

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

ORGANIZADORES:

GUILHERME PUPE DA NÓBREGA
JANETE RICKEN DE BARROS LOPES

idp

Organização

Janete Ricken Lopes de Barros

Guilherme Pupe da Nóbrega

Processo Civil em Debate

1ª edição

Autores:

Adriana Silva Maillart

Arthur de Oliveira Calaça Costa

Bruno Carlos dos Rios

Danielli Gadenz

Danilo Rinaldi dos Santos Jr

Guilherme Pupe da Nóbrega

Janete Ricken Lopes de Barros

Saulo do Nascimento Santos

IDP

Brasília

2015

Conselho Editorial:

Presidente: Gilmar Ferreira Mendes (IDP)
Secretário Geral: Jairo Gilberto Schäfer (IDP)
Coordenador-Geral: Walter Costa Porto (Instituto Federal da Bahia)

1. Adriana da Fontoura Alves (IDP)
2. Alberto Oehling de Los Reyes (Madrid)
3. Alexandre Zavaglia Pereira Coelho (PUC-SP)
4. Arnoldo Wald (Universidade de Paris)
5. Atalá Correia (IDP)
6. Carlos Blanco de Moraes (Faculdade de Direito de Lisboa)
7. Carlos Maurício Lociks de Araújo (IDP)
8. Everardo Maciel (IDP)
9. Felix Fischer (UERJ)
10. Fernando Rezende
11. Francisco Balaguer Callejón (Universidade de Granada)
12. Francisco Fernández Segado (Universidad Complutense de Madrid)
13. Ingo Wolfgang Sarlet (PUC-RS)
14. Jorge Miranda (Universidade de Lisboa)
15. José Levi Mello do Amaral Júnior (USP)

16. José Roberto Afonso (USP)
17. Julia Maurmann Ximenes (UCLA)
18. Katrin Möltgen (Faculdade de Políticas Públicas NRW - Dep. de Colônia/Alemanha)
19. Lenio Luiz Streck (UNISINOS)
20. Ludger Schrappner (Universidade de Administração Pública do Estado de Nordrhein-Westfalen)
21. Marcelo Neves (UnB)
22. Maria Alicia Lima Peralta (PUC-RJ)
23. Michael Bertrams (Universidade de Munster)
24. Miguel Carbonell Sánchez (Universidad Nacional Autónoma de México)
25. Paulo Gustavo Gonet Branco (IDP)
26. Pier Domenico Logroscino (Universidade de Bari, Italia)
27. Rainer Frey (Universität St. Gallen)
28. Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch (USP)
29. Rodrigo de Oliveira Kaufmann (IDP)
30. Rui Stoco (SP)
31. Ruy Rosado de Aguiar (UFRGS)
32. Sergio Bermudes (USP)
33. Sérgio Prado (SP)
34. Teori Albino Zavascki(UFRGS)

Uma publicação Editora IDP

Revisão e Editoração: Ana Carolina Figueiró Longo

BARROS, Janete Ricken Lopes de, e NÓBREGA, Guilherme Pupe.

Processo Civil em Debate / Organizador Janete Ricken Lopes de Barros e Guilherme Pupe da Nóbrega. Autores: Adriana Silva Maillart, Arthur de Oliveira Calaça Costa, Bruno Carlos dos Rios, Danielli Gadenz, Danilo Rinaldi dos Santos Jr, Guilherme Pupe da Nóbrega, Janete Ricken Lopes de Barros, Saulo do Nascimento Santos – Brasília: IDP, 2015.

130 p.

ISBN 978-85-65604-79-6

1. Direito Processual Civil. 2. Novo CPC.

CDD 341.2

SUMÁRIO

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA3	
Adriana Silva Maillart	3
Bruno Carlos dos Rios	3
ELEMENTOS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	33
Danilo Rinaldi dos Santos Jr.	33
O CPC/2015 E A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA.....	59
Guilherme Pupe da Nóbrega	59
A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.....	80
Janete Ricken Lopes de Barros	80
Arthur de Oliveira Calaça Costa.....	80
A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: INCENTIVO DO ESTADO OU VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DAS PARTES?	100
Danielli Gadenz.....	100
Saulo do Nascimento Santos.....	100

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA

Adriana Silva Maillart
Bruno Carlos dos Rios

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva envolver o instituto brasileiro de assistência jurídica gratuita em cotejo com a corrente denominada Análise Econômica do Direito (AED), avaliando a aplicação das teorias econômicas na abordagem dos sistemas jurídicos pátrios ao encontro dos anseios contemporâneos de promoção a uma justiça qualitativa.

A Defensoria Pública, enquanto instituição pública permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, responsável pela ascensão à justiça das pessoas vulneráveis, denota a opção do modelo de assistência jurídica gratuita adotada pela Constituição Federal de 1988. Tal instituto encontra-se densamente conectado com a questão da dignidade da pessoa humana e do acesso à justiça.

Com efeito, a temática em evidência não se restringe à abordagem do mero acesso ao Poder Judiciário, mas, sobretudo, ao alcance da ordem jurídica justa para todos, sem distinção de qualquer ordem, ultrapassando os meros aspectos formais do direito de ação. Assim sendo, o Estado possui a obrigação de promover a pacificação social, pelo que as suas ações devem empregar meios para o cumprimento e aperfeiçoamento desse preceito.

A assistência jurídica gratuita, direito fundamental protegido pela Constituição Federal, permite o acesso à justiça que, por sua vez, consiste na maneira do ser humano realizar-se por meio do bem-estar social. Por conta disso, a averiguação deste tema se deve à finalidade de desenvolver a relação existente entre o amparo jurídico gratuito e a Análise Econômica do Direito (AED), procurando alcançar um aparelho jurídico que proteja direitos básicos dos indivíduos e, além disso, aperfeiçoe a alocação dos recursos escassos.

A Análise Econômica do Direito (AED) reestrutura o Direito tentando solucionar os impasses jurídicos por meio das lógicas empregadas pelos Economistas, razão pela qual acarreta opiniões discrepantes entre doutrinadores e pensadores que a defendem com afinco e aqueles que a repelem. Por conta disso, o instrumental da AED deve ser conhecido e estudado, ante a dificuldade de alguns economistas acolherem a ideia de que o Direito tem função complementar e salutar no que se refere ao ambiente econômico, assim como de alguns juristas consentirem o emprego de instrumentos da economia como um balizador da fabricação normativa e de sua aplicação.

Destarte, a democratização do acesso à justiça conferida pela natureza própria e singular destinada à Defensoria Pública brasileira adjudica a sua legitimidade para a tutela dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos das pessoas em situação de vulnerabilidade. Dentro desse contexto, torna-se imperioso examinar a aplicação da doutrina econômica a contribuir para o desenvolvimento cultural, social e econômico do Brasil.

Ante o ponderado, a investigação em evidência possui o desígnio de tracejar os contornos da assistência jurídica brasileira em alegoria com a Análise Econômica do Direito (AED), averiguando os pontos da ordem econômica que possam vir a fornecer mecanismos para admitir a participação concreta de parcela da população excluída do processo democrático.

1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: CONCEPÇÕES, VALORES E PRINCÍPIOS

O Direito consiste na arte de regular o comportamento humano, ajustando-se a conduta para normatizá-la de acordo com os valores eleitos pela sociedade. Lado outro, a Economia refere-se à ciência que estuda as escolhas das decisões e suas consequências para um planeta de recursos escassos, estudando o indivíduo em combinação com suas deliberações abraçadas pelas escolhas racionais.

Nesse sentido, não há como denegar a existência do mercado e dos valores sociais, carecendo haver harmonia entre os dois institutos:

A questão não é de exclusão, mas sim de compatibilização entre o mercado capitalista e os valores do ser humano. Sem mercado o ser humano não tem suas necessidades atendidas. O mercado não é um mal, tampouco nefasto palco do egoísmo, mas um fato social a ser regulado pelo Direito em prol do homem. (BENACCHIO, 2011, p. 37)

Sendo assim, economistas advieram a considerar a existência de uma afinidade autêntica entre a Economia e o Direito. Perguntava-se, por exemplo, como os direitos de propriedade seriam determinados junto às sociedades, buscando-se respostas quanto aos institutos existentes na ciência do Direito:

As normas resultam da interpretação, que se pode descrever como um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas linguísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo. O intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (o texto); neste sentido, ele “produz a norma”. [...] O trabalho jurídico de construção da norma aplicável a cada caso é trabalho artesanal. Cada solução jurídica, para cada caso, será sempre, renovadamente, uma nova solução. Por isso mesmo – e tal deve ser enfatizado –, a interpretação do direito realiza-se não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o quê bastaria ao intérprete ser alfabetizado (GRAU, 2002, p. VI-XI).

O movimento Análise Econômica do Direito (AED) desenvolveu-se a partir de 1930 e possui raízes nos economistas da Escola Clássica, principalmente em Adam Smith que defendia que a liberdade de concorrência seria a melhor solução para alocação dos recursos, vez que os preços seriam moldados pelo mercado e alcançariam o necessário equilíbrio. Por isso, criou-se a mitológica expressão “mão invisível”, que se refere aos efeitos do mercado livre, sem o intervencionismo estatal (MACKAAY, 2000).

Para grande parte dos juristas e economistas a Universidade de Chicago indica o berço da Análise Econômica do Direito (AED), tendo lá adquirido força de um novo ramo de pesquisa. No ano de 1937 o professor Ronald Coase publicou um artigo afirmando que as sociedades empresárias deveriam ser consideradas no sistema econômico, de modo que sua essência apenas se explicava em ensejo aos custos de transação.

Aaron Director é considerado o primeiro personagem a fazer ligação interdisciplinar entre Direito e Economia na Universidade de Chicago, pois implantou

o primeiro programa específico voltado à Análise Econômica do Direito (AED), nos Estados Unidos, em 1950. Objetivava-se difundir a ideia de que a regulação econômica é uma função própria do mercado e não do Estado, procurando a atenção dos juristas para os benefícios da interpretação do direito, levando em consideração as implicações econômicas (MACKAAY, 2000).

Ao final da década de 1950 estudava-se como uma configuração de mercado poderia alocar os direitos de propriedade de forma a recompensar o trabalho dos membros de um grupo, em vista da dificuldade de se obter informações corretas sobre o nível de produtividade de cada um. Chegou-se à conclusão de que o problema do direito de propriedade sobre o salário só poderia ser resolvido pelo mercado com a estruturação de uma empresa ou firma.

Em 1961, a nova Escola da Análise Econômica do Direito (AED) aparece em Chicago quando Ronald Coase debateu a problemática dos custos de transação, argumentando que a principal razão de ser de uma empresa é o fato de que ela proporciona meios eficientes para organizar a produção e permitir a celebração de contratos de longa-duração, diminuindo os custos de uma frequente negociação. Sendo assim, a principal contribuição de Coase para a Escola da Análise Econômica do Direito não é o conceito de empresa, mas sim a ideia de custos de transação (COASE, 2000).

Não obstante todos os estudos anteriormente realizados, o início da escola moderna de Análise Econômica do Direito (AED) aconteceu no ano de 1961 com a publicação dos artigos de Ronald Coase e Guido Calabresi. Entretanto, o nome em inglês do movimento, *Law and Economics*, apenas foi abonado por Henry Manne na década de 70, quando teve o empreendimento de erigir um *Center for Law and Economics*.

Imperioso registrar que a Análise Econômica do Direito (AED) não se confunde com a disciplina especializada denominada “Direito Econômico”. Com efeito, a Análise Econômica do fenômeno jurídico denota o eixo central de toda a sua produção, referindo-se ao aproveitamento dos procedimentos econômicos, em especial da microeconomia, em assuntos legais. Assim, a Análise Econômica do Direito consiste na colocação dos instrumentais teóricos e empíricos econômicos, além das ciências afins, com o objetivo de expandir a compreensão e o alcance do

direito, polindo o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, notadamente com a inclusão das suas consequências (GHERSI, 2004).

Dentro desse contexto encontram-se as externalidades que se referem às implicações laterais de uma deliberação sobre aqueles que não compartilharam dela. Geralmente acenam a produção ou consumo de bens ou serviços sobre terceiros, que não estão diretamente envolvidos com a atividade. Ela pode ter natureza negativa quando gera custos para os demais agentes, ou natureza positiva quando os demais agentes, involuntariamente, se favorecem (LONGO, 1993).

O principal motivo de examinar economicamente o direito é garantir a alocação de direitos entre as partes sempre de maneira eficiente. Mas qual o verdadeiro significado de eficiência? A busca pela definição representa o norte de juristas e economistas dedicados ao estudo da Análise Econômica do Direito (AED), sendo que a maioria das conclusões aponta para uma conceituação neoclássica de eficiência econômica.

Os fenômenos coletivos transpassam pela conduta individual, indicando o individualismo metodológico como uma das principais características da economia neoclássica. Por conta disso, as hipóteses devem ser explicadas apenas como resultado agregado de escolhas individuais.

Quanto às escolhas racionais, pontua-se que as opções dos indivíduos visam maximizar a diferença entre os benefícios e os custos advindos das suas condutas. Assim, o indivíduo sopesa o modo como determinadas condutas refletirão em seu bem-estar, de modo a adequar suas decisões para atingir o máximo de satisfação possível (COSTA, 2001).

Os indivíduos são maximizadores racionais sendo que respondem a estímulos para que reduzam o consumo de determinado produto à medida que os preços aumentam. A Análise Econômica do Direito (AED) traça um paralelo entre preços e normas jurídicas, de maneira que as duas atuem como incitação à atividade dos indivíduos. Ao ensejo, finda que a racionalidade das escolhas individuais e o individualismo metodológico são considerados traços básicos do pensamento econômico neoclássico.

A Análise Econômica do Direito (AED) adverte o esforço de elaboração de um amplo conceito de justiça capaz de explicar as decisões estatais, a partir de uma

base objetiva, ou seja, livre de visões político-individualistas. Sendo assim, este movimento avizinha-se muito mais do positivismo jurídico do que de posturas interdisciplinares que defendem uma interpretação mais aberta e socialmente comprometida das normas jurídicas.

Os conceitos microeconômicos são úteis para o Direito, uma vez que são capazes de prover uma explicação da estrutura das normas jurídicas. Num mundo de recursos escassos os indivíduos precisam realizar escolhas, que atendam seus interesses pessoais se os benefícios excederem seus custos (maximização racional).

Com efeito, deve-se ter em mente que o equilíbrio é o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses. Quanto aos preços, os indivíduos procuram maximizar seus benefícios realizando escolhas que minimizem seus custos e maximizem seus benefícios. Já a eficiência possui diversas acepções, mas no campo da economia diz respeito à maximização de ganhos e minimização de custos (TOKARS, 2008).

A Análise Econômica do Direito visa à eficiência, analisando os custos possíveis quando da alocação de forma competente. Nesse contexto, o Direito passa a ser um instrumento para a consecução de fins sociais, devendo atentar-se para a importância de se defender os valores democráticos, a Constituição Federal, a linguagem jurídica como meio de comunicação efetiva e a separação dos poderes.

No Brasil, o estudo do emprego eficiente de recursos existentes deve ser uma prioridade, com o objetivo de solucionar os problemas existentes. A sociedade brasileira necessita de instrumentos jurídicos eficientes, como a assistência jurídica gratuita, que estimulem as atividades produtivas, a resolução de conflitos de forma pacífica, a democracia, a livre iniciativa, a inovação, bem como a redução da corrupção, da burocracia, do desperdício e da pobreza.

A Economia estuda a maneira pela qual o indivíduo satisfaz sua necessidade de bens e serviços escassos, enquanto que o Direito consiste na ordenação dos comportamentos por meio de um conjunto de normas destinadas a disciplinar e organizar a existência em sociedade. O desenvolvimento de uma vida digna exige a observância dos direitos inerentes ao ser humano, conhecidos como:

“liberdades fundamentais”, “direitos individuais”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos naturais”, “direitos civis” (SARLET, 2010, p. 28).

Sendo assim, verifica-se que não é possível separar o econômico do jurídico, tendo em vista a sua unidade como fato social para melhorar a qualidade de vida das pessoas. A Economia ao estudar a produção e distribuição dos bens e serviços, dinamizando o mercado e o capital, não pode perder de vista o valor do ser humano. Ao mesmo tempo, o Direito não pode negar a escassez dos recursos na distribuição da riqueza na sociedade, orientando a racionalidade prática para um fim último de bem e felicidade comuns (ARISTÓTELES, 2006).

Por meio do fenômeno da globalização constata-se provas inequívocas da contribuição da Economia para o desenvolvimento da nação, em virtude da melhora das condições de vida das pessoas. O Direito não nega a Economia, apenas estabelece seus rumos e finalidade para não deixar as decisões exclusivamente ao alvedrio dos interesses do mercado:

A globalização ameaça a sociedade civil, na medida em que: (i) está associada a novos tipos de exclusão social, gerando um subproletariado (*underclass*), em parte constituído por marginalizados em função da raça, nacionalidade, religião ou outro sinal distintivo; (ii) instala uma contínua e crescente competição entre os indivíduos; (iii) conduz à destruição do serviço público (= destruição do espaço público e declínio dos valores do serviço por ele veiculados). Enfim, a globalização, na fusão de competição global e de desintegração social, compromete a liberdade (GRAU, 1997, p. 39).

Os princípios fundamentais da Análise Econômica do Direito (AED) são o individualismo metodológico e as escolhas racionais, pois se entende que todos agem sempre para maximizar sua satisfação. A AED utiliza a Economia para explicar questões fundamentais que o Direito não consegue resolver, trabalhando com a maximização das escolhas racionais, a alocação de recursos escassos e a eficiência como fim a ser alcançado.

Destarte, a Análise Econômica do Direito (AED) define-se como o método de compreender o pensamento jurídico por meio da aplicação da teoria econômica para o exame da formação, estrutura e impacto econômico causado pelo Direito, aplicado sob enfoque da eficiência. Assim, dedica-se a resolver problemas jurídicos,

os gastos da efetivação de seus institutos, inclusive no tocante à assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados.

Por isso, pode-se verificar a correlação entre o direito à assistência jurídica gratuita e a Análise Econômica do Direito (AED), pois se depara com assuntos relacionados a direitos humanos, acesso à justiça, direito à saúde, direitos de propriedade, enriquecimento, dentre outros:

Nossa interpretação do que é possível em nossa situação e posição pode ser crucial para a intensidade de nossos desejos, e pode afetar até mesmo o que ousamos desejar. Os desejos refletem compromissos com a realidade, e a realidade é mais dura com uns do que com outros. O destituído desesperançado que deseja somente sobreviver, o trabalhador sem-terra que concentra seus esforços em garantir a próxima refeição, a empregada doméstica em regime de dia-e-noite que anseia umas poucas horas de descanso, a dona de casa subjugada que luta por um pouco de individualidade podem ter, todos eles, aprendido a ajustar seus desejos a suas respectivas condições. As destituições que sofrem são silenciadas e abafadas pela métrica interpessoal da satisfação de desejos. Em algumas vidas, as pequenas mercês têm de contar muito (SEN, 2000, p. 191).

A sociedade necessita de mecanismos técnicos e ponderáveis que permitam o enfrentamento das questões jurídicas para atingir maior e melhor o bem-estar, com menor prejuízo, maximização das riquezas, maximização dos interesses e melhor eficiência na alocação dos recursos escassos. Por essas razões torna-se imprescindível considerar o amparo jurídico gratuito previsto na Constituição brasileira com a Análise Econômica do Direito, sobretudo no que toca ao valor, utilidade e eficiência dos institutos.

Antes as influências sobrevindas da ciência econômica eram amarradas a valores monetários, regulação de mercados e tributação. Agora, no entanto, essa interpretação foi dilatada para abranger questões relacionadas ao direito constitucional, direito penal, direito civil, dentre outros. E é nesse sentido que o presente trabalho enfoca, especificamente, o direito de assistência jurídica gratuita aos necessitados.

2. ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA: MECANISMOS E GARANTIAS

Os direitos humanos são tidos como essenciais à existência do homem na sociedade, vez que figuram como direitos mínimos dedicados a todas as pessoas às quais o Estado deve respeitar. Sendo assim, o direito humano e fundamental da assistência jurídica gratuita confere acesso à justiça para todos, oferecendo suporte a todo o arcabouço jurídico e à dignidade da pessoa humana:

A dignidade da pessoa humana [...] está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. (PIOVESAN, 2000, p. 54)

Posto isso, salutar registrar que os direitos nasceram em diferentes períodos de tempo e, por conseguinte, desenvolveram as acenadas gerações de direitos humanos que não se excluem entre si, pois vivem em perfeita consonância:

Os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos conforme a demanda de cada época, tendo esta consagração progressiva e sequencial nos textos constitucionais dando origem à classificação em gerações. Como o surgimento de novas gerações não ocasionou a extinção das anteriores, há quem prefira o termo dimensão por não ter ocorrido uma sucessão desses direitos: atualmente todos eles coexistem (NOVELINO, 2009, p. 362).

O direito de acesso à justiça é inerente ao indivíduo, uma vez que consiste na base para que os cidadãos possam ter conhecimento dos demais direitos existentes. Diante disso, afirma-se que “o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua reivindicação” (CAPPELLETI, 1988, p. 11).

Nesse sentido, dentro da legislação nacional o acesso à justiça depara-se anotado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Não obstante isso,

essencial repisar que os direitos fundamentais significam direitos históricos conquistados por lutas gradativas, senão vejamos:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez, nem de uma vez por todas (BOBBIO, 1992, p. 5).

O acesso à justiça possui a relevância de viabilizar a proteção e a garantia de outros direitos igualmente humanos. Sendo assim, faz-se necessário que o Estado fortaleça os modos e os meios imprescindíveis para a aproximação da justiça qualitativa.

A carência de informação a respeito dos direitos mais comezinhos ainda é um fato que assola o cenário jurídico nacional, dando azo a um descrédito na própria construção da democracia, no abrandamento da miséria e nas finalidades estatais. Por outro lado, semelhante problemática surge quando o sujeito conhece seus direitos, mas deixa de buscá-los por desacreditar na prestação dos serviços jurídicos estatais prestados aos pobres, por imaginar existir inferioridade àquele prestado por patronos particulares.

Todavia, estudos revelaram a complexa existência da discriminação social no acesso à justiça que caminha mais a frente dos condicionantes econômicos, pois também “envolve condicionantes sociais e culturais resultantes de processo de socialização e de interiorização de valores dominantes muito difíceis de transformar” (SANTOS, 1995, p. 171).

Diante disso, a dignidade da pessoa humana é estabelecida como um dos princípios vetores da vida em sociedade, sendo umbilicalmente ligada à concepção da gradação da justiça eficiente. Nesse sentido, Alexandre de Moraes conceitua a dignidade da pessoa humana:

É um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2002, p. 128-129)

O Estado brasileiro é obrigado a prestar amparo jurídico gratuito aos necessitados, uma vez que a Constituição Federal de 1988 adotou, dentre as modalidades universalmente existentes, o sistema *public salaried attorney* ao atribuir à Defensoria Pública dedicação exclusiva à assistência jurídica integral e gratuita. Com efeito, a aludida Instituição exerce função de extraordinária importância para a quantia da população que não possui condições de constituir consultores jurídicos ou advogados para fazer valer seus direitos.

A proteção jurídica conduz o direito à igualdade, na medida em que permite o tratamento dos desiguais, isto é, dos menos favorecidos, na exata medida de sua desigualdade, assegurando-lhes a devida orientação legal. Somente com garantia de acesso amplo de toda a população ao conhecimento dos seus direitos, torna-se possível assegurar efetividade da Justiça Social e, por conseguinte, o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos em apreço são decorrentes de árduas conquistas sociais sendo “concebidos como instrumentos destinados à efetiva redução e/ou supressão de desigualdades, segundo a regra de que se devem tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 712).

Por conta disso tudo, o acesso à justiça não se restringe na tradicional conceituação de utilização dos instrumentos processuais em juízo, mas alude o entendimento de um sistema jurídico democrático que objetiva o desenvolvimento do cidadão. Destarte, torna-se necessária a pulverização de conhecimentos acerca do Direito, de maneira a impedir opressão pelos detentores do poder estatal ou do poder econômico.

Deste modo, importante destacar que a atuação do Estado não se abrevia na assistência jurídica integral e gratuita aos que explanem insuficiência de recursos, porque a Lei Complementar nº 80/94 e a Constituição Federal destacam a obrigação de promoção da dignidade da pessoa humana, da redução das desigualdades sociais, da proteção do Estado Democrático de Direito, da prevalência dos Direitos Humanos e da garantia da ampla defesa e do contraditório. Nesse caso, à Defensoria Pública represa a missão de proteção dos direitos

humanos de um modo geral, notadamente a qualquer grupo vulnerável que obsecrem uma atuação do Estado.

Portanto, o Estado brasileiro arresta a obrigação que vai muito além da mera atuação em demandas judiciais. Nesse sentido:

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, inclui entre os direitos e garantias individuais a assistência jurídica integral e gratuita. Utiliza a Lei Maior um terceiro conceito, que também não deve ser confundido como sinônimo de assistência judiciária ou justiça gratuita.

Por justiça gratuita, deve ser entendida a gratuidade de todas as causas e despesas, judiciais ou não, relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo. O benefício da justiça gratuita compreende a isenção de toda e qualquer despesa necessária ao pleno exercício dos direitos e das faculdades processuais, sejam tais despesas judiciais ou não. Abrange, assim, não somente as custas relativas aos atos processuais a serem praticados como também todas as despesas decorrentes de efetiva participação na relação processual.

