabalho, coerência, segurança jurídica e evitar, se a base fática for idêntica ou similar, a profusão de julgados divergentes, a chamada jurisprudência lotérica²⁴⁰.

Antes de proceder à prolação da sentença propriamente dita, é mister a

²⁴⁰ “A jurisprudência lotérica afronta a coerência jurídica e a integridade do Direito, e deslegitima a prestação jurisdicional, uma vez que as normas são aplicadas de maneira diferente para casos similares. A isonomia só será cumprida quando situações análogas forem decididas da mesma maneira. Caso contrário, teremos imprevisibilidade, instabilidade e dificuldade do cidadão em saber como se portar em suas relações jurídicas. Os precedentes não são formados tão somente para a solução do caso concreto, mas sim de todos os casos em situação análoga, conferindo a todo o sistema, assim, um controle de racionalidade decorrente da regra de universalização. O afastamento da regra de universalização deve ser feito apenas excepcionalmente, e tem que ser fortemente justificado.” (KOEHLER, 2016, p. 350)

pesquisa sobre a existência de precedentes do próprio juízo e do tribunal a que está vinculado para a busca da eficiência. É fato rotineiro a repetição de demandas na Justiça e nada justifica a prolação de sentenças divergentes para o mesmo suporte fático e pedidos similares, excetuado, obviamente as hipóteses de distinção²⁴¹ e superação²⁴². A divergência de julgados sobre a mesma situação jurídica gera instabilidade ao sistema, insegurança, injustiça e mina a credibilidade do Poder Judiciário, máxime se a profusão de julgados advém do mesmo órgão prolator.

Os sistemas informáticos auxiliam tal pesquisa crucial para evitar divergência ou pluralidade de entendimentos no mesmo órgão judiciário e permitir a replicação do precedente para todos os casos de idêntico suporte fático. O reconhecimento da jurisprudência do tribunal a que está jungido o magistrado é essencial para a adequada fundamentação da sentença, com a formação de convencimento acerca da melhor ou mais eficiente solução jurídica encontrada e sua replicação nos demais casos com vistas à universalização, de modo a garantir tratamento igualitário aos litigantes, um dos escopos fundamentais da jurisdição.

Na experiência ao acompanhar vinte e cinco juízos cíveis em Brasília e nas pesquisas de precedentes, constata-se em vários casos que o mesmo tema recebeu diversas soluções jurídicas todas defensáveis e lastreadas em bons fundamentos jurídicos. Porém, pela análise crítica destas soluções, verdadeira análise seletiva do melhor precedente, em inúmeras hipóteses foi possível, na própria primeira instância, adotar o entendimento que melhor solucionava o problema da vida, pela comparação dos fundamentos de cada sentença. Essa divergência entre juízes quando o tema é inédito mostra-se normal e salutar. Todavia, com o tempo e o resultado prático das soluções apresentadas, com o estudo do impacto social de demandas repetitivas ou similares é possível adotar entendimento uniforme, de baixo para cima, a garantir a robustez do sistema na linha já defendida nesta dissertação.

²⁴¹ Distinção - *Distinguishing* (*distinguish*): método ou resultado do confronto para verificar se o caso é análogo ao paradigma.

²⁴² Superação - *Overruling* ou *overruling*: técnica mediante a qual o precedente perde a sua força vinculante e é substituído por outro precedente (*overruled*). Didier, defende que a superação deve ser expressa, não se admitindo a superação implícita (*implied overruling*) à luz dos artigos 927, § 4º e 926, ambos do CPC. No *overruling* há limitação de incidência de regra ou princípio, com a superação parcial do precedente.

Fundamentação – tentativa de solução.

A fundamentação consubstancia os motivos de fato e fundamentos de direito sobre os quais o juiz alicerça a sua sentença. Aqui, o juiz vai selecionar a melhor solução para o problema, testando as propostas apresentadas pelas partes, com o uso intuitivo dos sentimentos e da racionalidade²⁴³. É exigência constitucional²⁴⁴ (art. 93, IX, CF/88), sob pena de nulidade. A regra da motivação²⁴⁵ enuncia o conteúdo mínimo do devido processo legal como garantia para se evitar o arbítrio.

A interpretação reconstrói, dentro dos limites preexistentes, de modo que o magistrado deve expor a relação entre os fatos e ato normativo, entendido como o sentido que se extrai do texto. A necessidade de justificação recrudescer na análise de princípios e cláusula geral (ponderação), sendo mais simples quanto a norma jurídica é regra (subsunção). Para julgar procedente o pedido do autor, o juiz não precisa analisar

²⁴³ “O CPC/2015 é um código orgânico, fruto do Estado Democrático Constitucional (art. 1.º), com um compromisso interno de prestar a tutela jurisdicional de forma tempestiva, adequada e efetiva (art. 4.º do CPC/2015) e um compromisso externo de preservar a coerência e integridade do ordenamento jurídico (art. 926 do CPC/2015). O cumprimento destes predicados somente ocorrerá mediante a consolidação dos dois discursos produzidos pela decisão judicial: o discurso do caso concreto que visa à tutela dos direitos para as partes envolvidas e o discurso do precedente que busca a unidade do Direito para o ordenamento jurídico. No atual estágio de desenvolvimento do ordenamento jurídico brasileiro, não há que se falar em um ser não corporificado dotado de vontade (lei, direito, costumes, direito comum etc.), em um Estado antropomórfico, pois o direito é artificial e todas as leis, escritas ou não, precisam de interpretação do homem. A coerência do ordenamento jurídico em um Estado Democrático Constitucional não é dada aprioristicamente – seja pelo direito natural, seja pelo legislador – mas decorrência posterior do exercício interpretativo inerente à atividade do Poder Judiciário, controlado intersubjetivamente de maneira endoprocessual e extraprocessual pela doutrina, pelas partes envolvidas, mediante as impugnações e recursos, pela tradição jurídica de um determinado país, em um determinado momento histórico.” (ZANETI JUNIOR; PEREIRA, 2016a, p. 384)

²⁴⁴ Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

²⁴⁵ Art. 489 [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

todos os fundamentos da demanda, mas os fundamentos da defesa do réu. Para negar o pedido do demandante, o magistrado não necessita examinar todos os fundamentos da defesa, mas precisa apreciar os fundamentos da demanda.

Na elaboração da sentença o juiz cria o precedente²⁴⁶, o qual pode ser entendido como decisão judicial (fato), cujo elemento normativo pode influenciar julgamento posterior análogo. Ostenta duas partes: circunstâncias de fato e a tese assentada na motivação (*ratio decidendi* ou *holding*). A *ratio decidendi* deve ser buscada a partir da identificação dos fatos relevantes e dos motivos determinantes²⁴⁷ que conduzem à conclusão.

A simples referência a precedentes, enunciados de súmula com a mera transcrição das ementas não é suficiente para se reputar fundamentada a decisão. Necessário expor as razões pelas quais adere ou não à orientação, vale dizer, deve verificar a adequação da situação concreta à *ratio decidendi*. Se o fundamento for novo, não discutido, necessário observar o artigo 10 do CPC²⁴⁸ e dar oportunidade às partes para manifestação, evitando-se *decisão surpresa*²⁴⁹.

²⁴⁶ No sistema brasileiro, tem-se o precedente com eficácia vinculante/obrigatória (*binding precedent* ou *authority*): enumerados no art. 927 do CPC, a saber: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Com apoio na classificação de Didier, temos ainda: Precedente com eficácia de obstar a revisão de decisões: inadmite a demanda ou negue seguimento ou provimento a determinados recursos ou remessa necessária (exemplos são os artigos 332, 496, 932, 894, todos do CPC). Precedente como eficácia autorizante: admissão ou procedência do ato postulatório (311, II e 932, V ambos do CPC). Precedente com eficácia rescindente ou deseficizante: rescindir ou retirar a eficácia de decisão transitada em julgado (artigos 525 e 535 ambos do CPC).

²⁴⁷ Há questões que são decididas prévia ou incidentalmente que não fazem parte da *ratio decidendi*, ou seja, *obiter dictum* - argumento jurídico secundário ou provisório, dito de passagem ou de forma incidental, não compoem a *ratio decidendi*.

²⁴⁸ O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

²⁴⁹ “[...] O art. 10 traduz na lei processual uma concepção substantiva de contraditório decorrente da Constituição, mas que somente agora vem traduzida em uma norma infraconstitucional. Desde o momento em que a Constituição, no marco do Estado Democrático de Direito, prescreve como direito fundamental o contraditório e a ampla defesa ‘com os meios e recursos a ela inerentes’ (art. 5.º, LV, da CF/1988), não deveria haver dúvida sobre a necessidade do Judiciário apenas proferir decisões após ouvir as partes; aliás, mesmo a ideia de ‘matéria apreciável de ofício’ ainda constante no NCPC deve ser repensada para apenas significar questões de ordem pública que a lei permite sejam arguidas pelo órgão julgador, mas para debate com as partes e posterior decisão – e está levando em consideração a impressão inicial do magistrado e o resultado das manifestações das partes – ou não, caso, a partir destas manifestações, ele reveja sua impressão inicial [...]. Dessa forma, a questão da fundamentação

O juiz tem o dever de seguir em primeiro lugar os seus próprios precedentes, ante a exigência mínima de coerência e de garantir o tratamento isonômico, além de preservar a segurança jurídica já tratada no primeiro capítulo deste trabalho. Em seguida, recrudesce o dever de o juiz seguir os precedentes do tribunal a que está vinculado e se divergir, nos casos dos precedentes persuasivos²⁵⁰, não pode deixar de fundamentar de forma coerente e razão de discordar os motivos alinhavados, pois mesmo sendo natural a existência de diversas soluções para o mesmo problema, as partes têm o direito de conhecer os fundamentos para a divergência de entendimentos e a razão da escolha da solução ao problema que deve prevalecer²⁵¹. E, em seguida verificar a existência de precedentes dos tribunais superiores²⁵², com a devida distinção se for o caso, de modo que o sistema seja coerente, autorreferente, eficiente e estruturado de baixo para cima.

O julgador deve fornecer as razões de seu convencimento, com racionalidade

das decisões judiciais remete-nos ao problema de como conciliar o fato de que o Direito estabiliza expectativas de comportamento (facticidade), mas a autonomia pública reclama que o processo de produção daquelas normas seja efetuado de forma legítima (validade). A decisão judicial não pode ser produto de pura decisão, mas deve reclamar para si a pretensão de correção. Já que o Direito pretende legitimidade, não basta o factum da decisão judicial, é necessário que esta seja consistente, isto é, conforme o Direito Positivo (justificação interna) e racionalmente aceitável, isto é, fundamentada (justificação externa). É a dimensão pragmática (livre jogo e intercâmbio dos argumentos) que proporcionará os elementos para uma decisão correta". (BAHIA; PEDRON, 2016, p. 40 e 45)

²⁵⁰ Precedente com eficácia persuasiva (*persuasive precedent*): eficácia mínima de todo precedente. Configura indício de solução racional e socialmente adequada.

²⁵¹ A decisão judicial no Estado Democrático Constitucional (art. 1.º do CPC/2015) tem um duplo compromisso: o primeiro, de caráter interno, voltado à prestação de uma tutela jurisdicional tempestiva, adequada e efetiva (art. 4.º do CPC/2015); o segundo, de caráter externo, voltado à unidade do direito através da preservação da coerência e integridade do ordenamento jurídico (art. 926 do CPC/2015). Para atingir ambos objetivos, o dever de fundamentação das decisões judiciais deve levar em consideração critérios analíticos e hermenêuticos na compreensão, interpretação e aplicação do direito. (ZANETI JUNIOR; PEREIRA, 2016b, p. 25)

²⁵² Há que se ter sempre o cuidado de não se utilizar os precedentes de forma irrefletida, isto é, sem que se faça a comparação dos fatos do caso concreto com a situação fática que compõe a *ratio decidendi*. Viola a igualdade o comportamento do tribunal que aplica um precedente a uma situação substancialmente distinta daquela que gerou a *ratio decidendi*. Por isso o NCPC prevê a técnica da distinção (arts. 489, § 1.º, V e VI, e 927, § 1.º), por meio da qual o julgador deve verificar se há similitude fática entre o caso paradigma e o caso em julgamento, de modo a fazer incidir ou não a *ratio decidendi*. Deve o julgador delinear, também, e de forma explícita, a tese jurídica adotada para se chegar à conclusão exposta na parte dispositiva. Isso para que as partes possam submeter a aplicação da *ratio decidendi* a eventual controle recursal. Logo, não se afirma aqui que o magistrado deva seguir os precedentes de forma acrítica. Apesar da possibilidade de uma fundamentação mais concisa nesse caso, tal fato não exime o magistrado de, como dito acima, comprovar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no processo paradigma. Em verificando não existir essa correlação fática e jurídica, deverá o julgador operar a distinção, desvinculando a solução do caso concreto daquela solução obtida no precedente. (KOEHLER, 2016, p. 347)

e o atributo da controlabilidade. Didier²⁵³ defende que a motivação da sentença deve ser compreensível, pública e acessível. Apesar de o legislador usar a expressão ‘*argumentos deduzidos no processo*’. Tecnicamente estar-se falando de fatos relevantes e ‘*fundamentos jurídicos*’, pois estes são aptos a ensejar o julgamento. Ora, poderá o juiz silenciar-se sobre argumento ou fato irrelevante conforme Marinoni²⁵⁴, máxime diante da já abordada prolixidade que o sistema jurídico brasileiro se acostumou e ainda é utilizado estrategicamente para protelar decisões.

Argumento/fato relevante é o idôneo para alterar o julgado ou influenciar a decisão. Aliás, muito comum o uso abusivo dos embargos de declaração ou alegação de nulidade da decisão, sob a falsa justificativa de que o juiz não se manifestou sobre todas as alegações deduzidas no processo. Ora, somente alegações que podem implicar procedência ou improcedência dos pedidos ou mesmo a resolução do processo direta ou indiretamente tecnicamente deveriam ser enfrentadas na decisão, sob o risco de a parte nunca ficar satisfeita e conseguir bloquear a solução do litígio com alegações arbitrárias, desconexas e irrelevantes.

Fala-se em necessidade de fundamentação endoprocessual – para controle das partes e da Corte Revisora e exoprocessual - para controle difuso ‘do povo’ como forma de democracia participativa. Há o duplo discurso: um para a solução do caso, dirigido às partes e outro dirigido à coletividade para a formação do precedente.

Na análise do precedente, deve-se individualizar as razões e conectá-lo à hipótese fática-jurídica que nele recai, vale dizer, identificar as razões determinantes da decisão (*ratio decidendi*) e sua efetiva ligação com o caso concreto em julgamento.

Dispositivo – eliminação do problema.

Na parte dispositiva da sentença o juiz resolve o problema da vida e concede em definitivo o bem da vida a uma das partes em consonância com a fundamentação e nos limites das postulações das partes diante dos princípios da demanda e da congruência ou adstrição. A parte dispositiva é o *coração* da sentença e exige máxima atenção do julgador, pois sobre ela incidirá os efeitos da coisa julgada material, cuja

²⁵³ DIDIER JUNIOR, 2015.

²⁵⁴ MARINONI, 2016.

redação deve ser certa, expressa, clara, objetiva, com o comando, a resolução (procedente ou improcedente) de todos os pedidos formulados nas sentenças de mérito. A ausência de dispositivo implica ausência da própria sentença, pois configura elemento mínimo essencial desta.

A parte dispositiva deve ser congruente com os pedidos formulados e acolhidos ou rejeitados na fundamentação, de modo a não cometer os vícios de sentença *ultra, extra ou citra petita*²⁵⁵. Há relação lógica entre os capítulos de mérito da sentença na fundamentação e a procedência ou improcedência dos pedidos na parte dispositiva.

Todos os pedidos devem ser analisados na fundamentação e sobre eles deve o juiz pronunciar-se expressamente se acolhe, rejeita ou fica prejudicado. Poderá o juiz conceder o resultado prático equivalente nas ações de obrigação de fazer e não fazer²⁵⁶.

Em busca da eficiência, o dispositivo deve ser direto, no qual o juiz com suas próprias palavras julga procedente ou improcedente os pedidos com todos os elementos necessários para a satisfação do direito material de modo que o dispositivo ideal e mais eficiente é aquele que para ser cumprido, nenhuma outra peça do processo precise ser consultada.

O chamado dispositivo indireto, no qual o juiz se limita a fazer referência genérica ao pedido formulado ou a fazer menção a determinada peça ou folha dos autos deve ser evitado²⁵⁷ ante a potencialidade de dificultar a interpretação²⁵⁸ e causar discussões desnecessárias e atraso na efetivação ou mesmo na fase de cumprimento da sentença. Se sem fundamento jurídico a parte derrotada muitas vezes utiliza-se abusivamente do sistema recursal, especialmente dos embargos de declaração e

²⁵⁵ Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

²⁵⁶ Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. Exemplo clássico é a parte postular a interdição de funcionamento de empresa poluidora do ar, mas o juiz concede a tutela para determinar que a empresa instale de filtros com resultado prático equivalente, mas com menos externalidades negativas. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

²⁵⁷ Nesse sentido, LUNARDI e REZENDE (2018, p.207-208).

²⁵⁸ SLAIBI FILHO; NAVARRO DE SÁ, 2017, p. 466.

impugnações em geral para protelar a efetivação dos pronunciamentos jurisdicionais, imagina se o juiz ainda der motivo ao não ser rigoroso e preciso ao redigir a parte dispositiva da sentença, dando margens para questionamentos sobre a interpretação do julgado. Aqui a atuação preventiva judicial ao caprichar na redação do dispositivo gera externalidades positivas como o cumprimento voluntário da sentença e pode inibir condutas contrárias à efetividade da sentença.

A confecção da parte dispositiva é o momento culminante do processo civil de modo que máxima atenção se exige do juiz diante dos efeitos futuros que incidirão na esfera jurídica dos atingidos pela sentença. Relatório insuficiente ou fundamentação incompleta são defeitos que muitas vezes são tolerados e não causam maiores prejuízos aos envolvidos, desde que haja indício de racionalidade e lógica entre os fundamentos da sentença e a parte dispositiva seja redigida com clareza e defina com objetividade e certeza a quem pertence o bem da vida pleiteado.

A elaboração da parte dispositiva da sentença deve ser o ato que mais exige poder cognitivo judicial, pois há que se fazer juízo futuro dos efeitos da decisão, prevendo a forma de concretização da tutela no mundo sensível, a qual tem a potencialidade de tornar a lei do caso concreto a ser seguida pelas partes envolvidas ou mesmo surtir efeitos sobre todo o sistema ante a potencialidade de o precedente ser replicado nas situações fáticas idênticas ou similares.

Os subprincípios da eficiência abordados na primeira parte deste trabalho: *celeridade, efetividade, economicidade e segurança jurídica* podem ser concretizados e reafirmados exatamente na atenta e cuidadosa elaboração da parte dispositiva da sentença. Tais subprincípios da eficiência poderão ser catalisados ao se evitar motivos para embargos de declaração e questionamentos sobre a forma de se cumprir a sentença ou mesmo afastar possibilidade de cabimento de impugnação ao cumprimento de sentenças condenatórias. Cabe ao juiz antecipar eventuais questionamentos sobre a efetividade e modo de cumprimento da sentença, com ganhos de economia ao inibir condutas protelatórias e gerar segurança jurídica ao definir com rigor e precisão a forma de entrega do bem da vida ao litigante vencedor.

Não custa insistir que os ganhos de eficiência ao redigir a parte dispositiva da sentença já com a visão projetada para o resultado final futuro, já partindo da premissa

que a sentença transitará em julgado, com a determinação de expedição de mandados nas sentenças mandamentais executivas lato sensu e demais medidas de efetivação. Se for o caso, desde já cabe estabelecer prazo para cumprimento e a dinâmica nas obrigações sinalagmáticas (prevendo como se dará, por exemplo, o retorno ao estado anterior ou a devolução de bens), medidas acessórias para efetivação (multas pecuniárias, periodicidade, limite), descrição expressa do valor de eventual condenação, marcos temporais da incidência de correção monetária e juros²⁵⁹ e seu percentual de acordo com a regra do direito material.

Enfim, que da leitura do dispositivo a parte tenha total certeza e clareza do reconhecimento do direito e tenha a satisfação da sua pretensão – objeto mediato (declaração – certeza jurídica, desconstituição ou constituição – fato novo ou situação jurídica nova, ordem mandamental para fazer, não fazer – determinação com medida coercitiva indica e executiva lato sensu²⁶⁰ com a determinação de entrega do bem mediante mandado de busca e apreensão, restituição, reintegração ou imissão na posse) ou tenha todos os elementos para a eventual fase de cumprimento de sentença (condenação²⁶¹), inclusive acerca das verbas sucumbenciais, ou seja, as despesas processuais e honorários advocatícios²⁶².

4.2 – Estratégias específicas para prolação de sentença.

Uso de prova emprestada

Nesse tópico do trabalho, busca-se estabelecer a possibilidade de maior utilização da prova emprestada, inclusive mediante o poder instrutório do juiz, com

²⁵⁹ Nos termos do artigo 491 do CPC a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros.

²⁶⁰ A procedência do pedido nestas ações já garante o bem da vida, pois atinge-se a certeza jurídica ou mesmo a concretização do direito se faz com a expedição de mandado para coerção indireta ou busca do bem que está indevidamente na esfera jurídica do demandado.

²⁶¹ Nas sentenças condenatórias, não havendo cumprimento voluntário, é necessária a fase de cumprimento de sentença, com a prática de atos executivos para penhora de bens do devedor para satisfação do direito reconhecido na sentença, pois o objetivo é retirar patrimônio lícito do réu de sua esfera jurídica e com a conversão em dinheiro satisfazer o direito do credor.

²⁶² Sobre os juros legais, correção monetária e verbas inerentes à derrota o juiz deve manifestar-se ainda que não haja pedido expresso, pois a fixação decorre da lei.

fator de economia processual e celeridade ao procedimento probatório, sem esquecer que pode acontecer de a prova não poder mais ser colhida por determinada circunstância.

Na experiência perante o TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal de Territórios há ações repetitivas sobre situação de fato no qual foi produzida prova útil ao processo ainda não sentenciado.