A assistência envolve o patrocínio gratuito da causa por advogado. A assistência judiciária é, pois, um serviço público organizado, consistente na defesa em juízo do assistido, que deve ser oferecido pelo Estado, mas que pode ser desempenhado por entidades não-estatais, conveniadas ou não com o Poder Público.

[...]

Por sua vez, a assistência jurídica engloba a assistência judiciária, sendo ainda mais ampla que esta, por envolver também serviços jurídicos não relacionados ao processo, tais como orientações individuais ou coletivas, o esclarecimento de dúvidas, e mesmo um programa de informação a toda a comunidade (MARCACINI, 1996, p. 30-33).

Sendo assim, no Brasil a assistência aos necessitados engloba tudo que é jurídico, concretizando-se no espaço em que o Direito estiver. A palavra “integral” indica que a assistência do Estado não se restringe à parte, uma vez que ultrapassa o individual e sobrevém a integrar a coletividade, por intermédio inclusive dos direitos coletivos e difusos.

Noutro canto, o vocábulo “gratuito” aduz que o benefício da assistência do Estado está exonerado de qualquer encargo pecuniário, seja na seara judicial, seja no campo extrajudicial. Assim, o cidadão necessitado é isento tanto dos honorários advocatícios do seu patrono ou consultor jurídico, quanto das despesas judiciais ou extrajudiciais.

Salutar destacar que a pessoa necessitada não se refere somente àquela desprovida de recursos financeiros, já que existem os necessitados jurídicos e os necessitados econômicos. São os ensinamentos:

As pessoas que apresentam uma particular vulnerabilidade em face das relações sócio jurídicas existentes na sociedade contemporânea. Assim, por exemplo, é o consumidor, no plano das relações de consumo, ou o usuário de serviços públicos; os que se submetem necessariamente a uma séria de contratos de adesão, os pequenos investidores do mercado imobiliário, os segurados da previdência social, o titular de pequenos conflitos de interesses que, via de regra, se transforma em um litigante meramente eventual. Todos aqueles, enfim, que no intenso quadro de complexas interações sociais hoje reinantes, são frágeis do ponto de vista organizacional. (GRINOVER, 1992, p. 148).

O alcance da justiça eficiente consiste em uma das maneiras de concretizar os direitos humanos, porquanto deve ser garantida a todos. Diante desse cenário, o Poder Constituinte Derivado transformou a Constituição Federal, por intermédio das Emendas Constitucionais nºs 45, 73 e 80, para que a Defensoria Pública brasileira, detentora da missão de fornecer assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, seja bem municiada para desempenhar o seu escopo social-constitucional.

A assistência jurídica integral e gratuita encontra-se imbuída do objetivo de proporcionar à sociedade uma justiça qualitativa e não quantitativa. A primeira refere-se à qualidade das resoluções dos litígios, com decisões corretas, justas, equânimes e democráticas para o direito. Já a última consiste na velocidade dos procedimentos e na redução de custos, passando a falsa impressão de quanto mais rápida e mais barata a solução da controvérsia, maior seria a eficiência (NUNES; BAHIA, 2011).

O amparo jurídico gratuito leva em consideração que o Estado Democrático de Direito brasileiro foi instituído para garantir o exercício dos direitos sociais, individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça para uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Desse modo, o panorama constitucional revela elemento essencial para a concretização dos direitos humanos, entrelaçado com o Estado Democrático,

tornando sua aplicação apta a deliberar os conflitos prioritariamente no campo extrajudicial.

As alterações constitucionais no que toca à Defensoria Pública decorreram do intuito de reforçar a prestação da assistência jurídica gratuita, dotando a Instituição de paridade de armas com os demais órgãos do sistema de justiça, fornecendo perspectiva para que o acesso à justiça insculpido no art. 5º, LXXIV, combinado com o art. 134, ambos da Constituição Federal, seja permeado de qualidade ao almejado desenvolvimento da democracia.

As normas constitucionais atinentes à assistência jurídica integral estão protegidas por cláusula pétreia, uma vez que não toleram sofrer alteração redutiva, em submissão ao comando do art. 60, §4º, da Constituição Federal. As regras constitucionais em destaque aventam dispositivos imutáveis, que impedem que sejam objetos de deliberação, pois são dotadas de uma eficácia absoluta com força paralisante total de toda a legislação que venha a contrariá-la, seja de forma implícita ou explícita (BULOS, 1999).

Incumbe ao Estado destinar igualdade material à sociedade, ansiando extirpar as desigualdades existentes. Qualquer preferência política circunstancial que macule a disposição de fortalecimento da assistência jurídica integral e gratuita será tida como inconstitucional, passível, portanto, de correção judicial e responsabilidades dos governantes por descumprimento às regras colocadas pelo Poder Constituinte, tendo em vista que “a maior ameaça aos direitos do homem reside, essencialmente, na incapacidade do Estado em assegurar sua efetiva realização” (ANNONI, 2003, p. 115).

Nesse sentido, a equiparação jurídica com o Poder Judiciário, brindada pela EC nº 80/14, revela-se compatível com as atribuições da Defensoria Pública, avalizando o cidadão menos favorecido a paridade de armas para litigar com o Ministério Público e com as demais partes detentoras de poder econômico, cultural ou social díspar dos necessitados.

O amparo jurídico aos vulneráveis detém o escopo de esvoaçar a valorização do ser humano, por meio da elevação constante em direção à paz social. Desse modo, o instituto tem a sua destinação maior que repousa em oferecer completo acesso à justiça de qualidade em todas as unidades jurisdicionais, de

forma judicial ou extrajudicial, com fulcro na tutela individual ou coletiva, porquanto os direitos “consagrados na Constituição, representam as bases éticas do sistema jurídico nacional, ainda que não possam ser reconhecidos, pela consciência jurídica universal, como exigências indispensáveis de preservação da dignidade humana” (COMPARATO, 2003, p. 176).

Pelo exposto, o panorama constitucional dedica acolher com excelência a população que não possui condições de constituir um causídico particular para participar do Estado Democrático, tornando-o inteligível a todos com o objetivo de solidificar a função imperativa dos ideais da verdadeira justiça.

3. O PARADIGMA DA EFICIÊNCIA NA ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A garantia da assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados obedece a um imperativo constitucional. Não obstante isso, cogente analisar se o comando normativo atinge os ideais de justiça eficiente quando colocado ao crivo da Análise Econômica do Direito.

Os conceitos econômicos ajudam na concepção da visão jurista, auxiliando no que incumbe à aceitação daquelas leis que são extremamente destituídas de aplicabilidade. Sendo assim, os métodos da teoria econômica permite estabelecer as políticas públicas úteis e eficientes, admitindo a segregação entre políticas públicas e a demagogia advinda dos governantes.

O Estado deve garantir a inclusão de toda a sociedade no capitalismo, assegurando a todos as liberdades positivas na medida do mínimo existencial, permeando os critérios corretivos da igualdade fraterna. Diante disso, protege-se a concepção de cidadania de modo a incluir socialmente o cidadão nas esferas política, social, econômica e cultural, afastando, por exemplo, a ideia equivocada de que somente o direito de votar e ser votado, por si só, alcança melhores índices de inclusão social.

Com efeito, necessário verificar o instituto da assistência jurídica gratuita brasileira sob o enfoque da análise econômica positiva, na qual se descreve a

economia “como ela é” e o economista se comporta como cientista. Além disso, necessária essa observação em comparação ao almejado paradigma da eficiência sob o aspecto da análise econômica normativa, na qual se verifica como a economia “deveria ser” e o economista se comporta como político (RODRIGUES, 2007).

De tal modo, a conjugação do acesso à justiça qualitativa com os condicionantes econômicos de eficiência almeja inferir a conexão com os dogmas norteadores do Estado brasileiro, vejamos:

Nesse momento, sem qualquer conotação ideológica ou crítica ao mercado, apenas desejamos salientar sua importância para uma economia capitalista, como a brasileira; o mercado não é simplesmente uma heresia ou materialização da nefasta taxa de ganância e acumulação de riqueza, mas sim uma necessidade para o modelo social prevalente por toda parte de nosso planeta e cada vez mais intenso pela perspectiva da sociedade da informação e aumento das trocas econômicas (e culturais) em todos os lugares- o capitalismo globalizado. (BENACCHIO, 2011, p. 191)

Adentrando na temática em evidência, o deferimento da assistência jurídica gratuita pelo Estado permite ao cidadão necessitado a orientação jurídica gratuita, isenção de pagamentos de honorários a advogados, honorários sucumbenciais e demais serviços de ordem ao acesso amplo à justiça. Tais mecanismos são destinados a pulverizar e democratizar a informação atinente aos direitos:

Os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldade em reconhecer um problema que os afeta como sendo jurídico. Caplouis (1.963), por exemplo, conclui que quanto mais baixo é o extrato social do consumidor, maior é a possibilidade que reconheça seus direitos no caso de compra de um produto defeituoso. Em segundo lugar, mesmo reconhecendo o problema como jurídico, como violação de um direito é necessário que a pessoa se disponha a interpor uma ação. Os dados mostram que os indivíduos das classes baixas hesitam muito mais que os outros em reconhecer os tribunais, mesmo que reconheçam estar perante um problema legal. Numa investigação efetuada em Nova Iorque junto de pessoas que tinham sido vítimas de pequenos acidentes de Aviação, verificou-se que 27% dos inquiridos eram da classe alta (citado em Carlin e Howar. 1965), ou seja, quanto mais baixo o status sócioeconômico da pessoa acidentada menor é a probabilidade que interponha uma ação de indenização (SANTOS, 1995, p. 170).

A Constituição Federal estimula a defesa dos interesses dos necessitados, garantindo a possibilidade deles receberem educação e orientação referentes aos seus direitos, sem com isso dispendere recursos econômicos.

Notemos:

[...] a atuação da Defensoria Pública, na defesa dos grupos vulneráveis, não se limita a intervenções judiciais. Pelo contrário, a orientação extrajudicial aos necessitados reflete, definitivamente, um essencial escopo do sistema normativo constitucional, pois possibilita a prevenção de litígios, além de educar estes grupos vulneráveis na consolidação de seus direitos e garantias fundamentais. (ROCHA, 2009, p. 228)

A externalidade refere-se ao custo ou benefício que uma pessoa, em decorrência de uma atividade econômica, aduz a terceiro, alheio ao sistema de preços. No aspecto econômico, a externalidade é importante porquanto investiga decisões que no olhar individual são maximadoras, entretanto não são eficientes coletivamente. Nesse sentido, o direito à assistência jurídica gratuita impede que as externalidades negativas embarquem a obtenção de resultados sociais eficientes aptos a desestimularem as prestações danosas à eficiência coletiva:

Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do laissez-faire, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 09).

Dentro desse contexto, a Constituição Federal brasileira acopla um mister de prestação jurídica, preventiva e repressiva, destinada àqueles que não detêm condições de constituir um consultor jurídico ou patrono, prestado por um Órgão público, independente e autônomo, denominado Defensoria Pública.

Oportuno salientar que o modelo de advocacia dativa, no qual o juiz indica advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para atuar em favor dos necessitados, não atende aos anseios da justiça eficiente. Isso porque o advogado é mal remunerado e não detém estrutura de trabalho humana e material ofertada pelo Estado, fazendo com que o sistema atraia, por vezes, profissionais

iniciantes que almejam se estabelecer no mercado de trabalho, além de disponibilizar serviço restrito à seara judicial, deixando desamparado o campo extrajudicial.

Noutra face, a Defensoria Pública realiza consultoria jurídica, isto é, providencia conhecimentos a respeito dos direitos e deveres dos indivíduos que auferem sua proteção. Nesse sentido, apoiado na referida consulta o cidadão alcança consciência para deliberar a maneira de agir em afinidade com os direitos postos, adquirindo o direito a ter direitos:

Para ilustrar, verifica-se que o direito constitucional à informação, prestado pelos defensores públicos na consultoria, se traduz de vital importância para a concretização dos direitos fundamentais dos grupos vulneráveis, notadamente pelo fato – ainda presente no contexto brasileiro – de muitos ainda não conhecerem são titulares de direitos na ordem jurídica interna e internacional (ROCHA, 2009, p. 232).

A assistência jurídica integral e gratuita promovida pelo Estado brasileiro presta amparo de forma preventiva, informativa e consultiva, além de resolução extrajudicial de conflitos e amparo judicial na defesa dos direitos dos vulneráveis. Por conta disso, a atuação da Defensoria possui diversas fisionomias e não se limita apenas na prestação da assistência judicial, como é o caso dos advogados dativos.

Dentro da Análise Econômica do Direito importante verificar os aspectos quantitativos e qualitativos do amparo jurídico gratuito no anseio da justiça eficiente, sobretudo no que toca a prestação de serviços preventivos e consultivos para minimizar conflitos e interesses no meio social.

Na feição qualitativa, o amparo jurídico criptografado na Constituição Federal visa tanto à prestação judicial quanto à extrajudicial. Sendo assim, a atuação extrajudicial da Defensoria Pública objetiva resolver as demandas das pessoas físicas e jurídicas nas mais diversas instâncias da Administração Pública, priorizando a realização de acordos entre as partes, de forma a contribuir para a diminuição das contendas que chegam ao Poder Judiciário. Por fim, há de se destacar a assistência preventiva e consultiva, diminuindo os conflitos de interesse no campo social e contribuindo para a formação da cidadania plena.

Ademais, digno de nota que a Defensoria Pública detém relacionamento com instituições afins de outros países, visando estabelecer redes de cooperação internacional. Noutro giro, há de se destacar também que a Defensoria Pública da União (DPU) foi premiada na 7ª e 9ª Edição do Prêmio Innovare ao prestar assistência jurídica, respectivamente, na erradicação do escarpelamento na Amazônia e aos atingidos pela hanseníase no Maranhão (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2014).

Salutar pontuar que existe atualmente, em algumas unidades da Defensoria Pública da União (DPU), o projeto visita virtual, onde a Instituição disponibiliza salas que permitem aos familiares o contato, pela internet, com os presos alocados em penitenciárias federais. Além disso, a Defensoria Pública exerce funções itinerantes em comunidades quilombolas, indígenas, mutirões carcerários e nas regiões do país com baixo índice de desenvolvimento humano (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2014). Dessa forma, denote-se que as políticas públicas da assistência jurídica gratuita brasileira estão voltadas à inclusão social, promovendo a cidadania e realizando os ideais da verdadeira justiça, diferente do sistema de advogados dativos.

Já na seara quantitativa, imperioso salientar números realizados pelo estudo panorâmico realizado pela Defensoria Pública da União (DPU), em março de 2014. O estudo aponta que no período de janeiro a dezembro de 2013 a quantidade de atendimento aos assistidos ultrapassou 90 mil mensais, totalizando 1.473.176 milhões de atendimentos no ano. Dessa maneira, em dezembro de 2013 aproximadamente 639 mil cidadãos permaneciam auferindo assistência jurídica gratuita na DPU (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2014).

Os aludidos estudos apontam também que só na Defensoria Pública da União (DPU), no ano de 2013, mais de 6.800 assistidos foram beneficiados pelas conciliações extrajudiciais, impedindo o congestionamento do Poder Judiciário por meio da redução do volume de processos judiciais. Para tanto foram celebrados termos de cooperação com o Instituto Nacional do Seguro Social e com a Caixa Econômica Federal (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2014).

Também foi possível constatar que em 2013 a atuação jurídica da DPU em favor dos assistidos resultou no arquivamento, sob o fundamento da inviabilidade

jurídica da pretensão, de 14.285 processos de assistência jurídica. Logo, averiguou-se que, entre janeiro de 2011 a dezembro de 2013, a DPU evitou aproximadamente 46.000 protocolizações de processos judiciais, cooperando para a redução do índice de congestionamento do Poder Judiciário (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2014).

Salutar registrar que todas essas prestações gratuitas de serviços de assistência jurídica foram possíveis com o parco efetivo de 555 Defensores Públicos Federais em dezembro de 2013, sendo que a lotação deste contingente resta dividida em apenas 65 Unidades no país, incluída a Defensoria Pública-Geral da União, órgão de administração superior (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2014).

O III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil anotou o percentual orçamentário auferido pelo Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública nos Estados. Assim, em média o Poder Judiciário dos Estados absorve 5,34% dos gastos totais do Estado, enquanto que o orçamento do Ministério Público é em média de 2,02% do orçamento do Estado e o da Defensoria Pública em média de 0,40% do total de gastos.

Noutro canto, a previsão orçamentária para a Justiça da União em 2012 foi de 29,7 bilhões de reais e para a Defensoria Pública da União de apenas 131 milhões de reais, o que representa 0,056% do orçamento da União.

A gratuidade da assistência jurídica contribui para atingir a igualdade em sua dimensão material, a redução das desigualdades sociais para a construção de uma sociedade, livre, justa e solidária, determinada a erradicar a pobreza e a marginalização. Nessa linha, resta permitido inferir que o sistema de advogados dativos, além de ineficiente do ponto de vista técnico, é significativamente mais dispendioso para o erário quando comparado ao aparelhamento das Defensorias Públicas:

A omissão do Poder Público em deixar de cumprir o ditame constitucional e de estruturara definitivamente e a contento as Defensorias não é questão meramente econômica, pois se sabe que o gasto com o sistema de dativos pelos tribunais supera em muito o custo da atividade do defensor público. A resistência é meramente política, em face do aprimoramento constante das atividades institucionais do órgão, da qualidade dos concursos, dos defensores e do trabalho realizado, das consequências ao Erário, por muitas vezes ser a União o *ex adverso* usual e, do temor de outros pares

estatais, em razão da dimensão cada vez maior das atribuições da Defensoria Pública. (NOGUEIRA, 2011, p. 30)

Entretanto, a ausência de Defensores Públicos e o defeituoso aparelhamento das Defensorias Públicas ainda acarreta a necessidade da nomeação de advogados dativos para que as pessoas necessitadas não fiquem desassistidas. Até nessas hipóteses pontuais averígua-se que é economicamente inexecutável a manutenção do sistema de advogados dativos, sendo muito mais vantajoso, qualitativamente e quantitativamente, o máximo investimento na Defensoria Pública.

Nesse passo, o jornal “A Gazeta” apresentou reportagem acerca deste tema, referindo-se aos gastos do Estado do Espírito Santo com nomeações de advogados dativos. Aduz a notícia que o Estado chegou a pagar o valor de R\$ 700 mil para um único advogado particular, nomeado minutos antes da audiência, sendo que só no ano de 2013 foram pagos R\$ 3 milhões de reais aos advogados dativos, quantia capaz de equipar a Defensoria Pública com inúmeros servidores (CAMPOS, 2014).

O Órgão de assistência jurídica brasileiro detém autonomia administrativa, funcional, orçamentária e legislativa, o que o torna refratário a julgamentos políticos que possam intrometer na guarida do cidadão frente ao Estado. Ao revés, os advogados dativos são nomeados pelo Poder Judiciário e não detêm as prerrogativas constitucionais e legais atinentes aos membros da Defensoria Pública.

Como visto pelo estudo pontual da Defensoria Pública da União, o elevado número de cidadãos representados pela Instituição que são beneficiados em conciliações extrajudiciais, denotam o empenho dos seus respectivos membros na resolução dos conflitos e na conscientização em relação ao amplo número de processos judiciais dispensáveis. A escusa fundamentada da judicialização da demanda juridicamente inviável trazida pelo cidadão gera economia financeira ao Estado e economia de tempo ao indivíduo, aproximando-se do conceito de eficiência trazida pela Análise Econômica do Direito.

Analisando os aspectos quantitativos e qualitativos conclui-se que o modelo de assistência jurídica gratuita adotado no Brasil atende aos anseios políticos, sociais e econômicos. Isso porque a simples assistência judiciária –

adotada pelo modelo de advogados dativos, não torna o cidadão hipossuficiente participante do processo democrático:

[...] a questão que deve ser colocada, em verdade, é a de que o pobre, para ser cidadão, ou melhor, para ser cidadão participante no mundo em que vive, agente da história e responsável pela mesma, deve ser efetivamente orientado e informado sobre seus direitos. O cidadão, em uma sociedade verdadeiramente democrática, deve conhecer e poder exercer os seus direitos independentemente de óbices de ordem econômica. Na realidade, o direito à informação é o corolário do direito à livre expressão. E o direito de acesso à justiça pressupõe o direito à informação a respeito da existência dos direitos. (MARINONI, 2002, p. 181).

Amartya Sen instituiu a teoria do desenvolvimento como liberdade na qual o avanço de determinada nação não pode ser medido puramente pelo crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) ou aumento das rendas das pessoas, mas sim aferido pela sua capacidade de promover a liberdade, o bem-estar e a dignidade da pessoa humana. Assim sendo, o lídimo desenvolvimento suprime as privações de liberdades que restringem as escolhas e as oportunidades dos indivíduos praticarem sua qualidade de agente sem opressões (SEN, 2010).

Uma das premissas da Análise Econômica do Direito (AED) disciplina que as normas positivas detêm caráter de incentivos e modos de impedir ou persuadir atitudes e condutas dos indivíduos. Dessa maneira, verifica-se aí o ponto de conexão com a assistência jurídica, uma vez que os intérpretes não devem restar acoplados aos procedimentos clássicos e tradicionais da análise jurídica, com foco somente nos prejuízos de umas das partes.

Assim, devem-se ponderar eventuais prejuízos, custos ou benfeitorias mútuos de todos os envolvidos na situação, sobretudo diante do amparo jurídico gratuito a ser fornecido pelo Estado aos hipossuficientes. Com efeito, o instituto permite ao cidadão fazer uma escolha racional com conhecimento para classificar aquilo que lhe é benéfico. Ao mesmo tempo o indivíduo, conhecedor de seus direitos, e uma Instituição de prestação de serviços forte e estruturada (Defensoria Pública) acarretam benefícios econômicos ao Estado.

Posto isso, necessário admitir que as relações atinentes ao amparo jurídico gratuito são aplicadas no tocante às escolhas racionais sobre o que fazer diante de um cenário, como vista a alcançar um menor custo de oportunidade e

maior utilidade. As pessoas, ao decidirem, os fazem almejando a melhor alocação dos bens, visando à eficiência diante do fato de que as demandas são sempre maiores do que o número dos recursos:

No campo das relações econômicas, a essencialidade do bem é um critério importante para aferição da intensidade da proteção conferida à autonomia privada. Portanto, quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, quando o bem sobre o qual versar a relação privada puder ser qualificado como supérfluo, a proteção da autonomia negocial será maior, e menos intensa se fará a tutela ao direito fundamental contraposto. (SARMENTO, 2006, p. 268).

Nesse passo, o amparo jurídico estatal alcança o objetivo central da Análise Econômica do Direito (AED): a eficiência. No tocante ao conceito de eficiência existem dois modelos mais conhecidos que é o de Pareto e o de Kaldor-Hicks.

Para Pareto, o sentido de eficiência reduz naquela situação em que um dos indivíduos da relação melhora desde que não se piore a situação de outro. Assim, o Ótimo de Pareto aduz a ocasião em que as transações seriam tão eficientes até que não fosse admissível nenhuma transação sem que procedesse em prejuízo para alguém. Nicholas Kaldor, por sua vez, leciona que a alocação de recursos resulta no benefício aos vencedores, possibilite compensar o prejuízo dos perdedores, optando-se pela maneira que possibilite maior bem-estar.

Sendo assim, conclui-se que a assistência jurídica integral e gratuita permite inferir a ocorrência do Ótimo de Pareto, pois traz benefícios para todas as partes envolvidas, isto é, tanto para os cidadãos assistidos quanto para o Estado.

Diante disso, verifica-se pelos argumentos gizados que a assistência jurídica gratuita e integral aos necessitados alcança a eficiência, sem deixar de respeitar os bons costumes e a ética, pois aspira ao bem-estar de todos por intermédio da melhor alocação possível dos bens escassos.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal cultivou como direito fundamental do cidadão a assistência jurídica brasileira, porque essa medida alude o modo direto de diminuição de custos do Estado para obtenção da harmonia e confere melhor tratamento aos conflitos de interesses, permitindo a inclusão social do cidadão hipossuficiente. Tal mecanismo constitucional consente as aspirações igualitárias ao dispender instrumentos para o acesso do cidadão à justiça qualitativa, com predileção ao campo extrajudicial.

Denota-se que o ordenamento jurídico brasileiro é receptivo à aplicação da Análise Econômica do Direito (AED), vez que desponta um caminho interdisciplinar salutar no anseio da assistência jurídica gratuita, tanto do ponto de vista jurídico quanto econômico. A concretização das normas jurídicas significa materializá-la no mundo dos fatos por meio dos seus princípios e valores, sendo primordial a efetividade dos direitos sociais, malgrado os recursos escassos.

O fomento à assistência jurídica integral e gratuita aproxima a justiça da população, reconhecendo sua missão republicana e contributiva para o desenvolvimento do país. A Defensoria Pública, dentre outras atribuições, resta concebido método alternativo de solucionar conflitos por meio de mediação, conciliação e até mesmo arbitragem, contribuindo para alcançar uma justiça ágil e eficaz até mesmo fora dos Tribunais.

Por tudo isso, as recentes alterações constitucionais fortaleceram juridicamente a assistência jurídica brasileira, em cotejo com as demais funções essenciais à justiça de igual capitulação constitucional, objetivando a concretude dos direitos fundamentais dos necessitados à assistência jurídica e ao acesso à ordem jurídica justa. O dever de gratuidade ao necessitado revela o respeito à vida e também que todos são iguais e possuidores dos mesmos direitos e obrigações em relação ao outro.

O amparo jurídico fornecido pelo Estado brasileiro é de extraordinário relevo para a sociedade brasileira, pois admite que os hipossuficientes obtenham assistência por meio de ofícios gratuitos e de qualidade, tanto na seara judicial

quanto na extrajudicial, fornecendo mecanismos eficientes para levar cidadania à população carente do país.

A sólida musculatura da assistência jurídica conduz ao arrefecimento da pobreza por intermédio da concessão de poder aos mais humildes, gerando, assim, a emancipação social. Deveras, desenha-se um caminho importante para superar a crise democrática, promovendo a inclusão dos excluídos pela ação afirmativa do Estado diante do direito do indivíduo em ter direitos.

O empoderamento jurídico dos vulneráveis apoia-se em ferramentas preciosas para a elevação dos direitos humanos, conjectura na qual o necessitado poderá fazer valer seus próprios direitos por meio da auferida consciência e a sua correspondente rogativa. Não há que se falar em transigência quando os conflitos envolvem o ser humano e sua dignidade, porque a “dignidade do ser humano, fonte e medida de todos os valores, está sempre acima da lei, vale dizer de todo o direito positivo” (COMPARATO, 1999, p. 30).

Diante desse cenário, verifica-se a colossal ajuda da Economia para o desenvolvimento social, sobretudo no que toca à qualidade de vida das pessoas. Por isso o Direito não recusa a Economia, somente estabelece suas direções e escopos para não deixar essas decisões apenas aos interesses mercadológicos.

Inexistem impactos econômicos diante do modelo de assistência jurídica gratuita vestida pelo Estado brasileiro, em cotejo com outra modalidade aplicada no Brasil. Isso porque o instituto previsto na Constituição Federal desenvolve resultados jurídicos e sociais mais eficientes, tanto na seara quantitativa quanto qualitativa, garantindo distribuição de justiça e estabilidade nas relações sociais.

A Instituição detentora da missão de prestar assistência jurídica aos necessitados detém autonomia administrativa, funcional, legislativa e orçamentária. Assim, embora a assistência jurídica gratuita influencie na economia ao garantir direitos aos vulneráveis, a Defensoria Pública é imune a atitudes políticas, ideológicas ou subjetivas em razão do seu status constitucional.

Sendo assim, a assistência jurídica gratuita trata-se de uma normatividade jurídica da economia, isto é, uma ordem econômica intervencionista de amparo constitucional da coletividade para a efetivação do ser humano. Esse

estabelecimento agrega valores humanos dentro da lógica economista, preservando a dignidade da pessoa humana.

A Análise Econômica do Direito (AED) objetiva o maior bem-estar possível, por intermédio da melhor e maior alocação de bens a se atingir o bem-estar dentro dos limites da moral. Por isso, a eficiência é um dogma elementar, que deve ser aplicado nas decisões e políticas públicas estatais, velando sempre pela ética.

Nesse sentido, verifica-se que dentro da visão econômica o direito à assistência jurídica integral e gratuita é por demais eficiente, tanto pelos aspectos quantitativos asseverados quanto, e, sobretudo, no que toca aos aspectos qualitativos. A importância da assistência jurídica denota-se no contexto político e social, pois viabiliza as composições por intermédio da simplificação do acesso à justiça e atenua o ímpeto de medidas extremas pelas grandes massas. Arremata-se que a assistência jurídica integral e gratuita brasileira encaixa-se na conceituação do Ótimo de Pareto, pois traz benefícios para todas as partes envolvidas, ou seja, para os cidadãos vulneráveis e para o Estado.

Por conta disso, o Estado mantém a obrigação de prestação de serviços jurídicos à sociedade, com a disponibilização de ferramentas que permitam o concreto exercício dos direitos e garantias individuais colocados na Constituição Federal. De tal modo será possível a solidificação de uma sociedade justa, plural e democrática atenta aos legítimos princípios e valores a ela pertencentes.

Conclui-se que a assistência jurídica integral e gratuita promovida pelo Estado atende aos anseios da eficiência, uma vez que os ganhos sociais compensam fortuitas e eventuais perdas, consolidando o Estado Democrático por meio de prerrogativas, garantias e instrumentos que emanam a admitir o acesso a uma justiça qualitativa para aqueles que mais necessitam.

REFERÊNCIAS

ANNONI, Daniele. Direitos Humanos & acesso à justiça no direito internacional. Curitiba: Juruá, 2003.

ARISTÓTELES. Ética à Nicômaco. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Brasília: Senado Federal, 2014.

_____. Emenda Constitucional n. 74, de 06 de agosto de 2013. Brasília: Senado Federal, 2013.

_____. Emenda Constitucional n. 80, de 04 de junho de 2014. Brasília: Senado Federal, 2014.

_____. Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Brasília, DF: Senado, 1950.

_____. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito federal e dos territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1994.

_____. INSTITUTO INNOVARE. O prêmio Innovare. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/institucional/o-premio/>> Acesso em: 16 jul. 2014.

_____, IPEA. ANADEP e Ipea lançam Mapa da Defensoria Pública no Brasil. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

_____, Ministério da Justiça. III Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/IIIdiag_DefensoriaP.pdf>. Acesso em: 30 maio 2014.

BENACCHIO Marcelo. A relação jurídica do mercado pelos valores capitalistas. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZAROBBA, Orides. Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito. Vol 2 da Coleção Justiça, Empresa e Sustentabilidade. São Paulo: RT, 2011

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BULOS, Uadi Lammêgo. Cláusulas Pétreas. *Revisa Consulex*, Ano III, nº 26, fev/1999.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAMPOS, Mikaella. Faltam defensores, estado triplica gasto com advogado. *A GAZETA*, Vitória. 1 mai. 2014, p. 27

COASE, Ronald. El problema del Costo Social. In: ROEMER, A. (org.). *Derecho y Economía: Una Revisión de la Literatura*. México D. F.: Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, 2000.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Análise Econômica do Direito: Entre a Segurança e a Adaptação*. Revista da Faculdade de Direito de Sorocaba. Sorocaba, nº 1, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. *Assistência Jurídica Integral e Gratuita no Brasil: Um panorama da atuação da Defensoria Pública da União*. Disponível em: <www.dpu.gov.br>. Acesso em 15 jul. de 2014.

GHERSI, Carlos Alberto. *Aproximação à análise econômica do direito e suas conexões com o direito econômico*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, nº 51, ano 13, julho-setembro 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Assistência Judiciária. Garantia de Acesso à Justiça*. In: *Encontro Nacional de Valorização da Advocacia Pública*. São Paulo: 1992.

LONGO, Carlos Alberto. *Economia do Setor Público*. São Paulo: Editora Atlas, 1993.

MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. *Encyclopedia of Law and Economics*. Volume I – *The History and Methodology of Law and Economics*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. A nova Defensoria Pública e o direito fundamental de acesso à justiça em uma neo-hermenêutica da hipossuficiência. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, n. 70, p. 25-44, 2011.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Método, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, V. IV. Periódico da Pós-Graduação stricto sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 01 julho 2014.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

ROCHA, Paulo Osório Gomes. Concretização de direitos fundamentais na perspectiva jurídico-constitucional da Defensoria Pública. Um caminho “ainda” a ser trilhado. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, nº 68, p. 220-245, 2009.

RODRIGUES, Vasco. Análise Econômica do Direito. Coimbra: Editora Almedina, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TOKARS, Fábio. Por um law and economics tupiniquim. Estado do Paraná, Curitiba, 13 jan. 2008.

ELEMENTOS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Danilo Rinaldi dos Santos Jr.¹

RESUMO: O sistema da *common law* é conhecido como um sistema seguro e previsível, uma vez que as decisões judiciais vinculam casos individuais homogêneos, o que gera segurança jurídica e igualdade. No Brasil o precedente judicial está distante da realidade, em que pese a tentativa inserida no Código de Processo Civil Projetado, entretanto, a expressão “vinculante” já é realidade no Brasil, apesar da, ainda, escassa doutrina acerca do tema. O presente artigo analisa os elementos da teoria dos precedentes obrigatórios, e buscará esclarecer o que vincula em uma decisão no Brasil, pois sabemos que a argumentação trazida na *ratio decidendi* é o que vincula as decisões da *common law*. Assim, o objetivo desta pesquisa é trazer ainda as técnicas do *distinguish* e *overruling*, técnicas que não engessam o sistema, o que torna o ordenamento jurídico mais seguro e enxuto, uma vez que tais elementos trazem para a sociedade maior previsibilidade de como agir e as consequências jurídicas que determinados atos possam acarretar, o que diminui o ajuizamento de demandas idênticas. Por fim, buscamos ainda chamar a atenção dos operadores do direito sobre a importância do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes judiciais; *Common Law*; *Civil Law*; *Ratio decidendi*; *Obter dictum*; *Distinguish*; *Overruling*.

ABSTRACT: The common law system is known as a safe and predictable system, since judicial decisions binding on individual cases homogeneous, which creates legal certainty and equality. In Brazil judicial precedents are far from reality, despite the attempt inserted in Code of Civil Procedure Designed, however, the term

¹ Advogado. Sócio do Escritório de Advocacia DR4 Advogados. Auditor do tribunal desportivo da FEBRASA. Vice-presidente da Sociedade Esportiva do Gama. Mestrando no Programa de Mestrado em Direito da UNIVEM. Pós-Graduado em Docência do Ensino Superior e Direito Desportivo. Email: danilorinaldi@gmail.com

"binding" is already a reality in Brazil, despite also scarce doctrine on the subject. This article analyzes the elements of the theory of binding precedents, and will seek to clarify what links in a decision in Brazil, because we know that the arguments brought in the ratio decidendi is what binds the decisions of the common law. The objective of this research is still bringing Distinguish techniques and overruling, techniques in which serve to not stifle the system, making the legal system more secure and dry, since these elements bring to the larger society predictability as act and the legal consequences that certain acts may entail, which reduces the filing of identical demands. Finally, we seek to draw attention of law professionals about the importance of the topic.

KEYWORDS: Judicial precedents; Common Law; Civil Law; Ratio decidendi; Obter dictum; Distinguish; Overruling.

INTRODUÇÃO

Atualmente a comunidade jurídica tem discutido, com maior ênfase, a aplicação da teoria dos precedentes no Brasil, uma vez que o legislador acrescentou o tema ao projeto do novo Código de Processo Civil (Projeto de lei 8.046/10). Em paralelo, é escassa a doutrina acerca da aplicação - em nosso sistema jurídico - da teoria dos precedentes, que é originária do sistema *common law*.

A importância do tema se dá, porque o precedente e a obrigatoriedade de cumprimento do mesmo geram maior uniformização das decisões judiciais e, por consequência enaltece o importante princípio constitucional da *segurança jurídica*, levando ao aumento de confiança da população no Poder Judiciário. Esta uniformização também gera maior *igualdade* entre os jurisdicionados e *coerência* ao sistema jurídico, mas ambos não serão tratados neste estudo.

Nesse contexto, o presente trabalho buscará esclarecer os elementos que compõem o sistema *common law*, no intuito de trazer maior clareza da necessidade de possuímos um sistema que vincula as decisões de casos idênticos, que traz como pano de fundo a diminuição de processos ajuizados com os mesmos fatos.

Alguns críticos dos precedentes argumentam que ocorrerá um engessamento do sistema, o que é verdade, entretanto esse engessamento é

positivo e não trará injustiças, pois a evolução do sistema da *common law* trouxe técnicas para evitar essas injustiças.

Para que se evite o engessamento pleno foram desenvolvidas as técnicas dos *Distinguish* e *Overruling*, que serão abordadas nesse trabalho no intuito de esclarecer a utilização desses elementos.

Portanto, os elementos dos precedentes tornam ainda mais completo o sistema da *common law*, resta portanto sabermos se o fato de adotarmos os precedentes no nosso ordenamento fará com que tais elementos também sejam adotados no sistema processual do Brasil, pois o tema envolve questões amplas, sendo que busquei incentivar o debate da aplicação de alguns desses elementos dos precedentes da *common law* no Brasil, que teve o seu sistema jurídico originado a partir da *civil law*.

SISTEMAS DA COMMON LAW E DA CIVIL LAW

Inicialmente convém assinalar que no Brasil não existem precedentes no sentido do que ensina o *common law*. É erro, em *terrae brasilis*, pensar que as súmulas, por exemplo, são como os precedentes.²

Para Thomas da Rosa de Bustamante³ uma análise mais atenta que o usual do normativismo kelseniano (umas das formas mais maduras do positivismo continental) revela que esta teoria não está tão distante das teses fundamentais do realismo jurídico (que se apresenta como a teoria jurídica mais conhecida nos Estados Unidos e também, de modo menos explícito, na Inglaterra), pois com ele compartilha um forte decisionismo judicial, de modo que as diferenças entre as teorias jurídicas positivistas que se desenvolveram no *common law* e no Direito continental são menos radicais do que parece à primeira vista.

² STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* / Lenio Luiz Streck, Georges Abboud. 2. ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 127.

³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 96.

É comum encontrarmos outras nomenclaturas para o sistema *civil law* como, por exemplo, sistema romanista, romano-germânico ou de direito civil. E apesar das diferenças nacionais entre eles, tais sistemas têm em comum um traço hereditário que permite a sua identificação.

Para melhor compressão vale a transcrição de René Davi⁴ acerca do tema:

A dispersão do sistema e a própria técnica de codificação, que tende a provocar uma confusão entre direito e lei, tornam difícil ver o elemento de unidade que une direitos muito diversos, parecendo à primeira vista como direitos nacionais inteiramente distintos, uns dos outros. Os desenvolvimentos que consagrarem à *common law* e aos direitos socialistas irão nos ajudar a tomar consciência da unidade que existe realmente, apesar das aparências, entre estes múltiplos direitos.

No *civil law* as regras jurídicas sempre foram procuradas em um corpo de normas preestabelecidas: a) antigamente, o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano; b) depois, os códigos; c) hoje, as constituições e todo o conjunto de normas infraconstitucionais.

Nos ordenamentos que adotam o sistema da *civil law*, o direito escrito e legislado tem posição superior às demais fontes do direito. Miguel Reale⁵ estabelece uma única acepção de fonte do direito, considerando esta como “os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia”.

No *civil law* o costume é fonte secundária de direito, enquanto a norma positivada é hierarquicamente superior. Sobre o tema ensina o Tiago Asfor Rocha Lima⁶, ao expressar:

⁴ DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, São Paulo, Martins Fontes, 1986, p. 26.

⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo:Saraiva, 1990, p. 140.

⁶ LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civil no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 84.

Lembre-se, ainda, que várias são as distinções entre o direito costumeiro e o legislado, a começar pela origem de cada um (costume: origem incerta e desconhecida; lei: origem certa e predeterminada num órgão legislativo), passando pela forma de elaboração (costume: imprevisível; lei: processo legislativo), pelo âmbito de eficácia (costume: mais restrito; lei: caráter universal), pela forma de expressão (costume: não escrita; lei: escrita) e pelo período de vigência (costume: imprevisível; lei: vigorará até a entrada em vigor de outra norma), dentre outras. (...)

Já, Maurício Ramires⁷ afirma que o Brasil é um país que segue o modelo da *civil law* e uma simples análise da Constituição Federal⁸ é suficiente para identificação desse modelo, sendo inclusive desnecessário fazer uma constatação histórica sobre a vinculação do sistema jurídico nacional à tradição romano-germânica.

Não basta a edição de uma súmula, por exemplo, para falar-se que o sistema nacional se aproxima do sistema *common law*, por que a parte vital daquele sistema é que os tribunais não podem exarar regras gerais, em abstrato, mas apenas em função dos fatos da disputa que são trazidos a exame.

A *common law* é originária de regras não escritas, decantadas no decorrer dos séculos. Como a Inglaterra é o berço do sistema da *common law*, os juízes ingleses iniciaram a obra criadora que, em seguida, foi estendida e modulada por juristas de outros países, como Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia⁹.

Na *common law* a obrigação é a de respeitar as regras estabelecidas pelos juízes em decisões passadas¹⁰. E esse respeito é essência da *common law*, e

⁷ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 61.

⁸ CF/88, art. 5º: “(...) II – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”.

⁹ SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano*. São Paulo: Landy, 2001, p. 13.

¹⁰ RAMIRES, op. cit., p. 63.

isso não quer dizer que na *civil law* não existe respeito as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, entretanto, e como já dito, a jurisprudência é fonte primária do direito da *common law*. O Brasil utiliza o sistema *civil law*, e portanto na teoria a jurisprudência é fonte secundária, porém o respeito é mínimo por decisões proferidas até mesmo por tribunais superiores, vez que tais decisões não vinculam outros julgadores, o que tem tornado o sistema caótico.

Voltando a *common law*, e no sentido inverso do que afirmam alguns juristas, o sistema da *common law* não se restringe apenas a *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se mexa no que está quieto¹¹). Existem meios de rever os precedentes, como: a) em razão de grandes alterações históricas, é permitido modificar um precedente superado por meio do *overruling*; b) se o caso que está sendo julgado for diverso do precedente que se pretende usar como paradigma, é possível postular pela rejeição de sua aplicação, por meio do *distinguishing*. Como dito reservaremos espaço próprio neste artigo para tratar desses meios de rever os precedentes.

Ainda acerca do sistema *common law*, Teresa Arruda Alvim Wambier¹² observa que o *common law* derivou de simples fatos da vida da sociedade inglesa. As regras do *common law* são regras sociais, nunca afastadas do dia a dia. De certo modo, portanto, e paradoxalmente, já que o cimento que une e dá firmeza aos sistemas de *common law* é a regra do precedente vinculante, o modo de pensar inglês aproxima-se mais ao romano, do que o estilo de decidir dos países cujo direito diz-se ser de origem romano-germânica.

A regra desse sistema é *lex non scripta* (lei não escrita¹³) o que não permite aos magistrados a extração livre de suas convicções ao caso concreto, sob pena de tornar o sistema caótico e imprevisível.

¹¹ Tradução livre.

¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Interpretação da Lei e de Precedentes: civil law e common law*. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010, p. 36.

¹³ Tradução livre.

A *common law* não presenciou qualquer tipo de revolução ou ruptura para o modelo do sistema e não sofreu a rigidez dos códigos, simplesmente optaram por dar continuidade ao que já acontecia, pois sempre entenderam que o direito é para jurista, garantindo assim a evolução do direito. Em que pese as transformações que ocorreram no decorrer dos anos, a *common law* manteve a utilização de casos concretos como referência para seus julgamentos, sua tradição.

Para Bruno Cavalcanti Angelin Mendes¹⁴ é cada vez mais próxima a relação entre os sistemas jurídicos do *civil law* e *common law*. Tais sistemas tiveram suas estruturas insculpidas durante séculos, e delineadas na busca pela identificação do direito, de modo que a relação que ora se apresenta admite como ponto de toque a existência de um elemento comum e que se manifesta, enquanto fonte do direito, na conjuntura dos ordenamentos jurídicos ocidentais: o aspecto jurisprudencial.

Existe no Brasil uma tendência de aproximação desses sistemas, entretanto, me permito discordar dessas posições, pois historicamente os sistemas podem ter se aproximado no passado e possuírem a jurisprudência como fonte do direito em comum, mas a *civil law* surgiu através de estudos mais aprofundados de textos jurídicos romanos (leis e comentários de juristas), ou seja, a *civil law* foi mais elaborada e tomou corpo com os códigos.

Entretanto o tempo distanciou tais sistemas. No Brasil não podemos falar de semelhança com a *common law*, pois é cultural a obediência às normas escritas e o desrespeito aos julgados. Outrossim, importante lembrar que a própria legislação determina que a jurisprudência não vincula, as próprias súmulas¹⁵ exaradas pelos tribunais superiores não vinculam juízes de primeiro grau.

O Brasil não tem a tradição de respeitar os precedentes. A questão é cultural, pois os ordenamentos da *common law* nasceram valorizando os

¹⁴ MENDES, Bruno Cavalti Angelin. *Precedentes judiciais vinculantes: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 27.

¹⁵ Com exceção, claro, das recentes súmulas vinculantes.

precedentes, enquanto os da *civil law* (como ocorre no Brasil) valorizam as normas geralmente impostas pelo legislativo.

Tanto é cultural que os cursos de graduação em direito ensinam as regras colocadas na legislação e, quando muito, utilizam manuais jurídicos como fonte de aprendizado. O ensino brasileiro não valoriza as decisões dos tribunais; não estuda a aplicação do direito e as questões de fato, pois são preferidas as regras, já que são compreendidas com maior facilidade, sem a necessidade de ser pensado o motivo que levou àquela decisão.

Outrossim, não seria atividade simples ensinar as decisões judiciais se os próprios tribunais, principalmente as cortes superiores, não raramente, deixam de seguir os seus precedentes.

Esse é um diferencial da *common law* e que distingue facilmente da *civil law*, principalmente da *civil law* do Brasil.

A questão da aplicação dos precedentes está enraizada na cultura de tal forma que não existe nenhum texto legal determinando a vinculação dos precedentes nos ordenamentos jurídicos que utilizam esse sistema.¹⁶

Assim, penso que ainda estamos distantes da aproximação desses sistemas, em que pese as semelhanças do passado, e mais distante ainda está o Brasil, mesmo com a inserção de mecanismos da *common law*. É cultural a observância de determinadas regras de um sistema, e sabemos que cultura pode até sofrer mudanças, mas leva muito tempo.

Enfim, desde que observadas as respectivas realidades de cada país, a teoria geral dos precedentes tem muito a contribuir com a *civil law* brasileira. Porém restou claro, aqui, as diferenças desses sistemas, apesar da tentativa de aproximação da doutrina brasileira que estuda os precedentes. O fato de o Brasil vivenciar uma grande crise de identidade, inclusive introduzindo alguns mecanismos em seu sistema que são mais próprios da *common law*, tal como o *amicus curiae* e

¹⁶ Na verdade o precedente não vincula, o que vincula é a *ratio decidendi*, um julgado pode possuir uma argumentação extensa com diversas laudas e somente vincular uma pequena parte do julgado.

as súmulas vinculantes¹⁷, não significa semelhança entre esses sistemas no Brasil, sem mencionar que os tribunais superiores, não raramente, deixam de exercer a sua função uniformizadora, e os julgadores de primeira instância não respeitam a jurisprudência como deveriam, mesmo considerando-a como fonte secundária.

RATIO DECIDEND E OBTER DICTUM

Para aplicação dos precedentes obrigatórios, como na *common law*, necessário se faz uma análise profunda da *ratio decidendi* (razões de decidir¹⁸), que pode ser conceituada como os motivos efetivos que conduziram ao resultado do julgamento¹⁹

No entanto, como lembra Luiz Guilherme Marinoni²⁰, o intérprete deve ter muita atenção na identificação da *ratio decidendi*, pois:

A *ratio* não se confunde com o dispositivo e com a fundamentação, mas constitui algo externo a ambos, algo que é formulado a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo. O conceito de *ratio decidendi* sempre foi muito discutido. Na verdade, a dificuldade sempre esteve na sua identificação na decisão judicial.

Na *common law* existe o dever de fundamentar, a fundamentação não leva em consideração apenas casos antigos semelhantes, ao julgar um processo é

¹⁷ Da mesma forma, não se está afirmando que súmula vinculante é precedente e sequer que tal instituto se assemelha aos precedentes obrigatórios, entretanto, é consenso na escassa doutrina brasileira acerca do tema, que a súmula vinculante foi criada, inicialmente, baseada na teoria dos precedentes da *common law*.

¹⁸ Tradução livre.

¹⁹ Como aponta Marcelo Alves Dias Souza existem algumas regras para se determinar a “ratio decidendi”, a saber: “Ao final, Goodhart resume as regras para se determinar a ‘ratio decidendi’ de um caso da seguinte forma: (1) O princípio de um caso não é encontrado nas razões dadas na opinião. (2) O princípio não é encontrado na regra de Direito apresentada na opinião. (3) O princípio não é necessariamente encontrado através de uma consideração de todos os fatos averiguados do caso e da decisão do juiz. (4) O princípio do caso é encontrado ao se levarem em conta (a) os fatos tartados pelo juiz como fundamentais, e (b) sua decisão como baseada neles. (5) Para encontrar o princípio, também, é necessário estabelecer quais fatos foram considerados não fundamentais pelo juiz, pois o princípio pode depender tanto da exclusão como da inclusão.” (Do precedente judicial à súmula vinculante. 1ª ed. Curitiba: Editora Juruá. 2013, p. 133).

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 221.

analisado a situação fática e o julgamento é elaborado com base nos aspectos sociológicos e filosóficos do caso.

Isso porque podem existir questões que conquanto mencionadas no corpo de uma decisão judicial não tenham sido consideradas pelo juiz quando da sua atividade cognitiva. São meras reflexões que ali constaram por decorrência do raciocínio desenvolvido pelo julgador, mas que podem ser consideradas, isoladamente, como justificativa para a conclusão judicial²¹. E assim prossegue Tiago Asfor Rocha Lima:

Logo, vê-se que os fundamentos jurídicos de uma decisão compreendem tanto as conhecidas razões de decidir (*ratio decidendi*) como os elementos que servem de reforço argumentativo (*obiter dictum*), mas que não possuem o condão de sustentar o resultado da atividade cognitiva do magistrado.