Diante de tais casos concretos, são propostas diretrizes para concretização do princípio da eficiência, adotando o juiz postura ativa para instruir adequadamente os autos, ainda que mediante atuação oficiosa, respeitando o contraditório, com o escopo de produzir prova útil, menos dispendiosa e, sobretudo, proferir decisões uniformes sobre base fática idêntica ou singularmente similar.

Seguindo o procedimento comumente adotado perante o Poder Judiciário, em cada demandada individual seria realizada perícia e intensa atividade probatória para dirimir sobre determinado fato de modo que haveria o risco de diversas perícias sobre o mesmo ponto controverso, com gastos desnecessários para os jurisdicionados e risco de diversidade de prova com decisões divergentes, a causar espécie aos usuários do serviço judiciário²⁶³.

O sistema processual brasileiro criou o incidente de resolução de demandas repetitivas exatamente para permitir resolver os conflitos de massa, decorrentes do desenvolvimento tecnológico, científico e cultural do mundo globalizado, motivo pelo qual não só a decisão deverá ser uniforme para situações de mesmo suporte fático, mas a própria prova deverá ser uniforme para a garantia da isonomia e segurança jurídica dos jurisdicionados.

Prova emprestada é a que, produzida em outro processo, pode ser trazida para ser utilizada em processo em que surge interesse em seu uso. Candido Rangel Dinamarco assinala que provas emprestadas são trasladados da documentação da prova

²⁶³ “[...] Malgrado não estabelecida expressamente no artigo 212 do Código Civil, deve ser fomentada a aplicação da prova emprestada ainda que não haja identidade de partes, devendo, contudo, ser assegurado o exercício do contraditório à parte cujo aproveitamento da prova não lhe seja favorável. Estabelecido o contraditório, inexistindo resistência da parte interessada e verificando que a prova pericial emprestada bem analisou a situação do imóvel, atribuindo-lhe preço compatível com o de mercado, inexistente óbice ao seu aproveitamento. Ao contrário, sua utilização guarda consonância com os princípios da economia processual, efetividade e colabora para razoável duração do processo. [...]” (TJDF, acórdão nº 1005500, 20160020050690AGI, 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 15/03/2017)

constituída em outro processo de natureza jurisdicional, aproveitando-se os atos de realização da prova já consumados em outro processo, sem necessidade de repetição²⁶⁴.

No Direito Português, os depoimentos e perícias produzidos num processo com audiência contraditória da parte podem ser invocados noutra processo contra a mesma parte – art. 421, nº 1. Não há dúvidas que a prova documental pode ser utilizada, mas a inspeção judicial, por seu turno, não teria valor fora do processo em que foi produzida, devido à natureza pessoal do resultado alcançado, consoante Jorge Augusto Pais de Amaral.²⁶⁵

As meras cópias de documentos, de acordo com Dinamarco²⁶⁶, não se incluem como prova emprestada, porque cada documento vale por si próprio e pela eficácia que detiver. Não se divisa restrição quanto ao meio de prova a ser emprestado, pois o laudo circunstanciado pode ser útil em dezenas de demandas, basta possuírem as ações o mesmo ponto controverso para legitimar o seu empréstimo²⁶⁷.

O Código de Processo Civil brasileiro, no artigo 372²⁶⁸, preconiza que o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, conferindo o valor que considerar adequado, observando o contraditório. A lei não restringiu o meio de prova ou a identidade de partes, sendo essa interpretação mais alargada a que mais se coaduna com a visão de processo eficiente.

Com o fim de buscar o aproveitamento máximo da prova, adota-se o critério de admitir a prova mesmo de quem não participou do processo originário²⁶⁹, desde que

²⁶⁴ DINAMARCO, 2002a, p. 97.

²⁶⁵ AMARAL, 2016, p. 297.

²⁶⁶ DINAMARCO, op. cit., p. 97.

²⁶⁷ Jorge Augusto Pais de Amaral, implicitamente, entende que a omissão do art. 421 é compreendida porque é tão fácil a sua utilização em novo processo, bastando a juntada ao outro processo. (AMARAL, op. cit., p. 297-298)

²⁶⁸ O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

²⁶⁹ É admissível, assegurado o contraditório, prova emprestada de processo do qual não participaram as partes do processo para o qual a prova será trasladada. A grande valia da prova emprestada reside na economia processual que proporciona, tendo em vista que se evita a repetição desnecessária da produção de prova de idêntico conteúdo. Igualmente, a economia processual decorrente da utilização da prova emprestada importa em incremento de eficiência, na medida em que garante a obtenção do mesmo resultado útil, em menor período de tempo, em consonância com a garantia constitucional da duração razoável do processo, inserida na CF pela EC 45/2004. Assim, é recomendável que a prova emprestada seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. Porém, a

a parte prejudicada pela prova tenha garantido o contraditório no processo anterior. Além disso, há quem defenda que o contraditório não pode ser o único critério a ser considerado, especialmente nos casos de conflito de direitos fundamentais, isto é direito à tutela jurisdicional e direito à intimidade²⁷⁰.

A restrição do uso da prova emprestada apenas nos casos em que houver identidade de partes, como bem sublinhado no precedente do Superior Tribunal de Justiça, reduziria a magnitude da aplicação do princípio da eficiência sem a devida justificativa. De toda forma, a valoração da prova emprestada depende das circunstâncias do segundo processo, as particularidades do empréstimo e mesmo a variação da efetivação do contraditório²⁷¹.

Assim nas demandas multitudinárias a maior utilização da prova emprestada, inclusive com a participação ativa do juiz²⁷², revela-se procedimento eficiente para a prestação jurisdicional.

Prova preponderante

Para maior clareza e para visualização da aplicação prática do princípio da eficiência em caso complexo examina-se precedente judicial²⁷³ que mediante o

prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade sem justificativa razoável para isso. Assegurado às partes o contraditório sobre a **prova**, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, o empréstimo será válido. (Superior Tribunal de Justiça, EREsp 617.428-SP, Relatora Ministra Nancy Andrichi, julgado em 4/6/2014).

²⁷⁰ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero assinalam que “o contraditório não pode ser o único critério considerado [...]. Imagine-se, por exemplo, caso em que a única prova que possui foi produzida em processo em que o contraditório não pode ser reconstituído (ou porque as partes são distintas, ou porque há elementos não recuperáveis etc.). Ter-se-á, aqui, verdadeiro conflito de direitos fundamentais processuais (entre o direito ao contraditório e o direito à tutela jurisdicional), que evidentemente não pode preferir, de forma abstrata, uma ou outra posição. Haverá a necessidade de se ponderar os direitos fundamentais em colisão conforme as circunstâncias do caso concreto, aplicando-se a regra da proporcionalidade”. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 269)

²⁷¹ *Ibidem*, p. 269.

²⁷² A atividade probatória também deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo, na lição de José Roberto dos Santos Bedaque. (BEDAQUE, 2001, p. 161)

²⁷³ Autos do processo nº 2008.06.1005431-4 que tramitou perante o TJDF, sentença em anexo, cujo resultado final foi a celebração de acordo, após apelação da FIAT (APC 2008 06 1 005431-4), com cláusula de confidencialidade. Este precedente foi também utilizado no relatório da disciplina Análise Econômica do Direito – Professores Fernando Araújo e Maria Paulo Reis Vaz Freire, quando se abordou a questão do nexo de causalidade e recall. A escolha deste precedente não foi aleatória, pois contém

conceito de prova preponderante reconheceu nexos de causalidade em acidente automobilístico. A escolha deste precedente advém de abordagem de diversas questões examinadas na dissertação como a prova preponderante, o uso estratégico do Poder Judiciário, a dificuldade de analisar o nexo de causalidade diante da opacidade e da limitação cognitiva, a falácia narrativa e a dificuldade de distinguir causa e efeito, vale dizer, causalidade e correlação. O uso de precedente para explorar os temas da prova preponderante e nexo de causalidade facilita a compreensão da ideia que se pretende transmitir, pois ao centrar em caso específico, evitam-se abstrações e generalidades.

Na petição inicial e contestação do caso paradigma, assim como em alegações finais apresentadas pelas partes, há nítida divergência sobre a causa do acidente que gerou danos corporais à autora, a sua distinta família e ocasionou os danos ao veículo. Na visão da parte demandante, o cubo de roda do veículo era defeituoso, a comprometer a segurança veicular, de modo que teria sido a causa da perda de controle do carro nas circunstâncias descritas. Em contraste, a empresa FIAT diz que houve sobrecarga, bem como que foi a colisão da roda no barranco a verdadeira causa do acidente, de modo que o cubo de roda questionado não apresentava qualquer defeito ou falha de projeto, montagem ou fabricação. Em resumo, defende a FIAT que o desprendimento da roda do veículo *Stilo* foi efeito e não causa do sinistro.

Essa divergente explicação para o acidente continuou durante todo o curso processual, refletida nos documentos constantes dos autos, assim como nos testes e exames laboratoriais em diversas e respeitáveis instituições.

Pois bem, diante da prova oral ora colhida, bem como dos diversos laudos encartados ao caderno processual, o perito judicial consignou que *'fica fácil entender o que aconteceu no caso do veículo em pauta'*. Da mesma forma, foi a assertiva constante do Laudo da Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC, ao registrar que *'foi possível estabelecer, com 100% de certeza, a relação de nexo pretendida'*, a concluir que *'a soltura da roda foi consequência do acidente e não sua causa'*.

discussões sobre vários temas desta dissertação, bem como ficou patente o uso estratégico de não permitir que o caso fosse julgado por tribunal superior para não formar precedente vinculativo, de modo que as grandes corporações atuam seletivamente como mencionado em parte anterior desta dissertação. Esse caso específico é uma das evidências que a formação dos precedentes deve ser de baixo para cima e não de cima para baixo, sendo relevante observar que grandes corporações podem selecionar os casos a serem submetidos aos tribunais superiores e fazer prevalecer suas pretensões com efeitos deletérios ao sistema de justiça.

Extrai-se das regras de experiência e da observação do que ordinariamente acontece que quanto ocorre determinado ‘*desastre ou acidente*’ o mais correto é ter em mente a concorrência de diversas causas, pois dificilmente a ruptura de peça de segurança tem causa única, de modo que os profissionais de determinado ramo do conhecimento humano e, sobretudo, os operadores do direito devem ter em mente a enorme dificuldade de se descobrir integralmente qual fato ou conjunto de fatos foram determinantes para a ocorrência de determinado evento²⁷⁴. Chegar-se à verdade adjetivada de ‘real’ é utopia, o que conseguimos, sejamos sinceros, é construir aproximação, daí se falar não em verdade real ou certeza, mas em verdade aproximativa.

Assim, necessário investigar todas as possíveis causas, sem olvidar ou desmerecer qualquer uma delas, podendo-se apelar de forma científica para o raciocínio probabilístico, porquanto limitados os equipamentos de medição desenvolvidos pela tecnologia e limitada a própria cognição humana²⁷⁵.

Dito isto, importante explicitar o direito aplicável à espécie, ou seja, a regra jurídica a ser observada, notadamente a distribuição do ônus da prova quanto ao nexo de causalidade, a qual, segundo a doutrina moderna, há de ser dinâmica²⁷⁶. Daí que era ônus da FIAT comprovar de forma satisfatória que o produto (veículo, especificamente o cubo de roda) era seguro, não apresentava defeito ou vício ou mesmo que a culpa pelo acidente foi da consumidora ou de terceiros.

Nessa trilha, para subsidiar os fundamentos do precedente, utilizou-se o Código de Defesa do Consumidor brasileiro²⁷⁷, de modo que os meios de provas

²⁷⁴ De acordo com WATTS (2011, p. 119) “*o sendo comum e a história conspiram para gerar ilusão de causa e efeito. Por outro lado, o sendo comum se destaca na geração de causas plausíveis, sejam pessoas especiais, atributos especiais ou circunstâncias especiais. E, por outro lado, a história obsequiosamente descarta a maior parte das evidências, deixando uma trilha de eventos a serem explicados. Desta forma, explicações baseadas no senso comum parecem nos dizer por que algo aconteceu, quando na verdade, tudo o que elas fazem é descrever o que aconteceu*”.

²⁷⁵ Como bem delineado por CAMINHA e ROCHA (2015, p. 33-47) “*a racionalidade limitada, de forma geral, relaciona-se como reconhecimento da insuficiência informacional e mesmo limitações cognitivas na hora de efetuar decisões. Preconceitos e noções intuitivas, mas falaciosas, tendem a comprometer as previsões dos modelos que supõe um agente perfeitamente racional para os indivíduos concretos*.”

²⁷⁶ Segundo Fredier Didier: “*A atribuição feita pelo legislador é prévia e estática (invariável de acordo com as peculiaridades da causa); a distribuição feita pelo juiz ou pelas partes é considerada dinâmica, porque feita à luz de uma situação concreta*”. (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 107)

²⁷⁷ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por

(pericial, documental e oral), ainda que indiciárias, e os estudos técnicos incorporados ao caderno processual formaram o convencimento de que o cubo de roda em ferro fundido instalado no veículo da consumidora apresentou fragilidade, o que comprometeu a segurança veicular e concorreu para o resultado lesivo.

Ressalte-se que há diversos indícios que permitiram a conclusão a que chegaram os engenheiros que se manifestaram na audiência de instrução. Porém, não menos importantes, foram os pontos omissos, dúvidas, contradições e até multiplicidade de causas para explicar o acidente em destaque. Não se pode afirmar quem estava na direção do veículo no momento em que se perdeu o controle dele (a autora ou seu consorte, embora tal questão não tenha sido preponderante para resolver a lide), assim como estava a distribuição de massas (pessoas e bagagem) no interior do veículo.

Igualmente, não se aferiu qual a velocidade desenvolvida pelo veículo no átimo anterior à colisão do veículo, em que ângulo e em qual velocidade se deu tal colisão com o barranco, quais as características deste barranco (dureza, inclinação, ângulo de colisão), quais as condições a que foram submetidas as peças móveis e equipamentos do veículo (notadamente a suspensão traseira e em especial o cubo de roda traseiro esquerdo) durante os 18.035 quilômetros percorridos pelo veículo FIAT *Stilo Sporting*, ano 2007.

Enfim, há diversas perguntas sem respostas precisas, a dificultar saber perfeitamente o que causou ou concorreu para o acidente, motivo pelo qual diversos profissionais responderam as indagações ‘em tese’. Correto esse proceder a demonstrar as limitações para se aferir as causas da soltura do cubo da roda, assim como evidenciar as dificuldades em esclarecer o nexos de causalidade com causas múltiplas.

Porém, essas questões não elucidadas e a discrepância de opiniões entre os engenheiros mecânicos não favoreceram a empresa FIAT, ao contrário, evidenciaram

defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera [...] § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

que o cubo de roda do *Stilo* em ferro fundido nodular era o principal suspeito de ter causado o sinistro.

Deveras, não se pode exigir de pessoa natural, a produção de provas que só podem ser feitas por quem tem todos os dados a seu dispor, a capacidade técnica e lastro econômico para remunerar os serviços especializados e promover a adequada pesquisa científica sobre a causa do acidente.

As afirmações constantes da contestação e das alegações finais da FIAT, ainda que em consonância com o laudo do INMETRO e da UFSC não conduzem à exclusão de responsabilidade. A causa invocada – sobrecarga – não foi devidamente comprovada (pode ter ocorrido a sobrecarga, como pode não ter ocorrido ou mesmo pode ter ocorrido, mas o cubo da roda deveria suportar). A foto do veículo, por si só, não demonstrava que a roda estava acoplada ao colidir com o barranco na margem da estrada, ao revés, o fato de a roda ter mantido sua integridade (empenamento de 0,39 mm no lado externo e 2,30mm no lado interno), mantido o ar no pneu e sua integralidade ao exame visual é indício de que não houve colisão lateral com a roda acoplada, muito embora a soltura possa, em tese, ter ocorrido em razão desta colisão lateral.

Os danos na ponte traseira de suspensão e demais componentes da suspensão traseira realmente refletem sobrecarga, mas permanece a dúvida se a roda estava acoplada quando da sobrecarga que gerou os sinais detectados nos laudos anexados ao caderno processual do mencionado precedente.

O fato de não existir aparente marca de atrito de peça metálica no asfalto onde ocorreu o acidente, decorrente da natural inclinação do veículo ao perder a roda traseira, também não se erige como indício incontestável de que a roda não se soltou antes da colisão com o barranco. A depender da distribuição de massa no interior do veículo, bem como da velocidade desenvolvida pelo carro e da manobra adotada ao volante pode-se percorrer certa distância antes da natural e esperada tendência à inclinação do veículo no lado da peça faltante (lateral traseira esquerda) causar o atrito da suspensão no asfalto ou na terra.

Noutras palavras, o desprendimento da roda com o veículo em deslocamento a certa velocidade e em determinadas condições não necessariamente causará a

imediate inclinação do veículo e consequente atrito de metal no asfalto, de modo que a ausência de marcas no local do acidente não se erigiu como prova da segurança e confiabilidade do cubo de roda questionado.

Fixadas tais premissas, o laudo apresentado pela CESVI BRASIL apesar de impugnado pela FIAT, mostrou-se o mais completo e imparcial, a cristalizar o trabalho pericial que melhor abordou as possíveis causas da soltura de roda do Fiat *Stilo* e, por tal motivo, serviu como suporte técnico para a prolação da sentença de procedência parcial dos pedidos formulados. Evidentemente não foi a única prova favorável à consumidora, mas a que conduziu ao convencimento de que o cubo de roda questionado causou o acidente automobilístico.

Veja-se que no Laudo CESVI houve criterioso levantamento de dados sobre os acidentes, notadamente o cubo de roda. Estatisticamente, segundo tal laudo, as características predominantes dos casos de soltura de cubo de roda são:

Fiat *Stilo* 1.8, sem ABS (cubos de roda em ferro fundido nodular), ano de fabricação 2004 a 2008, predominando 2007 em quase 50% dos casos, baixa quilometragem, com média de 19.637 mil Km, rodas aro 17” (46%) e soltura da roda traseira esquerda (46%).

No caso do veículo da consumidora-autora, todas estas características estavam presentes, a saber: Fiat *Stilo*, 2007, cubo de roda em ferro fundido nodular, baixa quilometragem (17.035), rodas aro 17” e soltura da roda traseira esquerda. Portanto, a alegação da FIAT de que há 100% de certeza que houve sobrecarga, vale dizer, colisão do veículo com barranco e tal fato foi a única causa da soltura da roda, não foi demonstrada de forma cabal, havendo robustos indícios de que foi defeito ou fragilidade do cubo da roda traseira esquerda a causa mais provável da perda de controle do veículo e consequente acidente.

A ponderação constante no laudo evidencia que existe a possibilidade de ruptura do cubo de roda em ferro fundido nodular, podendo vir a sofrer fraturas do tipo frágil em condições normais de utilização do veículo. Essa conclusão é corroborada por diversas testemunhas e não pode ser descartada como alegado pela FIAT, de sorte que conquanto o laudo do CESVI não permita cravar que a roda do veículo da demandante se despreendeu antes do acidente, endossa as palavras de vários engenheiros mecânicos de que a substituição do cubo de roda de aço forjado por ferro

fundido nodular, sem alterar as dimensões da peça, gerou a fragilidade demonstrada nos estudos e dados estatísticos coletados, a comprometer seriamente a segurança.

A afirmação de que o laudo da CESVI BRASIL foi inconclusivo, de sorte que não há evidências se a solda ocorreu antes ou depois do acidente (sobrecarga) não afasta o ônus processual da FIAT de comprovar que o acidente se deu por exclusiva culpa da autora ou fato de terceiro. O local do acidente era pista em boas condições, uma reta. O depoimento da autora não evidenciou que houve má utilização do veículo ou uso anormal dele, ao contrário, a baixa quilometragem e a realização de revisão programada aos 15 mil quilômetros, como assinalado pela própria FIAT robusteceu os indícios de que a consumidora adotou as cautelas devidas para trafegar com segurança em viagem de longa distância (Brasília – Nordeste e retorno), ainda que as condições das rodovias para tal região presumem-se não serem as ideais.

Outro ponto bastante repisado pela FIAT referente ao tipo de fratura detectado por instrumentos de precisão a nível atômico (dúctil) e aos danos ao sistema de suspensão também não afastam a sua responsabilidade pela segurança veicular. As evidências laboratoriais examinadas pelos técnicos da CESVI BRASIL *‘indicam que, em tese, é possível a ruptura do cubo de roda por fratura frágil em condições normais de uso do veículo’*.

E mais, pontificam os engenheiros que *‘como o material do cubo tem baixa resistência à fratura (baixos níveis de tenacidade à fratura), esta pode ocorrer com pequenos esforços acima da especificação, ou mesmo sem qualquer esforço adicional fora da especificação. Isto posto, existe, em tese, a possibilidade de ruptura do cubo de roda em ferro fundido nodular, podendo vir a sofrer fraturas do tipo frágil em condições normais de utilização do veículo’*.

Ora, é enigmático que nenhum caso de solda de roda que fora examinado nos diversos laudos ocorreu em cubo de roda em aço forjado. Além disso, a explicação da testemunha arrolada pela FIAT para o motivo da substituição do material do cubo de roda não foi convincente.

A testemunha Walter Kauffmann Neto explicou que

[...] para que um cubo de ferro fundido tenha a mesma resistência de um cubo de aço forjado são necessárias dimensões e formas diferentes; que a Fiat substituiu o aço forjado pelo ferro fundido na fabricação do cubo

porque o ferro fundido atendia às condições mínimas exigidas no projeto; que a opção da Fiat por substituir o aço forjado pelo ferro fundido, visa tornar o veículo mais leve e mais suscetível a absorver a energia cinética decorrente de eventual colisão protegendo o passageiro.

Essa *'versão'* para a substituição do material de fabricação do cubo de roda do *Stilo* não pode ser endossada e sequer resiste à lógica. Se FIAT resolveu substituir o cubo da roda para tornar o veículo mais *'leve'* e assim mais suscetível a absorver a energia cinética decorrente de eventual colisão, deveria ter feito em peças ou equipamentos não críticos para a segurança veicular ou mesmo ter efetuado mais testes e simulações, posto que a diferença de massa entre o cubo de roda de ferro fundido e aço forjado, mantida as medidas, deve ser pequena, de modo que se a FIAT procedeu à substituição em foco por esse motivo, como diz o pensamento popular: *'cobriu um santo para descobrir vários'*.