Ratio decidendi não é atividade mecânica e não se trata da transcrição de jurisprudência ou doutrina como magistrados têm feito, não analisando sequer se aqueles julgados se aplicam ao caso concreto. Poucos advogados, membros do MP ou juízes, analisam o relatório de um julgado, colacionando apenas a ementa da jurisprudência.

Na *common law* uma citação sem uma verdadeira análise é ato de extrema irresponsabilidade.

Sempre digo que conceituar a *ratio decidendi* é tarefa das mais simples, entretanto, entender o modo de extração da *ratio decidendi* é tarefa árdua. Tiago Asfor Rocha Lima²² lembra que em alguns casos o grau de dificuldade na determinação da *ratio decidendi* que a literatura jurídica destaca a existência de ao menos três métodos, são eles: teoria de Wambaugh, teoria de Olimphant e teoria de Goodhart.

Particularmente prefiro a teoria de Goodhart, pois para o estudioso a *ratio decidendi* deve ser extraída a partir dos exames dos fatos essenciais e da conclusão

²¹ Lima, Op. cit., p. 171.

²² Lima, Op. cit., p. 178.

jurídica advinda da análise desses fatos. Para Goodhart os fatos não considerados pelo julgador são mera *obiter dictum* (dito para morrer²³), assim casos idênticos devem ser tratados da mesma forma. Também levo apreço à teoria de Wambaugh, uma vez que parece ser mais simples e de melhor entendimento, e nesta teoria, a forma da extração da *ratio decidendi* é determinada pela inversão do que restou decidido, caso essa inversão implique a modificação do resultado é considerada *ratio decidendi*, por outro lado, caso a inversão não implique modificação do resultado se trata de mera *obiter dicta*.

A tese de Goodhart é mais bem explicada por Luiz Guilherme Marinoni²⁴:

(...) para Goodhart é necessário determinar todos os fatos do caso como vistos pelo juiz e, após, identificar quais destes fatos o juiz admitiu como materiais ou fundamentais para decidir. Mas, para a *ratio*, além dos fatos que o juiz considerou materiais, também seria importante a decisão que neles se fundou.

Existem críticas inclusive as confusões causadas pela doutrina ao tentar explicar o modo de extração da *ratio decidendi*, vejamos:

A proliferação de explicações conflitantes é, por si só, uma estranha característica da tradicional história do raciocínio jurídico inglês. Se precedente tem a ver com a busca por certeza e consistência, e se o uso das *rationes* é o caminho para o qual o sistema de precedentes fornece o real rigor da vinculação, através da comparação, parece problemático que nem os acadêmicos e nem os juízes consigam fornecer uma aplicação clara sobre como as *rationes* devem ser encontradas.²⁵

Obiter dictum é parte da decisão que se for excluída não pode alterar o resultado do julgamento, conforme já dito, e jamais poderá ser vinculante para casos futuros. Sendo de extrema importância a correta diferenciação desses institutos, pois

²³ Tradução livre.

²⁴ Marinoni, op. cit. p. 224. (*Precedentes Obrigatórios*)

²⁵ COWNIE, Fiona, BRADNEY, Anthony e BURTON, Mandy. English legal system in context. Oxford: Oxford, University Press, 2007, p 95. Citado por Gustavo Santana Nogueira (*Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2 ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2013, p. 183)

como dito apenas a *ratio decidendi* é que vincula, e caso um magistrado faça uma análise errada pode vincular a *obiter dictum* de um caso passado ao julgamento do caso em análise, o que é considerado grave erro.

Lênio Luiz Streck²⁶ entende ser possível elencar sete conceitos cunhados pela tradição sobre *ratio decidendi*: é o critério decisional, ou seja, a regra que está subjacente à decisão; é o princípio de direito adotado para definir o conteúdo da demanda; princípio de direito adotado para definir o conteúdo da demanda; é a premissa ou a passagem lógica que se revela necessária para se alcançar a decisão do caso; é a regra ou princípio que constitui a condição necessária ou suficiente; é o princípio de direito contido na decisão judicial e que é suficiente para decidir o caso concreto; é a argumentação explícita ou implícita necessária ou suficiente para definir o caso e, por último, é a relação entre resolução (motivada) do caso e o próprio caso, ou seja, o fato e as questões jurídicas inerentes.

E prossegue Lênio Luiz Streck:

A partir dessas diversas concepções de *ratio decidendi*, é possível dizer que, tradicionalmente, ela configura o enunciado jurídico a partir da qual é decidido o caso concreto. Em suma, ela é a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso. Todavia, ela não é uma regra jurídica que pode ser considerada por si só, ou seja, se ela for encarada isoladamente, ela deixará de ser *ratio decidendi*, uma vez que a *ratio decidendi* deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídico (caso concreto) que ela solucionou.

Luiz Guilherme Marinoni²⁷ lembra que a distinção entre “fundamentos determinantes” e “razões outras”, ou seja, entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, sempre foi feita no *common law*. Ao contrário do que se deu nos sistemas de *civil law*, centrados na idéia de que ao Judiciário caberia apenas descobrir o sentido exato da lei, o precedente do *common law* nunca foi visto como algo que diz respeito apenas às partes, mas como “decisão” que interessa à coletividade e à estabilidade

²⁶ Streck, op. cit., p. 46.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão dos sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 192.

do direito. Importante lembrar que a *ratio decidendi* não tem correspondente no processo civil adotado no Brasil²⁸, pois não se confunde com a fundamentação ou com o dispositivo²⁹.

Quando se julga um processo na *common law* não se preocupa-se apenas com efeitos da decisão para as partes litigantes, tem-se o cuidado e a compressão que aquela decisão sempre interessará à sociedade, pois ali existe um cuidado enorme com a segurança que os jurisdicionados devem possuir. Portanto ao julgar um caso é feito muito mais que interpretação na *civil law*, é elaborado um raciocínio por analogia.

É certamente em decorrência desse relevante aspecto, na órbita de um sistema jurídico estribado na observância compulsória dos precedentes, que as razões de decidir devem prever e sopesar a repercussão prática que determinada decisão poderá oferecer para o ordenamento jurídico globalmente considerado.³⁰

A falta de vinculação que possui a *obiter dictum* não significa que sua invocação não sirva como argumento de persuasão.

E quando um caso possui duas *ratio decidendi*? Isso é possível? Sim, é possível termos duas *ratio decidendi*, e neste caso existem duas possibilidades possíveis, a primeira é que diante de tal situação em caso posterior o tribunal não

²⁸ Para Luiz Guilherme Marinoni “No *civil law*, ao contrário, cabendo aos tribunais apenas aplicar a lei, pouco importância se teria de dar à fundamentação, já que esta faria apenas a ligação entre os fatos e a norma legal voltada a regular a situação litigiosa. A fundamentação, assim, seria necessariamente breve e sucinta. Uma vez que a decisão deveria apenas dar atuação à lei, não haveria motivo para buscar na fundamentação o significado da decisão. A decisão que se limita a aplicar a lei não nada que possa interessar a outros, que não sejam os litigantes. É por este motivo que, no *civil law*, o que sempre preocupou, em termos de segurança jurídica, foi o dispositivo da sentença, que aplica a regra de direito, dando-lhe concretude. Não é por outra razão que, quando se pensa em segurança dos atos jurisdicionais, alude-se somente à coisa julgada e, especialmente, à sua função de tornar imutável e indiscutível a parte dispositiva da sentença.” (Marinoni, Op. cit., p. 232, *Precedentes Obrigatórios*).

²⁹ Marinoni, Op. cit., p. 220. (*Precedentes Obrigatórios*)

³⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 176.

pode optar afastar uma determinada *ratio*, e a segunda situação trazida por Marcelo Alves Dias³¹ ocorre quando uma corte composta por vários juízes, apesar de chegarem a um determinado resultado, os juízes dão razões diversas para seus julgamentos.

Há casos, todavia, em que é extremamente difícil identificar a *ratio decidendi*. São decisões com fundamentação insuficiente, sem um princípio claro, mesmo que implícito. Devem, segundo a opinião dominante, ser consideradas como desprovidas de *ratio*, e, por conseguinte de autoridade obrigatória.³²

Ficou claro que a *ratio decidendi* é obrigatória para casos futuros idênticos, ou seja ela vincula casos com similitude fática. Um juiz não pode decidir de forma diversa caso já exista no ordenamento um julgado com similitude fática.

Todavia, tendo em vista o dinamismo da sociedade e mudanças que ocorrem com o tempo, surge uma questão crucial que é quando essa *ratio decidendi* não mais faz justiça para casos idênticos. É que abordaremos no capítulo seguinte.

DISTINGUISH E OVERRULING

Como já dito o uso dos precedentes não é atividade mecânica, e deve ser analisado do ponto de vista hermenêutico, da mesma forma que o uso das técnicas do *distinguish* (distinção³³) e *overruling* (superação³⁴) não é atividade mecânica, sendo impossível qualquer meio de utilização dessas técnicas com uso mecânico, justamente pelo fato da análise hermenêutica do caso, o que tornaria o sistema inseguro.

Distinguish é a técnica utilizada para comparar um precedente ao caso em concreto em análise, verificando suas diferenças e semelhanças (*ratio decidendi*

³¹ Souza, op. cit., p. 138.

³² Souza, Op. cit., p. 139.

³³ Tradução livre.

³⁴ Tradução livre.

e *obiter dictum*), para confirmar a aplicação ou não do precedente para o caso concreto.

O intuito de tal técnica é evitar tratar semelhantemente casos distintos.

Teresa Arruda Alvim Wambier³⁵ ressalta que o *distinguish* consiste numa técnica de flexibilização do *stare decisis* e significa que, embora a regra do precedente sobreviva, por que se aplicaria ao caso a ser julgado e não deve ser reformada, há peculiaridades, no caso concreto, que autorizam seja a *rule* reformulada para resolvê-lo. Para a jurista o *distinguish* completa o precedente e cria um “salvo se”, e traz um exemplo, vejamos:

Suponha-se que a regra seja a de que contratos sejam exeqüíveis. Mas a corte, agora, deve decidir sobre a exeqüibilidade de contrato contra um menor. A regra se aplica literalmente ao caso, mas deve ser reformulada, para criar-se uma exceção. Típico exemplo de *distinguish*.

Hebert L. A. Hart³⁶ entende que o processo de “distinção”, dependendo das circunstâncias, implica dois tipos de atividade dos tribunais: *criadora* e *legislativa*. O tribunal pode decidir um caso de forma contrária à solução dada em um precedente, por meio de interpretação restritiva da regra extraída do precedente em cotejo com o caso sob apreciação. Descobre-se aí alguma diferença juridicamente relevante entre os elementos estruturais dos dois casos. Ao acompanhar um precedente, por outro lado, o tribunal pode afastar um ponto, entendendo que tal aparente exceção não encontra qualquer óbice no ordenamento jurídico. Amplia-se, destarte, a regra do precedente. A despeito dessas duas formas de atividade legislativa deixadas em aberto pela eficácia vinculante do precedente, a praxe do sistema da *common law* produziu, ao longo do tempo, um corpo de princípios, dos quais um número significativo, quer de maior, quer de menor importância, delinea-se tão preciso como qualquer regra legislada.

³⁵ Wambier, op. cit., p. 39.

³⁶ HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 2001, p. 148. Citado por José Rogério Cruz e Tucci (*Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004).

Não basta apenas apontar fatos diferentes, é necessário argumentar a distinção material dos casos. Todavia, pode ocorrer um julgamento sem a observância de precedente ou lei, é a chamada decisão *per incuriam*, porém em que pese tal desconhecimento não torna inválida essa decisão, neste caso esse julgamento não será usado como um precedente futuro.

Para Gustavo Santana Nogueira³⁷ essa técnica, ao contrário do que possa parecer, apenas reforma a força dos precedentes. A partir do momento em que os precedentes vinculam, a única chance que a parte tem de se sagrar vencedora quando um precedente está na “contramão” da sua pretensão é demonstrando que o seu caso difere substancialmente do precedente, daí resulta claro a importância do processo de distinção.

Quanto maior for a força do precedente, mais complicado é para demonstrar a não incidência, da mesma forma é quando a decisão ocorrer por maioria de votos (não unânime) o que demonstra a não clareza da matéria e torna o precedente fraco.

Um exemplo do *distinguish* ocorreu no caso *Bridges vs Hawkesworth* e *South Staffordshire Water Company vs Sharwood*. No primeiro caso foi reconhecido o direito do consumidor em ficar com dinheiro que achou no chão de uma loja, dessa forma no segundo caso foi invocado o caso *Bridges vs Hawkesworth* pois uma senhora havia achado dois anéis na lama da companhia de água. Parecem casos iguais à primeira vista, entretanto, ao analisarem os fatos de ambos os casos usaram a técnica do *distinguish* já que no segundo caso os anéis encontrados não foram encontrados em local aberto ao público. Assim, ocorreu uma espécie de emenda ao precedente, pois de acordo com o primeiro caso o consumidor que achar um bem no chão tem o direito de ficar com o bem, mas somente no caso do bem ser encontrado em local aberto ao público. Vejam que essa emenda pode ampliar ou reduzir os casos de aplicação do precedente, não engessando o sistema e valorizando mais a matéria fática dos que as regras postas.

³⁷ Nogueira, op. cit., p. 212.

A lição trazida por Marcelo Alves Dias de Souza³⁸ nos ensina que:

... às vezes (não é comum, pois os tribunais tendem a seguir os precedentes, mesmo os apenas persuasivos), um tribunal se empenha em distinguir os fatos do precedente e os do caso em julgamento, como única forma de afastar esse precedente, que considera injusto e incorreto, e que, de outra forma, estaria obrigado a aplicar.

E assim prossegue:

O poder de distinguir é importante – não se nega – como meio de dar flexibilidade ao sistema e de fazer justiça no caso concreto. Entretanto, não pode ser levado ao extremo, sobretudo por assim ferir, com uma injustiça gritante, o princípio da isonomia. Sem falar que o uso indiscriminado do poder de distinguir pode levar a se duvidar, de modo geral, da real vinculação aos precedentes obrigatórios e, conseqüentemente, levar à falência do sistema, o que, com certeza, não é o desejado.

Assim, tendo por substrato que o *distinguish* se apresenta, então, como uma declaração negativa de que o direito delineado no precedente não deve ser levado a cabo para decidir o caso sob julgamento, não necessariamente esta ‘não adoção’ implicaria reconhecer que há erro substancial no mesmo ou, em outras palavras, que haveria indicativo para sua revogação.³⁹

No mesmo sentido Luiz Guilherme Marinoni⁴⁰ pondera que a declaração de que o precedente é inaplicável não elimina a dúvida a respeito da sua higidez. Isso porque a constatação da inaplicabilidade do precedente não tem relação com o seu conteúdo e força. Todavia, a não aplicação do precedente, especialmente quando rotineira, pode revelar que o seu conteúdo não está sendo aceito na comunidade jurídica e nos tribunais. O precedente perde naturalmente a sua autoridade e credibilidade quando se torna *very distinguished*. Quer dizer que a

³⁸ Souza, op. cit. P. 145.

³⁹ Mendes, op. cit., p. 109.

⁴⁰ Marinoni, op. cit., p. 327.

distinção, por si só, não revela a fragilidade do precedente, embora o excesso de distinções possa ser sinal de enfraquecimento da sua autoridade.

Desse modo, a técnica do *distinguish* deve ser definida como um tipo de afastamento do precedente judicial no qual a regra da qual o tribunal se afasta permanece válida mas não é aplicada com fundamento em um discurso de aplicação em que, das duas, uma: (1) ou se estabelece uma exceção anteriormente não reconhecida – na hipótese de se concluir que o fato *sub judice* pode ser subsumido na moldura do precedente judicial citado; ou (2) se utiliza o argumento *a contrario* para fixar uma interpretação restritiva da *ratio decidendi* do precedente invocado na hipótese de se concluir que o fato *sub judice* não pode ser subsumido no precedente. No primeiro caso (redução teleológica) opera-se a exclusão de determinado universo de casos antes compreendidos no âmbito de incidência da norma apontada como paradigma; no segundo caso (argumento *a contrario*) a norma jurisprudencial permanece intacta, mas se conclui que suas consequências *não podem ser aplicadas* aos fatos que não estejam compreendidos em sua hipótese de incidência.⁴¹

No Brasil, ainda que de forma inconsciente, a técnica de confrontação jurisprudencial é realizada pela comunidade jurídica. É, destarte, mais corriqueira do que se poderia imaginar.⁴² Para Maurício Ramires⁴³ é um equívoco tratar as decisões judiciais, que devem ser principiológicas, como se suas eventuais exceções fossem passíveis de uma enumeração exaustiva, a partir de uma descrição mais completa da regra. Essa abordagem leva a exclusões e inclusões *ad hoc* e fragmentárias de hipóteses no campo gravitacional de precedentes. Mas é exatamente isso que o positivismo tenta fazer, com suas compilações exaustivas de julgados e verbetes.

⁴¹ Bustamante, op. cit., p. 473.

⁴² Lima, op. cit., p. 212.

⁴³ Ramires, op. cit., p. 134.

Como visto, todo precedente deve ser levado em conta nos julgamentos de casos análogos. Entretanto, o tempo demonstrou, através do dinamismo da sociedade, que alguns precedentes mereciam, em certas circunstâncias, revisão.

O sistema da *common law*, através da *House of Lords*, entendia que não era possível alterar suas decisões anteriores, pois cabia ao parlamento rever tais decisões, e somente em 1966, no caso *London Tramways vs London County Council* que a Casa dos lordes decidiu que a corte poderia rever seus próprios precedentes.

A intenção é fornecer grau mínimo de certeza. Entretanto, é possível que um caso seja igual a outro em tudo, mas que se queira decidir de outra forma. Dessa forma surge o *overruling*, que é uma técnica para alteração de entendimento anterior, essa alteração é feita quando um julgador se depara com uma injustiça da decisão *a quo*, modificação das condições econômicas, políticas culturais e sociais.

Obviamente essa superação de um precedente é feito “ao leu”, a corte deve declinar os motivos da mudança, sob pena de ser considerada autoritária, pois na *common law*⁴⁴ ser taxado de autoritário significa algo realmente negativo, existindo nesses sistemas responsabilidade e respeito com a sociedade, a segurança jurídica e unicidade do sistema.

Nos EUA essa prática na Suprema Corte é considerada medida de extrema interpretação jurisprudencial, ou seja, uma mudança dramática. Atualmente no Brasil o que mais se aproxima do *overruling* é o cancelamento ou revisão de súmula⁴⁵, geralmente previstos nos regimentos internos dos tribunais.

⁴⁴ Para Caio Márcio Gutterres Taranto a revogação é o método de decisão que exclui um precedente jurisdicional do mundo jurídico. Opta-se pela utilização dessa expressão à “revisão” ou “cancelamento” em paralelo com o princípio da continuidade do ordenamento aplicado às leis. (TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 290.)

⁴⁵ Convém lembrar que súmula está longe de ser precedente, pois no Brasil as súmulas, com exceção das súmulas vinculantes no STF, sequer vinculam os julgadores *a quo*. Importante ressaltar ainda que os verbetes do STF também não vinculam, apenas, frisa-se, as súmulas vinculantes, ou seja, o STF possui, atualmente, 736 súmulas nas quais os juízes do Brasil não precisam seguir.

Assim as cortes podem substituir (*overruled*) seus precedentes ultrapassados ou equivocados, tornando o precedente antigo sem valor, ou seja passa a não vincular mais.

Existe um fenômeno raro da *common law*, mas que pode existir, trata-se pois da revogação implícita de um precedente, sem observar o posição assentada anteriormente, o que enfraquece o precedente.

José Rogério Cruz e Tucci⁴⁶ traz a classificação de alguns institutos:

Retrospective overruling: quando a revogação opera efeito *ex tunc*, não permitindo que a anterior decisão, então substituída, seja invocada como paradigma em casos pretéritos, que aguardam julgamento.

Prospective overruling: instituída pela Suprema Corte Americana, na qual o precedente revogado com eficácia *ex nunc*, isto é, somente em relação aos casos sucessivos, significando que a *ratio decidendi* substituída continua a ser emblemática, como *precedente vinculante*, aos fatos anteriormente ocorridos.

Anticipatory overruling: introduzida, com inescandível arrojo, pelos tribunais dos Estados Unidos. Consiste na revogação preventiva do *precedente*, pelas cortes inferiores, ao fundamento de que não mais constitui *good law*, como já teria sido reconhecido pelo próprio tribunal *ad quem*. Basta portanto que na jurisprudência da corte superior tenha ocorrido, ainda que implicitamente, uma alteração de rumo atinente ao respectivo precedente. Ocorre aí “uma espécie de delegação tácita de poder para proceder-se ao *overruling*”.

Nas últimas décadas, a *House Of Lords* não revogou mais de um precedente ao ano, embora tenha exercido o poder de *overruling* em casos muito importantes, tanto no âmbito do direito privado quando no domínio do direito público.⁴⁷

Gustavo Santana Nogueira enaltece o direito estadunidense, vez que a constituição daquele país é a mesma desde 1787, e sofreu apenas 27 emendas, sendo a última no ano de 1992, lembra ainda que apenas quatro precedentes foram superados por emendas constitucionais, e pasmem, um precedente teria média de

⁴⁶ Tucci, op. cit., p. 179 e 180.

⁴⁷ Marinoni, op. cit. P. 388. (*Precedentes Obrigatórios*)

29,2 anos. Nesta obra o autor traz interessante estudo realizado nos EUA entre 1880 a 1957, e destacaremos alguns apontamentos: (a) raramente a Suprema Corte supera seus precedentes, sendo que ela proferiu mais de 55.000 decisões em recursos, sendo que esses julgamentos produziram apenas 81 casos de superação de precedentes, que por sua vez resultaram em 65 casos de reforma da decisão recorrida; (b) dos 81 casos de *overruling*, apenas em um deles foi decidido por um placar de 4 a 3, sendo que os demais 80 casos foram decididos por um mínimo de 5 votos favoráveis à superação do precedentes; (c) 29% dos precedentes superados tinham 10 anos ou menos de existência, 35% tinham de 11 a 20 anos, 14% tinham de 21 a 30 anos, 12% de 31 a 40 anos e 12% dos precedentes superados tinham mais de 41 anos de existência; (d) a maior parte dos *overruling* estava relacionada a matéria de direito comercial e tributário; (e) antes de fazer o *overruling*, em 62% dos casos a Corte não usou a técnica dos *distinguish*, revelando que aquela técnica é mais usual do que esta; (f) 89% dos casos de *overruling* produziram decisões mais amplas que as da *ratio decidendi* superadas.

Sinteticamente, o desenho do *overruling* parte da compreensão de que sua existência reside na atividade dos juízes, enquanto método interpretativo, de forma que após reavaliar os motivos determinantes que levaram à formação do precedente que se ligaria ao caso sob julgamento, constata que o mais apropriado e razoável à segurança jurídica e à isonomia nas decisões seria cancelar a fórmula anterior, de modo a atribuir nova interpretação.⁴⁸

Em análise mais profunda percebe-se, mais uma vez, a conexão estrutural entre a teoria dos precedentes e as teorias da argumentação jurídica em geral. É por meio dos procedimentos, critérios e regras de argumentação contidos nessas teorias que se pode justificar o abandono de um precedente judicial de natureza formalmente vinculante.⁴⁹

Percebe-se assim que os precedentes tornam o sistema mais denso, sem que haja seu engessamento como alguns críticos dos precedentes costumam dizer,

⁴⁸ Mendes, op. cit., p. 117.

⁴⁹ Bustamante, op. cit., p. 404.

portanto, não há de se falar em engessamento com as técnicas dos *distinguish* e *overruling*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a teoria dos precedentes da *common law* podemos observar que referido sistema outorga maior ênfase nos precedentes; é baseado na leitura dos fatos do caso, aplicando regras jurídicas que produzem uma justiça baseada em casos já julgados.

Por outro lado, a atual conjuntura do ordenamento jurídico brasileiro é baseada, cada vez mais, nos códigos e nas regras de direitos, em que pese alguns institutos da *common law* inseridos no nosso sistema.

Essa dicotomia do sistema brasileiro faz com que questões de direito se multipliquem e ocasionam o excesso de processos nos tribunais, quando, na verdade, deveria caminhar em sentido inverso e abranger questões de importância coletiva e alcance maior. Esses casos constituiriam uma base para a vida em sociedade, de cidadãos e empresas, e que, obviamente, extrapolam os fatos e as partes de um processo analisado por uma Corte Suprema, por exemplo.

Importante ressaltar que não existe regra de onde deve nascer um precedente, inclusive em alguns ordenamentos jurídicos, como no estadunidense, os precedentes nascem, geralmente, do grau inferior ao superior, ou seja, existe grande importância os casos decididos por juízes de primeira instância. Não existe um ordenamento jurídico coerente em que os juízes possuam liberdade para formular normas jurídicas desiguais para casos iguais e/ou similares. Os precedentes obrigatórios, da *common law*, realizam igualdade, imparcialidade, coerência do direito e segurança jurídica. Entretanto, tais características também podem (e devem) existir no ordenamento jurídico da *civil law*. Por óbvio nada disso se dará de forma tão simplória, contudo nunca é tarde para começar.

A insegurança jurídica é tamanha que raramente um advogado pode afirmar ao seu cliente se ele vai sair vitorioso em sua demanda, e os que fazem, quase sempre, são surpreendidos. Agora some essa insegurança jurídica com a

aplicação dos precedentes no Brasil, pois como dito o novo CPC (já aprovado e sancionado) traz os precedentes ao nosso sistema.

Tenho sérias dúvidas se saberemos manusear os precedentes no Brasil, pois é comum em um litígio no Brasil, a citação pelas partes de jurisprudência de tese que lhe é favorável, existem julgados para todos os lados, que, fazendo uma pesquisa mais aprofundada, descobrir a existência decisões tanto favoráveis à tese do autor quanto favoráveis à tese do réu. Caso isso ocorresse na *common law* o precedente seria desprovido de valor e força.

A questão da aplicação dos precedentes está enraizada na cultura de tal forma que não existe nenhum texto legal determinando a vinculação dos precedentes nos ordenamentos jurídicos que utilizam esse sistema. É tamanho absurdo que aqui no Brasil existe um texto legal determinando a utilização jurídica de algo que é avesso aos textos legais.

Poucos julgadores estão preparados para utilizarem as técnicas do *distinguish* e *overruling*.

A interpretação também ganha contornos importantes para aplicação da teoria dos precedentes. E é justamente nesse ponto a maior crítica ao sistema jurídico do Brasil, já que alguns julgadores decidem de acordo com as suas convicções e esquecem os fatos que permeiam o caso em concreto.

Ao admitir o *princípio do livre convencimento motivado* o sistema da *civil law* cria embaraços para a aplicação dos precedentes obrigatórios no país.

O julgador brasileiro decide de acordo com suas convicções e cultura, e isso se tornou um grande problema no Brasil, uma vez que nosso país tem características continentais, e certamente um juiz do Ceará tem pensamentos, essencialmente culturais, diferentes de um juiz do Paraná, o que torna ainda mais complexa a missão de dar unicidade ao direito.

Porém é necessário que os julgadores entendam que estão inseridos em um sistema jurídico e devem respeitar a segurança do sistema, mesmo que isso vá de encontro com alguma convicção própria. É comum nas cortes supremas do Brasil a readmissão de alguma tese já julgada, reformando, assim, o entendimento firmado há pouco tempo atrás. Isso é uma constante.

Em muito breve os juízes das primeiras instâncias não ficaram livres para decidirem da forma como bem entenderem, e quando se tratar de tema que gera discussões, certamente veremos decisões em todos os sentidos, e utilização errada dos elementos dos precedentes.

Vale dizer que *normal* é a jurisprudência dos tribunais que orientam a atuação dos juízes inferiores. *Anormal* é a jurisprudência dos tribunais que oferecerem o insumo da imprevisibilidade e da insegurança jurídica para os magistrados das instâncias inferiores e a sociedade em geral.

Com o mesmo intuito dos precedentes o regime democrático, que é o único aceitável, leva em conta que a lei foi feita para a sociedade, e a interpretação (que cabe o judiciário) também deve ser voltar para a sociedade.

Não é desprestígio deixar de aplicar suas convicções a um caso concreto, na verdade é muito mais louvável atribuir sentido ao direito, entretanto existe uma resistência grande da magistratura acerca da limitação do princípio do livre convencimento motivado.

É necessário que a sociedade Brasileira tenha, antecipadamente, razoável certeza a respeito das regras e padrões os quais sua conduta será julgada, além do mais necessitam saber os requisitos necessários que devam satisfazer para dar validade jurídica às suas transações. Assim, é necessário que o Poder Público dê certeza de uma razoável segurança às expectativas do cidadão e do jurisdicionado. Não basta somente que o cidadão saiba como deve agir, sendo necessário, ainda, que o cidadão tenha noção de como outras pessoas reagiram diante de suas atitudes.

Vale frisar que o cidadão pode não ter certeza absoluta do seu direito, mas ele deve possuir, ao menos, razoável certeza do seu direito, por outro lado, o ordenamento jurídico deve possuir a certeza do direito desse cidadão.

Aguardaremos ansiosos a aplicação dos precedentes no Brasil e que os elementos dos precedentes tornem o sistema mais seguro, pois tais institutos não engessam o sistema e sim dinamizam, haja, ou não, diminuição no ajuizamento de ações, pois foi somente nisso que os editores do novo CPC pensaram.

REFERÊNCIAS

BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, São Paulo, Martins Fontes, 1986

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro. 2 ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2013.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. Precedentes judiciais civil no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão dos sistema processual da corte suprema. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Precedentes Obrigatórios. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Bruno Cavalti Angelin. Precedentes judiciais vinculantes: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica. Curitiba: Juruá, 2014.

RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990.

SÈROUSSI, Roland. Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano. São Paulo: Landy, 2001.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante. Curitiba: Juruá, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? / Lenio Luiz Streck, Georges Abboud. 2. ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de Precedentes: civil law e common law. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010.

O CPC/2015 E A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA

Guilherme Pupe da Nóbrega⁵⁰

INTRODUÇÃO

Honrou-me o convite para confecção de artigo destinado a acompanhar exemplar do novíssimo Código de Processo Civil de 2015.

O momento atual é marcante. Depois de longo período de proeminência acadêmica do Direito Constitucional, o limiar de um novo CPC mudou o foco dos debates.

É certo, contudo, que, embora somente agora haja sido promulgado, o CPC/2015, ao menos desde 2009 — quando criada a Comissão de Juristas para feitura do anteprojeto —, já é objeto de estudos, de modo que, para muitos, o novo CPC já há muito não é novidade. A despeito disso, inegável que a atual quadra é ápice de longo processo, que congregou em si as notas da democracia e do debate franco.

Como obra humana que é, o CPC/2015 está naturalmente sujeito a falhas, mas o novo Código traz, em sua essência, mecanismos que reputo relevantíssimos para a implementação de suas principais bandeiras no papel de vetor de realização de valores constitucionais: segurança jurídica e jurisdição efetiva, prestada em tempo razoável. Um desses mecanismos é a tutela antecipada satisfativa, que sofre importantes mudanças em relação ao CPC/1973.

⁵⁰ Advogado. Especialista em Direito Constitucional. Mestre em Direito. Professor de Direito Processual Civil na graduação e na pós-graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Coordenador do Grupo de Estudos “Instituições de Processo Civil” do IDP. Coordenador da disciplina de Processo da Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Distrito Federal (ESA-OAB/DF). Autor de livro e artigos jurídicos.

No presente artigo, que enfrenta a dificuldade de abordar tema previsto em lei ainda em período de *vacatio legis*, (i) abordo a importância e os fundamentos da tutela antecipada satisfativa; em seguida, (ii) traço alguns lineamentos do instituto no CPC/1973; e, por fim, (iii) faço uma análise crítica das mudanças que reputo mais relevantes no que tange ao tema em comento.

Não tenho, aqui, nenhuma pretensão de vaticínio. O novo CPC é novo para todos e muito ainda haverá de ser dito sobre ele. O fim a que visio com este artigo é o de dividir algumas de minhas inquietações, adotando, sempre que possível, posições construídas com algum grau fundamentação. Quiçá, ao fazê-lo, possa eu — dentro de minhas limitadas possibilidades e das singularidades deste trabalho — contribuir para abrandar momento, para muitos, de incertezas e dúvidas — ou para estimular o surgimento de outras, a inspirarem outros trabalhos! Numa ou noutra hipótese, escrevê-lo já terá valido a pena.

1. FUNDAMENTOS DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA SATISFATIVA: EFETIVIDADE E ADEQUAÇÃO

Ao proibir a autotutela e avocar para si o monopólio da jurisdição, função estatal que retira seu fundamento, antes, da soberania⁵¹, o Estado assume um compromisso: o de prestar a tutela a que se comprometeu, tutela essa que deverá ser efetiva, sob pena de ser inócua, por frustrar seu intento originário — a pacificação social —, e de deslegitimar o Estado.⁵²

⁵¹ A jurisdição, como instrumentalização do poder, decorre da soberania. Só possui competência, que é unidade de medida, quem investido de jurisdição pelo Estado (NEVES, Celso. *Estrutura Fundamental do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.3 28; CINTRA, Antônio Carlos de A. *et. al. Teoria Geral do Processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 1995, p. 125). Sendo a soberania a independência na ordem externa e a supremacia na ordem interna (PAUPÉRIO, A. Machado. *O conceito polêmico de soberania*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1958, p. 6), rechaço, de pronto, a ideia de jurisdição prestada por outro ente que não o Estado, o que exclui, pois, a arbitragem da prestação da jurisdição.

⁵² CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada na teoria geral do processo*. São Paulo: LTr, 1999, p. 53.

O raciocínio é simples: “o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo”; ao revés, essa imposição “deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela de garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela.”⁵³ De tão importante, a previsão dessa efetividade foi alçada a *status* constitucional, tendo morada fixa no artigo 5º, inciso XXXV, que trata da inafastabilidade jurisdicional.⁵⁴

Ao jurisdicionado não interessa ter somente razão ou ter seu direito apenas declarado — ressalva feita às declaratórias. Ao jurisdicionado interessa, sim, ver seu direito, reconhecido em maior ou menor grau, efetivado. Ter a si entregue o bem da vida, ver correspondido, em concreto, o que abstratamente constou friamente do papel, da decisão judicial.

Acontece que o processo por meio do qual se exercita o direito de ação, meio de provocação do Estado para que, saído da inércia, preste a jurisdição, mais que veículo da pretensão material⁵⁵, é conjunto de relações jurídicas de que são titulares e destinatários recíprocos os seus sujeitos: juiz, autor e réu. Disso decorre a necessidade de normas que instrumentalizem, regulem e garantam esses mesmos direitos: as normas processuais.

Por longo período estive arraigada na cultura jurídica uma noção de processo que zelava mais pelos requisitos formais, pela observância dos direitos e garantias estabelecidos pelas normas processuais do que, propriamente, o fim a que o processo se destina e que justificou, antes, a sua existência, isto é, a realização do direito material, a entrega efetiva da jurisdição.

⁵³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 66.

⁵⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 72.

⁵⁵ PASSOS, J. J. Calmon. *Direito, poder, justiça e processo – julgando os que julgam*. Rio de Janeiro Forense: 1999, p. 68 *apud* CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A efetivação ou execução da tutela antecipada em ações condenatórias *in* Revista Dialética de Direito Processual nº 20. São Paulo: Dialética, novembro de 2004, p. 46.

A satisfação de um direito, desde Roma, era miragem distante dos olhos do autor que ingressava em juízo para ver seu direito primeiramente reconhecido e, somente depois — no mais das vezes, muito depois —, realizado de fato.⁵⁶ A satisfação dependia da formação de coisa julgada, sem a qual não se dava início à prática de atos de execução, de satisfação. A cisão rígida entre as tutelas impedia a sua prestação concomitante. O processo de cognição plena, voltado para o cumprimento da tutela jurisdicional ordinária, “por sua vocação genética não conceberia medidas liminares (ou quaisquer outros provimentos antecipatórios), que romperiam com a sua ordinaryidade.”⁵⁷

Natural que assim fosse. A justiça imediata é impossível.⁵⁸ Porque reside na certeza, a cognição exauriente é condicionada a caminho mais longo, tempestuoso, que não se compadece, porém, com as notas de urgência de que se revestem determinados casos. Casos esses em que a efetividade da jurisdição fica comprometida, ou pelo risco da tardividade, ou pelo risco da infrutuosidade da prestação jurisdicional.⁵⁹ Hipóteses carentes da necessária adequação do procedimento à tutela — diferenciada, porque urgente — protetiva do direito.⁶⁰

Emergiria, assim, aparente conflito⁶¹ entre direitos fundamentais: de um lado, o acesso à justiça, a garantia da efetividade da jurisdição inserta no artigo 5º,

⁵⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 110.

⁵⁷ CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada na teoria geral do processo*. São Paulo: LTr, 1999, p. 54.

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As liminares e a tutela de urgência*. In: *Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: 2003, p. 252.

⁵⁹ CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada na teoria geral do processo*. São Paulo: LTr, 1999, p. 199.

⁶⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A efetivação ou execução da tutela antecipada em ações condenatórias*. In: *Revista Dialética de Direito Processual* nº 20. São Paulo: Dialética, novembro de 2004, p. 47.

⁶¹ “(...) no hiato inevitável interposto entre o ajuizamento da causa e o provimento final de mérito, os problemas que põem em risco a efetividade do processo, (*sic*) devem ser equacionados pelo juiz, afastando-se de imediato tudo aquilo que possa tornar inútil ou insatisfatória a prestação definitiva que se espera alcançar ao fim do processo. A essa atividade judicial complementar dá-se o nome de “regulação provisória” ou

XXXV, posteriormente corroborada pelo acréscimo do inciso LXXVIII, lido, para além da celeridade, como um direito à eficiência processual; de outro, o direito à segurança jurídica, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, previstos nos incisos LIV e LV, do mesmo artigo 5º, todos da Constituição Federal. O porquê de o conflito ser somente aparente é tema para outra epígrafe.

2. A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Dado o risco de prejuízos oriundos da possível tardividade da tutela fundada em cognição exauriente diante de determinadas situações urgentes, aliado à probabilidade de o direito militar em favor do autor, mercê da robustez de sua pretensão, que poderia associar-se, ainda, ao abuso de direito de defesa por parte do réu, surgiu, não só no Brasil⁶², a imperiosa necessidade de que houvesse entrega antecipada da tutela, invertendo-se, em certos casos, o ônus da espera pela tutela definitiva. No nosso Código de Processo Civil de 1973, em sua redação original, a previsão da tutela cautelar (Livro III), embora tivesse a função de proteção contra risco da inutilidade do processo, atendeu, num primeiro momento, e apenas parcialmente, a esse anseio.

A cautelar, de cunho assecuratório, conservativo, trazia consigo tutela antecipada liminar em resguardo de direito objeto de discussão atual ou futura, embora, à falta de outros instrumentos no rito ordinário, fosse ela muitas vezes subvertida — com e sem má-fé — para transmudar-se em tutela satisfativa.⁶³

“litisregulação”, ou, ainda, “tutela de urgência”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. As liminares e a tutela de urgência in *Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: 2003, p. 253.

⁶² França, Inglaterra, Alemanha, Grécia, Itália, Holanda, Portugal e Espanha são exemplos em que há previsão expressa de tutelas de urgência em abono à efetividade. CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada na teoria geral do processo*. São Paulo: LTr, 1999, p. 57.

⁶³ CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada na teoria geral do processo*. São Paulo: LTr, 1999, p. 58.

Somente em 1994 veio a lume a Lei n.º 8.952/1994⁶⁴, que inseriu no artigo 273 do CPC/1973⁶⁵ a possibilidade de uma antecipação satisfativa, para entregar ao autor, antes, aquilo a que teria ele direito apenas e tão somente ao cabo do processo, fazendo o mesmo em relação à ação que tivesse por objeto obrigação de fazer, prevista no artigo 461. Posteriormente, a Lei n.º 10.444/2002 estabeleceu a redação do § 3º do artigo 273, fixando que a efetivação da tutela antecipada observaria, no que coubesse, as normas previstas nos arts. 588 (substituído posteriormente pelo artigo 475-O, incluído que foi pela Lei n.º 11.232/2005 para regular execução provisória), 461, §§ 4º e 5º, e 461-A, todos, vale lembrar, do CPC/1973. A referida lei, ampla, foi “permeada pela intenção de realizar, no plano

⁶⁴ Bem verdade que, antes da Lei n.º 8.952/1994, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 84, § 4º, já trazia a possibilidade de fruição antecipada da tutela definitiva, embora em hipótese restrita.

⁶⁵Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4o e 5o, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

fático, a efetividade do processo.”⁶⁶ Aprimorou-se a prestação da tutela, tomando-se o citado § 3º como ponto em que esse aprimoramento se deu com mais vigor.

A solução era inovadora: dava-se um passo além para admitir o desencadeamento da tutela executiva já no início do processo, ainda em fase a concentrar tutela cognitiva. A regra (cisão rígida entre as tutelas) dava espaço à exceção, sendo, mais tarde, invertida a ordem das coisas: a regra passou a ser o que se apelidou de sincretismo processual; a cisão rígida, com autonomia de fases divididas em relações processuais distintas, é que passou a ser exceção.

A certeza deu lugar à probabilidade⁶⁷, embora críticas, naturalmente, tenham surgido.

A fruição antecipada da tutela definitiva não teria sido desvirtuado o devido processo legal? Em meu sentir, não. O próprio ordenamento passou a albergar a possibilidade de tutela antecipada. São as normas processuais que estabelecem que, em certas situações, o devido processo legal se desenvolve de forma mais sofisticada, podendo até mesmo subverter a ordem de atos processuais.

Vulnerou-se, com a tutela antecipada, por outro lado, a segurança jurídica? Não, novamente, segundo penso. Ou a prestação pelo Estado, em certos casos, de jurisdição inefetiva conferiria maior segurança jurídica? Parece mais consentâneo com a segurança jurídica, ao revés, possibilitar, em hipóteses específicas, e atendidos certos requisitos, a entrega antecipada da tutela que frustrar essa mesma efetividade, fazendo da jurisdição mera ilusão.

Não se olvide, ademais, que a antecipação de tutela não é desregrada. É medida excepcional, não “regra geral a ser livremente aplicada segundo arbítrio da parte ou do juiz.”⁶⁸ Há, sim, regras para a antecipação da tutela, normas protetoras

⁶⁶ ALVIM, Arruda. *Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei n.º 10.444, de maio de 2002* in *Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: 2003, p. 3.

⁶⁷ CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada na teoria geral do processo*. São Paulo: LTr, 1999, p. 227.

⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As liminares e a tutela de urgência in Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: 2003, p. 254.

do contraditório e do devido processo legal, além dos requisitos indispensáveis: a necessária fundamentação da decisão concessiva, recurso de agravo de instrumento que poderá suspender os efeitos da decisão, a exigência de caução, a responsabilidade objetiva do autor-exequente no caso de superveniente sentença que lhe seja desfavorável, a possibilidade de o magistrado, mesmo de ofício, revogar ou modificar a decisão em razão de seu caráter precário e a impenhorabilidade de verbas de natureza alimentar. Enfim, há limites e diversos meios de controle para fazer valer esses limites em resguardo dos direitos do réu.

Não mais se nega, pois, a suma importância da tutela antecipada satisfativa. Não sem motivo foi ela mantida pelo CPC/2015 — e em muitos aspectos aperfeiçoada; noutros, nem tanto.

3. PRINCIPAIS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UMA ANÁLISE CRÍTICA

A tônica do CPC/2015 foi a de buscar aliar razoável duração do processo, segurança jurídica e, em especial, efetividade jurisdicional.

Sobre a efetividade, particularmente, já da exposição de motivos que introduziu o então anteprojeto do CPC/2015 constou a importância dos mecanismos de otimização da prestação jurisdicional e de realização do direito material. Transcrevo:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. 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. (...) ⁶⁹

⁶⁹Entender que a alteração na terminologia teve o condão de modificar a natureza do instituto é concluir pela inconstitucionalidade formal da norma, por afronta ao artigo 65 da Constituição.

Na esteira dessa agenda propugnada pelo legislador ordinário, a antecipação satisfativa da tutela recebeu atenção especial, sofrendo, como dito, diversas modificações em relação ao CPC/1973.

3.1. As novas terminologias e taxonomia

Alteração primeira, e profunda, promovida pelo CPC/2015 se deu quanto ao arranjo e à terminologia do instituto da antecipação de tutela.

Eliminado livro próprio destinado a regular com exclusividade o processo cautelar, a novel legislação colocou lado a lado as tutelas antecipada (satisfativa) e cautelar (assecuratória) como espécies do gênero tutela provisória de urgência,⁷⁰ que, de sua vez, fez par com gênero diverso, a tutela provisória de evidência.

A terminologia “provisória”, segundo penso, não foi feliz. Estranha à tradição normativo-processual — embora houvesse na doutrina quem dela se utilizasse⁷¹ —, a locução somente veio a ser inserida no então projeto que viria a se tornar o CPC/2015 quando de seu retorno ao Senado Federal para apreciação das emendas aprovadas pela Câmara dos Deputados na condição de casa revisora.

É dizer, a adoção da terminologia “tutela provisória” cuidou de inovação por parte do Senado Federal já quando da fase final do projeto. Ineditismo somente possível porque recebeu o color de mero ajuste redacional.⁷² Eis, a propósito, no particular, o relatório final do Senador Vital do Rêgo:

Tendo em vista discrepâncias de nomenclatura entre o PLS e o SCD, o tratamento sistemático do instituto em pauta recomenda a adoção de uma adequada taxonomia, que, a bem da verdade, não implica inovação substancial do texto, mas apenas adaptações decorrentes de ajustes redacionais ou de rejeição de texto do SCD, com restabelecimento do texto correspondente do PLS. Por conta de tais ajustes, a “tutela provisória” será gênero do qual serão espécies: (a)

⁷⁰Sobre essa unificação se falará adiante.

⁷¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 32.

⁷²Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> Acesso em 11/5/2015.

a tutela de evidência e (b) a tutela de urgência, também designada de tutela urgente.⁷³

Não houve da parte do legislador justificativa mais aprofundada para a adoção do termo “tutela provisória”. Segundo Teori Zavascki e Fredie Didier Jr., o termo conservaria em seu bojo as notas da sumariedade e da precariedade. Seria provisória a tutela, pois, porque haveria ela, necessariamente, de ser confirmada, revogada ou modificada posteriormente por tutela definitiva.⁷⁴

A dificuldade está em que nem toda tutela antecipada é sumária — é possível seu deferimento, em cognição exauriente, na sentença ou em grau recursal. Mais: com o CPC/2015, a tutela antecipada, em princípio precária, tem o condão de tornar-se estável sem que nenhuma outra decisão seja proferida pelo juízo (artigo 304, CPC/2015) — a inovação é abordada mais à frente, quando a questão suscitada neste parágrafo será retomada.

Eis, então, a taxonomia trazida pelo CPC/2015 em seu artigo 294, *caput* e parágrafo único: o gênero tutela provisória (contraposto à tutela definitiva) possui como espécies que autorizam o desencadeamento antecipado dos efeitos da tutela a urgência e a evidência. Essa, dissociada do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, tem lugar em hipóteses objetivas, com alto grau de probabilidade de que a razão esteja do lado da parte beneficiada por seu deferimento (artigo 311, CPC/2015); aquela, atrelada ao perigo de dano (tutela provisória de urgência antecipada, de caráter satisfativo) ou de risco ao resultado útil do processo (tutela provisória de urgência cautelar, de caráter assecuratório). Ambos os gêneros, tutela provisória de urgência e de evidência, admitem, por fim, a formulação, nas suas diversas espécies, em caráter antecedente ou incidental.

⁷³Disponível em <http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/11/27/veja-integra-do-relatorio-do-senador-vital-do-rego-1> Acesso em 11/5/2015.

⁷⁴ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 21; DIDIER JR. Fredie *et. al.* *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 464.

3.2. A probabilidade do direito como requisito comum às espécies tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) e cautelar; fungibilidade

No CPC/1973, o pressuposto básico para concessão da antecipação da tutela satisfativa era trazido pelo *caput* do artigo 273, qual fosse, a verossimilhança da alegação fundada em prova inequívoca.

A redação inspirava crítica: ora, se a prova é inequívoca, então a alegação é mais que verossímil. Não se pode admitir ser possível ao juiz, mesmo havendo prova inequívoca — o mais —, não se convencer da verossimilhança — o menos.

A leitura da norma pela doutrina, porém, foi no sentido de entender por prova inequívoca aquela capaz de conduzir a um juízo de probabilidade da veracidade do que alegado, ou uma “quase-verdade”.⁷⁵ Em outras palavras, não se fazia necessária, notadamente em cognição sumária anterior à fase instrutória, prova capaz de assegurar certeza absoluta, bastando a existência de elementos aptos a firmar convencimento de que o que alegado era, provavelmente, verdade, com aptidão para desencadear antecipadamente os efeitos jurídicos almejados pelo autor.

Andou bem o CPC/2015 ao substituir a verossimilhança fundada em prova inequívoca por probabilidade do direito. O problema, aparente, foi a adoção desse requisito com uniformidade tanto para a tutela antecipada satisfativa quanto para a cautelar (artigo 300, CPC/2015).

No CPC/1973, contrapunha-se à verossimilhança fundada em prova inequívoca como requisito da tutela antecipada satisfativa a mera plausibilidade do direito, exposto sumariamente, como requisito da cautelar, que podia, mesmo, ser concedida de ofício por força do poder geral de cautela.

⁷⁵ FIGUEIRA JR. Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 4. Tomo I. Do processo de conhecimento. Arts. 270-281.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 180.

A razão é para o maior rigor é a de que a tutela antecipada, precisamente por ser satisfativa, atribui antecipadamente o bem da vida pretendido, enquanto que a cautelar, de caráter acessório, tem o condão de apenas resguardar a utilidade do processo, protegendo o direito objeto de discussão presente ou futura. Em outras palavras, sendo providência mais drástica, a tutela antecipada teria requisitos mais rigorosos que a cautelar.⁷⁶

Com a adoção de requisito comum — probabilidade do direito —, teria essa distinção deixado de existir? Entendo que não. Há diferentes “graus de probabilidade.”⁷⁷ Deve o magistrado, pois, ter moderação quando da aferição do preenchimento do requisito na hipótese de providência cautelar e mais rigor em se tratando de tutela antecipada satisfativa.