A FIAT ao manter as mesmas dimensões e formas ao substituir o material de fabricação (peça importada pela nacional), assumiu o risco de fragilizar a peça ou o conjunto e, por conseguinte, diminuir sua confiabilidade para suportar as exigências para a qual se destina.

Frise-se que não se quer questionar a busca pela redução de custos ou mesmo arrefecer a natural luta por mais mercado ou por maiores lucros nas transações, pois todos nós buscamos maximizar nossos ganhos, segundo a análise econômica do direito. Faz muito bem a fabricante do veículo em visar à redução de custos de produção, mediante padronização e uso de peças produzidas no Brasil, pois ao oferecer bens de consumo por preços menores atinge a função social da propriedade e gera ganhos não só para a empresa e acionistas, mas para toda a sociedade. Contudo, tal conduta deve ser realizada sem comprometimento da segurança dos consumidores e mediante estudos técnicos adequados.

A outra explicação fornecida pelo engenheiro Pedro Amedeo Bernardini, informante da FIAT, para a substituição do material de fabricação do cubo de roda soa mais crível, pois relatou que *'a substituição de aço forjado por ferro fundido permitia a fabricação de peças no Brasil sem a necessidade de importação; que acredita que foi este o motivo da Fiat ter feito a troca dos materiais'*.

Não se pode negar que se foi essa a motivação, menos mal, contudo deveria a

FIAT comprovar de forma clara e definitiva que o cubo de roda nacional era adequado para o modelo *Stilo*, ou seja, para suas exigências específicas (esforços), tipo de suspensão, tipo de roda (diâmetro da roda, largura dos pneus), massa, motorização etc.

Mesmo abstraindo-se o material adotado pela indústria automotiva (ferro fundido, aço forjado, fibra de carbono ou outro material adequado). O que interessa para o Direito do Consumidor é se o produto oferece a segurança que dele se espera para o uso ao qual se destina, isto é, a garantir a dirigibilidade do veículo, ainda que em situações críticas.

Nesse vértice, relevante transcrever trecho da conclusão CESVI BRASIL:

[...] O cubo de roda traseiro em ferro fundido nodular que equipa os veículos *Stilo*, consiste na mesma peça que equipa originalmente os veículos Novo Pálio, Siena Fase I, Idea, dentre outros [...], cuja potência, massa, tipo de suspensão, diâmetro das rodas, largura dos pneus, bitola, e consequentemente esforços, são significativamente diferentes do que as solicitações a que a peça está sujeita quanto montada nos veículos *Stilo*.

Assim, concluiu o precedente em destaque que o cubo de roda, como todo equipamento que envolve a segurança veicular em regra deve ser superdimensionado pela indústria automobilística e não subdimensionado, como se infere do laudo da CESVI BRASIL, porquanto o cubo de roda em ferro fundido nodular para veículo com as características do modelo *Stilo* não apresenta a segurança necessária que dele se espera, ante os indícios robustos de subdimensionamento da peça para uso no modelo *Stilo*, ou seja, a motorização 1.8, a massa, o tipo de suspensão, o diâmetro da roda 17” e a largura dos pneus são diferentes das exigências e especificações dos outros modelos da linha FIAT que já usavam o cubo de roda de ferro fundido nodular.

O laudo apresentado permitiu inferir que a provável causa da soltura de roda do Fiat *Stilo* foi a invocada pela consumidora e gerou a determinação de *recall*²⁷⁸.

²⁷⁸ O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios julgou caso similar ao discutido neste trabalho, cujos fundamentos que interessam são os seguintes: “Na expressão do princípio da persuasão racional ou da livre convicção motivada, conquanto deva ser sopesada sua relevância na elucidação da matéria de fato, o laudo pericial deve ser apreciado em conjunto com os demais elementos de prova reunidos, podendo ser desprezadas as conclusões que encartara se não é conclusivo sobre a questão de fato relevante para depuração do vício de fabricação imprecado a veículo novo. Aferido que o laudo técnico, além de inconclusivo, destoava de todos os demais elementos de prova produzidos, estampando assertivas desconformes até mesmo com laudo encomendado pelo DENATRAN face à quantidade anormal de acidentes ocorridos nas mesmas circunstâncias - desprendimento da roda traseira de veículo modelo Fiat/*Stilo* -, que, lastreado em exames técnicos conduzidos por renovada universidade pública -

Importante sublinhar que o precedente não utilizou como fundamento o fato de o cubo de roda ter sido objeto de recall compulsório (determinado pelo Ministério da Justiça), pois na época a empresa FIAT negava peremptoriamente a existência do defeito²⁷⁹.

UNICAMP, recomendara a realização de recall no automóvel de molde a ser prevenida a subsistência dos eventos, deve ser desprezado, e, ponderado os demais elementos de convicção, ser reconhecida e afirmada a subsistência do vício de fabricação imprecado ao automóvel novo fornecido, que ensejara a inserção do adquirente em grave acidente diante do desprendimento da roda traseira do automóvel quando transitando em rodovia. Se à luz do cotejo de outros fatos e elementos processuais emergem evidências técnicas diversas das apontadas pelo experto que atuara como perito judicial, ao juiz é reservada a faculdade de formar livremente sua convicção, mostrando-se legítima a desconsideração do apurado na expressão do princípio da persuasão racional e fixação da premissa de que o defeito de fabricação no cubo da roda traseira do automóvel fora determinante para o acidente ocorrido, ocasionando o descontrolo do veículo e consequente capotamento, devendo a fornecedora do produto, portanto, arcar com o risco em potencial assumido pela alteração em componentes estruturais diretamente ligados à segurança automotiva (arts. 6º e 12º do CDC). Em não tendo se desincumbido do ônus probatório que a afetava de, mediante elementos idôneos, contrariar o apurado e evidenciar a confiabilidade e segurança da peça ou a inexistência do defeito crônico no cubo da roda traseira apresentado pelo veículo fornecido - Fiat Stilo -, que, segundo apurado, se desprendera, provocando grave acidente, vício, ademais, recorrente em veículo da mesma marca e modelo, conforme atestado, inclusive, por laudo elaborado por laboratório de universidade pública de reconhecida idoneidade e qualificação, tanto que realizado, após diversos sinistros, recall nacional para a correção do defeito do acessório, inclusive confeccionado com utilização de material mais frágil (ferro fundido) do que o recomendado, resta patenteado o vício de fabricação, determinando a responsabilização da fabricante pelos efeitos que provocara no consumidor. Restando evidenciado o ilícito praticado pela introdução de automóvel defeituoso no mercado com sério vício de fabricação que afetava, inclusive, sua segurança, colocando em risco a incolumidade física do adquirente e dos usuários eventuais, e o nexa causal com o resultado lesivo havido, porquanto provocara o vício de produção grave acidente automobilístico, deve a fabricante do produto compor os danos causados ao consumidor que fora alcançado pela perda total do automotor sinistrado, repetindo-lhe na íntegra o preço que solvera à época da aquisição, por representar a exata dimensão do que dispendera, em vão, pela aquisição de um veículo zero quilômetro com severo defeito de fabricação apresentado ainda dentro do prazo de garantia. Apurado que o vício que afetara o produto durável fornecido não encerrara mero defeito apresentado logo após a aquisição, mas grave defeito de projeto e fabricação que afetava a própria segurança do automotor, frustrando o esperado pelo adquirente no momento da aquisição do produto representado por veículo novo, ponderados, sobretudo, os efeitos nocivos provenientes do acidente que o defeito determinara, provocando, inclusive, sequelas físicas ao adquirente, causando-lhe perda auditiva, o havido, inexoravelmente, determinara sua sujeição a dores, debilidade física, perdas, transtornos, contratemplos e humilhações provenientes não só da inviabilidade da utilização do veículo de forma segura, mas, sobretudo da debilidade física que lhe ensejara de forma perene, irradiando-lhe danos morais de expressiva amplitude.” (in Acórdão nº 1005995, 20160110544734APC, Relator Desembargador Teófilo Caetano, 1ª Turma Cível, DJe 29/03/2017, p. 184-207).

²⁷⁹ Decisão inédita do Ministério da Justiça, do início de março de 2010, que determinou à Fiat a realização de um recall para troca do cubo de rodas traseiras do veículo modelo Stilo, fabricado a partir de 2004, além de uma multa no valor de R\$ 3 milhões, foi baseada em laudo técnico emitido pelo professor Itamar Ferreira, da Faculdade de Engenharia Mecânica (FEM) da Unicamp. [...]. Contratado pela empresa Cesvi (Centro de Experimentação e Segurança Viária), Ferreira analisou três peças sinistradas e seis equipamentos novos produzidos tanto com ferro fundido nodular quanto com aço forjado. Foram feitos estudos comparativos de propriedades mecânicas e, principalmente, de micromecanismos de fratura dos dois materiais. O laudo apontou que o risco de falha com o ferro fundido é muito grande, simplesmente porque ele tem menor resistência à fratura. ‘Isso foi mostrado quantitativamente. É óbvio que se as dimensões do cubo fossem diferentes e se houvesse controle sobre outras variáveis de projeto, o risco de

Dificuldades acerca da verificação da causalidade

De acordo com o precedente em análise, foi utilizada fundamentação com uso de probabilidade e de distribuição dinâmica do ônus da prova para formação do convencimento judicial acerca do nexo de causalidade, apelando-se para a figura da prova preponderante. A simples leitura dos motivos relevantes da sentença permite concluir a dificuldade em se demonstrar a real causa do acidente objeto da lide retratada, isto é, o nexo de causalidade.

A psicologia evolutiva tem evidências de que temos capacidade quase ilimitada de ignorar a nossa ignorância, valer dizer, a caracterizar ilusão de compreensão, consoante Daniel Kahneman.²⁸⁰

A dificuldade prática para aferir o nexo de causalidade nas demandas revela-se conspícua. Fernando Araújo²⁸¹ obtempera que “*as regras de responsabilidade e de internalização estão muito dependentes de requisitos de verificabilidade, e estes são difíceis e restritivos*”.

Na mesma direção, Caio Mário da Silva Pereira²⁸² pontifica que o nexo de causalidade consiste no mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado, bem como a dificuldade de sua prova, notadamente quando ocorre a denominada causalidade múltipla.

Vale destacar que o nexo causal é o elo que liga o dano ao fato gerador, o elemento que indica quais os danos que podem ser considerados como consequência do fato verificado²⁸³. Na responsabilidade civil o nexo de causalidade é talvez o requisito que mais dificuldade suscita.

A jurisprudência brasileira não destoia deste ponto de vista, inclusive menciona que o nexo causal é a primeira questão a ser enfrentada na solução de

fratura diminuiria’, afirmou o docente. (in *Jornal da Unicamp*, Campinas, 5 a 11 de abril de 2010 – ANO XXIV – nº 456).

²⁸⁰ KAHNEMAN, 2015, p. 266.

²⁸¹ ARAÚJO, 2007, p. 856.

²⁸² PEREIRA, 1998, p. 76.

²⁸³ NORONHA, 2007, p. 710.

demandas envolvendo responsabilidade civil²⁸⁴ e sua comprovação exige absoluta segurança quanto ao vínculo entre determinado comportamento e o evento danoso²⁸⁵.

Diante de tais considerações, passa-se ao exame do nexo de causalidade e peculiaridades, com utilização parcial de pesquisa desenvolvida no relatório na disciplina Análise Econômica do Direito.

O nexo causal e suas teorias

A complexidade e o desenvolvimento tecnológico da vida moderna implicam a prática de atividades de riscos que fizeram evoluir a noção de responsabilidade civil²⁸⁶, a qual ostenta três elementos essenciais, a saber: o nexo de imputação (ação juridicamente qualificada com fundamento na ideia de culpa ou de risco), o dano, e o nexo de causalidade. Vale dizer, o dever de reparar o dano depende do nexo causal entre certa conduta e o resultado danoso.

De acordo com Cesar Santolim²⁸⁷:

Sob a perspectiva da filosofia, a ideia de causa remonta a Aristóteles (causa material, de que algo é feito; causa formal, o que dá a forma; causa eficiente, como se faz algo; causa final, porque algo tem a sua forma), tem importante revisão com Galileu ('causa eficiente é a condição necessária e suficiente para a aparição de algo'), e sofre verdadeira transformação na percepção de Hume (que nega a existência de qualquer 'propriedade' ou 'força misteriosa' no fato individual antecedente que 'crie' ou 'produza' o consequente), vendo a 'causação' como sucessão regular de acontecimentos.

Marco Fábio Morsello²⁸⁸ assinala que nexo causal é o vínculo, a relação de causa e efeito, entre a conduta e o resultado, o que permite inferir gênese do conceito no âmbito das ciências naturais, de modo a analisar se a ação ou omissão foi ou não a

²⁸⁴ A responsabilidade civil não seria apenas instituto jurídico, mas sistema de geração de incentivos para condutas que podem ou ser mais onerosas para os próprios agentes sociais.

²⁸⁵ TJRJ, apelação cível 200400110228, Relator Desembargador Sergio Cavalieri Filho, julgado em 4.8.2004.

²⁸⁶ Caio Mário da Silva Pereira explicita que a responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. (PEREIRA, 1998, p. 11)

²⁸⁷ SANTOLIM, 2014, p. 83.

²⁸⁸ MORSELLO, 2007.

causa do dano.

Esclarece a doutrina que o nexo de causalidade tem que ser visto como uma “rede” de eventos e não como simples corrente, bem como funciona como “filtro preliminar”, o qual separa as consequências casuais que podem ser imputadas a alguém das que não podem²⁸⁹.

Ponto central da abordagem envolve o estabelecimento de critério objetivo de aferição da responsabilidade, pois o problema da causalidade é questão científica de probabilidade, nas precisas palavras de Caio Mário da Silva Pereira²⁹⁰.

Em virtude da relevância do nexo causal, especialmente para aplicação no âmbito do Direito Criminal, historicamente surgiram diversas teorias na tentativa de defini-lo ou mesmo estabelecer seus limites. Perante a doutrina brasileira destacam-se as seguintes teorias: I - a teoria da equivalência das condições ou dos antecedentes ou mesmo da condição *sine qua non* ou *but for test*; II – teoria da causalidade adequada, *adequacy test*; III – a teoria da causa direta e imediata também denominada teoria da interrupção do nexo causal²⁹¹.

I – Teoria da equivalência das condições ou dos antecedentes

Desenvolvida no âmbito do Direito Penal por Von Buri, em 1860, com apoio nas ideias de Stuart Mill, essa teoria, de forma sintética, sustenta que todos os elementos que concorreram para o evento danoso são considerados causa²⁹².

A aplicação desta teoria é questionada por ampliar demasiadamente o dever de indenizar, porquanto haveria infinita espiral de concausas sem as quais o dano não teria ocorrido, a gerar cadeia de responsabilidade praticamente infinita nas palavras de Luis Cláudio Furtado Farias.²⁹³

A justificativa de tal teoria reside na visão de que o dano não teria ocorrido

²⁸⁹ BATTESINI, 2010, p. 252.

²⁹⁰ PEREIRA, 1998, p. 79.

²⁹¹ Há consistente análise de outras teorias do nexo causal realizada por CRUZ (2005, p.33-35). Iguamente temos a menção à teoria da ‘causa eficiente’, a teoria da ‘causa preponderante’ e a teoria do ‘âmbito de proteção da norma (ou ‘lesão do bem protegido’), na lição de SANTOLIM (2014, p. 85).

²⁹² Conforme MALAURIE e AYNÉS (2016, p. 47), essa teoria ‘*torna cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade*’.

²⁹³ FARIAS, 2006, p. 62.

sem que cada uma das condições tivesse verificado. O inconveniente na sua aplicação deriva da ampliação praticamente ilimitada do dever de reparar o dano, imputando-o a multiplicidade de agentes. No caso concreto que subsidia este trabalho, a utilização desta teoria, poderia supor que o proprietário do barranco no qual houve a colisão do veículo seria responsabilizado pela colisão e danos causados ou mesmo o inventor do motor à combustão²⁹⁴.

II – Teoria da causalidade adequada

Diante das limitações práticas da teoria anterior, foi elaborada por Von Kries, por volta de 1888, aperfeiçoada por Rümelin, Traeger, Ennecerus e Gabriel Marty a teoria da causalidade adequada, a qual individualiza e qualifica as condições. Enfatiza que a ‘*causa*’ do dano será o antecedente não só necessário, mas o adequado à produção do resultado²⁹⁵.

De acordo com Fernando Noronha “*a teoria da causalidade adequada parte da observação daquilo que comumente acontece na vida (ide quod plerumque accidit) e afirma que uma condição deve ser considerada causa de um dano quando, segundo o curso normal das coisas, poderia produzi-lo. Essa condição seria a causa adequada do dano; as demais condições seriam circunstâncias não causais*”.

Vale registrar o pensamento de Hans-Bernd Schäfer e Claus Ott²⁹⁶, segundo os quais “*o coração dessa doutrina é que para que uma parte seja considerada responsável por um dano deve haver não apenas vínculo causal entre a ação da parte e o dano, mas que essa ação seja adequada. Mais precisamente adequação significa que o comportamento geral de uma parte objetivamente aumenta a probabilidade de ocorrência de um dano*”.

A crítica a tal teoria deriva da afirmação de que o caráter ‘*adequado*’ da causalidade depende do grau de probabilidade dano, pois a probabilidade não é certeza, consoante observação de Caio Mário.²⁹⁷

²⁹⁴ MORSELLO, 2007, p. 214.

²⁹⁵ FARIAS, 2006, p. 63.

²⁹⁶ OTT; SCHÄFER, 2004, p. 203.

²⁹⁷ PEREIRA, 1998, p. 79.

Não obstante, a teoria da causalidade adequada é a tese que predomina no direito comparado e no direito brasileiro, muito embora nenhuma das jurisdições, inclusive a brasileira possua norma específica disciplinando a questão, razão pela qual as regras de causalidade, são desenvolvidas pela jurisprudência²⁹⁸.

III – Teoria da causa direta e imediata

A teoria da causa direta e imediata encontra fundamento no art. 403 do Código Civil brasileiro²⁹⁹. Luis Cláudio Furtado Faria sustenta que essa teoria nada mais é do que uma faceta da anterior, com a qual não raramente se confunde ou resulta em mesmo efeito prático, porquanto requer haja entre a conduta e o dano, relação de causa e efeito direta e imediata³⁰⁰.

Nesse vértice, o Supremo Tribunal Federal brasileiro adota tal teoria com a subteoria da necessariedade, ou seja, o dever de reparar surge quando o evento danoso consubstancia efeito “*necessário*” de certa causa, vale dizer, passível o ressarcimento dos danos indiretos, desde que sejam decorrentes necessariamente do ato ilícito³⁰¹.

Nos países que adotam o sistema do *Common Law*³⁰², adota-se tal subteoria, bem como a distinção entre causa próxima e causa remota, a reputar como causador do dano quem teve a última chance de evitar o dano (*last chance clear*), quando era possível e exigível fazê-lo.

Eugenio Battesini³⁰³ aprofunda o tema:

Com frequência a doutrina e a jurisprudência tem se valido de critérios temporais para fins de identificação da causa adequada. No âmbito da *Civil Law*, com inspiração na doutrina francesa, contemporaneamente, cogita-se da ideia de perda de uma chance de evitar a produção do dano, de frustração da possibilidade de evitar um prejuízo futuro. De forma análoga, no âmbito

²⁹⁸ TEPEDINO (2009, p. 81) defende que o Supremo Tribunal Federal brasileiro adota expressamente a teoria da causalidade direta e imediata, sob a vertente da subteoria da necessariedade. Confira-se, aliás, Recurso Extraordinário nº 130.764-1/PR, relator Ministro Moreira Alves, RTJ, v. 143, p. 270.

²⁹⁹ Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

³⁰⁰ FARIAS, 2006, p. 65-68.

³⁰¹ Nesse sentido, TEPEDINO, op. cit., p. 86.

³⁰² FARIAS, op. cit.

³⁰³ BATTESINI, 2010, p. 257.

da *Common Law*, amplamente referida é a noção de causa próxima, considerando-se responsável quem teve por último a oportunidade, *the last clear chance*, de evitar o dano e não o fez.

Antes mesmo da análise econômica do direito ganhar o espaço que ocupa, José de Aguiar Dias³⁰⁴ já defendia que mais importante que apurar quem teve a última oportunidade de evitar o dano, é elucidar quem teve a melhor ou mais eficiente oportunidade, vale dizer, quem ocupava a melhor condição para evitar o dano, a configurar critério seguro para o hercúleo problema da concorrência de culpa ou multiplicidade de atos conducentes ao dano.

A análise da causalidade

É inegável que Guido Calabresi³⁰⁵ realizou conexão jurídico-econômica da responsabilidade civil e estabeleceu pragmática diretriz apta a auxiliar a árdua tarefa de identificar a causa adequada do dano no caso de concorrência de causas, o princípio do *cheapest cost avoider* (evitar ao menor custo). Este autor pioneiro na análise econômica do direito enfatiza que nos casos em que diversas pessoas podem prevenir o acidente, mas não ao mesmo custo, as Cortes devem comparar a posição das partes e atribuir responsabilidade à parte que pode prevenir o dano ao menor custo³⁰⁶.

Destaca ainda Calabresi³⁰⁷ que a posição de *cheapest cost avoider*, em regra, vincula-se a situações de assimetria informacional e a melhor posição para induzir modificações no comportamento dos envolvidos³⁰⁸.

Assim, nas situações em que diversas pessoas podem prevenir o acidente, mas não ao mesmo custo, deve-se comparar a posição das partes e atribuir a responsabilidade a quem pode prevenir o dano ao menor custo. No entanto, pertinente é a crítica de Dari-Mattiacci e Nuno Garoupa quanto ao problema de natureza

³⁰⁴ DIAS, 2006, p. 945.

³⁰⁵ CALABRESI, 1970, p.24.

³⁰⁶ BATTESINI, 2010, p. 259.

³⁰⁷ CALABRESI, 1975, p. 84.