A despeito de a questão aparentar fácil solução, apontada acima, a adoção de requisito comum às tutelas cautelar e antecipada é mais um dado constante de problema maior a merecer enfrentamento, que é a unificação dessas tutelas sob um mesmo gênero.

À primeira vista, a unificação de tutelas distintas deve ser encarada com ressalva. Como dito em linhas pretéritas, é antiga a confusão entre tutelas cautelar e satisfativa, a ponto de o CPC/1973, em seu artigo 273, § 7º, admitir a fungibilidade entre elas, pressupondo o possível erro, escusável, do advogado.

Cabe uma digressão. Vão mais de duas décadas desde a introdução da antecipação da tutela satisfativa no CPC/1973. Esse período não foi suficiente para que mais bem se distinguisse uma coisa da outra?⁷⁸ Positiva a resposta, despicienda

⁷⁶ DIDIER JR. Fredie *et. al.* Curso de Direito Processual Civil. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 469.

⁷⁷ CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada na teoria geral do processo*. São Paulo: LTr, 1999, p. 283.

⁷⁸ É de José Rogério Cruz e Tucci o desabafo: “Apesar de nossa firme convicção no sentido de que os provimentos sumários antecipatórios não se confundem com aqueles de natureza estritamente cautelar, que visam a assentar situações urgentes, tendendo a resguardar a utilidade futura da tutela jurisdicional, o certo é que enfrentamos enorme dificuldade para inculcar nos operadores do direito, sob a perspectiva da praxe forense, os

seria a manutenção da regra da fungibilidade no CPC/2015 (art. 305, parágrafo único). Em caso negativo, seria a unificação das diferentes espécies sob mesmo gênero a melhor solução para que fosse desfeito o imbróglio? Talvez não. O CPC/2015, então, ao revés de buscar solucionar antigas questões, pode ter erigido monumento à atecnia, consolidando, em lugar de solucionar, controvérsia antiga. A conferir.

Encerrada a digressão, e retomando o curso a partir da fungibilidade⁷⁹, era comum, antes de 1994, como adiantado, à falta de via cabível, requerer-se

desdobramentos da diferença ontológica entre as duas primordiais modalidades de tutela sumária de urgência.” TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2002, p. 43.

⁷⁹ Para Leonardo Carneiro da Cunha, não se trataria de fungibilidade. “Isso porque a cautelar e a tutela antecipada não podem ser equiparadas, nem tampouco distinguíveis pela estrutura de seus provimentos. Não é possível tratá-las no mesmo plano. Com efeito, enquanto a cautelar consiste numa tutela jurisdicional, a antecipação de tutela constitui uma técnica de julgamento. São, portanto, conceitos distintos, não sendo, aliás, adequado tratar de fungibilidade entre elas. A técnica da tutela antecipada é, na verdade, apenas um meio para que se realize a tutela satisfativa ou a tutela cautelar. A tutela antecipada pode ser satisfativa ou cautelar. O artigo 804 do atual CPC é um exemplo de tutela antecipada cautelar, enquanto o artigo 273 do mesmo CPC contempla, via de regra, hipóteses de tutela antecipada satisfativa.

Por isso, não é adequado afirmar que o § 7º do artigo 273 do atual CPC teria consagrado uma fungibilidade entre a cautelar e a tutela antecipada. O que tal dispositivo autoriza é uma cumulação de pedido satisfativo com pedido cautelar, afastando-se a aplicação da regra contida no artigo 292 do mesmo CPC que proíbe a cumulação de pedidos submetidos procedimentos diferentes. O § 7º do artigo 273 do CPC está, então, a permitir que o juiz possa conceder a providência cautelar, desde que presentes seus requisitos, ainda que o autor tenha-a chamado de tutela antecipada.” Disponível em <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-13-o-%C2%A7-7o-do-art-273-do-cpc-hipotese-de-cumulacao-de-pedidos-e-nao-de-fungibilidade/> Acesso em 12/5/2015.

O escólio, a compreender “tutela antecipada” como técnica de julgamento e cautelar como conteúdo de determinada tutela, militar, ademais, em desfavor da sua unificação sob mesmo gênero. Acontece que a leitura feita pelo Professor Leonardo Carneiro da Cunha é no sentido de restringir a tutela antecipada a técnica de julgamento que permite fruição imediata dos efeitos pretendidos em definitivo, efeitos esses que, quanto ao seu conteúdo, podem ser de natureza satisfativa ou cautelar. A denominação adotada pelo CPC/2015, porém, confere a essa técnica de julgamento o nome de tutela provisória. Quando o novo Código fala em tutela antecipada, está a falar em tutela provisória de urgência que se reveste de conteúdo satisfativo, o que, segundo entendo, esvaziaria o argumento do ilustrado Professor.

antecipação de tutela satisfativa por meio de cautelar, desvirtuando-se o instituto. Ocorre que, mesmo depois da Lei n.º 8.952/1994, era nebulosa, para muitos, a divisão a separar uma e outra coisa.

Foi em razão disso que a Lei n.º 10.444/2002 inseriu o mencionado § 7º do artigo 273 no CPC/1973, a fim de prever a aplicação da fungibilidade quanto o autor requeresse, a título de antecipação de tutela, providência de natureza cautelar”, hipótese em que poderia o juiz “deferir a medida cautelar em caráter incidental”.

Instaurou-se, então, divergência sobre se o inverso seria verdadeiro, isto é, se a formulação de pedido de providência satisfativa travestida de cautelar autorizaria o seu processamento e deferimento como o que de fato era: satisfativa.

Cândido Rangel Dinamarco⁸⁰ por todos, entendia que sim; Arruda Alvim⁸¹ e José Halfeld Ribeiro⁸², por todos em sentido diverso, que não. Que fim levou a questão no CPC/2015?

O CPC/2015, em seu artigo 305, parágrafo único, consagrou a fungibilidade, mas fê-lo, expressamente, apenas no caso de cautelar antecedente em que se pleiteasse, em verdade, providência satisfativa. Disso decorreria, em análise primeira, a conclusão de que a nova legislação, ao revés de consolidar entendimento pela dupla fungibilidade, inverteu os sinais do CPC/1973: a possibilidade de providência satisfativa ser processada como cautelar teria dado lugar à possibilidade de providência requerida como cautelar ser processada como satisfativa.

⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 91-92. Nesse sentido caminhou a jurisprudência do STJ (STJ 1.150.334, Terceira Turma, DJ de 11/11/2010).

⁸¹ ALVIM, Arruda. *Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei 10.444 de maio de 2002*. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (coord.). *Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 9.

⁸² RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. *O aprimoramento da antecipação de tutela*. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro *et. al.* (Coord.). *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 114.

A despeito do aparente paradoxo, houve, na verdade, um reforço da tese pela fungibilidade de “mão dupla”.

É que remanesce a possibilidade de providência como satisfativa ser processada e deferida como cautelar. Embora não decorra de disposição expressa, a conclusão é autorizada pelo poder geral de cautela, que possibilita ao juiz, mesmo de ofício, adotar providências de natureza cautelar (art. 297, CPC/2015). Dito de outro modo, manejado pedido de natureza satisfativa, presentes os requisitos para concessão da cautelar, estaria o juiz autorizado ao seu deferimento.

Em síntese, no CPC/2015, houve ganho técnico com a substituição do requisito da verossimilhança fundada em prova inequívoca pela plausibilidade do direito. Requisito esse que embora seja comum às espécies de tutela provisória de urgência, observará, por parte do juiz, níveis distintos de gradação quando do aferimento de seu preenchimento. De mais a mais, a unificação das diferentes espécies (cautelar e satisfativa) sob mesmo gênero — algo visto com ressalvas — privilegiou a manutenção da fungibilidade, que teve mais argumentos a favor de sua dupla aplicabilidade: tanto no sentido satisfativa-cautelar quanto no sentido cautelar-satisfativa.

3.3. A tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente

O termo poderia causar confusão, num primeiro momento.

O que se está a analisar, porém, nada mais é que a inovação, trazida pelo CPC/2015, consistente na possibilidade de a tutela antecipada satisfativa ser requerida em caráter antecedente, a exemplo do que ocorria, no CPC/1973, com as cautelares preparatórias. Consoante previsão contida no artigo 303 do CPC/2015,

nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Curiosamente, a possibilidade de se ajuizar ação de afogadilho em razão de urgência, com a complementação *a posteriori* da causa de pedir, já era e continua sendo possível, agora com esteio no artigo 329 do CPC/2015. A finalidade

do artigo 303, porém, parece ter sido a de simplificar ainda mais a petição inicial — não há menção à necessidade de requerimento de provas ou de manifestação do interesse na audiência de conciliação ou de mediação, por exemplo, elementos previstos no artigo 319. Mais: como dúvida não existe sobre a possibilidade, em razão da fungibilidade, de conversão de cautelar em satisfativa, quiçá tenha se buscado regram o processamento de eventual cautelar preparatória convertida em tutela antecipada em caráter antecedente.

Defeitos, porém, há no novo instituto. A começar pela parte final do artigo 303, que aponta risco “ao resultado útil do processo” como requisito hipotético para concessão da tutela antecipada satisfativa, quando, em verdade, o risco da utilidade do processo é claramente requisito a ensejar providência cautelar, assecuratória, jamais satisfativa — idêntico equívoco, em sentido inverso, foi cometido na parte da tutela cautelar em caráter antecedente, na parte final do artigo 305, CPC/2015.

Outra peculiaridade, sem razão aparente, está na ausência de paralelismo quanto ao posterior aditamento da inicial: sendo a tutela deferida, a emenda deverá se dar em quinze dias, prazo esse que pode ser dilatado pelo juiz (artigo 303, § 1º, I); indeferida, em cinco dias, sem dilação (?).

O ponto que tem atraído mais atenção, todavia, reside no artigo 304, que dispõe acerca da estabilização da decisão concessiva da tutela antecipada em caráter antecedente. Ei-lo:

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no *caput*, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

Surgem as dúvidas: qual a natureza da decisão que adentra o mérito e extingue o processo, embora não faça coisa julgada material? Qual seria o recurso cabível para impedir a estabilização dos efeitos da decisão? Qual seria a natureza da ação a que alude o § 2º do artigo 304? Ultrapassados os dois anos para propositura da referida ação, formar-se-ia, então, coisa julgada material? Se sim, abrir-se-ia novo prazo de dois anos, agora para ajuizamento de rescisória?

Vamos por partes.

Forçoso reconhecer que a decisão estabilizada na forma do artigo 304 é *sui generis* e não é abarcada por nenhuma das hipóteses insertas no artigo 203, sempre do CPC/2015. Possui ela natureza híbrida. Se há recurso da parte do réu, não se extingue o processo; se não há recurso, extingue o processo, tendo adentrado o mérito, ainda que em cognição sumária, mas sem se amoldar a nenhuma das hipóteses do artigo 487⁸³ e sem que se forme coisa julgada material.

É possível dizer, então, que a natureza da jurídica da decisão somente é passível de identificação *a posteriori*: havendo recurso, será interlocutória. Não havendo recurso, aproximar-se-á do conceito de sentença, porque extingue o processo, embora, como dito, não se faça presente nenhuma das hipóteses do artigo 487 — nem, por óbvio, do 485, que trata da extinção sem resolução do mérito.

A identificação da natureza da decisão é importante, sobretudo, para que se saiba qual o recurso cabível. Como, em havendo recurso, será interlocutória a decisão, restaria verificar se há previsão, no rol taxativo de hipóteses de cabimento

⁸³ Nem mesmo a hipótese do inciso I do artigo 487 não se faz presente, porque o juiz não acolhe o pedido definitivo formulado nação. Tanto é assim que o pedido definitivo somente será incluído na iniciação por ocasião do aditamento promovido pelo autor, o que se dá posteriormente à prolação da decisão pelo juiz acerca do requerimento de tutela antecipada deduzido.

do agravo de instrumento, para interposição desse recurso específico.⁸⁴ O artigo 1.015, I, espanca qualquer dúvida ao assim dispor:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: (...) I - tutelas provisórias;

Pois bem. Não interposto recurso pelo réu, extingue-se o processo, somente podendo ser revista a decisão concessiva da tutela antecipada estabilizada por ação autônoma, passível de ajuizamento por qualquer das partes, no prazo de dois anos. Seria essa uma ação rescisória?

Uma leitura superficial do *caput* do artigo 966 do CPC/2015⁸⁵ poderia induzir à resposta de que sim; afinal, a decisão estabilizada na forma do artigo 304 é de mérito (analisa, ainda que em cognição sumária, o cerne da controvérsia, consubstanciado no pedido e na causa de pedir) e, não objeto de recurso, “transita em julgado” — aperfeiçoando coisa julgada formal, ao menos.

Nada obstante, imperioso ter em conta que a “ação rescisória é remédio jurídico processual extraordinário”⁸⁶, que não se presta à discussão da pretensão de direito material.⁸⁷

Dado que é possível à parte pleitear a invalidação da tutela antecipada estabilizada por via autônoma (artigo 304, § 2º, CPC/2015), sem limitação às hipóteses do artigo 966, que cuida da ação rescisória, será aquela, em minha opinião, a via adequada para tanto.

Indo além, a disposição inserta no artigo 304, § 6º, do CPC/2015 faz menção a que a decisão estabilizada não fará coisa julgada. Entendo que a “coisa julgada” a que a norma se refere é a material, tanto que é possível revolver a

⁸⁴ A taxatividade das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento é outra “inovação” do CPC/2015 — as aspas são devidas ao fato de que a nova legislação, em verdade, resgata modelo do CPC/1939, que também trazia hipóteses restritas para aviamento daquele recurso.

⁸⁵ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando (...)

⁸⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória. Das sentenças e de outras decisões*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 102.

⁸⁷ COSTA, Coqueijo da. *Ação rescisória*. 2ª ed. São Paulo: LTr., 1982, p. 19.

matéria por ação autônoma. Coisa julgada formal, no entanto, penso que há, eis que a decisão estabilizada extingue o processo, que não mais comportará discussão em seu âmbito a partir do trânsito em julgado da decisão concessiva.

Finalmente, o que ocorre se ultrapassados os dois anos para ajuizamento da ação a que faz menção o artigo 304, § 2º, CPC/2015? Penso que a decisão “estabilizada” se torna estável em definitivo, formando-se, então, coisa julgada material. Questão que se impõe é saber se caberia ação rescisória a partir de então.

Em primeira análise, entendo que não. Dado que a ação autônoma do artigo 304, § 2º, CPC/2015, permite àquele que a ajuíza requerer a invalidação da decisão estabilizada, por que motivo for, haveria, em tese, encampação da rescisória eventualmente cabível, em período coincidente com o prazo decadencial para o ajuizamento dessa. Dito de outro modo, em relação continente-conteúdo, a ação autônoma — mais ampla, abarcando a invalidação da decisão — tomaria o lugar da rescisória — mais restrita, cabível apenas nas hipóteses do artigo 966. Milita em favor desse argumento, ademais, a inexistência de qualquer previsão no CPC/2015 a respeito da formação de coisa julgada material superveniente. Uma vez mais, a conferir o tratamento doutrinário-jurisprudencial a ser dado à questão.⁸⁸

CONCLUSÃO

A tutela antecipada satisfativa é instituto consolidado. Mecanismo de efetividade jurisdicional que encontrou no CPC/2015 regramento em alguns aspectos inédito.

Houve aperfeiçoamentos. Mas a norma é viva, e muito, decerto, ainda haverá a ser aperfeiçoado quando de seu manejo pelos “operadores do Direito”. Parte desse muito foi objeto deste escrito, notadamente no que tange à unificação

⁸⁸ Já há posições em sentido contrário, externadas por processualistas em palestras sobre o tema, no sentido de que, ultrapassados os dois anos para ajuizamento da ação autônoma, formar-se-ia, então, coisa julgada material, abrindo-se o prazo decadencial para rescisória. Essa a opinião, segundo informação de segunda mão, que teria sido externada por Antonio Carlos Marcato, em palestra proferida no Tribunal de Justiça do Distrito Federal em 29/4/2015.

da tutela antecipada satisfativa e da cautelar sob o gênero tutela provisória, os requisitos da tutela antecipada e a tutela antecipada em caráter antecedente. Esses os pontos que abordei, porque reputo mais relevantes, mas são eles apenas parte de um dos temas trazidos pelo CPC/2015.

O terreno do CPC/2015, nada obstante, é fértil e seguramente há muito ainda a ser explorado. Passaremos, pois, um bom tempo ainda a estudá-lo, sendo este artigo apenas um — para alguns possivelmente o primeiro — passo da empreitada.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei 10.444 de maio de 2002. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (coord.). Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 9. ASSIS, Araken de. Manual da execução. 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009;

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003;

CASTELO, Jorge Pinheiro. Tutela antecipada na teoria geral do processo. São Paulo: LTr, 1999;

CINTRA, Antônio Carlos de A. et. al. Teoria Geral do Processo. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 1995;

COSTA, Coqueijo da. Ação rescisória. 2ª ed. São Paulo: LTr., 1982;

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A efetivação ou execução da tutela antecipada em ações condenatórias. In: Revista Dialética de Direito Processual nº 20. São Paulo: Dialética, novembro de 2004;

_____. O art. 273 do CPC: hipóteses de cumulação de pedidos e não de fungibilidade. Disponível em <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-13-o-%C2%A7-7o-do-art-273-do-cpc-hipotese-de-cumulacao-de-pedidos-e-nao-de-fungibilidade/> Acesso em 12/5/2015;

DIDIER JR. Fredie et. al. Curso de Direito Processual Civil. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014;

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. São Paulo: Malheiros, 2002;

FIGUEIRA JR. Joel Dias. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 4. Tomo I. Do processo de conhecimento. Arts. 270-281. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001;

MIRANDA, Pontes de. Tratado da ação rescisória. Das sentenças e de outras decisões. Campinas: Bookseller, 1998;

NEVES, Celso. Estrutura Fundamental do Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995;

PAUPÉRIO, A. Machado. O conceito polêmico de soberania. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1958;

RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. O aprimoramento da antecipação de tutela. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro et. al. (Coord.). A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2002;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As liminares e a tutela de urgência. In: Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência. Rio de Janeiro: 2003;

TUCCI, José Rogério Cruz e. Lineamentos da nova reforma do CPC. São Paulo: RT, 2002;

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Janete Ricken Lopes de Barros
Arthur de Oliveira Calaça Costa

RESUMO: O novo sistema processual tem como pilares a democratização do processo, o princípio da razoável duração do processo e a efetividade. Para um processo democrático, o legislador inseriu o modelo de flexibilização procedimental no art. 190, tendo sido classificado pela doutrina como cláusula geral negocial. Por essa cláusula, as partes podem adequar o procedimento às peculiaridades da causa, inclusive quanto aos prazos peremptórios. O presente artigo tem como objetivo verificar alguns limites a essa flexibilização, especialmente quanto à dilação excessiva de prazos peremptórios, submetidos no modelo atual a um sistema rígido de preclusão. A interpretação desses limites será feita à luz dos princípios da razoável duração do processo e da efetividade.

PALAVRAS-CHAVE: flexibilização procedimental; razoável duração do processo; prazos peremptórios; preclusão; efetividade.

ABSTRACT: The new processual system has as its main pillars the democratization of the process, the reasonable duration of the process principle and the effectiveness. In order to build a democratic process, the legislator has introduced a new model of procedural flexibilization by the article 190, which has been nominated by many scholars as the general negotial clause. According to such clause, it is permitted to the parties to modify the procedure so as to adapt it to the peculiarities of the demand, including the peremptory terms. This article has as its scope to verify the limits to this procedural modification, especially in which concerns to the excessive dilation of the peremptory terms, submitted, at the present processual model, to a strict system of preclusion. The interpretation of those limits will be

developed considering the reasonable duration of the process principle and the processual effectiveness.

KEY-WORDS: procedural flexibilization; reasonable duration of the process; peremptory terms; preclusion; effectiveness.

Introdução

O sistema processual buscado com o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) é um compatível com o Estado constitucional, aberto a efetiva participação das partes e realização de direitos, o que levou o legislador a adotar um modelo de flexibilização procedimental.

A legitimação pela participação no procedimento e a escolha do procedimento que mais se adequa à concretização do direito material, o que vem a democratizar o processo, devem estar agregadas à efetivação dos direitos fundamentais, especificamente a razoável duração do processo para a legitimação da própria jurisdição.

A jurisdição adequada é aquela que antes de tudo é célere, por essa razão o novo CPC está pautado nessa ideia de aceleração da prestação jurisdicional e o instituto conhecido como a mola impulsora do processo é a preclusão. Dessa forma, é importante estudar a nova feição dada a esse instituto, diante da possibilidade de flexibilização procedimental pelas partes quanto aos prazos peremptórios.

O presente artigo apresenta dispositivos trazidos no novo Código para o juiz e para as partes quanto à flexibilização dos prazos, que evidenciam a adoção de um modelo cooperativo de processo, bem como traz os limites do próprio texto, a fim de analisar se estão de acordo com a garantia constitucional de um processo que seja resolvido em tempo razoável e se são suficientes para um processo efetivo e eficiente.

O art. 190 do novo CPC, classificado pela doutrina como cláusula negocial processual, permite às partes estipularem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e, ainda, convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

A reflexão proposta é no sentido de se evitar que o modelo de flexibilização procedimental inserido no novo sistema processual prolongue o tempo de tramitação do processo de tal forma que afete todo o sistema de prestação jurisdicional.

2. Legitimação pelo procedimento

As modernas teorias em sede de teoria do processo ressaltam “o valor do procedimento e do contraditório na preparação do ato imperativo (provimento) que o estado emitirá no processo”. (DINAMARCO, 2001, p. 101)

O processo como ramo autônomo do Direito tem seu marco com a sistematização da relação jurídica processual por Büllow no chamado período científico do final do século XIX, onde se buscava a construção de conceitos abstratos. Modernamente, a noção do processo como relação que envolve o juiz e as partes não é suficiente para ser um método eficiente para a prestação jurisdicional:

A crítica à teoria da relação jurídica processual, portanto, volta-se à sua assistência neutra e descompromissada com a realidade da vida do homem, isto é, da parte, e à sua transparência em relação à legitimidade do poder, do procedimento e da própria decisão. É uma crítica ideológico-cultural.

O processo é importante não apenas por envolver, em uma relação, o juiz e as partes. Aliás, no que interessa a um processo comprometido com os valores do Estado constitucional, a simples e pura existência de uma relação jurídica quer dizer absolutamente nada. (MARINONI, 2015, p. 433)

A construção de categorias internas ao direito processual na fase científica ou autonomista distanciou, pela adoção de um método engessado com supervalorização da fórmula, o processo da sua função precípua de efetivação do direito material. Nesse sentido:

Podemos acrescentar que diante deste ideário político-econômico, aliado ao gosto dos processualistas do final do século XIX, pela autonomização do direito processual e por sua libertação do direito material, houve caldo apropriado a que se pugnassem pela supremacia do direito processual em detrimento do direito material. Ou seja, passou-se a supervalorizar a forma e desprezar a substância. Consequentemente criaram-se categorias (institutos próprios) de natureza processual que deveriam ser observadas antes mesmo de

qualquer consideração com o exame do direito material posto sob julgamento do Estado. (CARVALHO, 2005, p. 169)

Esses institutos próprios do direito processual precisam ser revisitados e vistos à luz de um Estado constitucional, para que se torne um método democrático para a realização substancial de direitos, com a efetiva participação dos sujeitos envolvidos, e é nessa esteira que a flexibilização procedimental pode ser a alavanca dessa legitimação.

As bases para um processo cooperativo foram sistematizadas por Daniel Mitidiero ao desenvolver na sua tese de doutorado as fases metodológicas do direito processual e estabelece que o modelo de processo cooperativo “deve ser pautado pelo diálogo judiciário, pela colaboração e pela lealdade entre as pessoas que participam do processo”. (MITIDIERO, 2007, p. 9)

A atual fase do desenvolvimento do direito processual tem sido denominada de formalismo-valorativo pela corrente gaúcha liderada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira “exatamente para destacar a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual”. (DIDIER, 2015, p. 45)

Essas diretrizes de um modelo cooperativo estão presentes no novo modelo de processo inaugurado com a Lei n. 13.105/2015 no capítulo das normas fundamentais do processo civil:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Uma das diretrizes para a colaboração, conforme se aúfere do dispositivo processual, é que o tempo do processo seja razoável. E o tempo é também uma categoria relativa ao procedimento.

Importante nesse momento estabelecer a diferença entre processo e procedimento e, segundo Alexandre Freitas Câmara (2010, p. 145), “a necessidade de diferenciar esses dois conceitos se deve à superação da fase praxista da evolução do Direito Processual, em que o processo era visto como mero procedimento”.

O procedimento é a exteriorização da relação processual e pode assumir diversas formas:

Enquanto o processo é uma unidade, como relação processual em busca da prestação jurisdicional, o procedimento é a exteriorização dessa relação e, por isso, pode assumir diversas feições ou modos de ser.

A essas várias formas exteriores de se movimentar o processo aplica-se a denominação de procedimento. (THEODORO Jr., 2003, p. 298)

Desse conceito, pode-se afirmar que o procedimento é sinônimo de rito do processo, o que significa o modo e a forma da prática dos atos do processo.