³⁰⁸ CALABRESI (op. cit., p. 24-33) classifica os custos em três modalidades, a saber: primários, secundários e terciários. Os custos primários relacionam-se com os danos diretos causados às vítimas, os secundários são os associados à dispersão do risco, ou seja, são os custos sociais (terceiros) dos acidentes. Por último, temos os custos terciários, os quais alcançam a liquidação dos danos, são as despesas para se efetivar a reparação do dano, tais como os gastos com o Poder Judiciário.

informativa, porquanto pode acontecer de cada parte tentar ‘pegar carona’ (*free-ride*) na precaução da outra parte, tendendo a prevenção a ser subótima³⁰⁹.

Eugenio Battesini menciona que se deve indagar quem dispõe da estratégia apta (teoria dos jogos) a desencadear curso de ação que apresenta melhor desempenho preventivo do que todas as demais estratégias preventivas passíveis de realização, razão pela qual proporciona parâmetro objetivo que simplifica a aplicação da teoria da causalidade adequada³¹⁰. Aliás, conquanto envolva o nexa de imputação (fundamento para a atribuição de culpa ou risco a determinada pessoa), não abordado diretamente nesse trabalho, vale anotar a menção do mencionado jurista à regra do Juiz Larned Hand³¹¹ de que são analisadas três variáveis para se imputar o dever de indenizar: probabilidade do dano (P), dano (L) e os custos dos cuidados (B), de modo que responsabilização depende de que os custos de cuidados sejam menores que a probabilidade do dano multiplicada pelo dano ($B < P \times L$).³¹²

Diante de tais premissas, quem poderia ter evitado os danos causados à consumidora quanto ao cubo de roda mencionado ou mesmo o risco de dano a potenciais pedestres e outros condutores era a FIAT, pois detinha toda a carga informativa acerca da produção da peça, o número de acidentes ocorridos com o despreendimento da roda, a probabilidade do sinistro, em suma, possuía plenas condições de modificar, ao menor custo (*cheapest cost avoider*), o curso dos eventos.

Não se pode negar que o risco do acidente automobilístico é socialmente suportável, diante dos benefícios e externalidades positivas decorrentes da existência do bem de consumo compensa os prejuízos (danos) e externalidades negativas. Porém, se o veículo apresenta defeito que potencializa acidentes, o acréscimo do risco não pode ser arcado pela sociedade, porquanto não haverá a compensação entre o dano causado ou potencial e o benefício proporcionado pelo bem³¹³.

Ademais, a recalcitrância e demora em realizar o recall no cubo de roda, mesmo com a determinação estatal, evidencia estratégia que causou danos primários,

³⁰⁹ GAROUPA e MATTIACCI, 2004.

³¹⁰ BATTESINI, 2010, p. 261.

³¹¹ *United States v. Carroll Towing Company*.

³¹² BATTESINI, op. cit., p. 274.

³¹³ EBERLIN, 2007, p. 19.

secundários e terciários³¹⁴, colocando em risco não só os proprietários dos veículos Fiat *Stilo* com cubo de roda de ferro fundido, mas inúmeros pedestres e condutores, bem como não preveniu futuros e graves acidentes³¹⁵.

Ao final da pesquisa acerca da doutrina e na jurisprudência acerca do nexo de causalidade em caso de responsabilidade civil, ficou evidenciada a possibilidade de uso da prova preponderante para analisar processos complexos com opacidade, bem como a regra simples mais eficiente de verificar quem poderia adotar a estratégia de menor custo para prevenir danos.

³¹⁴ A sociedade suporta o ônus dos custos terciários de forma difusa, associados à própria litigância, com a manutenção mais cara do sistema judiciário, a configurar custo de oportunidade, consoante CAMINHA e ROCHA (2015, p. 40).

³¹⁵ Os princípios da prevenção e da precaução fazem parte da ‘responsabilidade civil preventiva’ que emerge da sociedade de risco e que não se choca com o tema da responsabilidade civil porquanto tem o mesmo fundamento da responsabilidade civil ressarcitória, qual seja, *alterum non laedere*. (VENTURI, 2012, p. 204)

CONCLUSÃO

Conclui-se que a *eficiência* tem natureza autônoma, embora entendida como princípio processual ou mesmo princípio geral do direito ou mesmo da ciência, assemelha-se a critério de aferição, valor ou *virtude* e está vinculada a escopo maior, a depender do beneficiado pela estratégia, a ostentar caráter relativo ou até subjetivo. Em prestígio ao texto constitucional brasileiro convencionou-se que se trata de princípio, mas *eficiência* ultrapassa o texto conceitual e configura ainda verdadeira incógnita.

A eficiência ou otimização promovida por especialistas em diversas áreas do conhecimento, vale dizer, análises ingênuas de tempo-custo-benefício podem ser prejudiciais, notadamente levando em conta a complexidade e dimensão dos sistemas. A fragilidade dos sistemas atuais, inclusive o jurídico, decorre de sua dimensão e não linearidade de eventos, de sorte que os fluxos interrompidos são a origem de graves problemas.

O princípio da eficiência no processo civil é considerado gênero, o qual se subdivide em aspectos, ou subprincípios, cada qual a revelar outros vértices do valor eficiência, são eles: *celeridade, efetividade, economicidade (ou economia processual) e segurança jurídica*. Insere-se ainda na eficiência o critério da *simplicidade/brevidade*.

A *efetividade* como subprincípio da eficiência, não pode ser confundida com a eficácia moral ou jurídica. Sendo valor ou vetor de interpretação, a efetividade implica dever de apresentar resultado prático no mundo empírico, vale dizer, deve fornecer solução prática que resolva o conflito.

A experiência prática e a análise de dados indicam que a paralisação relevante do processo decorre do *tempo morto* em que não se pratica nenhum ato processual, de modo que a *celeridade* não é incompatível com a prestação jurisdicional de qualidade. A fenomenologia demonstra que os processos de conhecimento ficam paralisados em alguma fase ou à espera do magistrado analisar os pedidos e os meios de provas para proferir a decisão em razão de o fluxo ter sido interrompido, seja pelo excesso de processos em tramitação, seja pela elevada complexidade de parte deles. Desmistifica-se a premissa de que a segurança e a celeridade são valores incompatíveis. Basta olhar a *prova silenciosa*, vale dizer, a quantidade descomunal de soluções da vida que são

criadas em pouco tempo pelos interessados para perceber que não há permanente sacrifício de qualidade se a decisão for proferida em tempo razoável.

No que tange à *segurança jurídica*, tendo previsibilidade acerca da resposta judicial ou do procedimento a ser adotado, em suma, das regras do jogo, as partes podem moldar seu comportamento, a fim de obter as externalidades positivas e atenuar as negativas, de modo a proteger e a preservar as justas expectativas dos jurisdicionados, a proteger o valor confiança.

Quanto à *economia processual*, a informatização penetrou silenciosamente no nosso sistema judicial, de modo que a luta incessante entre advogados entre si e juízes ensejou a necessidade de adoção de ambiente virtual para controle do fluxo de processos, cuja nova batalha que se descortina é com uso de inteligência artificial. Há robôs (algoritmos) para interpretar atividades cartorárias, interpretar petições, realizar fluxos eletrônicos e ainda gerar atos processuais inclusive com *Deep Learning*. A tecnologia da informação conquistou o território da justiça.

Os limites da aplicabilidade do princípio da eficiência é o resguardo das garantias constitucionais, não se podendo descambar para o arbítrio, precipitação ou açodamento, distorcendo a interpretação do texto legislativo para se alcançar a eficiência ingênua e perigosa de arquivamento máximo de processos ao menor custo. Processo jamais pode ser encarado como mais um número ou fim em si mesmo, mas sempre como instrumento protetor de vidas em conflito à espera de decisão.

A busca por eficiência convive com as demais garantias processuais que devem ser prestigiadas, tais como a garantia do contraditório e da ampla defesa, a vedação a provas obtidas por meios ilícitos, juiz natural e imparcial. Processo eficiente é o que, acima de tudo, observa o devido processo legal. Por conseguinte, o princípio da eficiência ostenta natureza relativa e condicional, pairando harmonicamente com os demais princípios do sistema processual, sem eclipsar garantias constitucionais.

No segundo capítulo, formou-se a intuição de que a visão evolucionista do sistema jurídico com a simplificação e atenção às limitações cognitivas dos operadores do direito são vigorosos passos para superar ou ao menos compreender melhor a crise da Justiça brasileira. Falta consciência de nossa profunda ignorância sobre aspectos evolutivos gerais, causalidade e aleatoriedade, deixando-se escapar fatos e ideias

poderosos para compreensão e tentativa de aprimorar o sistema judicial brasileiro.

Os tribunais superiores, diante do gigantismo do sistema jurídico brasileiro, mostram-se incapazes de resolver os milhões de processos, a formar verdadeiros gargalos e deveriam prezar pela manutenção dos precedentes das instâncias ordinárias e julgar seletivamente somente casos de grande repercussão, máxime diante da razão simples que não reexaminam fatos e não possuem capilaridade e capacidade para julgar todos os recursos cabíveis que o sistema viciosamente admite.

Diante da incerteza em relação ao futuro e não linearidade do aumento de demandas e seus reflexos no sistema jurídico, este não pode funcionar no limite de sua capacidade, a necessitar de redundância defensiva, sendo eficiente manter certa margem para que não se interrompa o fluxo e corra-se o risco do bloqueio no sistema judicial em razão do pequeno aumento de litigiosidade ou aumento de inadimplemento de obrigações por crises financeiras locais ou globais ou mesmo outros fatores imprevisíveis.

O critério da *simplicidade* alcança a necessidade de juízes redigirem e exigirem dos sujeitos do processo peças processuais concisas, breves, sem perder substância, com riqueza de descrição de fatos relevantes e parcimônia com fundamentos jurídicos – exatamente o inverso que ocorre na praxe forense – com o dever de indicar precedentes persuasivos e vinculativos aderentes à realidade do processo com o devido confronto analítico. Ao juiz cabe a prolação de decisões claras, coerentes, lógicas e fundamentadas, em atividade seletiva de escolher a melhor exposição dos fatos e o mais adequado enquadramento jurídico, sob o signo da simplicidade e da brevidade.

Os fatos da vida e o respectivo valor atribuído são os componentes mais relevantes para o direito. O aforismo *narra mihi factum dabi ius* cristaliza relevante regra de atividade cognitiva, a qual temperada com o diálogo, a cooperação entre os sujeitos do processo, com aversão a decisões surpresas, permitirá construir a norma jurídica adequada ao caso concreto.

A técnica proposta para a formação do convencimento é ser extremamente cético e crítico quanto aos fatos relevantes e circunstâncias da causa e mais permeável quanto à sugestão da norma (crise de identificação) que regulará o litígio, vale dizer,

ao enquadramento jurídico, sempre em busca da verdade aproximativa, mas plenamente ciente das limitações cognitivas e dos riscos das falsas relações de causalidade.

Diante da noção de *prova silenciosa*, a grande maioria dos conflitos de interesse são solucionados pelas partes sem a necessidade de intervenção judicial e somente subsidiariamente os conflitos são resolvidos pelos juízes. Os dados indicam a quantidade de processos que são submetidos ao Poder Judiciário, mas não temos os dados da quantidade de conflitos que foram resolvidos sem o uso estatal ou mesmo por arbitragem. Esse fluxo virtuoso ‘invisível’ da dinâmica social merece ser cultivado e catalisado. O Fluxo visível, o que fugiu da normalidade, a ameaça ou violação aos direitos, as ações judiciais devem ser solucionadas com a ferramenta da simplicidade e de acordo como a observação da dinâmica social.

O tempo é escasso, insubstituível e, portanto, muito precioso. Na vertente dinâmica pode ser visto como fato jurídico, mas o tempo na vertente estática consubstancia oportunidade, verdadeiro direito que não pode ser tolhido sem justificativa, de modo que invariavelmente no processo judicial o bem da vida em disputa está, ainda que provisoriamente, na esfera jurídica de uma das partes. Por conseguinte, a prolixidade e atos protelatórios retiram oportunidades e a ausência de decisão equivale a decidir em favor de alguém potencialmente não merecedor da tutela jurídica. Por conseguinte, o critério da simplicidade deve estar intrincado com a *brevidade processual*.

No último capítulo, nesse quadro de luta, verdadeira guerra contra a morosidade e a alta litigiosidade, em escala ascendente de prolixidade e complexidade, inescapável a adoção de técnicas ou estratégias para cumprir o constitucional papel de pacificação social, de modo a prestar o serviço judiciário com qualidade e em tempo razoável. Foram descritas técnicas de gerenciamento de processos e elaboração de pronunciamentos à luz do princípio da eficiência sob a visão evolucionista, com o uso de técnicas simples para enfrentar a morosidade e arrefecer a *corrida armamentista*, tendo como norte a simplicidade para atacar a morosidade e o congestionamento do sistema judicial, bem como evitar cometimento de erros.

Dentre as técnicas de gerenciamento para dar vazão aos processos,

vislumbrou-se organizar o gabinete do órgão jurisdicional de modo a aumentar a capacidade de produção de decisões, adotando-se **fluxo que não seja interrompido**, privilegiando-se os processos urgentes, as sentenças-modelo, o julgamento em bloco de processos repetitivos e eventuais mutirões de conciliação e de cumprimento de metas, bem como, sempre que possível, com a observância da ordem cronológica nos julgamentos.

Medida simples, mas de grande impacto aceleratório envolve a adoção de lista de verificação - *check list* de documentos e dos requisitos da petição inicial, somente admitindo a demanda se presentes os pressupostos de existência e viabilidade da relação processual. A citação do demandado deve ser precedida de completa análise da petição inicial, simplesmente porque envolverá custos crescentes tanto para o demandante, quanto para o demandado, com possibilidade de incremento de litigiosidade.

Especial atenção deve ser destinada aos pedidos de tutela provisória, porquanto o início do processo configura momento ideal de distribuir isonomicamente os efeitos do tempo de acordo com a qualidade demonstrada do direito material, garantindo-se a tutela jurídica logo no início de arco procedimental.

Na atualidade, a dinâmica social cada vez mais exige decisões acerca de direito provável, com base em verossimilhança. A concessão ou indeferimento do pedido de tutela liminar nestes casos é atividade cognitiva tão relevante quanto a própria sentença de mérito, a exigir raciocínio probabilístico acerca do direito material invocado, sendo verdadeiro desafio dimensionar a existência do binômio: probabilidade do direito e risco de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

O sistema jurídico tem muito a ganhar com a valorização do primeiro e do segundo grau de jurisdição, porquanto são as portas de entrada do sistema e são os responsáveis diretos pela aplicação e integralidade do direito e cumprimento das regras sociais, ostentando grande capilaridade. A justificativa fica ainda mais robusta se a súmula do tribunal local estiver em consonância com o regular cumprimento do direito pelos demais jurisdicionados e pela dinâmica social, não havendo motivo razoável para arrefecer o poder do tribunal de segundo grau editar súmulas acerca dos seus precedentes.

A eficiência permite incluir situações atípicas para julgar liminarmente improcedente o pedido, de modo que nada justifica admitir demanda contra súmula do tribunal local, abusiva, absurda ou com pedido juridicamente impossível. Importante o juiz ter este efetivo instrumento para obstar demandas temerárias e abusivas, não havendo substrato jurídico para admitir a demanda, deve julgá-la liminarmente improcedente. A seriedade do direito, o custo de manutenção do sistema judiciário e a exigência ética de coibir o abuso de direito convergem para a inadmissão de demandas frívolas ou abusivas ou manifestamente improcedentes.

Em relação à audiência de conciliação e mediação no início do procedimento judicial, de acordo com a fenomenologia, a obrigatoriedade desta audiência pode ser flexibilizada nas varas de competência cível e de fazenda pública com ganhos de eficiência ao diminuir o custo de oportunidade. Daí que a seletividade dos processos que devem ser objeto de designação de audiência é a forma mais eficiente de organizar os trabalhos do juízo nos quais, em regra, é reduzido o índice de conciliação. Nos juízos em que o índice de conciliação é elevado, o critério ótimo mostra-se designar a audiência em todos os processos.

A comparação é com uma rodovia com várias faixas de veículos, de modo os veículos devem trafegar pelas vias de acordo com a velocidade. A paralisação de determinada via não pode ou não deveria prejudicar as demais. Os processos com pedidos inéditos e complexos equivalem à pista para veículos lentos, mas a existência destes não pode impactar as demais vias que devem estar desobstruídas para o tráfego ordinário. Em outras palavras, se o atraso é inevitável que o seja para casos que não podem prosseguir sem decisão judicial específica ou de maior complexidade, pois tal complexidade é que justifica a paralisação momentânea.

A consciência da atual impossibilidade de saber como a mente realmente funciona é fundamental para a tentativa de solucionar problemas jurídicos, pois os nossos pensamentos e o nosso comportamento são influenciados, muito mais do que sabemos, pelo meio ambiente, pelos efeitos de ancoragem e da disponibilidade da informação, o que podem mascarar a realidade e gerar decisões equivocadas. Simplesmente ainda não se sabe com a devida profundidade sobre os mistérios da mente humana e nossa sensibilidade. Assim, o juiz deve ter a máxima humildade

intelectual de reconhecer que não terá acesso à certeza, sequer à verdade, quando muito à verdade aproximativa. Mas a tomada de consciência incessante de sua falibilidade, suas limitações cognitivas e de seus pendores é passo importante para tornar a Justiça instituição aderente à realidade e impulsionadora da cooperação e do altruísmo tão necessárias à nossa existência.

A confecção da parte dispositiva da sentença é o momento culminante do processo civil de modo que máxima atenção se exige do juiz diante dos efeitos futuros que incidirão na esfera jurídica dos jurisdicionados. Relatório insuficiente ou fundamentação incompleta são defeitos que muitas vezes não causam maiores prejuízos ao sistema, desde que haja indício de racionalidade e lógica entre os fundamentos e a parte dispositiva da sentença, bem como seja redigida com clareza e defina com objetividade e certeza a quem pertence o bem da vida em disputa.

Portanto, o sistema jurídico, especialmente diante dos efeitos da morosidade judicial e da propensão ao erro judiciário, pode ser visto como um sistema frágil, o qual diante da complexidade e não linearidade, ao contrário do que a intuição sugere, necessita de regras simples para se evitar a multiplicação em cadeia de efeitos imprevistos, deixando que o sistema siga o curso natural que ensejou a sua existência e permita que *a própria dinâmica social diante de sua antifragilidade se encarregue de encontrar saídas.*

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, José Luiz Oliveira de. *Narra mihi factum dabo tibi ius*. Artigo disponível em < <http://joseluizalmeida.com/2018/07/23/narra-mihi-factum-dabo-tibi-ius/>>. Brasil, 2018.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito Processual Civil*. 12ª Ed., 2016, Almedina, p. 297.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do Judiciário*. Revista do Processo, vol. 263, ano 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ÁVILA, Humberto. *Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 4. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Por um processo socialmente efetivo*. Revista de Processo, V.27, nº 105. São Paulo, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. *A Revolução da Brevidade*. Artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo. São Paulo, 17 de julho de 2008. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1707200808.htm>>.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. Porto Alegre: UFRGS, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 3ª Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

BROWNE, Janet. *Darwin's Origin of Species – A Biography*. Tradução de Ana Falcão Bastos e Cláudia Brito. Lisboa: Gravidia publicações, 2008.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *A improcedência liminar do pedido e o saneamento do processo*. Revista de Processo, vol. 252, ano 41, p. 148. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.

_____. *Concerning Cause and the Law of Torts: an Essay for Harry Kalven Jr.* The University of Chicago Law Review, 1975.

CAMINHA, Uinie. ROCHA, Afonso De Paula Pinheiro. *Direito e Economia, Responsabilidade Civil Contemporânea e Desenvolvimento Econômico*. Volume 12, n. 2. Fortaleza: RJurFA7, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A “principalização” da jurisprudência através da Constituição*. RePRO, 2000.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Almedina: Coimbra, 2009.

CASTRO, Renato. *Julgamentos liminares de improcedência*. Rio de Janeiro: Gz Editora, 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. *As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade dos sistema de justiça brasileiro*. Brasília: Enfam, 2016.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018.

COLLEN, Alanna. *10% Humanos*. Tradução de Isabel Veríssimo, 1ª edição. Lisboa: Editora Objetiva, 2016.

CORDEIRO, Antônio Meneses. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa “in agendo”*. 3ª Ed. Aumentada e atualizada. Coimbra: Almedina, 2016.

COUTURE, Eduardo. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Tradução de Mozart Victor Russomano, 3ª edição. Rio de Janeiro: José Konfino Editora, 1998.

_____. *Interpretação das leis processuais*. Tradução de Gida Macial Corrêa Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *Da Causa Próxima, da Causa Eficiente, da Causa Preponderante, do Escopo da Norma Jurídica Violada e da Ação Humana – O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA, Leornado Carneiro da. *A previsão do princípio da eficiência no Projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro*. Revista de Processo, RePro nº 233. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DAMÁSIO, António. *A estranha ordem das coisas: as origens biológicas dos sentimentos e da cultura*. Tradução Lura Teixeira. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

DARWIN, Charles. *Origem das espécies*. Tradução de André Mesquita. 6ª Ed. São Paulo: Ed. Escala, 2009.

DAWKINS, Richard. *O Relojoeiro Cego: A teoria da evolução contra o desígnio divino*. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

_____. *O gene egoísta*. Tradução de Rejane Rubino. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

_____. *A grande história da evolução: na trilha dos nossos ancestrais*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Princípios Gerais do Direito*. Tradução de Fernando de Bragança. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

DIAMOND, Jared M. *Armas, germes e aço: os destinos das sociedades humanas*. Tradução de Silvia de Souza Costa, 12ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2010.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*, 17ª Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol III, 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002a.

_____. *Por um processo socialmente efetivo*. Revista de Processo, Vol. 27, nº 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002b.

_____. *Capítulos de Sentença*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. *Responsabilidade dos Fornecedores pelos Danos Decorrentes dos Riscos do Desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica*. Revista do Direito do Consumidor, nº 64. Brasília: Biblioteca Digital do TJDFT, 2007.

ELLENBERG, Jordan. *Como Não Errar – O Poder do Pensamento Matemático no Dia a Dia*. Tradução de Hugo Gonçalves, 1ª edição. Portugal: Marcador Editora, 2016.

FARIAS, Luis Cláudio Furtado. *O Nexo de Causalidade e sua Interpretação pelos Tribunais*. Revista Jurídica, N. 341. Biblioteca Digital do TJDFT, 2006. Disponível em: <<http://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/123456789/13315>>.