O processo para este trabalho vai ser tratado como “método de exercício da jurisdição” (DIDIER Jr., 2015, p. 37), enquanto o procedimento será tratado como o modo pelo qual o método se realiza.

O novo Código de Processo Civil estabelece um rito comum, a partir do artigo 318:

Art. 318. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei.

Parágrafo único. O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução.(CPC/2015)

Estabelece, ainda, um modelo de flexibilização procedimental, autorizando as partes a alterarem o procedimento padrão, conforme se verifica no art. 190 (CPC/2015), para ajustá-lo às especificidades da causa:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

O novo modelo traz mecanismos também para o juiz, a exemplo da possibilidade de dilação dos prazos processuais:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

A inserção da cláusula negocial processual para as partes, inserida no referido art. 190 (CPC/2015), e o mecanismo de flexibilização do prazo para o juiz, alicerça o modelo de processo cooperativo. E são essas novas técnicas processuais que podem tirar as partes da posição de objeto do processo e alçá-las a verdadeiros sujeitos do processo, permitindo que ajustem o procedimento às circunstâncias do caso concreto.

A cláusula geral é, segundo Didier (2015, p. 51), “uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado”. A utilização da técnica das cláusulas gerais se contrapõe à técnica de utilização de cláusulas somente casuísticas - as regras - e a adoção de cláusulas gerais, além de reforçar o poder criativo da atividade jurisdicional moderna, traz abertura ao sistema processual para que seja possível adequar o procedimento aos pilares desse novo modelo: a democratização do processo, o princípio da razoável duração do processo e a efetividade.

3 Flexibilização procedimental

Podem-se listar três sistemas processuais quanto ao procedimento: (a) o sistema da liberdade das formas, (b) o de sua legalidade e (c) o judicial. (ROCHA, 2009, p. 236)

O CPC de 73 em vigor está mais próximo do sistema da legalidade das formas procedimentais, deixando pouco espaço para as partes ou para o juiz alterarem a ordem ou o prazo para a prática dos atos processuais.

O sistema da legalidade das formas pode ser explicado, nos seguintes termos:

No primeiro sistema, o lugar em que cada ato processual tem cabimento, bem como o prazo para sua prática, encontra-se rigidamente pré-estabelecido em lei, podendo o desrespeito à prescrição legal implicar invalidade do próprio ato processual, do seu conjunto (do procedimento todo), ou do resultado do processo (da sentença). (GAJARDONI, 2011, p.164)

O citado autor destaca que os méritos desse sistema são a previsibilidade e a segurança ofertadas ao jurisdicionado, que tem ciência da maneira como desenvolver-se-á o processo do início ao fim (GAJARDONI, 2011).

O fato do CPC/73 adotar com mais ênfase o modelo da legalidade reforça a visão de que cabe ao legislador estabelecer os critérios que estabelecem se uma determinada causa vai seguir um procedimento ou outro, como é o exemplo do atual modelo de procedimento sumário previsto no art. 275.

O novo Código quebra com essa tradição e traz um modelo comum de procedimento e mecanismos que autorizam alterações tanto por convenção das partes quanto pelo juiz, conforme visto no capítulo acima, a exemplo da dilação de prazos, portanto, um sistema de flexibilização misto.

O sistema da liberdade significa a ausência de formas preordenadas para a realização do processo. “Deixa-se às partes e ao juiz a liberdade para realizar os atos do processo em lugar, tempo e modo que se reputam mais adequados.” (ROCHA, 2009, p. 236)

O aumento dos poderes do juiz no Estado Constitucional, para evitar o risco do modelo da legalidade tornar o procedimento rígido e distante da realidade, resulta na adoção do chamado sistema judicial das formas processuais, que se reflete também nos poderes de direção da atividade processual:

Foi para obviar esse inconveniente que surgiu a ideia de conceder ao juiz certos poderes de direção da atividade processual, entre os quais o de decidir, em cada caso concreto, quanto à adequação das formas, tendo em vista seu caráter instrumental em relação ao escopo objetivo do ato. (ROCHA, 2009, p. 236)

A flexibilização procedimental pelas partes, prevista no art. 190 do NCPC, é a ferramenta de empoderamento das partes que democratiza o processo capaz de mudar a visão estática das partes e torná-las sujeitos dinâmicos, dando uma nova feição ao conceito de relação jurídica processual.

O artigo 190 é exemplo da adoção da técnica de cláusula geral no modelo atual de processo e são normas flexíveis que permitem atender às especiais circunstâncias do caso concreto:

O Direito passa a ser construído a posteriori, em uma mescla de indução e dedução, atento à complexidade da vida, que não pode ser totalmente regulada pelos esquemas lógicos reduzidos de um

legislador que pensa abstrata e aprioristicamente. As cláusulas gerais servem para a realização da justiça do caso concreto; revelam-se, em feliz metáfora doutrinária, como “pontos de erupção da equidade”. (DIDIER Jr., 2011, p. 39)

Entretanto, essa flexibilização deve seguir critérios, alguns já descritos pelo legislador nos dispositivos processuais e outros que estão sendo levantados pela doutrina, sendo o propósito do presente trabalho refletir acerca de alguns limites.

Da leitura dos artigos 190 e 191 do NCPC, podem-se relacionar os primeiros limites da incidência desse novo modelo de flexibilização procedimental:

De acordo com o caput, as partes plenamente capazes podem ajustar mudanças no procedimento, nos processos que tratem de direitos que admitem autocomposição, para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais antes ou durante o processo. Ao magistrado cabe, de ofício ou a requerimento, controlar a validade destes ajustes - que vêm sendo chamado de negócios processuais” -, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade - palavra que deve ser entendida amplamente para compreender qualquer violação de ordem pública - ou inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. (BUENO, 2015, p. 163)

Portanto, o direito material processualizado deve admitir autocomposição, a convenção deve recair sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes, de tal forma que elas não poderão convencionar os poderes do juiz, por exemplo. O juiz controlará a validade desses negócios, especialmente quando envolva inserção abusiva em contrato de adesão ou uma das partes esteja em situação de vulnerabilidade.

Doutrinariamente, três são as condicionantes para que se operacionalize a flexibilização, segundo Gajardoni - finalidade, contraditório útil e motivação:

a) Finalidade. Três situações autorizarão a variação. (1) A primeira delas - a mais comum - ligada ao direito material: toda vez que o sistema não for apto à tutela efetiva do direito reclamado, possível a variação ritual. [...] (2) A segunda relacionada com a higidez e utilidade dos procedimentos, isto é, com a possibilidade de dispensa de alguns empecilhos formais irrelevantes para a composição do iter dos processos, que de todo modo atingirá seu escopo sem prejuízo das partes. ... (3) Finalmente, a terceira situação que autoriza a variação ritual tem relação com a condição da parte. Nada impede que o juiz, a bem da proteção do hipossuficiente e equilíbrio dos contendores, altere o procedimento para a composição de igualdade processual e material consoante os valores constitucionais.

b) Contraditório útil. [...] se não se pode tomar as partes de surpresa sob pena de ofensa ao princípio do contraditório, eventual alteração procedimental não prevista no iter estabelecido legalmente, depende da plena participação delas (preventiva ou repressivamente), até para que as etapas do procedimento sejam previsíveis.

c) Motivação. [...] Trata-se de imposição de ordem política e adequada muito mais ao controle dos desvios e excessos cometidos pelos órgãos jurisdicionais inferiores na condução do processo do que propriamente à previsibilidade ou à segurança do sistema. (GAJARDONI, 2011, p.174-175)

A primeira condicionante trazida pelo autor vem ao encontro da visão contemporânea do processo, na qual “o processo deve ser compreendido, estudado e estruturado tendo em vista a situação jurídica material para qual serve de instrumento de tutela”. (DIDIER Jr., 2015, p. 38)

A segunda está inserida na noção substancial do princípio do contraditório que reforça o princípio democrático e afasta a ocorrência de decisões sem a possibilidade das partes influenciarem na decisão do juiz:

Estado democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer dos seus órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático, cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para aplicação das normas jurídicas. (CUNHA, 2012, p. 61)

A terceira condicionante também está inserida no contexto democrático de participação das partes, uma vez que somente se estabelecem o diálogo e a recorribilidade das decisões, diante da ciência dos motivos das decisões judiciais.

Os limites trazidos no texto processual acrescidos dessas três condicionantes apresentados por Gajardoni podem auxiliar na análise da questão problema do presente artigo que é de verificar a relação/limite entre a dilação dos prazos peremptórios e o tempo de duração do processo.

4. Prazos peremptórios e preclusão

O princípio da razoável duração do processo, inserido no texto constitucional através de EC nº 45/2004, no art. 5º, inciso LXXVIII, espelha a insatisfação com a prestação da tutela jurisdicional e a busca de efetividade no serviço prestado pelo Poder Judiciário.

A questão do tempo no processo está atrelada à própria ideia de justiça, uma vez que o excesso de tempo na prestação jurisdicional traduz-se em verdadeira sonegação de justiça. Entretanto, o processo traz consigo a noção de caminhar em direção a um fim e envolve a categoria temporalidade, afastando a ideia de instantaneidade. (BAPTISTA DA SILVA, 2006)

Vivencia-se um período de crítica do funcionamento do Judiciário, já que a noção de efetividade do processo está ligada à agilidade na entrega do bem da vida pretendido pelo cidadão, e, para que isso ocorra, é necessário detectar os principais entraves e encontrar soluções práticas.

Nessa ótica, verifica-se a necessidade de desburocratização dos procedimentos na busca da essencialidade nos serviços prestados, para vencer o que o jurista Mauro Cappelletti (1988) chama de “obstáculo processual”.

O direito ao processo em tempo razoável pode ser classificado como um direito prestacional, pois o Estado tem o dever de possibilitar a todos os jurisdicionados um processo sem dilações indevidas. (NICOLITTI, 2006)

Nessa luta pela efetividade da jurisdição, ressalta-se que:

A inquietação com o tempo empreendido no processo é, portanto, preocupação constante não só da doutrina do direito, mas também das partes que litigam em juízo, caracterizando a morosidade o maior tormento daqueles que anseiam pela busca da tão emblemática justiça social e jurídica. (ROCHA, 2008, p. 85)

Dessa forma, se a demora do processo está catalogada como obstáculo de acesso à justiça e o novo CPC tem como um de seus pilares a aceleração da prestação jurisdicional, faz-se necessário verificar se a flexibilização procedimental quanto à possibilidade das partes dilatarem os prazos peremptórios pode prejudicar esse novo modelo de processo calcado no valor efetividade.

Os prazos peremptórios são

aqueles prazos cuja não observância acarreta a perda do poder de praticar o ato (CPC, art. 183). Por isso é que são improrrogáveis. De forma que é nulo o ato praticado depois de decorrido o prazo peremptório, justamente porque é ato praticado sem poder, que se extinguiu com o decurso do prazo. Normalmente os prazos das partes são peremptórios. (ROCHA, 2009, p. 238)

Observa-se que no CPC/73 os prazos peremptórios estão relacionados ao instituto da preclusão, bem como aos prazos que as partes não podem convencionar:

Nos arts. 181 e 182, quis o Código vigente dizer quais prazos podem ser objeto de alteração por vontade das partes (art. 181) e quais não podem sê-lo (art. 182); e, embora usando linguagem diferente, disse afinal que o encurtamento ou ampliação poderão ser feitos quando se tratar de prazo fixado sem caráter preclusivo (havendo tal caráter no prazo, a alteração será inadmissível). Em outras palavras, permitiu o Código a alteração convencional dos prazos impróprios, vedando-a quanto aos prazos próprios (preclusivos). Peremptório, na linguagem do Código (art. 182), significa, então, preclusivo (prazo próprio); e dilatatório (art. 181) está por não-preclusivo (prazo impróprio). (DINAMARCO, 2001, p. 196)

Em sua acepção clássica, o instituto da preclusão mantém relações não apenas com a necessidade de uma manutenção de ordem dentro da relação jurídica processual, mas até mesmo com o alcance do objetivo do processo e a entrega do bem jurídico objeto do litígio - *res in iudicium deducta* - ao litigante vencedor da demanda.

Isso porque, de acordo com Chiovenda (1988, pp. 446 e ss.), a coisa julgada material, efeito da sentença que impede a discussão do mesmo objeto concedido a uma das partes em nova ação, depende da preclusão de todas as questões processuais suscitadas no iter procedimental. Vê-se, portanto, que a qualidade da decisão que põe termo à discussão sobre o bem litigioso, depende, diretamente, do instituto da preclusão.

Desta forma, ambos os institutos desempenham função ligada a necessidades de ordem eminentemente pragmática, quais sejam, a segurança e a ordem dentro do processo e na vida social, tendo em vista assegurar a intactibilidade do bem da vida conferido a uma das partes mediante tutela jurisdicional, mas cada um a seu modo: a coisa julgada, impedindo que o bem reconhecido a uma das partes venha a ser contestado novamente pela outra; a preclusão, impedindo que as mesmas questões processuais venham a ser discutidas e rediscutidas no âmbito do processo, assegurando seu desenvolvimento ordenado.

Neste sentido, o processualista italiano assevera que, em última análise,

a preclusão tem a função de garantir a intangibilidade do resultado do processo, isto é, o reconhecimento ou o desconhecimento de um bem, a fim de que a vida social se desenvolva, quanto possível, segura e pacífica; *no curso do processo*, a preclusão tem por fim tornar possível o ordenado desenvolvimento do processo com a progressiva e definitiva eliminação de obstáculos. [...]. Em todos os casos, a preclusão depende [...] de razões de utilidade prática, pois é

necessário prescrever um limite à possibilidade de discutir: somente varia, nos diferentes casos, a razão pela qual se experimenta semelhante necessidade. (CHIOVENDA, 1998, p. 459)

Dinamarco (2001) relaciona os prazos peremptórios ao instituto da preclusão, que é a perda da faculdade ou direito processual, neste caso, o instituto da preclusão temporal.

Essa improrrogabilidade dos prazos peremptórios não se encaixa com a cláusula geral do art. 190, que autoriza a flexibilização procedimental pelas partes quanto aos seus poderes, e sem ressalva, a possibilidade da prática de atos processuais em um espaço de tempo determinado (prazo) é um poder das partes.

O art. 191 ainda traz a possibilidade de o juiz e as partes estabelecerem calendário para a prática dos atos processuais:

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

Os prazos peremptórios são tratados no modelo padrão de procedimento estabelecido no novo CPC nos artigos 222 e 223:

Art. 222. Na comarca, seção ou subseção judiciária onde for difícil o transporte, o juiz poderá prorrogar os prazos por até 2 (dois) meses.

§ 1º Ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes.

§ 2º Havendo calamidade pública, o limite previsto no caput para prorrogação de prazos poderá ser excedido.

Art. 223. Decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou de emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial, ficando assegurado, porém, à parte provar que não o realizou por justa causa.

§ 1º Considera-se justa causa o evento alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário.

§ 2º Verificada a justa causa, o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar.

Observa-se que o art. 222 veda a possibilidade de o juiz reduzir prazos peremptórios, caso haja a concordância das partes, mas em consonância com o já

citado art. 139, não veda a dilação dos prazos. Entretanto, estabelece o limite de 2 (dois) meses para a dilação dos prazos, podendo ser prorrogado havendo calamidade pública.

O art. 223 traz o instituto da preclusão temporal para o modelo padrão de procedimento. Entretanto, a interpretação deve ser sistemática, precisando ser realizada com a possibilidade de flexibilização do modelo padrão.

Pode-se verificar do novo sistema processual uma visão mais elástica do instituto da preclusão e essa perspectiva também deve ser considerada na busca desses limites na extensão dos prazos peremptórios:

Efetivamente, o novo CPC nasce timbrado pela ideologia de aceleração da prestação jurisdicional, norte para o leme de sua Comissão elaboradora.

Nessa perspectiva, a Comissão, limitando o uso do recurso de agravo a situações cirúrgicas, extraiu do corpo procedimental, na mesa incisão, a preclusão das questões decididas no curso do processo em primeiro grau de jurisdição. (OLIVEIRA Jr., 2011, p. 308)

O ponto que se levanta aqui é se esse espaço para a dilação dos prazos peremptórios seria somente regra para o procedimento padrão ou poderia ser utilizado como um limite à flexibilização procedimental às partes e ao juiz?

O Enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis admite que as partes possam acordar ampliação de prazos de qualquer natureza, o que já é um indicativo de que uma parcela da doutrina aceita ampliação dos prazos peremptórios, sem que se tenha estabelecido um limite. (BUENO, 2015, p. 163)

Resgata-se o texto do art. 191, parágrafo único (CPC/2015), que preceitua que cabe ao juiz controlar a validade das convenções processuais realizadas pelas partes.

Pode-se falar em nulidade absoluta quando for violada uma norma cogente de proteção de interesse público. Entretanto, o sistema das nulidades processuais é construído para a não anulação do ato. O juiz deve observar a necessidade de reconhecer a nulidade à luz de dois postulados, dentre outros princípios desse microssistema - o princípio do prejuízo e da finalidade. Caso não cause prejuízo e atinja a finalidade, o ato deve ser aproveitado.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, para a análise das nulidades, os juízes devem utilizar os princípios norteadores do sistema das nulidades na interpretação:

Mas, além deste papel de inspirador da lei, exatamente porque o foram, os princípios devem exercer função de nortear a interpretação do texto legal. Um vez descritas as regras, contidas no sistema normativo, cabe aplicarem-lhes os princípios que foram citados e comentados, para auxiliar a interpretação das regras à luz das hipóteses concretas. (WAMBIER, 2013, p. 228)

Nessa esteira, o princípio da razoável duração do processo se enquadra em norma cogente de interesse público, que pode vir a ser violada pela flexibilização procedimental quanto à dilação excessiva dos prazos, causando prejuízo não só a um processo específico, mas a todo sistema de prestação jurisdicional.

O processo é o instrumento que permite o Estado, provocado pelo exercício da ação, exercer jurisdição (CÂMARA, 2010, p. 66), e o tempo de duração do processo, se não for devidamente controlado e impulsionado pelo juiz, acarreta em um desvirtuamento do sistema, vindo a afetar toda a prestação jurisdicional. Dessa forma, caberá ao juiz analisar a validade das convenções das partes quanto à dilação dos prazos, sob a lente do princípio da razoável duração do processo.

Cássio Scarpinella Bueno apresenta alguns enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis acerca do controle da validade das cláusulas negociais:

Enunciado n. 6: O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação.

Enunciado n. 16: O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo.

Enunciado n. 18: Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica. (BUENO, 2015, p.163)

É importante ressaltar na questão do controle da validade dos negócios processuais que o processo civil contemporâneo é caracterizado pela força normativa da Constituição e as regras estabelecidas quanto à flexibilização procedimental devem ser avaliadas pelo juiz na ótica dos princípios constitucionais:

[...] obviamente não dispensa a conformação das regras aos princípios constitucionais e sabe que isso apenas pode ser feito com o auxílio da jurisdição. Não há qualquer dúvida, hoje, de que toda norma constitucional, independentemente do seu conteúdo ou da

forma da sua vazão, produz efeitos jurídicos imediatos e condiciona o “modo de ser” das regras. (MARINONI, 2015, p. 50)

Nesse contexto, os dispositivos que preveem a flexibilização procedimental, ainda que qualificados como cláusulas abertas e não como regras casuísticas, devem ser interpretados em conformidade com o princípio da razoável duração do processo, sob pena de nulidade:

A técnica das “clausulas gerais” contrapõe-se à técnica casuística. Não há sistema jurídico exclusivamente estruturado em cláusulas gerais (que causariam uma sensação perene de insegurança a todos) ou em regras casuísticas (que tornariam o sistema sobremaneira rígido e fechado, nada adequado à complexidade da vida contemporânea). Uma das principais características dos sistemas jurídicos contemporâneos é exatamente a harmonização de enunciados normativos de ambas as espécies. (MARTINS-COSTA, *apud* DIDIER Jr., 2011, p. 37)

Nelson Nery Jr., ainda no contexto do CPC/73, ao tratar da razoável duração do processo, explica que a conformação prática do princípio deve ser feita com base em aferição de critérios objetivos, mas não pode ser concebida aprioristicamente. Para ele, esses critérios seriam:

a) a natureza do processo e complexidade da causa; b) o comportamento das partes e de seus procuradores; c) a atividade e o comportamento das autoridades judiciárias e administrativas competentes; d) a fixação legal de prazos para a prática de atos processuais que assegurem efetivamente o direito ao contraditório e à ampla defesa. (NERY Jr., 2010, p. 320)

O autor assevera, ainda, que a razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) é corolário do próprio direito de ação, “como garantidor do direito de obter-se a tutela jurisdicional adequada” (2010, p. 316), e tem sua razão de ser para que “o processo inicie e termine” (*ibidem*, p. 319). Neste ponto, estabelece-se a relação entre o instituto da preclusão, mola impulsora dos atos processuais e condutora do processo ao seu término e o princípio da efetividade.

O devido processo legal também é tratado como cláusula geral e dele podem ser extraídos todos os princípios que regem o direito processual, tal qual o princípio da efetividade e da eficiência. Processo devido é processo efetivo, mas nem todo processo efetivo é eficiente. A eficiência está diretamente relacionada à gestão do processo.

Nesse viés, o princípio da eficiência deve orientar o exercício dos poderes de gestão do processo pelo órgão jurisdicional:

O órgão jurisdicional é, assim, visto como um administrador: administrador de um determinado processo. Para tanto, a lei atribui-

lhe poderes de condução (gestão) do processo. Esses poderes deverão ser exercidos de modo a dar o máximo de eficiência ao processo. Trata-se o serviço jurisdicional como uma espécie de serviço público - submetido, pois, às normas gerais do serviço público. (DIDIER, 2015, p. 101)

Processo efetivo é o que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente, o que reporta à ideia de Kazuo Watanabe (1988) de acesso à ordem jurídica justa. Eficiente é o processo que atingiu esse resultado de modo satisfatório, dessa forma, nem todo processo efetivo foi também eficiente e a validade dos negócios processuais quanto ao procedimento, deve se analisada pelos magistrados por essa ótica de processo efetivo e eficiente.

5. Considerações finais

Trazidas essas premissas, é possível apresentar alguns parâmetros a serem observados na flexibilização procedimental que estejam à luz dos princípios da efetividade e da razoável duração do processo.

Nos termos dispostos no art. 190, tem-se que o *telos* daquela cláusula negocial processual consiste em permitir às partes que adéquem o procedimento às especificidades da causa, o que certamente traz autonomia às partes e democratiza o processo, modernizando a noção de relação jurídica processual.

Tal finalidade, supõe-se, foi a mesma que outrora moveu o legislador no sentido da criação dos procedimentos especiais. Gajardoni (2011, p. 165) explica que “para todos os tipos de processos, a criação de modelos rituais especiais resulta, ao menos em tese, de particularidades ligadas ao direito material ou à pessoa dos litigantes”.

O rito estabelece o tempo necessário às peculiaridades do processo, já tendo o legislador valorado a razoável na duração para cada espécie de processo quando estabeleceu prazos peremptórios, como o de cinco dias para defesa no processo cautelar, replicado no novel procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente (art. 306/2015), sujeito à preclusão em caso de inércia.

O que parece essencial reparar, é que a preclusão, ao menos nos casos de flexibilização de prazos peremptórios, deve ser vista à luz da - e ter seu limite na - adequação e na efetividade da tutela jurisdicional. A necessidade de conformação

prática, atinente aos direitos fundamentais, foi observada pelo legislador neste aspecto, que, sem afastar a incidência de preclusão, pela necessidade de que o processo chegue a seu termo em tempo razoável, permitiu às partes ajustar os procedimentos às peculiaridades de cada demanda, tendo em vista a efetividade da tutela jurisdicional. Como sabiamente já alertara Barbosa Moreira, “a justiça deve ser uma boa justiça. De preferência rápida, mas não a qualquer preço”. (BARBOSA MOREIRA, 2006, p. 70)

Daí a sugestão de que um dos limites a serem traçados nas convenções que visem a dilatar os prazos peremptórios, o que particularmente deve ser observado pelo juiz, é a idoneidade do procedimento ao direito material que se quer ver realizado, cingida às necessidades do caso concreto.

Fala-se, aqui, em necessidade, porque se entende que, por ordem de organização judiciária, o procedimento não se encontra à livre e irrestrita disposição das partes, sob pena de se comprometer a prestação jurisdicional em larga escala. Nesse sentido é que Nery Jr. (2010, p. 321) alerta para o fato de que o comportamento das autoridades judiciárias e julgadores administrativos devem se pautar pelo princípio da eficiência do serviço público.

Com efeito, a gestão processual eficiente repele que, por opção das partes, se estabeleça quaisquer prazos que lhes sejam convenientes para a prática de atos processuais, tendo em vista, ainda, os custos da administração da justiça. Dificilmente se configuraria de forma legítima, por violação à própria ordem pública na administração do judiciário, convenção que fixasse um prazo de seis meses para que cada parte se manifeste sobre o documento exibido pela outra (art. 398 CPC/15), por exemplo.

No sentido de se encontrar um prazo que, no limite, poderia ser reputado válido pelo juiz, e (mais do que) suficiente ao atendimento das necessidades de qualquer demanda, poderíamos ter como referência legislativa o art. 222 do novo CPC, que prevê a possibilidade de, ouvidas as partes, haver dilatação dos prazos pelo juiz em até 2 (dois) meses, podendo ir além desse limite em casos de calamidade pública.