FRANÇA, Giselle de Amaro e. *As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro*. Brasília: Enfam, 2016.

FREIRE, Maria Paula dos Reis. *Eficiência Econômica e Restrições Verticais – Os argumentos de Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência*. Lisboa: AAFDL, 2008.

FREITAS, José Lebre de. *A acção declarativa comum à luz do código revisto*. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GAROUPA, Nuno. MATTIACCI, Dari. *Least Cost Avoidance*. George Mason University, School of Law, Law and Economics Working Paper Series, n. 04, 2004. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=560062>.

GLAISER, Marcelo. *Criação imperfeita*. Rio de Janeiro: Record, 2010.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GONÇALVES FILHO, João Gilberto. *O Princípio Constitucional da Eficiência no Processo Civil*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010.

GONZÁLEZ, Boris Barrios. *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales: de la justicia de reglas a la justicia de principios*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2014.

GOULD, Stephen Jay. *A falsa medida do homem*. Tradução de Ana Luísa Coelho, 1ª edição. Vila Nova de Famalicão: Quasi Edições, 2004.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens - Uma breve história da humanidade*. Tradução de Janaína Marcoantônio. 19ª ed. Porto Alegre: L&PM, 2017.

HARRISON, Keith. *O Nosso Corpo – O peixe que evoluiu*. Tradução de Ana Mendes Lopes. Lisboa: Editora Presença, 2009.

HAWKING, Stephen. *Uma breve história do tempo*. Tradução de Cássio de Arantes Leite, 1ª edição. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

JOBIM, Marco Félix. *As Funções da Eficiência no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. Tradução de Pedro Vidal. 1ª Edição. Lisboa: Temas & Debates, 2015.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *O sistema de precedentes vinculantes e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional: aplicar a ratio decidendi sem rediscuti-la*. Revista de Processo. vol. 258, ano 41. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

LEITE, Marcelo. *O DNA*. São Paulo: Publifolha, 2003.

LUNARDI, Fabrício Castagna; REZENDE, Luiz Otávio. *Curso de Sentença Cível: Técnica, Prática e Desenvolvimento de Habilidades*. 3ª edição. Salvador: Juspodivm, 2018.

MALAURIE, Philippe; AYNÉS, Laurent. *Droit Civil, Les Obligations*. Paris: L.D.G.J., 2016.

MARCELLINO JUNIOR, Júlio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des) encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus, 2009.

MARIN, Jeferson Dytz. *Processo e jurisdição*. Vol. III. Curitiba: Juruá, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. , 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O Novo Processo Civil*. 2ª ed., atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MAYR, Ernst. *O que é evolução?* Tradução de Ronaldo Sergio de Biasi e Sergio Coutinho de Biasi. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2017.

MORSELLO, Marco Fábio. *O nexo Causal e Suas Distintas Teorias: apreciações críticas*. Revista do IASP. Biblioteca Digital do TJDF, 2007. Disponível em: <<http://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/281161>>.

NALINI, José Roberto. *O Juiz e o acesso à justiça*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. Volume 1. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIANI, José Alexandre Manzano. *Sentença no novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OTT, Claus. SCHÄFER, Hans-Bernd. *The Economic Analysis of Civil Law*.

Cheltenham: Edward Elgar, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PINKER, Steven. *Como a mente funciona*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____. *Tábula rasa: a negação contemporânea da natureza humana*. Tradução de Lauro Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

POPPER, Karl Raimund. *A Vida é Aprendizagem – Epistemologia Evolutiva e Sociedade Aberta*. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2017.

PORTELA, Fábio. As origens evolutivas da cooperação humana e suas implicações para a teoria do direito. *Revista Direito GV*, vol. 9, nº 1. São Paulo, 2013.

PORTO, Roberto Sotero de Mello; RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. *Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição*. *Revista de Processo*. vol. 275, ano 43. São Paulo: Editora RT, 2018.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. São Paulo: Saraiva. 1994.

SANCHES, Marcelo Elias. *O conceito do princípio da eficiência*. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. Vol. 12, Nº 55. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANDEL, Michel J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa?* Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOLIM, Cesar. *Nexo de Causalidade e Prevenção na Responsabilidade Civil*. Revista da AJURIS. Volume 41. N. 136. Porto Alegre: Editora AJURIS, 2014.

SCARPINELLA, Cássio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SLAIBI FILHO, Nagib; NAVARRO DE SÁ, Romar. *Sentença Cível: (fundamentos e técnica)*. 9ª edição, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SMITH, John Maynard. *The Problems of Biology*. Tradução Ana Falcão Bastos, Lisboa: Gradiva, 1986.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao Direito*. Coimbra: Almedina, 2016.

TARUFFO, Michele. *Orality and writting as factors of efficiency in civil litigation. Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Coordenação de Federico Carpi e de Manuel Ortells. Valencia: Universidade di Valencia, 2008.

TALEB, Nassim Nicholas. *Antifrágil: coisas que beneficiam da desordem*. Tradução de João Van Zeller. 1ª Ed. Alfragide: D. Quixote, 2014a.

_____. *O Cisne Negro: o impacto do altamente improvável*. Tradução de Sónia Oliveira. 8ª Ed. Alfragide: D. Quixote, 2014b.

TEPEDINO, Gustavo. *A Causalidade nas Ações de Responsabilidade Atribuídas ao Hábito de Fumar*. Revista Jurídica Empresarial, 2009.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *A Construção da Responsabilidade Preventiva no Direito Civil Contemporâneo*. Curitiba: UFPR, 2012.

WATTS, Duncan J. *Tudo é óbvio: quando você sabe a resposta*. Tradução de Letícia

Della Giacoma de França. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

WILLIAMS, George C. *Adaptation and natural selection: a critique of some current evolutionary thought*. EUA: Princeton University, 1996.

ZANETI JUNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?* Revista de Processo. vol. 257. ano 41. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016a.

_____. *Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica?* Revista de Processo. vol. 259. ano 41. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016b.

APÊNDICE



Poder Judiciário da União
Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
1ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Sobradinho-DF

Autos nº : **2008.06.1.005431- 4**
Ação : obrigação de fazer c/c reparação de danos materiais e morais
Autora : **CARLA BARBOSA TOMÉ**
Ré : **FIAT AUTOMÓVEIS S/A**

SENTENÇA

Trata-se de ação de conhecimento, sob o rito ordinário, ajuizada por CARLA DE MORAES BARBOSA, atualmente **CARLA BARBOSA TOMÉ** (fl. 845), devidamente qualificada, em face de **FIAT AUTOMÓVEIS S/A** e OK AUTOMÓVEIS E SERVIÇOS LTDA, empresas devidamente qualificadas, objetivando tutela antecipada para substituição do veículo *Stilo Sportline*, ano 2007/07, Flex, placa JHD 6758, chassi 9BD19250R73066371, bem como a condenação das réis a reparar os danos materiais (R\$ 40.686,44) e morais (R\$ 292.500,00).

Noticia a demandante que, em 11.10.07, comprou o veículo zero quilômetro descrito pelo preço de R\$ 58.500,00, junto à concessionária Fiat, ou seja, da 2ª ré. Nos primeiros 10 dias, afirma que o veículo apresentou defeito no teto solar. No dia 22.11.07, o veículo foi levado novamente para a concessionária, pois apresentou barulho no freio dianteiro e as portas traseiras não estavam destravando quando o carro era desligado.

Narra que em razão desses contratemplos acionou o serviço Confiat para ter direito a carro reserva e diárias de hotel no local em que estava, mas teve negado tal pedido. Acrescenta que mudou de itinerário de férias, o que ocasionou seu companheiro ter sido assaltado em Natal/RN.

Descreve que no dia 11.02.2008, por volta de 16h30, BR 242, Km 370, Município de Seabra/BA, a roda traseira simplesmente desprende-se do eixo, sem que tivesse sofrido qualquer impacto, a ocasionar a perda do controle e colisão do veículo num barranco, voltando o veículo para a pista. No veículo, estavam cinco ocupantes, a autora, o companheiro Amilton e as filhas do casal Thamara, Thais e Thamires, as quais ficaram feridas e tiveram de serem atendidas em hospital.

Menciona a autora que em razão do acidente por defeito da roda esquerda acionou o serviço Confiat, sendo orientada a ligar para a Seguradora Bradesco Seguro S.A, a qual enviou guincho e o carro foi rebocado para Brasília (concessionária OK), tendo que arcar com o valor de R\$ 1.258,00 pelo excedente da cobertura do seguro. Em seguida, rodas e pneus forma enviados para análise junto a fabrica da Fiat.

Aduz, ainda, que requereu carro reserva, pois o veículo já se encontrava há quase 30 dias parado na concessionária, tendo as rés se recusado a atender tal pedido, de modo que ficou sem o veículo (não foi disponibilizado carro reserva ou o avariado foi substituído), pagando as prestações do financiamento. Diante disso, narra que foi obrigada a comprar outro veículo usado, mediante financiamento, cujo valor total da aquisição foi de R\$ 38.293,96.

Informa que reclamou perante o Procon-DF e Ministério Público, assim como, prevendo a conduta da fabricante, contratou engenheiro mecânico para inspeção nos componentes avariados antes da retirada das peças e envio para a fábrica, cuja conclusão foi pela falha prematura do rolamento da roda traseira esquerda. Assim, entende que não houve má utilização do veículo, mas vício do produto decorrente de peça defeituosa. A manifestação da Fiat foi pela ausência do defeito, eximindo-se de qualquer responsabilidade.

Tece considerações sobre os danos materiais e morais, ou seja, despesas de R\$ 40.686,44 (diárias, despesa médicas, óculos para a filha, transporte do veículo, honorários do engenheiro, despesas com fotos e correio), assim como por danos morais equivalentes a 5 vezes o valor do veículo (R\$ 292.500,00). Invoca o direito à substituição do veículo danificado, nos termos do CDC, enumerando dispositivos e precedentes, a responsabilidade solidária da fabricante e fornecedor em reparar os

danos suportados, assim como a necessidade de tutela de urgência. Ao final, formula os pedidos de fl. 17.

Documentos foram juntados (fls. 24/133) e emenda à inicial quanto ao pedido de tutela antecipada (se não for concedida a substituição do veículo, seja disponibilizado pela Fiat carro reserva com seguro total (fl. 135). Sobreveio a decisão de fl. 136 para indeferir o pedido de tutela de urgência.

A Fiat foi citada (fl.144) e apresentou petição (fls. 145/146) quanto ao procedimento administrativo junto ao PROCON-DF, com juntada de documentos, a qual foi indeferida (fl. 177). A Fiat apresentou reconvenção (fls. 188/205), na qual entende que a autora abusa do direito de postular, pois a autora-reconvinda iniciou verdadeira campanha contra a FIAT com o intuito de denegrir a 'imagem-atributo' da empresa e obter vantagem econômica indevida.

Assevera a FIAT que CARLA começou a participar de *sites* e revistas para prejudicar a Fiat, sem qualquer prova do alegado vício do produto, chegando a abandonar o trabalho para se dedicar tal 'cruzada' contra a ré-reconvinte, a reputar tal conduta abusiva.

Aduz que a imagem da FIAT foi atingida podendo ter reflexos em vendas e faturamento da empresa, de modo que ainda não pode ser mensurado o dano material, a depender de liquidação de sentença. Quanto ao dano moral, defende que o valor não pode ser inferior a R\$ 50.000,00. Indica a necessidade de tutela antecipada para impedir a autora-reconvinda de veicular por meio de qualquer mídia sua versão distorcida dos fatos, fixando-se multa em caso de descumprimento.

Ao final, formula os pedidos de fl. 204, ou seja, tutela antecipada, reparação de danos materiais em razão da redução de lucros, cujo valor deve ser apurado em liquidação de sentença, assim como fixação de dano moral em valor não inferior a R\$ 50.000,00.

A demandada Fiat apresentou contestação (fls. 440/475), na qual diz que a versão da autora está calçada em premissas falsas, é contraditória, distorcida e visa buscar locupletamento à custa da ré. Impugna os defeitos alegados pela autora quanto aos

tambores de freio, a narrativa de que o veículo apresentou defeito em Natal, pois teria sido para revisão programada de 15.000 Km, de modo que não teria a cobertura do Confiat. Além disso, o assalto ao companheiro da autora não pode ser direcionado à FIAT, pois é problema de segurança pública.

Quanto à narrativa do acidente em que teria, sem mais nem menos, havido a desprendimento da roda traseira esquerda, argumenta que o boletim de ocorrência é unilateral e não faz prova do alegado, além do que as declarações das testemunhas devem ser colhidas em juízo, pois foram produzidas unilateralmente pela autora. Menciona ainda que a autora não demonstrou o liame de causalidade entre o acidente e a responsabilidade da FIAT.

Assinala a ausência de culpa da FIAT pelo acidente e a inexistência de vício no cubo de roda do veículo *Stilo*. Informa as características de fabricação e produção de veículos neste país, de modo que procedeu ao exame criterioso sobre a peça em questão, cuja conclusão dos estudos e testes realizados foi que a quebra do cubo da roda foi consequência do acidente ocorrido e não vício do produto (defeito de fabricação).

Informa que a fratura do componente (cubo de roda – fl. 45) foi do tipo dúctil, na qual ocorre a deformação plástica do componente, caracterizada pela abertura definitiva do cubo da roda, causada por sobrecarga. Alega que ao analisar a FIAT o cubo da roda em microscópio eletrônico detectou-se a presença de '*dimples*' em toda a estrutura, a demonstrar tensão superior ao limite de resistência do material. Exclui a ocorrência de erro de projeto, erro dimensional falhas de fabricação do material, em virtude do cumprimento das especificações do projeto e de terem sido observadas as características metalúrgicas, a descartar o alegado vício do produto.

Por outro lado, entende que a hipótese plausível da fratura do cubo da roda foi 'esforços anômalos', ou seja, esforços não previstos para as condições de uso normal do veículo, a provocar sobrecargas para as quais a peça não foi projetada para suportar e jamais poderia suportar. Acrescenta que a realização da simulação com o veículo em linha reta com uso da força onze vezes a aceleração da gravidade ou o equivalente a cinco vezes o peso do veículo sobre o cubo da roda e não foi suficiente

para provocar sua ruptura, porquanto somente forças laterais e cargas superiores seriam capazes de tal feito. Outros ensaios foram feitos e em nenhum dos casos foi verificada a ruptura. Daí conclui que a fratura do cubo da roda do veículo da autora somente pode ter corrido por sobrecarga causada pela colisão dele.

Assevera que no local do acidente não há qualquer marca de pneus ou ranhuras que teriam sido deixadas se tivesse ocorrido o desprendimento da roda e o imediato contato do chassi no solo. Acrescenta que a análise das peças da suspensão do veículo (ponte traseira, prato de freio, ponta de eixo, roda) evidencia grande sobrecarga atuando sobre a suspensão traseira esquerda com a roda conectada e não sobre o conjunto sem roda.

Diante de tais alegações, defende a FIAT que foi impacto lateral da roda do veículo ao sair da pista desgovernado que rompeu o cubo da roda e a fez se soltar, em resumo, a ruptura do cubo foi consequência do sinistro e não a sua causa (culpa exclusiva do condutor), de modo a excluir a hipótese de vício de produto.

Impugna a FIAT as quantias pleiteadas pela autora tanto para os danos morais, quanto para os materiais, a enumerar precedentes em que o valor a título de dano moral foi reduzido, bem como diz que não causou os danos materiais enumerados na inicial. Ao final, requer a improcedência dos pedidos e produção de prova técnica, condenando-se a autora nos ônus da sucumbência. Às fls. 566/896, a FIAT juntou laudo do Inmetro sobre a peça objeto da ação em curso.

Sobreveio a decisão de fls. 527/530 que indeferiu o pedido de antecipação de tutela reconvenicional. Houve interposição de agravo contra tal decisão, cujo acórdão deu provimento consoante cópia de fls. 1110/1115.

A autora (fl. 562) requereu a exclusão do pólo passivo da empresa OK Automóveis e comunica alteração de nome e estado civil (fl. 843). Sobreveio a decisão que homologou a desistência em relação a OK Automóveis S.A (fl. 964).

Manifestação da parte autora (fls. 854/856), na qual impugna o laudo elaborado pelo Inmetro (fls. 857/863), assinalando que a FIAT promove *recall* camuflado dos veículos

modelo *Stilo*, com a substituição do eixo traseiro junto às concessionárias. Reitera os termos da petição inicial.

CARLA BARBOSA apresentou contestação ao pedido reconvenicional (fls. 887/890), na qual impugna o pedido, sob a alegação de que a empresa pretende colocar mordaca em consumidora que legitimamente luta pelo seu direito contra a multinacional, de modo que apenas manifesta seu pensamento, havendo inúmeros casos de acidentes similares ao dos autos, a evidenciar as inverdades descritas na reconvenção. Argumenta que a ré-reconvinte invade a privacidade da autora e tumultua o processo. Por fim, requer a improcedência dos pedidos.

Manifestação da FIAT sobre documentos e sobre a contestação (fls. 896/900 e 924/929), na qual refuta os documentos juntados, entende intempestiva a contestação à reconvenção, de modo a requerer a decretação da revelia e procedência dos pedidos. Despacho de especificação de provas (fl. 938), cujas partes manifestaram-se (autora – fls. 944/945 e fl. 969; ré – fls. 952, 955 e 970).

Designada audiência preliminar, o feito foi saneado, deferindo-se a produção de prova oral (fls. 965/966). Audiência de instrução realizada em 25 de novembro de 2010, com a colheita de depoimento pessoal da autora, da testemunha Itamar Ferreira, Clovis de Oliveira campos e Walter Kauffmann Neto (fls. 983/994). Em continuação à audiência de instrução, em 10 de fevereiro de 2011, foi indeferido requerimento de nova perícia, bem como foram ouvidos: Roberto Wellington de S. Moura, João Valentim Bin, Pedro Amadeo Nannetti Bernadini e José Guilherme Silva, facultando-se às partes a juntada de memoriais (fls. 1099/1109). Foi juntado o acórdão referente à apelação nos autos da produção antecipada de provas (fls. 1116/1130).

Alegações finais de CARLA BARBOSA (fls. 1135/1164), nas quais analisa a prova produzida, tece considerações sobre os laudos realizados e a conduta da FIAT, para ratificar os termos da petição inicial, sendo que a substituição do veículo sinistrado deve ser por um FIAT Bravo, porquanto o modelo *Stilo* não é mais fabricado. Documentos juntados a fls. 1165/1278.

Alegações finais da FIAT (fls. 1279/1302), nas quais analisa os diversos laudos produzidos e depoimentos prestados nas audiências, argumenta sobre a quantificação dos supostos danos suportados pela autora, concluindo pela improcedência dos pedidos formulados na petição inicial. Documentos juntados (fls. 1303/1626). Intimadas as partes para manifestação sobre os documentos anexados com as alegações finais, a FIAT apresentou a petição de fls. 1629/1634, a reiterar a improcedência dos pedidos.

É o relatório. Decido.

Trata-se de ação de conhecimento, sob o rito ordinário, ajuizada por CARLA BARBOSA TOMÉ em face de FIAT AUTOMÓVEIS S/A objetivando a substituição do veículo *Stilo Sportline*, ano 2007/07, placa JHD 6758, chassi 9BD19250R73066371, bem como a condenação da montadora a reparar os danos materiais (R\$ 40.686,44) e morais (R\$ 292.500,00), cuja principal causa de pedir consubstancia defeito no cubo da roda traseira esquerda, a causar o acidente e respectivos danos.

Registre-se que foi permitida às partes a ampla produção de provas, inclusive a antecipada. Praticamente, todos os requerimentos para produzir provas para o convencimento judicial foram deferidos, realizando-se audiência de instrução com oitiva de profissionais indicados pelas partes.

Em sendo assim, não se divisa utilidade na realização de outra perícia (artigos 130 e 420, inciso II do CPC), de modo que a decisão que indeferiu tal postulação da FIAT não implica qualquer ofensa ao contraditório ou a ampla defesa. Note-se que não foi preservado o local na época do acidente, não procedendo a FIAT ao exame de local, bem como houve destruição de peças sinistradas do mencionado veículo nos testes realizados pela FIAT. Daí que matéria e adequadamente não há como se fazer outra perícia judicial para o caso em foco. Veja-se a decisão proferida em audiência de instrução:

“(...). ‘Mesmo sopesando o respeito ao entendimento da ré reconvincente, não é caso de se acolher a exceção de suspeição do perito. O artigo 135 do CPC enumera as hipóteses de suspeição de modo que não há qualquer indício de amizade íntima entre

perito e assistente técnico. Ademais, o simples fato do senhor Valentim ter sido estagiário ou aluno do perito judicial não implica parcialidade deste. Assim, ausente motivo concreto par suspeitar da idoneidade do trabalho pericial a rejeição do incidente é a solução para o caso. Com relação ao requerimento de realização de nova perícia, deflui dos autos a sua desnecessidade. Conquanto se trate de ação individual de reparação de danos e obrigação de fazer, as partes municiaram o juízo de vários elementos de convicção. Apesar da insurgência contra o trabalho do perito judicial, não existe hierarquia de provas, de modo que tanto a autora quanto à Fiat, foi franqueado o acesso a todos os meios de prova. Note-se: as partes a todo momento juntaram documentos, bem como a culta juíza que me antecedeu deferiu sem maiores questionamentos a oitiva de todas as testemunhas indicadas, e mais não se trata de testemunhas leigas, mas todas experts em suas áreas de conhecimento, de modo que deferir o requerimento da Fiat seria medida contraproducente em razão do que estabelecem os artigos 125, 130 e 131 do CPC, cujo norte é velar pela rápida solução do litígio (há quase 3 anos neste juízo) e a não realização de diligências onerosas e desnecessárias. Para tranquilizar as partes todos os laudos juntados e manifestações serão analisados na sentença, não fazendo este magistrado qualquer distinção perito judicial, assistente técnico ou origem do documento, pois as opiniões valem de acordo com as análises e subsídios apresentados, não havendo formação de convicção por argumento de autoridade. Diante das razões, indefiro o pedido de nova ou de outra perícia sem prejuízo Ed que as partes nos memoriais anexem trabalhos periciais sobre o objeto da lide. Assim, encerrada a fase instrutória” (destaquei).

Desse modo, o feito encontra-se apto a receber sentença de mérito, endossando-se a decisão saneadora, sem qualquer cerceio ou limitação quanto ao direito à prova.

1) PEDIDO DA AUTORA

Nesse tópico, inicialmente, mister pontificar que não influenciam a formação do convencimento judicial o fato de a empresa FIAT investir em *marketing* vultosas quantias (patrocínio de time de futebol etc.), os questionamentos pessoais da demandante sobre a ‘seriedade da empresa’, assim como o fato de a empresa ter retirado de linha de produção do modelo *Stilo* ou mesmo a determinação de *recall* na peça objeto da principal causa de pedir invocada pela consumidora neste processo.

A FIAT é empresa que merece respeito e, até prova em sentido contrário, credibilidade, porquanto ostenta longa tradição de produzir automóveis no Brasil, a fomentar a indústria nacional e o desenvolvimento do país com geração de riqueza e também externalidades positivas, de sorte que eventuais falhas pontuais de seus funcionários ou dirigentes ou mesmo falha em um de seus produtos ou serviços não implicam responsabilidade pelos acidentes investigados pelas Autoridades ou obrigação de pagar indenização a consumidora em valor que discrepa dos ditames de nosso ordenamento jurídico.

Os alegados contratemplos descritos pela demandante ao acionar o serviço Confiat consubstanciados na negativa de se disponibilizar a carro reserva e diárias de hotel no local em que estava a autora com a família, decorrem da controvérsia sobre a causa do acidente automobilístico, de sorte que não se divisa que tais fatos sejam aptos, antes de se apurar, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, a responsabilidade da empresa, a gerar o direito à reparação de danos.

Esses fatos descritos, na verdade, configuram transtornos da vida moderna, pois a recusa administrativa em reconhecer o direito invocado, por si só, não implica dever de indenizar, consoante iterativa jurisprudência.

Demonstrou a empresa FIAT que a consumidora realizou revisão programada de quinze mil quilômetros no veículo objeto da lide, a tornar legítima a negativa da cobertura do serviço Confiat nas circunstâncias informadas pela consumidora. Quanto ao assalto ao companheiro desta, é certo que tal ocorrência não pode ser direcionada de forma direta à empresa FIAT, pois não há causalidade adequada entre os fatos descritos e o crime contra o patrimônio de seu consorte, não podendo responder a empresa ré pela insegurança nas cidades ou pelo crime perpetrado por terceiros.

Portanto, esses fatos descritos na petição inicial (negativa de cobertura do serviço Confiat, disponibilizar carro reserva, assalto, tendo como vítima seu companheiro) não são suficientes para conduzir à procedência dos pedidos e, portanto, tal causa de pedir não ensejará condenação da empresa ré em reparar qualquer dano, seja de cunho material, seja sob o rótulo de ofensa moral.

Assim, o ponto fundamental desta demanda é a controvérsia acerca da existência de defeito no cubo de roda do veículo adquirido pela autora e será examinado no próximo subitem deste *decisum*.

1.1) DEFEITO NO CUBO DE RODA DO FIAT STILO

Esse é o ponto controverso a merecer a plena cognição do Magistrado, tendo-se em mira que os demais pontos da petição inicial não se erigem como causa suficiente para surgir o dever de indenizar, como já assinalado.

O precedente invocado pela autora (sentença absolutória da 2ª Vara Criminal da Comarca de Araraquara/SP, autos nº 353/08), bem assim, o julgado de primeiro grau apresentado pela demandada (fls. 1640/1645 - sentença de improcedência em relação à ré da Comarca de Esmeraldas-MG, autos nº 024110001308-5) são servem como balizas para apreciar o caso em exame, porquanto díspares os conjuntos probatórios das causas e a profundidade de exame das questões controversas em cada uma delas.

E mais, não há risco de comoção judicial ou confecção de sentença baseada em reportagens ou relatos extraídos de sites, como destacado pela FIAT a fl. 1282, §1º. Este julgador, com quase 10 anos de atividade judicante, prestigia o disposto no art. 131 do CPC, pois interessa os fatos e circunstâncias constantes dos autos e submetidos ao contraditório e bem sabe do inquebrantável dever constitucional de externar com clareza e tirocínio os motivos que formaram o convencimento para solucionar este conflito de interesses.

Na petição inicial e contestação, assim como em alegações finais apresentadas pelas partes, há nítida divergência sobre a causa do acidente que gerou danos corporais à Autora, a sua distinta família e os danos ao veículo. Na visão da parte demandante, o cubo de roda do veículo é defeituoso, a comprometer a segurança veicular, de modo que teria sido a causa da perda de controle do carro nas circunstâncias descritas. Em contraste, a empresa FIAT diz que houve sobrecarga e que foi a colisão da roda no barranco a verdadeira causa do acidente, de modo que o cubo de roda questionado

não apresenta qualquer defeito ou falha de projeto, montagem ou fabricação. Em resumo, defende a FIAT que o desprendimento da roda traseira esquerda do veículo *Stilo* da Autora foi efeito e não causa do sinistro.

Essa divergente explicação para o acidente continuou durante todo o curso processual, refletida nos documentos acostados aos autos, assim como nos testes e exames laboratoriais em diversas e respeitáveis instituições.

Nesse vértice, para elucidar tal ponto controvertido, vale reproduzir os depoimentos colhidos em audiência de instrução e julgamento. Eis a íntegra deles:

CARLA BARBOSA TOMÉ – demandante:

“Que estava de viagem com o veículo; que no dia do acidente transitava pela BR 242 sentido Fortaleza/Brasília; que estavam no estado da Bahia; que no veículo estavam a depoente, seu marido e suas três filhas; que depois do almoço o marido da depoente disse que a depoente conduziria o veículo; que a depoente é motorista experiente e já dirigiu em estradas por várias vezes; que em determinado momento, enquanto seu marido cochilava, a depoente sentiu o carro puxar para a direita; que depois o carro puxou para a esquerda; que novamente puxou para direita e bateu no barranco; que enquanto isso a depoente tentava controlar o carro segurando o volante com mais força; que o marido da depoente disse para se segurarem porque o carro iria capotar; que o carro tombou para a esquerda; que o carro estava com todas as janelas fechadas e o ar condicionado ligado; que em razão do fato ser acolchoado por dentro a depoente não ouviu barulho antes do carro puxar para a direita e para a esquerda; que a depoente teve luxação no cotovelo e no joelho e ainda um corte no lábio inferior; que sua filha do meio teve luxação no tórax por causa do conto de segurança, sua filha caçula teve traumatismo craniano, com seqüelas até a presente data e sua filha mais velha fraturou o ombro e ficou seis meses engessada e até hoje não pode fazer educação física; que após suas filhas serem colocadas no carro para serem levadas ao hospital da região, a depoente permaneceu no local; que a depoente ficou em tal estado nervoso que foi acometida de uma crise de disenteria; que a depoente conseguia entender tudo o que ocorria no local; que não sabe dizer se o seu veículo deixou ou não alguma marca na via; que após sua filhas serem socorridas, um rapaz veio com a roda do carro da depoente e só então a depoente viu que seu carro estava

sem roda; que a Polícia Rodoviária chegou 40 minutos após ao acidente e não fez perícia no local; que o local do acidente era uma reta; que a depoente ligou para o seguro Confiat e a atendente lhe disse que para jus ao seguro a depoente deveria obter um laudo de um mecânico; que a depoente ficou chateada com a situação e resolver acionar seu próprio seguro que disponibilizou para a depoente um táxi para recolher a bagagem, um táxi para ficar à disposição no hospital e um guincho para trazer o carro a Brasília; que o carro foi deixado na Concessionária Ok Veículos, na qual a depoente comprou o veículo; que nada foi dito sobre a causa do acidente; que uma das filhas da depoente estava internada e a outra necessitava tirar radiografias e tirar o gesso, razão pela qual a depoente insistiu que lhe fosse fornecido carro reserva como previsto no manual do Confiat; que a depoente insistiu opor mais de 60 dias para que seu veículo fosse trocado e para que fossem pagas as despesa de exames de sua filha; que nada conseguiu; que a depoente foi tratada com desprezo; que a depoente contratou advogado que passou a lhe orientar; que a Fiat, por intermédio da Ok Automóveis pediu para que a depoente assinasse uma autorização para retirada de peças; que tal autorização não continha o timbre da Fiat ou da Ok; que a depoente ficou desconfiada e temerosa de que as peças de seu veículo desaparecesse; que a depoente, orientada por seu advogado procurou um engenheiro na UNB, antiga FUNTEC para examinar o veículo antes da retirada das peças; que após o laudo a depoente autorizou a retirada das peças; que a Fiat pediu 180 dias para examinar as peças e ficou com as peças por aproximadamente 1 ano; que a Fiat disse que a causa do acidente foi a 'falta de manuseio' da autora; que a depoente entendeu que segundo a Fiat a depoente deu causa ao acidente por não conduzir adequadamente o veículo; que comprou um novo veículo; que as prestações do veículo eram de R\$ 918,00; que hoje não está mais com o veículo adquirido; que comprou o segundo veículo porque não tinha um outro carro, uma vez que tinha vendido dois carros para comprar o Fiat Stilo; que quando a pessoa chegou com a roda do carro da depoente, a depoente viu que a roda estava intacta; que a roda estava presa ao cubo e ainda com os 4 ou 5 parafusos; que o carro ficou mais de 1 ano na Ok Automóveis; que Fiat retirou o carro da Ok e o levou para Concessionária Bali sem informar a depoente; que hoje o veículo encontra-se na ESAVE; que foi a depoente que determinou que o veículo fosse para a ESAVE após localizá-lo; que o seguro da depoente não consertou o veículo porque afirmou ser um defeito de fabricação (...) que todos os passageiros do veículo usavam cinto de segurança; que durante a viagem a Fortaleza, foi à concessionária da Fiat em

natal porque o seu veículo estava sem freio, sem embreagem, o teto solar não abria a as travas não abriam; que nos 30 primeiros dias em que a depoente permaneceu com o veículo a depoente foi 28 vezes à concessionária da Fiat em razão de feito no veículo; que está lembrada se sentiu alguma parte do veículo arranhar o solo antes da batida; que no momento do acidente, ao entrar em contato com o Confiat foi exigido que a depoente encaminhasse um laudo de um mecânico, via fax; que da segunda vez que a depoente entrou em contato com a Confiat para obter um carro reserva, foi dito a depoente que não havia fato que desse causa a atuação do Confiat". (fls. 984/986 – destaques nossos).

ITAMAR FERREIRA – testemunha - engenheiro mecânico:

Que não examinou o veículo da autora; que examinou o cubo da roda traseira de três outros Fiat Stilo sinistrados, um novo e dois usados; que examinou também outros três cubos de veículos não sinistrados; que dois desses veículos era m usados e um novo; que foram examinados também três cubos novos que ainda não tinham sido instalados nos veículos; que realizou uma análise de falha dos três cubos sinistrados envolvendo vários ensaios e análise visando a identificação da causa da falha; que de acordo com as análise realizadas, o depoente não recomendaria a substituição do material usado na fabricação dos cubos de aço para ferro fundido; que os cubos analisados eram de ferro fundido e de aço forjado; que os sinistrados apenas três eram de ferro fundido nodular; que não sabe dizer se a Fiat fabricava os cubos em aço forjado e os substituiu para ferro fundido; que apenas recebeu os cubos para análise; que as medidas do cubo de aço forjado e as de ferro fundido eram as mesmas; que o ferro fundido e o aço forjado tem a mesma resistência mecânica no que diz respeito a tenacidade à fratura, importante nos componentes de alta responsabilidade estrutural como no caso da peça em questão, o aço forjado é superior, mais resistente a fratura; que o Governo Federal determinou que Fiat fizesse um recall para substituir os cubos de aço fundido para aço forjado; que entre as razões estabelecidas na nota técnica do DENATRAN para o recall foi apontada a tenacidade á fratura; que o esforço de repetição é cíclico e repetitivo; que o esforço cíclico pode gerar fratura por fadiga, mas que nos cubos analisados pelo depoente não foi encontrado esforço cíclico (...) que todo o material examinado pelo depoente lhe foi entregue pelo CESVI , que foi a empresa contratada pelo DENATRAN para o exame das peças; que os procedimento adotados pelo depoente consistiram em análise química dos componentes, em análise

metalográfica para caracterização da microestrutura dos componentes, ensaios de tração, dureza, tenacidade à fratura e outros e principalmente microscopia eletrônica de varredura da superfície da fratura dos componentes sinistrados e dos corpos de prova; que recebeu quatro laudos: um elaborado pelo IPT, um pela Fiat, um pela PowerBurst e outro pelo INMETRO; que não tem como dizer, em razão da natureza do trabalho que executou se a roda poderia de soltar antes ou depois do acidente; que teve acesso ao laudo do CESVI de maneira informal e soube que o CESVI utilizou o laudo elaborado pela equipe do depoente e aspecto de segurança viária; que não se recorda quais foram as evidências adotados pelo CESVI para estabelecer a razão de a roda ter se soltado; que no que diz respeito à dureza, composição química e níveis de resistência mecânica o ferro fundido utilizado na fabricação do cubo observa as normas técnicas da Fiat, entretanto essas normas não dizem respeito aos níveis de tenacidade do material; que o depoente não sabe dizer se no Brasil existe norma técnica que diga a respeito da fabricação do cubo da roda traseira, que o depoente sabe dizer que internacionalmente existem normas a serem observadas a respeito a tenacidade à fratura; que ao por inspeção visual sabe dizer que outras montadoras utilizam o ferro fundido para fabricação de cubos, mas que nesse veículos o projeto é diferente; que a utilização de ferro fundido para fabricação de cubo por si só não caracteriza falha no cubo; que a utilização do cubo de ferro fundido nas condições utilizadas pela montadora Fiat representa um certo risco; que interessa para análise do cubo de roda a ductilidade ou fragilidade". (fls. 987/988 – destaques nossos).

CLOVIS DE OLIVEIRA CAMPOS – perito judicial nos autos da prova antecipada:

"Que concluiu após o exame de todos os elementos de que dispôs que o carro ao bater já estava sem a roda; que o risco excêntrico constante na figura 2 do laudo é um indicador de que o cubo estava rompido para que tenha ocorrido o risco; que o principal indício que levou o depoente a concluir que a roda não se soltou após a colisão foi o fato de a roda somente apresentar um empeno de 0,38 milímetros, que consta do laudo do INMETRO que faz parte do processo; que se a roda tivesse se soltado após a colisão, ela certamente teria se quebrado porque houve empeno da suspensão, quebra do rolamento e danos no veículo por ter tombado; que qualquer borracheiro pode dizer que essas rodas de liga leve são frágeis; que o depoente afirma que a roda se soltou antes de abater; que segundo as fotos dos autos o conjunto era composto de roda, freio e cubo com os 4 parafusos (...) que já fez quatro

perícias judiciais, que foi professor de engenharia na UnB e hoje faz consultorias de projetos; o assistente técnico da autora foi estagiário do depoente há 30 anos; que não fez contato com nenhum dos assistentes técnicos porque assim lhe foi solicitado pelo juiz; que nenhum assistente técnico de nenhuma das partes participaram da elaboração do laudo; que procedeu exame a olho nu das fotografias e peças dos autos para elaboração do trabalho; que não foi utilizado o instrumento de precisão para analisar as causas da quebra de roda porque no processo não se discute a confiabilidade da peça, mas o fato da roda ter caído ou não antes da colisão; que viu a roda que está no depósito deste juízo; que não levou a roda para exame porque foi devolvida cortada pela Fiat; que não houve sobrecarga porque a roda estava com pneu cheio; que essa roda não sofreu esforço suficiente para causar o dano porque se houvesse esforço o pneu teria se esvaziado e a roda apresentaria amassamentos; que fez referência ao laudo do IPT para responder o quesito n. 04 formulado pela Fiat; que os exames realizadas que constam no laudo, são no entender do depoente suficientes para a conclusão apresentada; que o veículo certamente arrastou no asfalto no momento em que a roda se soltou; que como a peça tem uma superfície lisa, com marcas de arrastamento como consta na figura 8 do laudo, é possível que não tenha sido deixadas marcas no asfalto; que no caso específico a peça que tocaria no asfalto é a peça que constam nas figuras 8 e 10 do laudo; que na figura 10 mostra que a peça da figura 8 fica abaixo do disco de freio" (fls. 989/990 – destaques nossos).

WALTER KAUFFMANN NETO – testemunha - engenheiro mecânico metalúrgico:

“Que é engenheiro com Pós-graduação em engenharia metalúrgica e há 25 anos trabalha como perito; que o trabalho pericial em caso como o dos autos, compreende análise acidentológica, que consiste na verificação da física trajetória da situação durante, pré e pós acidente; que na análise das peças do veículo para constatação do dano e do tipo de dano; que se há suspeita de falha em alguma peça procede-se a micrografia, macrografia, análise química e física por meio de microscópio de varredura; que não foi intimado da realização da perícia; que não se manifestou no presente processo; que a respeito do trabalho apresentado pelo perito considera que o trabalho carece de embasamento científico, porque a análise os documentos consiste no início do trabalho pericial que se fazem necessárias as demais análises acima mencionadas para que se chegue a uma conclusão conforme as técnicas hoje postas à disposição; que o tipo de fratura, descartada pelo perito é essencial para o trabalho

pericial; que a análise do tipo de fratura indica a causa do acidente; que para que o perito possa dizer se a roda se soltou antes ou depois da colisão é necessária a análise em conjunto de todos os elementos sem descartar aqueles que contradizem o acidente, como os que dizem respeito ao empenamento da roda; que a resistência de uma roda não é aferida tão-somente pelo tipo de material usado; que dependendo do exame a ser feito a menor resistência de um dado material pode ser compensada pela forma de construção, espessura, do material; que existe uma diferença para um engenheiro entre o metal dúctil e o frágil, que o material dúctil se quebra após certo alongamento; que o material frágil se rompe com grau de alongamento muito baixo, próximo ao zero; que uma roda de liga leve é dúctil; que é extremamente importante a característica da quebra de uma peça; que a fratura dúctil se caracteriza pelo rompimento catastrófico após um certo alongamento; que a fratura frágil se caracteriza por um processo prévio de fadiga; que em condições normais não há riscos de utilização em veículos de cubo de ferro fundido; que muitos fabricantes de veículos automotores, industriais e agrícolas utilizam o ferro fundido para fabricação de cubos; que não há contra indicação técnica; que não existe norma técnica no Brasil que especifique a estrutura de um cubo de ferro fundido; que tais peças são fabricadas de acordo com a engenharia de cada fabricante de modo a resistir os esforços do dia a dia, mais um coeficiente de segurança; que considera que o teste da roda foi feita de maneira acientífico porque era necessário preparar a roda antes de aplicar os produtos para o teste do líquido penetrante; que era necessário retirar a pintura e o verniz superficial; que também se fazia necessário a análise dimensional, de empenamento, para se saber qual esforço a que a roda foi submetida; que quando o veículo em linha reta perde uma das rodas, o veículo tomba para o lado da roda perdida e as partes inferiores ficam extremamente danificadas; que ficam marcas profundas na superfície asfáltica e o veículo tende para o lado da roda caída; que se o Fiat Stilo perde uma das rodas traseiras em movimento em linha reta, tocam a superfície asfáltica o suporte do eixo, o conjunto da placa do suporte do freio e a saia da lateral da roda perdida; que complementa a informação anterior para esclarecer que se o veículo perde a roda traseira o veículo tende para o lado em que perdeu a roda, em movimento circular horário para roda direita ou anti horário para roda esquerda; que quando um veículo perde a roda dependendo da velocidade, ele poderá levar até um segundo para a queda, dependendo da geometria e da manobra; que nesse tempo ele percorre ainda sem tocar no chão alguns metros; que para precisar tais fatos é necessária a análise

do local do acidente; que teve acesso ao laudo do CESVI, mas não teve oportunidade de analisar detalhes, mas pode lê-lo; que pelo que se recorda do relatório do CESVI, a fratura foi dúctil e o material empregado na construção do cubo estaria de acordo com o projeto; que pelo que se recorda a conclusão citava quebra por esforço excessivo. (...) que teve acesso ao laudo do processo; que não se recorda do empeno da roda; que um empeno de 0,38 milímetros não é muito visível a olho nu; que a fotografia da roda permitiu ao depoente averiguar que roda apresenta empeno; que o choque do veículo contra o barranco e a soltura posterior da roda pode acarretar um empeno de 0,38 milímetros; que se o veículo bater num barranco e soltar o pneu é possível que não fiquem vestígios de terra na roda, porque o que bate é o pneu e não a roda; que pelo que o depoente viu das fotos, tudo indica que o veículo foi lavado, porque independentemente da dinâmica do acidente, com o choque contra o barranco deveria ficar mais indícios no veículo; que teve acesso às fotos do veículo após a colisão que constam do laudo; que o depoente verificou nas fotografias marcas de terra apenas no rolamento que fica na ponta do eixo; que tais vestígios de terra no entender do depoente são incompatíveis com o acidente; que teve conhecimento do objeto da perícia; que não teve conhecimento de que os exames indicados no início do depoimento como necessários à elaboração do laudo, foram realizados pelo DENATRAN; que para que um cubo de ferro fundido tenha a mesma resistência de um cubo de aço forjado são necessárias dimensões e formas diferentes; que a Fiat substituiu o aço forjado pelo ferro fundido na fabricação do cubo porque o ferro fundido atendia às condições mínimas exigidas no projeto; que a opção da Fiat por substituir o aço forjado pelo ferro fundido, visa tornar o veículo mais leve e mais suscetível a absolver a energia cinética decorrente de eventual colisão protegendo o passageiro; que o cubo da roda está sujeito a esforço de flexão cíclico, isto é, repetitivo no tempo; que por ser um esforço repetitivo, cíclico necessário se faz o tipo de fratura para se saber se ocorreu de fadiga ou de choque; que a Fiat e o INMETRO fizeram somente ensaios, testes estáticos porque os exames de micrografia a macrografia descartaram a fadiga, o que significa que a peça absorveu todo o esforço cíclico; que o rolamento é montado com a interferência do cubo da roda; que não sabe dizer de memória qual a solitação radial exercida no corpo cilíndrico; que é hipoteticamente possível que o cubo de roda de ferro fundido na hipótese de haver precipitado poderia introduzir descontinuidade e ou inclusões que pudessem induzir tensões internas, que o depoente não pode verificar tal fato no caso, mas que as imagens e o tipo de fratura

não indicam essa ocorrência; que na hipótese anterior as trincas poderiam provocar fadiga; que as trincas poderiam induzir a fadiga, o que faria que a cessão restante pudesse fraturar num mecanismo dúctil que é justamente o processo de fadiga que não foi verificado em nenhuma peça analisada; que a propagação das trincas por fadiga seriam visíveis a olho nu pela marcas características deixadas pelo processo, as quais a nomenclatura técnica denomina de marca de praia; que o grande precipitado encontrado na borda do cubo não foi considerado para análise do fenômeno do crescimento da trinca por fadiga porque o bordo do cubo não sofreu esforço e sim o centro da peça, além disso o bordo não quebrou e o que se analisa é o que foi quebrado; que acredita que o DPDC determinou o recall de 52.000 veículos para substituição do cubo de ferro fundido por aço forjado, na visão do depoente sem embasamento técnico, mais por uma questão política e preventiva; que o depoente entende que o Governo pode determinar às empresas, no que diz respeito à engenharia, aquilo que não deve ser feito, mas não o que as empresas devem fazer, pois se assim o fosse não seria possível a evolução tecnológica; que não tem conhecimento de que o cubo da roda do Fiat Strada está se soltando; que considera a UNICAMP uma Instituição séria; que conhece o CESVI e que é uma instituição séria; que o fato de considerar um Instituição séria não significa que o trabalho desenvolvido por tais instituições não devam ser conferidos e avaliados haja vista a possibilidade de erros; que não é funcionário da Fiat" (fls. 991/994 – destaques nossos).

ROBERTO WELLINGTON DE S. MOURA – testemunha - engenheiro mecânico:

“Que não examinei a peça objeto deste processo; que fui contratado pela família da namorada do filho da proprietária do veículo Fiat Stilo, cujo acidente que vitimou teve desprendimento no cubo de roda traseira; que a causa do acidente foi a ruptura do rolamento traseiro; que a ruptura decorreu da fragilização do material do cubo da roda; que o cubo da roda foi fabricado em ferro fundido; que o exame na peça sinistrada foi ocular observando os parâmetros da ASTN (Sociedade Americana para teste em materiais); que a peça foi examinada pessoalmente pelo depoente, mas não foi submetida a testes mecânicos, pois a peça não disponibilizada; que vi fotos da peça objeto destes autos e percebi correlação entre os mecanismos de fratura (...) que pelo que analisei das fotos dos autos foi o desprendimento da roda que causou o acidente. (...) Que o caso dos autos foi submetido ao INMETRO; que tomei conhecimento da conclusão do laudo e não concordo com o resultado deste laudo do INMETRO; que já

realizei trabalhos de perícia relativas a fraturas de peças mecânicas em mais de 20 casos, seja como perito, seja como assistente técnico; que cubo de roda não é a mesma coisa que pista externa de rolamento, ressaltando que as nomenclaturas mudam de acordo com os fabricantes e respondi de acordo com as regras da SAE (Sociedade dos Engenheiros Americanos Automotivos); que o cubo de roda que examinei pessoalmente em que houve a morte da namorada, havia evidência de ruptura tipo frágil com aspecto de ruptura tipo clivagem; que foi feita uma avaliação visual para chegar essa conclusão e só em caso de dúvida são realizados testes mecânicos, os quais sofrem limitação, pois é preciso ter uma medidas adequada para se submeter aos testes; que ao examinar as fotos do cubo de roda deste processo, visualizei similaridade de comportamento do material com o caso que examinei pessoalmente; que para que possa responder para que lado o veículo derivaria em caso de soltura da roda traseira esquerda do veículo era necessário conhecer a pista de rolamento; que sendo a pista regular caso houvesse desprendimento da roda do Stilo, a plataforma encostaria no chão após a flexão da suspensão". (fls. 1101/1102).

JOÃO VALENTIM BIN – testemunha - engenheiro mecânico:

“Que foi o primeiro perito a ter contato com o veículo e com a peça do veículo objeto dos autos; que fui contactado pelo casal que se acidentou; que ao observar o cubo da roda (o depoente trouxe uma peça equivalente para a audiência), não tive dúvidas em afirmar que houve o desprendimento da roda por falha prematura do cubo da roda; que o cubo da roda é uma peça ‘que não pode quebrar’, pois o motorista perde completamente o controle se ocorrer e, pode a roda ao se soltar atingir vítimas; que o veículo tem que ser submetido a um teste laboratorial e tem que suportar a uma forma 10 vezes a força da gravidade e não pode desprender nenhum componente; que a fratura da peça foi do tipo frágil observando a trinca do cubo da roda; que a roda não apresentava nenhuma marca de batida suficiente para que fosse arrancada do eixo; que pela minha análise a peça não foi submetida a uma sobrecarga; que se a roda que se soltou tivesse se submetido a uma sobrecarga, a roda teria apresentado vestígios sendo que o pneu nem esvaziou; que não necessariamente a soltura da roda faz com que o chassi do veículo encoste no chão; que como é de conhecimento pode uma superfície ficar em pé fixada em apenas 3 pontos, de modo a soltura da roda por si só não implica marcas no asfalto de atrito entre peças do veículo e a pista de rolamento; que em 53 casos que analisei, não ficaram marcas no asfalto após a saída

da roda e em um caso que atuei há marcas de atrito mas por causa da valeta de águas pluviais que forçou a roda contra a pista; que o custo para se fabricar peças com ferro fundido é bem menor do que para fabricar as mesmas peças com aço forjado e não havia motivo técnico para alterar o material para fabricar o cubo da roda (...) que os ensaios realizados pela Fiat não refletem o que ocorreu com o cubo da roda destes autos, pois no caso deste cubo da roda houve ruptura do rolamento; que não acho correto o relatório do INMETRO, pois quando examinei as peças não estava o 'anel rolado' que faz parte do cubo da roda, anel este que deve ter se perdido no local do acidente, mas estranhamente a Fiat encaminhou ao INMETRO cubo de roda com anel rolado; que acredito que a deformação no cubo da roda decorreu das forças a que é submetida tal peça, especialmente o do peso do veículo que é a força que é submetida cada uma das rodas; que afirmo que a forma de montagem do rolamento acoplado ao cubo da roda do Fiat Stilo, não está adequada, pois gera uma sobrecarga que este fato foi demonstrado por um laudo Nota Técnica n. 13/10/CGIT/DENATRAN, ensaio feito por solicitação da Promotoria de Defesa do Consumidor; que o cubo de roda dos autos foi construído com ferro fundido nodular o que contribuiu para a fratura; que antes a Fiat utilizava aço forjado, mas passou a utilizar ferro fundido mantendo as mesmas dimensões; que como o ferro fundido modular é 3,6 vezes menos à tenacidade em relação ao aço forjado a peça não suportou.(...) que conheci o perito Clovis no início da década de 70 no INPI, quando estagiei e o conheci, depois não tive mais contato com tal pessoa; que havia subordinação técnica entre mim e o perito Clovis, mas não subordinação hierárquica; que meu último trabalho referente a fratura de componente automotivo foi para o Senhor Éden também envolvendo cubo de roda; que já trabalhei no desenvolvimento de motores à álcool no início desta tecnologia, já trabalhei na subsidiária da GM, Detroit Diesel desenvolvendo peças automotivas, bem como já trabalhei com retífica de motores; que quando analisei os componentes acreditei que a falha fosse no rolamento devido ao seu estado, não suspeitei, naquele momento que fosse um defeito no cubo de roda; que depois com a chegada de mais casos similares, concluímos que o problema estava no cubo da roda; que foram mais de 50 casos analisados em que o problema foi no cubo da roda; que atualmente me convenci de que o defeito no veículo da Senhora Carla foi no cubo da roda e não no rolamento como primeiramente me manifestei assim que vi o veículo; que a primeira evidência material foi o colapso da pista externa do rolamento, depois constatei o cubo da roda fraturado; que o tipo de trinca constante do cubo da roda não pode ocorrer

neste tipo de peça; que se trata de uma trinca longitudinal percorrendo todo o corpo cilíndrico do cubo da roda, demonstrando que houve uma força interna que causou a abertura do cubo; que um engenheiro com experiência ao analisar visualmente o cubo da roda destes autos percebe que esse tipo de fratura não pode ocorrer; que para se descobrir o que causou tal fratura pode ser utilizado vários métodos, inclusive microscópio eletrônico; que o cubo da roda tem que suportar o teste 'Buca Michelin'; que o cubo da roda pode até entortar, mas jamais a roda pode cair; que utilizei os dados da própria Fiat para calcular as forças que teriam atuado sobre o conjunto em que está instalado o cubo da roda objeto destes autos; que não precisou analisar o padrão de fratura do cubo da roda destes autos, local de início de fratura e direção de propagação da fratura; que utilizei os dados da Fiat em relação ao micro mecanismos da fratura, mas a conclusão da Fiat não está correta; que o requisito do DENATRAN é a exigência da roda não cair; que os requisitos para a fabricação do cubo da roda são oriundos da própria fábrica e decididos por ela; que não submeti o cubo da roda a testes laboratoriais e utilizei os dados da própria Fiat para formar a conclusão já respondida neste depoimento; que analisei as demais peças conectadas ao conjunto da suspensão para elaborar o laudo; que após brevemente consultar o laudo técnico disse que ouviu da Senhora Carla que o veículo era conduzido momento antes do acidente pelo Senhor Amilton; que foi indicado como assistente técnico da Senhora Carla e minha opinião sobre o fato já estava no laudo que elaborei; que o Perito Judicial não me contactou para me informar dos trabalhos periciais; que não tive acesso ao inteiro teor do laudo do DENATRAN referente ao caso de Carla, mas posso informar que as peças não foram encaminhadas a tal departamento e isso pode ter prejudicado a análise do caso; que não apontou se a roda se despreendeu antes ou depois do acidente em razão das peças estarem neste juízo" (fls. 1103/1105 – destaques nossos).

PEDRO AMEDEO NANNETTI BERNARDINI – informante - engenheiro metalurgista:

"(...) Que analisei o caso deste processo mediante os documentos constantes dos autos; que sem sombra de dúvida a fratura do componente e objeto dos autos a considero dúctil; que foi constatado por intermédio de microscópio de varredura eletrônica a presença de alvéolos 'dimples' no início da fratura; que o carro em linha reta e com a quilometragem de até 18.000 km não ocasiona a fratura da peça; que em regra as fraturas iniciam nos pontos de maiores tensões; que pelo padrão de fratura do

cubo da roda houve uma carga fletora que é bem diferente de uma carga axial ou vertical; que esta carga fletora é uma força que incidiu sobre o cubo da roda lateral; que é compatível com essa força lateral a abertura do cubo de roda; que é possível a roda e pneu permanecerem íntegros e a força lateral que incidir sobre ela causar a fratura do cubo da roda; que o material de que é fabricado o cubo de rodas destes autos é ferro fundido modular; que a Fiat utilizava para fazer tal peça aço forjado; que os freios com sistema ABS para o funcionamento do sensor, precisam que o material do sistema seja aço forjado por causa das propriedades magnéticas, já para o sistema de freios sem ABS pode-se utilizar outro material que suporte as solicitações para o fim exigido; que a substituição de aço forjado por ferro fundido permitia a fabricação de peças no Brasil sem a necessidade de importação; que acredita que foi este o motivo da Fiat ter feito a troca dos materiais; que com relação a tenacidade e resistência dos materiais, para a peça automotiva é um critério impertinente; que a indústria automobilística trabalha com a filosofia 'de não tolerância à danos', de modo que apresentando qualquer peça alguma trinca procede-se a substituição; que nos ensaios e testes realizados com o material de que é feito o cubo de roda destes autos não foi detectada nenhuma trinca prévia; que o conceito de tenacidade ou fragilidade, envolve a filosofia de construção de materiais como por exemplo indústria petrolífera, nuclear ou aeronáutica, na qual o engenheiro tem os elementos para mesmo se houver uma trinca saber se o material vai suportar a carga para a qual foi projetada e por quanto tempo, de modo que mesmo com a presença de trinca utilizando-se o critério de tenacidade o equipamento pode continuar em funcionamento (...) que possui mestrado e doutorado em engenharia mecânica, especificamente na área de análise de falhas; que ministra na Pós Graduação metalurgia da fratura e da fadiga; que trabalho na análise de falhas de componentes metalúrgicos; que trabalho nesta área há 29 anos; que há vários focos para se saber a causa do acidente, tais como: 1 - análise de projeto; 2 - análise do componente suspeito; 3 - análise de componentes correlatos; 4 - análise do cenário do local do acidente; que há nos autos várias análises sobre o acidente, mas só a Fiat tem todos os dados analisou os focos para descobrir as causas do acidente; que a Fiat não partiu da hipótese de que o componente não apresentava defeito; que investigou se era defeito ou não; que analisei o laudo do Senhor Valentim e nele não havia análise desses quatro focos a que me referi; que o laudo do Senhor Valentim não contém análise metalográfica, dureza, topografia da fratura, padrão de fratura e esforços atuantes; que analisei o laudo do perito Judicial

Clovis; que também não foi feita análise metalográfica, dureza, topografia de fratura, padrão de fratura, esforços atuantes; que as análises do senhor Valentim e do Perito Judicial se basearam ao exame visual do cubo da roda e de outros componentes do eixo traseiro; que li o laudo do INMETRO e considero-o válido com o análise da fratura inclusive detectou alvéolos no início da fratura, a configurar sobrecarga; que analisei o laudo do CESVI; que os mesmos defeitos do Senhor Valentim e do Perito Judicial estão presentes no laudo do CESVI; que ferro fundido modular é utilizado em componentes automobilísticos de responsabilidade como por exemplo braço de suspensão da montadora BMW; que o uso de ferro fundido não pode ser considerado deficiência do produto nem do projeto do cubo de roda; que acredito que a soltura da roda ocorreu após a colisão do veículo com o barranco e não antes.(...) que não tem elementos para afirmar o ponto de impacto da roda com o barranco de modo que em tese é possível a fratura do material sem que a roda tivesse contato com o barranco e com isso ela não se sujar; que não necessariamente com a quebra do cubo a roda haverá a penetração de terra existente no barranco; que é preciso 3.440 kgf de carga de força fletora para romper o cubo e causar as demais deformações do conjunto; que o máximo de força que um condutor consegue criar ao manobrar um veículo, é por volta de 536 kgf; que a perda da roda traseira esquerda, não havendo outro esforço e o carro estando em linha reta, faz com que o carro derive à esquerda e necessariamente partes metálicas do veículo encostarão no piso; que mostrado o laudo do INMETRO fls. 566/596, especificamente a fl. 570, respondeu que há a presença de 'dimple', a existência de precipitado que consiste em impurezas típicas do metal provavelmente escória quando da fundição, mas que não compromete a peça; que alguns precipitados são partículas de grafita, material esperado para esta fundição; que sei de outros casos de soltura de roda traseira do Fiat Stilo, mas não sei informar quantos e nem os motivos, mas todos eles eram fabricados em ferro fundido; que o recall incidiu sobre o cubo de roda de ferro fundido e não alcançou veículos com sistemas de freios ABS; que não sei dizer se o cubo de roda de aço forjado tem a mesmas dimensões e espessuras de ferro fundido". (fls. 1106/1108 – destaques nossos).

JOSÉ GUILHERME SILVA – informante – engenheiro mecânico metalúrgico:

“Que foi o profissional da Fiat que primeiro analisou o cubo da roda e o conjunto da suspensão e cheguei à conclusão que foi uma sobrecarga sobre a roda que fez a

ruptura do cubo da roda; que era esperado que o conjunto roda e pneu não tivessem maiores danos pelo tipo de impacto em terra macia de modo que sobrecarregasse o cubo da roda; que a substituição do cubo de roda de aço forjado para ferro fundido, foi pela nacionalização do Stilo o qual antes era importado e vinha com sistema de freios ABS; que houve testes severos com cubo de rodas similares ao da autora e não foi detectado nenhum defeito nas peças; que o motivo do recall foi um erro no laudo do CESVI referente ao conceito de tenacidade o qual não se aplica à indústria automobilística; que esta adota a filosofia de não tolerância a danos, de modo que a preocupação da Fiat é com a fadiga do material sendo que no caso dos autos não houve fadiga, mas sim sobrecarga lateral". (...) Que outras montadoras como a Renault, GM Ford, utilizam ferro fundido, mas a Fiat uso ferro fundido nodular o qual é dúctil e é considerado bem mais resistente que o ferro cinzento adotado por outras montadoras; que não houve a soltura da roda antes da colisão do veículo com o obstáculo". (...) Que a preocupação da indústria automobilística é com a fadiga de componentes e no componente objeto dos autos não houve fadiga; que não houve fratura frágil, mas sim por sobrecarga dúctil em razão de verificar a presença de "dimples" ao exame microscópico eletrônico; que não houve fadiga no material, pois as marcas que deixam são similares as que as águas do mar deixam na praia e isto não foi constatado no cubo de roda; que na análise visual é possível elaborar hipóteses quanto ao tipo de fratura e pela melhor técnica se faz exame laboratorial, no caso o microscópio eletrônico para verificação do tipo de fratura". (fls. 1109 – destaques nossos).

Pois bem, deflui da prova oral ora transcrita, bem como dos diversos laudos encartados ao denso caderno processual que não se pode concordar com o perito Clovis de Oliveira Campos ao consignar que '*fica fácil entender o que aconteceu no caso do veículo em pauta*' (fl. 1001). Da mesma forma, soa arrogante e assertiva constante do Laudo da UFSC, bastante citado nas alegações finais da FIAT – Pedro Amedeo - ao registrar que '*foi possível estabelecer, com 100% de certeza, a relação de nexa pretendida*', a concluir que '*a soltura da roda foi conseqüência do acidente e não sua causa*' (fl. 1498).

Extrai-se das regras de experiência e da observação do que ordinariamente acontece que quanto ocorre determinado 'desastre ou acidente' o mais correto é ter em mente a

concorrência de diversas causas, pois dificilmente a ruptura de uma peça de segurança tem causa única, de modo que os profissionais de determinado ramo do conhecimento humano e, sobretudo, os operadores do direito devem ter em mente a enorme dificuldade de se descobrir integralmente qual fato ou conjunto de fatos foram determinantes para a ocorrência de determinado evento. Chegar-se à verdade adjetivada de 'real' é utopia, o que conseguimos, sejam sinceros, é construir uma aproximação, daí se falar modernamente não em verdade real, mas em verdade aproximativa.

Assim, necessário investigar todas as possíveis causas, sem olvidar ou desmerecer qualquer uma delas, podendo-se apelar de forma científica para a estatística, porquanto limitados os equipamentos de medição desenvolvidos pela tecnologia e limitada a própria cognição humana. A robustecer tal premissa desta sentença, basta lembrar que praticamente toda a física quântica, a qual permitiu o enorme salto tecnológico das últimas décadas em diversos campos de aplicação, é baseada em estudos probabilísticos.

Dito isto, importante explicitar o direito aplicável à espécie, ou seja, a regra jurídica a ser observada para solucionar a lide, notadamente a distribuição do ônus da prova, a qual, segundo a doutrina moderna, há de ser dinâmica. Daí que é ônus da FIAT comprovar de forma satisfatória que o produto (veículo, especificamente o cubo de roda) é seguro, não apresenta defeito ou vício ou mesmo que a culpa pelo acidente foi da consumidora ou de terceiro.

Nessa trilha, para subsidiar os fundamentos desta decisão, utiliza-se o Código de Defesa do Consumidor, especialmente o artigo 12, *verbatim*:

“Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera (...)

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Com efeito, a FIAT teve todas as oportunidades no curso procedimental para comprovar a inexistência de defeito, a confiabilidade e a segurança do cubo de roda do veículo *Stilo* adquirido pela autora, de modo que as provas (pericial, documental e oral), ainda que indiciárias, e os estudos técnicos incorporados ao caderno processual formaram o convencimento de que o cubo de roda em ferro fundido instalado no veículo da demandante apresenta fragilidade, o que comprometeu a segurança veicular e concorreu para o resultado lesivo.

Ressalte-se há diversos indícios que permitiram a conclusão a que chegaram os engenheiros que depuseram nas audiências de instrução. Porém, não menos importantes, são os pontos omissos, dúvidas, contradições e até multiplicidade de causas para explicar o acidente objeto deste processo. Até hoje não pode afirmar quem estava na direção do veículo no momento em que se perdeu o controle dele (a autora ou seu consorte, embora tal questão não seja preponderante para resolver esta lide), como estava a distribuição de massas (pessoas e bagagem) no interior do veículo. Igualmente, não se aferiu qual a velocidade desenvolvida pelo veículo no átimo anterior à colisão do veículo, em que ângulo e em qual velocidade se deu tal colisão com o barranco, quais as características deste barranco (dureza, inclinação, ângulo de colisão), quais as condições a que foram submetidas as peças móveis e equipamentos do veículo (notadamente a suspensão traseira e em especial o cubo de roda traseiro esquerdo) durante os 18.035 quilômetros percorridos pelo veículo *Stilo* Sporting, ano 2007, especialmente nas precárias vias deste país.

Enfim, há diversas perguntas sem respostas precisas, a dificultar saber perfeitamente o que causou ou concorreu para o acidente, motivo pelo qual diversos profissionais

responderam as indagações 'em tese'. Correto esse proceder a demonstrar as limitações para se aferir as causas da soltura do cubo da roda.

Porém, essas questões não elucidadas e a discrepância de opiniões entre os engenheiros mecânicos não favorecem a empresa FIAT, ao contrário, evidenciam que o cubo de roda do Stilo em ferro fundido nodular é o principal suspeito de ter causado o sinistro e, desse modo, exsurge o dever de reparar os danos daí decorrentes, haja vista os cogentes ditames do CDC – já reproduzidos – bem como a regra de julgamento da inversão do ônus da prova - teoria da distribuição dinâmica.

Deveras, não se pode exigir de pessoa natural, a produção de provas que só podem ser feitas por quem tem todos os dados a seu dispor, a capacidade técnica e lastro econômico para remunerar os serviços especializados e promover a adequada pesquisa científica sobre a causa do acidente, como reconhecido pela própria FIAT (fl. 1283, parágrafos 5º e 6º). Tanto é que encomendou laudo em importante instituição de pesquisa.

As afirmações constantes da contestação e das alegações finais da FIAT, ainda que em consonância com o laudo do INMETRO e da UFSC não conduzem à exclusão de responsabilidade. A causa invocada – sobrecarga – não foi devidamente comprovada (pode ter ocorrido a sobrecarga, como pode não ter ocorrido ou mesmo pode ter ocorrido, mas o cubo da roda deveria suportar). A foto do veículo a fl. 1284, por si só, não demonstra que a roda estava acoplada ao colidir com o barranco na margem da estrada, ao revés, o fato de a roda ter mantido sua integridade (empenamento de 0,39 mm no lado externo e 2,30mm no lado interno), mantido o ar no pneu e sua integralidade ao exame visual é indício de que não houve colisão lateral com a roda acoplada, muito embora a soltura possa, *em tese*, ter ocorrido em razão desta colisão lateral. Os danos na ponte traseira de suspensão e demais componentes da suspensão traseira realmente refletem sobrecarga, mas permanece a dúvida se a roda estava acoplada quando da sobrecarga que gerou os sinais detectados nos laudos anexados ao caderno processual.

O fato de não existir aparente marca de atrito de peça metálica no asfalto onde ocorreu o acidente, decorrente da natural inclinação do veículo ao perder a roda

traseira, também não se erige como indício incontestável de que a roda não se soltou antes da colisão com o barranco. A depender da distribuição de massa no interior do veículo, bem como da velocidade desenvolvida pelo carro e da manobra adotada ao volante pode-se percorrer certa distância antes da natural e esperada tendência à inclinação do veículo no lado da peça faltante (lateral traseira esquerda) causar o atrito da suspensão no asfalto ou na terra. Lembre-se que a testemunha da FIAT inclusive mencionou a possibilidade de deslocamento sem tocar a pista em breve espaço temporal, isso desconsiderando-se as opiniões das testemunhas indicadas pela consumidora.

Noutras palavras, o desprendimento da roda com o veículo em deslocamento a certa velocidade e em determinadas condições não necessariamente causará a imediate inclinação do veículo e conseqüente atrito de metal no asfalto, de modo que a ausência de marcas no local do acidente não se erige como prova da segurança e confiabilidade do cubo de roda questionado.

Fixadas tais premissas, o laudo apresentado pela CESVI BRASIL (fls. 1303/1453) apesar de impugnado pela FIAT, mostra-se o mais completo e imparcial, a cristalizar o trabalho pericial, na visão deste Julgador, que melhor abordou as possíveis causas da soltura de roda do Fiat *Stilo* da autora e, por tal motivo, servirá como suporte técnico para a presente sentença. Evidentemente não é a única prova favorável à consumidora, mas a que conduz ao convencimento de que o cubo de roda questionado provavelmente foi a principal causa do acidente automobilístico.

Veja-se que no Laudo CESVI houve criterioso levantamento de dados sobre os acidentes (notadamente o cubo de roda oriundo deste processo, o qual está descrito a fls. 1380, 1387, 1420/1421, 1423). Estatisticamente, segundo tal laudo, as características predominantes dos casos de soltura de cubo de roda são:

*“Fiat **Stilo** 1.8, sem ABS (**cubos de roda em ferro fundido nodular**), ano de fabricação 2004 a 2008, predominando **2007** em quase 50% dos casos, baixa quilometragem, com média de **19.637 mil Km, rodas aro 17”** (46%) e **soltura da roda traseira esquerda** (46%).”(fl. 1419).*

No caso do veículo da consumidora-autora, **todas estas características estão presentes**, a saber: **Fiat Stilo, 2007, cubo de roda em ferro fundido nodular, baixa quilometragem (17.035), rodas aro 17” e soltura da roda traseira esquerda**. Portanto, a alegação da FIAT de que há 100% de certeza que houve sobrecarga, vale dizer, colisão do veículo com barranco e tal fato foi a única causa da soltura da roda, não foi demonstrada de forma cabal, havendo **robustos indícios de que foi defeito ou fragilidade do cubo da roda traseira esquerda a causa mais provável da perda de controle do veículo e conseqüente acidente**.

A ponderação constante a fl. 1451 evidencia que existe a possibilidade de ruptura do cubo de roda em ferro fundido nodular, podendo vir a sofrer fraturas do tipo frágil em condições normais de utilização do veículo. Essa conclusão é corroborada por diversas testemunhas e não pode ser descartada como alegado pela FIAT, de sorte que conquanto o laudo do CESVI não permita cravar que a roda do veículo da demandante se desprendeu antes do acidente, robustece as palavras de vários engenheiros mecânicos de que a substituição do cubo de roda de aço forjado por ferro fundido nodular, sem alterar as dimensões da peça, gerou a fragilidade demonstrada nos estudos e dados estatísticos coletados, a comprometer seriamente a segurança veicular.

A alegação de que o laudo da CESVI BRASIL foi inconclusivo, de sorte que não há evidências se a soltura ocorreu antes ou depois do acidente (sobrecarga) não afasta o ônus processual da FIAT de comprovar que o acidente se deu por exclusiva culpa da autora ou fato de terceiro. Essa prova não se encontra nos autos. O local do acidente era pista em boas condições, uma reta. O documento do fl. 46 apesar de não ter sido ratificado em audiência, por testemunhas, evidencia a soltura da roda antes da colisão do *Stilo* com o barranco. O depoimento da autora não evidencia que houve má utilização do veículo ou uso anormal dele, ao contrário, a baixa quilometragem e a realização de revisão programada aos antes dos 15 mil quilômetros, como assinalado pela própria FIAT e comprovado por documentos (fls. 31/32) robustecem os indícios de que a consumidora adotou as cautelas devidas para trafegar com segurança em viagem de longa distância (Brasília – Nordeste e retorno), ainda que as condições das rodovias para tal região presumem-se não serem as ideais.

Outro ponto bastante repisado pela FIAT referente ao tipo de fratura detectado por instrumentos de precisão a nível atômico (dúctil) e aos danos ao sistema de suspensão também não afastam a sua responsabilidade pela segurança veicular. As evidências laboratoriais examinadas pelos técnicos da CESVI BRASIL *'indicam que, em tese, é possível a ruptura do cubo de roda por fratura frágil em condições normais de uso do veículo'*. E mais, pontificam os engenheiros Marcus Romaro e Daniel Araújo Felipe que *'como o material do cubo tem baixa resistência à fratura (baixos níveis de tenacidade à fratura), esta pode ocorrer com pequenos esforços acima da especificação, ou mesmo sem qualquer esforço adicional fora da especificação. Isto posto, existe, em tese, a possibilidade de ruptura do cubo de roda em ferro fundido nodular, podendo vir a sofrer fraturas do tipo frágil em condições normais de utilização do veículo'* (fl. 1451).

Ora, é enigmático que nenhum caso de soltura de roda que fora analisado nos diversos laudos ocorreu em cubo de roda em aço forjado. Além disso, a explicação da testemunha arrolada pela FIAT para o motivo da substituição do material do cubo de roda não convence.

A testemunha Walter Kauffmann Neto explica que *'para que um cubo de ferro fundido tenha a mesma resistência de um cubo de aço forjado são necessárias dimensões e formas diferentes; que a Fiat substituiu o aço forjado pelo ferro fundido na fabricação do cubo porque o ferro fundido atendia às condições mínimas exigidas no projeto; que a opção da Fiat por substituir o aço forjado pelo ferro fundido, visa tornar o veículo mais leve e mais suscetível a absorver a energia cinética decorrente de eventual colisão protegendo o passageiro'*.

Essa 'versão' para a substituição do material de fabricação do cubo de roda do *Stilo* não pode ser endossada à luz da prova produzida e sequer resiste à lógica. Se FIAT resolveu substituir o cubo da roda para tornar o veículo mais 'leve' e assim mais suscetível a absorver a energia cinética decorrente de eventual colisão, deveria ter feito em peças ou equipamentos não críticos para a segurança veicular ou mesmo ter efetuado mais testes e simulações, posto que a diferença de massa entre o cubo de roda de ferro fundido e aço forjado, mantidas as medidas, deve ser pequena (acredita o Julgador que é desprezível), de modo que se a FIAT procedeu à substituição em

foco por tal motivo, como diz o pensamento popular: '*cobriu um santo para descobrir vários*', porquanto ao manter as mesmas dimensões e formas ao substituir o material de fabricação (peça importada pela nacional), assumiu o risco de fragilizar a peça ou o conjunto e, por conseguinte, diminuir sua confiabilidade para suportar as exigências para a qual se destina.

Frise-se que não se quer questionar a busca pela redução de custos ou mesmo arrefecer a natural luta por mais mercado ou por maiores lucros nas transações, pois todos nós buscamos maximizar nossos ganhos, ainda que sequer percebamos, segundo a análise econômica do direito. Faz muito bem a FIAT em visar à redução de custos de produção, mediante padronização e uso de peças produzidas no Brasil, pois ao oferecer bens de consumo por preços menores atinge a função social da propriedade e gera ganhos não só para a empresa e acionistas, mas para toda a sociedade. Contudo, **tal conduta deve ser realizada sem comprometimento da segurança dos consumidores e mediante estudos técnicos adequados.**

A outra explicação fornecida pelo engenheiro Pedro Amedeo Bernardini, informante da FIAT, para a substituição do material de fabricação do cubo de roda soa mais crível, pois relatou que '*a substituição de aço forjado por ferro fundido permitia a fabricação de peças no Brasil sem a necessidade de importação; que acredita que foi este o motivo da Fiat ter feito a troca dos materiais*'.

Não se pode negar que se foi essa a motivação, menos mal, contudo deveria a FIAT comprovar de forma clara e definitiva que o cubo de roda nacional era adequado para o modelo *Stilo*, ou seja, para suas exigências específicas (esforços), tipo de suspensão, tipo de roda (diâmetro da roda, largura dos pneus), massa, motorização etc. Mesmo abstraindo-se o material adotado pela indústria automotiva (ferro fundido, aço forjado, fibra de carbono ou outro material adequado). O que interessa para o Direito do Consumidor é se o produto oferece a segurança que dele se espera para o uso ao qual se destina, isto é, a garantir a dirigibilidade do veículo, ainda que em situações críticas.

Aqui, mostra relevante reproduzir mais um trecho da conclusão CESVI BRASIL:

“(…) O cubo de roda traseiro em ferro fundido nodular que equipa os veículos Stilo, consiste na mesma peça que equipa originalmente os veículos Novo Pálio, Siena Fase I, Idea, dentre outros (...), cuja potência, massa, tipo de suspensão, diâmetro das rodas, largura dos pneus, bitola, e conseqüentemente esforços, são significativamente diferentes do que as solicitações a que a peça está sujeita quanto montada nos veículos Stilo’. (fl. 1450, destaques nossos).

Assim, conclui-se que o cubo de roda, como todo equipamento que envolve a segurança veicular em regra deve ser superdimensionado pela indústria automobilística e não subdimensionado, como se infere do laudo da CESVI BRASIL, pois o cubo de roda em ferro fundido nodular para veículo com as características do modelo *Stilo* não apresenta a segurança necessária que dele se espera, ante os indícios robustos de subdimensionamento da peça para uso no modelo *Stilo*, ou seja, a motorização 1.8, a massa, o tipo de suspensão, o diâmetro da roda 17”, a largura dos pneus são diferentes das exigências e especificações dos outros modelos da linha FIAT que já usavam o cubo de roda de ferro fundido nodular.

Para finalizar este tópico, o laudo apresentado pela CESVI BRASIL (fls. 1303/1453) coadjuvado pelas considerações ora alinhavadas, permite inferir que a provável causa da soltura de roda do Fiat *Stilo* foi a invocada pela consumidora. Vale insistir o cubo de roda em ferro fundido instalado no veículo da demandante apresenta fragilidade, o que comprometeu a segurança veicular e concorreu para o resultado. Portanto, **emerge o direito à reparação de danos, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.**

1.2) DANO MATERIAL

Diante da fundamentação do tópico anterior, estão presentes todos os elementos da responsabilidade objetiva, o defeito do cubo de roda, o evidente dano suportado pela autora e o nexo de causalidade adequada

Veja-se que a demandante demonstrou a existência de severos danos corporais a sua pessoa e de seus familiares decorrentes do acidente, sendo que neste particular desnecessárias maiores considerações, em virtude da robusta prova documental.

No que toca aos danos materiais referentes ao transporte do veículo de Seabra-BA para Brasília a nota fiscal de fl. 59 demonstra tal prejuízo e o respectivo pagamento de R\$ 1.258,00 (fl. 59).

Os gastos com laudo técnico (R\$ 400,00 – fl. 118), fotos (R\$ 10,00) e despesas de correio (R\$ 33,80; R\$ 6,90 - fls. 119/120, R\$ 3,40 – fl. 122) podem ser exigidos da FIAT, pois foram gastos necessários para a propositura da demanda e defesa dos direitos ora reconhecidos.

As despesas de tratamento médico, óculos, tipóia e medicamentos (R\$ 64,19 – fl. 119; R\$ 30,00 – fl. 120; R\$ 33,49; R\$ 23,00; R\$ 800,00 – fl. 121) descritos na petição inicial coadjuvados pelo depoimento da autora decorrem do acidente e portanto devem ser objeto de condenação da FIAT, pois tais gastos foram necessários para a recuperação da saúde da autora e de sua família, vítimas do acidente automobilístico descrito destes autos.

Desse modo, **procedente o pedido de reparação de danos materiais no valor de R\$ 2.662,78** (dois mil seiscentos e sessenta e dois reais e setenta e oito centavos).

Quanto ao custo da aquisição de outro veículo (fl. 71), o respectivo valor não pode ser cobrado da FIAT, haja vista que decorre de livre escolha da autora e tal veículo foi incorporado ao seu patrimônio, não havendo base jurídica para condenar a FIAT e ressarcir tal valor. Não comprovou a autora a base legal ou suporte jurídico para se condenar a FIAT a pagar o valor do veículo que a demandante optou comprar para seu uso durante o período em que se processou a presente demanda. Por conseguinte, improcede este pedido de reparação de dano material.

1.3) SUBSTITUIÇÃO DO VEÍCULO

Quanto à substituição do veículo, há questão a ser considerada que impede a procedência da pretensão nos moldes pleiteados pela autora. Conquanto a autora fundamente seu pedido no art. 18, § 1º, I do CDC, em razão da existência de contrato de alienação fiduciária, fato confessado pela autora na inicial (documento de fl. 22) e confirmado pela pesquisa no sistema informatizado (ação de busca e apreensão em

curso neste juízo, já sentenciada – autos nº 2008.06.1.013720-7), não se mostra possível a substituição do produto por outro da mesma espécie, haja vista que para tal providência seria necessário entabular-se outro contrato acessório de financiamento, cujas bases do contrato não podem ser impostas pelo Juiz às partes. Para se ter o negócio jurídico válido é mister a confluência de vontades, de modo que não se pode obrigar a instituição financeira sem definir as bases desta avença.

Vale dizer, como o veículo sinistrado foi dado em garantia e a autora não comprovou que quitou o financiamento, a única solução possível para retorno ao estado anterior é a restituição da quantia paga até a data do sinistro (valor que a autora pagou pelo veículo, ou seja, o valor equivalente ao antigo veículo *Stilo*, 2003, bem como as prestações pagas pelo financiamento). O deferimento parcial do pedido não implica decisão *ultra ou extra petita*, posto que a autora pediu ‘o mais’ (substituição do veículo sinistrado por um novo) e o Juiz concedeu ‘o menos’ (restituição da quantia paga pela aquisição do veículo até a data do sinistro), com base no art. 18, § 1º, inciso II do CDC.

A apuração deste valor não depende de liquidação de sentença, basta a autora apresentar documentos que comprovam o valor de entrada para a compra do carro (valor do Fiat *Stilo* 2003 dado em pagamento pela aquisição do *Stilo* objeto da lide), bem como apresentar os comprovantes de pagamento das parcelas pagas ao agente financeiro. Em resumo, nesse tópico (substituição do veículo) o pedido procede em parte.

1.4) DANOS MORAIS

Nesse tópico, necessária a intervenção do Poder Judiciário, obrigando a demandada a amenizar o contundente sofrimento experimentado pela autora e seus familiares que estavam no interior do veículo, restituindo, ao menos em pecúnia, o abalo pelos dissabores e restrições decorrentes dos danos corporais, especialmente o risco de perder a vida e demais dissabores daí decorrentes, de modo a atenuar a dor moral suportada.

Não se pode perder de vista que a demandante e sua família passou pela dolorosa situação de vítimas de grave acidente automobilístico em local distante de sua residência. Muito provavelmente, deve a demandante e sua família suas vidas ao uso do cinto de segurança, o qual diminuiu o risco de lesões mais graves (letais). O dano moral é patente e indiscutível!

Desse modo, em face do inexorável dano moral experimentado por CARLA, bem como sua distinta família, e considerando as condições especiais da vítima-demandante, a capacidade econômica da empresa FIAT, a natureza e a extensão da lesão moral, reputa-se justo e adequado fixar-se o valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), a ser pago em parcela única, cujos juros legais e correção monetária deverão incidir a contar da publicação da sentença. O valor declinado na inicial é mera expectativa da parte ou limite de sua pretensão. Se se tratasse de demanda coletiva, valor maior poderia ser fixado, posto que não é da tradição de nosso ordenamento jurídico fixar valores elevados em ações individuais, haja vista que não pode ser fonte de enriquecimento indevido, assim como diante da ausência de critérios legais para a dosimetria. Nesse tópico, o pedido é totalmente procedente, não obstante ter sido fixado em valor inferior ao postulado pela consumidora.

2) RECONVENÇÃO

A Fiat apresentou pedido reconvenicional sob a justificativa de que a autora-reconvinda abusa do direito de postular, pois esta iniciou verdadeira campanha contra a FIAT com o intuito de denegrir a 'imagem-atributo' da empresa e obter vantagem econômica indevida.

Em razão da procedência de grande parte dos pedidos da autora, deflui da fundamentação dos tópicos anteriores que fora legítima a conduta da demandante de participar de *sites* e revistas para contar o que aconteceu com seu veículo. O fato de a autora ter supostamente abandonado o trabalho não deve ser preocupação da FIAT, posto que a consumidora é livre para dar o destino que quiser a sua existência, não restando demonstrado o abuso do direito de postular ou mesmo de lutar pelos direitos que acreditou ostentar.

Com a larga utilização da *internet* e mais recentemente a 'febre' das redes sociais as informações são disseminadas para o mundo de modo praticamente instantâneo, não se podendo 'calar' os consumidores. Portanto, não há como se conceder qualquer indenização a FIAT, pois foi derrotada nesta demanda, não conseguindo demonstrar o abuso da autora em postular judicial ou administrativamente.

Pode ser que a imagem da FIAT tenha sido atingida em razão do problema com o modelo *Stilo*, mas tal fato não decorreu direta e imediatamente do ajuizamento desta ação, ou mesmo da participação da autora em *sites* e na sua busca por justiça perante autoridade e perante a mídia especializada em veículos. O que causou todos os alegados reflexos em vendas e faturamento da empresa foram os diversos casos suspeitos de soltura de roda traseira (lembre-se de ferro fundido nodular) do *Stilo*, a culminar com o *recall* informado nos autos. Em suma, esses fatos e pedidos não podem ser civilmente endereçados à autora.

Diante do resultado do julgamento perante o primeiro de grau de jurisdição e diante do reconhecimento do direito da autora na maioria dos pedidos formulados, **deve-se garantir a autora-reconvinte a livre manifestação de seu pensamento**, ainda que por meio de *internet* ou redes sociais, havendo inúmeros casos de acidentes similares ao dos autos, de modo que em razão da cognição exauriente, **cessam-se os efeitos da tutela antecipada, ainda que concedida de forma recursal.**

Não se desconhece ou se está a violar acórdão oriundo da 6ª Turma Cível do TJDF, o qual deu provimento ao recurso da FIAT para conceder a tutela antecipada recursal (fls. 1110/1115). Todavia, tal decisão, consoante enuncia a própria ementa, foi proferida em cognição não exauriente. Agora, no átimo sentencial não se pode mais falar em perigo de dano com a divulgação de notícia sobre o fato retratado nos autos. A decisão do Tribunal não alcança efeitos após a sentença. Em conclusão, são improcedentes os pedidos reconventionais.

Diante do exposto, **julgo procedente em parte** os pedidos da autora para:

1) condenar a ré ao pagamento da quantia de R\$ 2.662,78 (dois mil seiscientos e sessenta e dois reais e setenta e oito centavos), a título de indenização por danos materiais, incidindo correção monetária deste o ajuizamento e juros

legais de 1% ao mês a contar da citação; 1.2) condenar a ré a restituir à autora a quantia paga por esta pela aquisição do veículo, bem como as prestações pagas pelo financiamento, incidindo correção monetária deste o ajuizamento e juros legais de 1% ao mês a contar da citação; 1.3) condenar a ré ao pagamento da quantia de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), a título de indenização por dano moral a ser paga em parcela única, incidindo juros legais de 1% ao mês e correção monetária a contar da publicação da sentença. 2) julgo improcedentes os pedidos reconventionais, cessando-se os efeitos da tutela antecipada recursal. Por conseguinte, resolvo o processo com suporte no art. 269, I do CPC.

A apuração do valor da restituição (item 1.2) não depende de liquidação de sentença, facultando-se a autora apresentar na fase executiva os documentos que comprovam o valor equivalente à entrada para a compra do carro, bem como apresentar os comprovantes de pagamento das parcelas do financiamento.

Em virtude da sucumbência de grande parte dos pedidos formulados pela autora, condeno a FIAT nas despesas processuais, fixando-se os honorários advocatícios em 10% (dez) sobre o valor da condenação, já sopesado o decaimento parcial, com apoio no art. 21, parágrafo único do CPC.

Quanto à reconvenção, condeno a ré-reconvinte nas despesas processuais, fixando-se os honorários advocatícios em R\$ 8.000,00 (oito mil reais à luz do art. 20, § 4º do CPC (conteúdo declaratório).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Sobradinho-DF, 21 de junho de 2011.

JÚLIO ROBERTO DOS REIS

Juiz de Direito