Não obstante, levando em consideração a dinamicidade da vida social e o surgimento de novas necessidades - ou, até mesmo, a reformulação de

necessidades antigas - e, paralelamente, a absoluta incapacidade de o legislador compreender no momento da edição da lei as possibilidades futuras de conformação da realidade fática, o magistrado deve estar atento ao contexto fático-social em que se insere no momento do controle da validade das convenções procedimentais.

Referências

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília-DF: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

_____. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília-DF: Senado Federal, Centro Gráfico, 2015.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1 v.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O desafio da celeridade na prestação jurisdicional**. Revista da EMERJ, v. 9, nº 36, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 1 v.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. **Teoria dos Pressupostos e dos Requisitos Processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil**: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012.

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 27 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 1 t.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos e déficit procedimental no novo CPC**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242889/000923104.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 7.7.2015.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo, (coords.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1 v.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo - O Direito Processual Civil no marco teórico do formalismo valorativo**. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/000642773.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26.7.2015.

NERY Jr, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NICOLITTI, André Luiz. **A duração razoável do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte. **Preclusão elástica no Novo CPC**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242961/000940015.pdf>. Acesso em: 26.7.2015.

ROCHA, César Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual. Teoria Geral do Direito Processual e Processo de Conhecimento**. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 1 v.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 7.ed.
São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: INCENTIVO DO ESTADO OU VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DAS PARTES?

Danielli Gadenz

Saulo do Nascimento Santos

1 INTRODUÇÃO

A sociedade em que vivemos busca por uma célere efetividade da justiça que se contrapõe com uma ampla disseminação da cultura do conflito, ou seja, de um lado se requer uma justiça rápida e eficaz e de outro, incessantemente, há a necessidade da litigiosidade, o que também parece ser uma necessidade.

Um dos grandes objetivos da solução de conflitos nos últimos anos é a busca pela rapidez e eficácia, tentando encontrar a melhor forma de alcançar um meio termo entre esses dois aspectos de modo a satisfazer os litigantes. Nesse aspecto, busca-se um equilíbrio, a fim possibilitar as partes o acesso a um Judiciário que promova a justiça na forma prevista em nossa Carta Maior e proporcione aos envolvidos o que realmente necessitam.

Os dois grandes instrumentos que estão a favor dessa busca, na esfera judicial ou extrajudicial, são a conciliação e a mediação.

Em nosso ordenamento jurídico há previsão de uma audiência prévia, que tem como escopo o alcance dessa composição amigável de maneira mais célere, seja no procedimento sumário⁸⁹, ordinário⁹⁰ (respeitado os requisitos legais) bem como na lei

⁸⁹ Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro. (Retificado)

⁹⁰ Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as

dos Juizados Especiais Cíveis⁹¹. Ocorre que, o atual sistema processual vem sofrendo várias críticas, por sua morosidade tendo sua eficácia questionada. Estas se justificam devido ao Código de Processo Civil de 1973 não ter acompanhado as mudanças ocorridas na sociedade, portanto, indubitável que existam muitas lacunas e falhas a serem corrigidas. Notórias foram as tentativas de adequar do vigente código a essas mudanças, contudo não se obteve sucesso, pois a sistemática do mesmo já havia sido comprometida.

Assim, se iniciou a pesquisa por meios e alternativas que possibilitem um provimento jurisdicional célere e efetivo. Nesse aspecto, o novo Código de Processo Civil foi sancionado, com previsão de vigência a partir do ano vindouro.

Uma das tratativas do novo diploma é acerca da conciliação/mediação que sofreram algumas mudanças em relação ao antigo texto. Sendo assim, considerando as peculiaridades do novo texto, bem como, alguns problemas práticos trazidos em seu bojo é necessário um aprofundamento no estudo acerca de tal instituto.

A presente pesquisa tem como objetivo, além de analisar os institutos, origens e aplicabilidade da conciliação/mediação, o intuito de questionar acerca das inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, verificando se as mesmas beneficiam as partes ou não. Isso de dará pela metodologia de procedimento, que explorará amplamente a doutrina, artigos, legislação entre outros materiais.

Inicialmente, será feita uma ampla análise no que se refere a conciliação e a mediação no Brasil, inclusive, será trazida a discussão considerações acerca da Lei da mediação (Lei 13.140/2015) recentemente sancionada, bem como serão analisados os respectivos institutos um a um para um melhor estudo acerca dos mesmos.

Tais análises serão necessárias, pois, o objetivo é verificar o que esperar da nova normativa processual, e, se essas disposições legais trazidas pelo Novo Código de Processo Civil apresentam-se como forma de incentivo do Estado para a cultura do consenso, ou, vem como uma possível violação da autonomia da vontade das partes.

partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

⁹¹ Lei 9.099, de 26 de Setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

2 O PANORAMA DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

Inicialmente faz-se necessário um apanhado histórico em nosso país sobre a conciliação e mediação, para que possam ser compreendidas de melhor forma as divergências no Projeto de Lei do Senado Federal que trata do Novo Código de Processo Civil.

A primeira manifestação jurídica sobre a conciliação veio com o Código de Processo Civil de 1973, em seus artigos 447 e 448⁹², retratando a possibilidade de o juiz ainda na fase de instrução, propor o comparecimento das partes para um acordo. Alterou-se o instante da possibilidade de ocorrer a conciliação somente após vinte anos, com a reforma do CPC-1973, tornando-se possível aplicá-la na audiência preliminar. Com a Lei 8.952 de 1994, surgiram diversas possibilidades aos magistrados no que tange a tentativa de conciliação, em seu artigo 331⁹³ autoriza a criação de audiência de conciliação, desde que seja designada. O CPC-1973 visa no artigo 125 inciso IV⁹⁴, que ocorra a conciliação a qualquer tempo dentro do processo, mesmo com a mudança destes dispositivos manteve-se a inevitabilidade de se desenvolverem aprimoramentos nas saídas alternativas de litígio⁹⁵

Baseado na opinião do Ex - Ministro do STJ, Castro Filho, o uso da conciliação é indispensável na tentativa de resolução do litígio, podendo ocorrer na fase de composição do processo, mas faz-se dependente do interesse do juiz em aplicar esta

⁹² Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.

Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo

⁹³ Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

⁹⁴ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

⁹⁵ RIBEIRO, Flávia Pereira. A introdução da audiência *initio litis* – de conciliação ou mediação – no Código de Processo Civil. 2011. P. 180-182.

saída as partes. Castro ainda ressalta o pouco uso deste mecanismo por conta dos magistrados que coordenam o processo⁹⁶:

[...] Assim, penso que, em vez de censura, mereceria encômios o juiz que, ao mandar citar o réu para a demanda, fizesse consignar no mandado que deveria ele comparecer à sede do juízo em dia e hora predeterminados, em prazo, por exemplo, não superior a dez dias, para a tentativa de conciliação. No mesmo mandado, consignar-se-ia que, não conseguida a conciliação, por qualquer motivo, inclusive pelo não-comparecimento das partes, abrir-se-ia, a partir de então, o prazo para oferecimento de resposta, em quinze dias, a contar da data preconizada para o ato, a ser realizado pelo próprio juiz ou por conciliador. (RIBEIRO, Flávia Pereira. A introdução da audiência *initio litis* – de conciliação ou mediação – no Código de Processo Civil..

O primeiro projeto a apresentar no Brasil a disciplina de mediação e conciliação de forma institucionalizada foi o Projeto de Lei nº 4.827 /1998 que institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos⁹⁷. O presente projeto foi enviado ao Senado Federal e sofreu fusão com outro projeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual, embora a emenda tenha sido aprovada e reenviada a Câmara dos Deputados no “caminho” para aprovação foi devolvido, um dia antes da aprovação do Projeto de Lei para o Novo Código de Processo Civil. É indispensável que se faça menção histórica ao referido projeto, que almejava a institucionalização e disciplina de mediação para prevenir e resolver de forma amigável as lides, além de trazer em sua composição a distinção de classificações e mediação (judicial, extrajudicial, prévia e incidental), e, concernir sobre a obrigatoriedade da mediação incidental⁹⁸.

Porém, o projeto da Lei da Mediação permaneceu inerte nas casas legislativas, devido a inúmeros fatores que dificultam sua inserção na ordem prática, assim após alterações o projeto do Senado Federal designou a imprescindibilidade da audiência de conciliação ou mediação *initio litis*⁹⁹.

⁹⁶ RIBEIRO, Flávia Pereira. A introdução da audiência *initio litis* – de conciliação ou mediação – no Código de Processo Civil. 2011. P. 180-182.

⁹⁷ BRASIL. Projeto de Lei do Senado, Nº 4827 de 1998. Poder Legislativo. Senado Federal. Brasília, DF, 19 jun. 2013

⁹⁸ RIBEIRO, Flávia Pereira. A introdução da audiência *initio litis* – de conciliação ou mediação – no Código de Processo Civil. 2011. P. 180-182

⁹⁹ RIBEIRO, Flávia Pereira. A introdução da audiência *initio litis* – de conciliação ou mediação – no Código de Processo Civil. 2011. P. 180-182

[...] a Comissão de Juristas do Senado Federal entendeu ser oportuna a fixação de disciplina a respeito e assim fez constar da Exposição de Motivos do Projeto de Lei no 166/2010: “Como regra, deve realizar-se audiência em que, ainda antes de ser apresentada contestação, se tentará fazer com que autor e réu cheguem a acordo. Dessa audiência, poderão participar conciliador e mediador e o réu deve comparecer, sob pena de se qualificar sua ausência injustificada como ato atentatório à dignidade da justiça. Não se chegando a acordo, terá início o prazo para a contestação.”¹⁰⁰

Para uma melhor compreensão do que motivou a inserção da regra de realização da audiência prévia no Novo Código de Processo Civil, primeiramente é necessário entender do que tratam os institutos da conciliação e da mediação. A mediação e a conciliação possibilitam que as partes cheguem a um resultado satisfatório de maneira mais rápida, pondo um fim ao litígio, mesmo sem que seja necessária como solução uma imposição judicial.

Apesar de o novo Código trazer a mediação e a audiência conciliatória como regra em todos os processos (ressalvados os casos que não admitem acordo), tal matéria não é inovadora, pois há previsão legal no Código de Processo vigente nas ações de procedimento sumário (art. 275, incisos I e II¹⁰¹), nas ações de procedimento ordinário nos termos do artigo 331, § 1º¹⁰², bem como, prevista na Lei 9.099/95¹⁰³, que trata dos Juizados Especiais Cíveis.

No procedimento sumário, a audiência inicial está disposta no art. 277 e parágrafos do Código de Processo Civil, podendo o magistrado ter o auxílio de um conciliador. Neste caso, designada a audiência, deverá ocorrer no prazo de trinta dias,

¹⁰⁰ RIBEIRO, Flávia Pereira. A introdução da audiência *initio litis* – de conciliação ou mediação – no Código de Processo Civil. 2011

¹⁰¹ Art. 275. Observar-se-á o procedimento sumário: I - nas causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo; (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002) II - nas causas, qualquer que seja o valor (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

¹⁰² Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002) § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

¹⁰³ BRASIL. Lei 9.099, de 26 de Setembro de 1995. Presidência da República. Poder Executivo, Brasília, DF, 26 Set. 1995. Art. 16. Registrado o pedido, independentemente de distribuição e autuação, a Secretaria do Juizado designará a sessão de conciliação, a realizar-se no prazo de quinze dias

com a devida citação do réu para que o mesmo compareça sob pena de reputar-se verdadeiros os fatos narrados na peça inicial no caso de falta injustificada:

[...] Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro. (Retificado)

§ 1º A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador.

§ 2º Deixando injustificadamente o réu de comparecer à audiência, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados na petição inicial (art. 319), salvo se o contrário resultar da prova dos autos, proferindo o juiz, desde logo, a sentença.

§ 3º As partes comparecerão pessoalmente à audiência, podendo fazer-se representar por preposto com poderes para transigir.

§ 4º O juiz, na audiência, decidirá de plano a impugnação ao valor da causa ou a controvérsia sobre a natureza da demanda, determinando, se for o caso, a conversão do procedimento sumário em ordinário.

§ 5º A conversão também ocorrerá quando houver necessidade de prova técnica de maior complexidade. (BRASIL. Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Presidência da República. Poder Executivo. Brasília, DF, 11 Jan. 1973)

No que se refere ao procedimento ordinário, tal prerrogativa está prevista no art. 331¹⁰⁴ e parágrafo, que se destina a preparar o processo para a fase instrutória, tentando de igual modo conciliar as partes. O artigo que trata da audiência preliminar no atual diploma ainda é o artigo 331, contudo sem dar maior ênfase a questão.

¹⁰⁴ Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. § 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º (BRASIL. Lei 9.099, de 26 de Setembro de 1995. Presidência da República. Poder Executivo, Brasília, DF, 26 Set. 1995.)

Por fim, previsto na Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis) há uma valorização da conciliação (art. 21/26 e 57)¹⁰⁵ para que as partes, com auxílio de um conciliador e/ou um juiz, cheguem a um deslinde para a controvérsia¹⁰⁶.

2.1 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Feitas estas considerações, no que tange a mediação e conciliação, é imprescindível trazer algumas distinções e semelhanças entre estes dois institutos, que, apesar de nos dois casos haver um terceiro envolvido na busca de um acordo, se divergem em alguns aspectos.

Em se tratando de mediação e conciliação, tais mecanismos consensuais de solução de conflitos dizem respeito a autocomposição, apesar da intervenção de um terceiro, não cabe a este a resolução do problema (como ocorre na arbitragem¹⁰⁷), mas sim, auxiliar as partes a solucionar o conflito.

¹⁰⁵ Art. 21. Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as conseqüências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei. Art. 22. A conciliação será conduzida pelo Juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação. Parágrafo único. Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz togado, mediante sentença com eficácia de título executivo.

Art. 23. Não comparecendo o demandado, o Juiz togado proferirá sentença.

Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução.

§ 2º O árbitro será escolhido dentre os juízes leigos.

Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade.

Art. 26. Ao término da instrução, ou nos cinco dias subseqüentes, o árbitro apresentará o laudo ao Juiz togado para homologação por sentença irrecurável.

Art. 57. O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial.

Parágrafo único. Valerá como título extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público

¹⁰⁶ PISKE, Oriana. Objetivos dos Juizados Especiais. 2012

¹⁰⁷ ²¹ Arbitragem é um meio de heterocomposição dos litígios, posto a decisão do conflito ser proferida por um terceiro necessariamente, trata-se de técnica para 'solução de controvérsias alternativa à via Judiciária caracterizada por dois aspectos essenciais: são as partes da controvérsia que escolhem livremente quem vai decidi-la, os árbitros, e são também as partes que conferem a eles o poder e a autoridade para proferir tal decisão. FUZETTI, Bianca Liz de Oliveira. Arbitragem - Conceito, natureza jurídica, hipóteses de aplicação e modalidades. 2014.

Enquanto o conciliador é mais participativo na negociação, podendo inclusive sugerir soluções para a controvérsia, o mediador tem um papel diverso. A este segundo, cabe servir como forma de comunicação entre os litigantes, facilitando a comunicação entre as partes para que compreendam o que está em conflito e esclareçam seus interesses de forma mais autônoma, chegando a um consenso com benefício para ambas¹⁰⁸.

Nesse sentido, a fim de complementar:

[...] A distinção entre mediação e conciliação é tarefa um tanto árdua. Podemos, então, estabelecer três critérios fundamentais:

Quanto à finalidade, a mediação visa resolver, da forma mais abrangente possível, o conflito entre os envolvidos. Já a conciliação contenta-se em resolver o litígio conforme as posições apresentadas pelos envolvidos.

Quanto ao método, o conciliador assume posição mais participativa, podendo sugerir às partes os termos em que o acordo poderia ser realizado, dialogando abertamente a este respeito, ao passo que o mediador deve abster-se de tomar qualquer iniciativa de proposição, cabendo a ele apenas assistir as partes e facilitar a sua comunicação, para favorecer a obtenção de um acordo de recíproca satisfação. Por fim, quanto aos vínculos, a conciliação é uma atividade inerente ao Poder Judiciário, sendo realizada por juiz togado, por juiz leigo ou por alguém que exerça a função específica de conciliador¹⁰⁹.

Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto citam ainda em sua obra que, há uma terceira distinção entre mediação e conciliação e, isso se refere as técnicas utilizadas em tais institutos. Enquanto o objetivo da conciliação é a resolução do conflito, a mediação tem o escopo de pacificar pessoas (ainda que pessoas jurídicas)¹¹⁰

Em nenhum desses dois institutos há a possibilidade de constrangimento por parte do terceiro com o intento de que as partes conciliem. Tanto uma quanto outra podem ocorrer por meio judicial (no caso de já existir processo em trâmite) e extrajudicial. No segundo caso mencionado é importante classificar os terceiros como

¹⁰⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil. 2015

¹⁰⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil. 2015

¹¹⁰ ²⁴SPENGLER, Fabiana Marion. NETO, Theobaldo Spengler. .Mediação Enquanto Política Pública: A teoria, a prática e o projeto de lei. 2010. 1ª. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010

auxiliares da justiça, tendo em vista que, as regras relativas aos auxiliares se aplicam a estes, inclusive nos casos de impedimento e suspeição¹².

O novo diploma processual também leciona acerca de tal matéria e prevê que, de igual forma, podem ocorrer perante câmaras públicas com vínculo a um determinado tribunal ou em ambiente privado, em câmaras privadas, ou também serem realizadas em câmaras administrativas, vinculadas à Administração Pública (arts. 167, 174 e 175, NCPC)¹¹¹

O mediador e o conciliador podem ser funcionários públicos ou profissionais liberais (art. 167, CPC), sendo esta uma atividade remunerada, sem óbice que seja feita também como trabalho voluntário (art. 169, § 1, CPC)¹¹²

A escolha destes terceiros, inclusive da câmara privada pode ser feita por consenso dos interessados (art. 168, CPC), caso a escolha recaia em um profissional que não esteja cadastrado perante o tribunal (art. 168, § 1, CPC), imprescindível o cadastro do mesmo (art. 167, *caput*). Nesse sentido, a importância do cadastro se dá pela necessidade de capacitação dos mediadores e conciliadores, nos termos definidos pelo Conselho Nacional de Justiça e ministério da Justiça, além das indispensáveis reciclagens periódicas (art. 167, § 1, CPC; art. 12, Resolução n. 125/2010 do CNJ¹¹³)

¹¹¹ Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

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

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

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

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

Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação.

¹¹² Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6o, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

§ 1o A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

¹¹³ Art. 12. Nos Centros, bem como todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma deste ato (Anexo I), cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13) (BRASIL. Resolução Nº

Feita tal análise do que se trata cada mecanismo, bem como de sua previsão legal, imperioso entender o que em tese, não estaria “funcionando” no ordenamento jurídico atual, qual a aplicabilidade da autocomposição, além do mais, se existe um real incentivo para que ocorra o consenso entre as partes.

De antemão, torna-se vital destacar que, a responsabilidade não pode se dar inteiramente a falta de “atualização” do Código de 1973. Ora, é cediço que, seja qualquer cidadão, desde seu berço é ensinado e instigado ao litígio.

Nesse sentido, não é nenhuma surpresa, tampouco novidade, que nas universidades, faculdades de Direito ensinam o acadêmico a litigar. Não podendo generalizar, ensina Toaldo:

[...] Vive-se em uma sociedade democrática, devido a este fator a discordância faz parte do nosso ser, ou seja, intrínseco no DNA humano, sempre haverá discordância nos mais variados temas e situações, mesmo que estes sejam mínimos. O problema é que o cidadão está litigando cada vez mais. Segundo informações do Conselho Nacional de Justiça,

“O Estado do Rio Grande do Sul é o maior litigante do Brasil na Justiça Estadual. Mais da metade dos processos referentes ao setor público estadual tinha o Estado do RS como parte – o que representa 7,7% das demandas dos 100 maiores litigantes do Poder Judiciário Estadual”[1].

Segundo o Jornal Estadão de São Paulo, em matéria exibida dia 18 de setembro de 2010, em 1990, as Justiças Estaduais, Federal e Trabalhista receberam 5,1 milhões de novas ações. Em 2006 foram 22 milhões. Em 2008, foram ajuizados 25,5 milhões de novos processos. Somando-se essas ações com as que foram protocoladas nos anos anteriores e ainda aguardam julgamento em 2009 começou com 86,6 milhões de ações em tramitação nos três ramos da Justiça¹¹⁴

Ou seja, duras críticas são feitas ao diploma vigente, contudo, deixa de se observar que, qualquer divergência entre as partes se torna motivo para recorrer ao Poder Judiciário, como se este segundo mencionado fosse à única solução.

Não há dúvida que o conflito é necessário e faz parte tanto do ser humano quanto da sociedade, ou seja, a grosso modo, é através de duas opiniões divergentes

125, de 29 De Novembro De 2010. Conselho Nacional de Justiça, Poder Judiciário, Brasília, DF, 29 nov.2010.)

¹¹⁴ Art. 12. Nos Centros, bem como todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma deste ato (Anexo I), cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13) (BRASIL. Resolução Nº 125, de 29 De Novembro De 2010. Conselho Nacional de Justiça, Poder Judiciário, Brasília, DF, 29 nov. 2010.)

que se inicia uma discussão e isso se torna um instrumento para uma construção tanto ideológica quanto cultural de um povo.

O real problema se encontra na cultura que está instalada (cultura do litígio) na sociedade, onde as partes aprenderam que é apenas pelo Judiciário (isso em sua maioria) que se é possível sanar as questões que lhes afligem, como se não houvesse outros meios, ou como se não existisse nenhum incentivo para tanto.

Ainda, nesse sentido, não se pode responsabilizar o Conselho Nacional de Justiça, que por sua vez, incentivou de maneira exemplar a autocomposição. A partir de 2007 através de campanhas tentou estimular a conciliação entre as partes, sendo elas: “Conciliar é legal” (2007); “Conciliar é querer bem a você” (2008); “Ganha do cidadão. Ganha a Justiça. Ganha o País” (2009) e “Conciliando a gente se entende” (2010)¹¹⁵, com o intuito de superar a referida “cultura do conflito”, contudo, tais campanhas não foram suficientes para tanto.

Conforme ante exposto, seja no procedimento ordinário, sumário ou Juizados Especiais, há previsão expressa na legislação que incentivam a autocomposição, bem como, de maneira exemplar o Conselho Nacional de Justiça estimula tal prática. Contudo, claramente conciliar não é a primeira opção dos litigantes. Para que isso efetivamente funcione, a sociedade necessita de uma mudança muito significativa considerando seu desejo pelo litígio, da mesma forma que os juízes deveriam dar mais atenção a este instrumento (o que não ocorre na prática) pelos excessos de demandas ou até mesmo pela conclusão antecipada de que tais tentativas, que em sua maioria restarão infrutíferas.

Apesar de haver os conciliadores (principalmente nos Juizados Especiais Cíveis), o que ocorre é que, as partes na audiência conciliatória são questionadas se há ou não possibilidade de acordo, e, havendo recusa lavra-se o termo da audiência e o processo segue. Tais audiências, ressalvadas as matérias de maior complexidade, duram cerca de minutos, ou seja, é mero formalismo. Não há uma real preocupação com a autocomposição¹¹⁶.

¹¹⁵ Conselho Nacional de Justiça. <http://www.cnj.jus.br>. Resoluções. 2010

¹¹⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Novo CPC: Vale apostar na conciliação/mediação?.2015

Desse modo, considerando todas as dificuldades atualmente enfrentadas na busca de soluções que sejam efetivas, céleres e conseqüentemente mais benéficas para as partes e os demais envolvidos no litígio, necessário entender o que o Código de Processo Civil que precederá o de 1973 trará de inovações.

2.2 O MODELO PROCESSUAL BUSCADO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Entende-se que o sistema processual, assim como os demais “setores” do ordenamento jurídico, deve evidentemente estar em consonância com as garantias constitucionais previstas na Constituição Federal seja de forma explícita ou implícita. Sendo assim, caso o sistema esteja aquém disto, necessária é uma readequação do mesmo, para poder acompanhar as transformações da sociedade, proporcionando a mesma uma justiça satisfatória¹¹⁷.

Considerando que era necessária não apenas uma atualização, mas sim um “repensar” sobre o Processo Civil Brasileiro, criou-se o novo Código. O primeiro feito no regime democrático, primeiro código *tout court*¹¹⁸, como ensina o Professor Didier¹¹⁹ que tramitou no âmbito legislativo totalmente em regime democrático.

Tal criação se deu sem prejudicar, desconsiderar ou até mesmo romper com Código de Processo Civil passado, tendo em vista que muito se aproveitou do código vigente, sendo assim, a comissão de juristas formada em 2010 (responsável pela elaboração do anteprojeto) objetivavam em suma:

- 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados

¹¹⁷ Senado Federal. <http://www.senado.leg.br>. Exposição de motivos do CPC. 2010

¹¹⁸ ³²A expressão é francesa e escreve-se *tout court*. O Dicionário da Língua Portuguesa 2003 da Porto Editora diz que significa «sem mais; só isto; sem haver nada a acrescentar; simplesmente; somente».-

¹¹⁹ JUNIOR, Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil, p. 21

antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão [...] ¹²⁰.

Em se tratando especificamente do objetivo número dois, clara a intenção do legislador em dar ênfase aos institutos da mediação e da conciliação. Nesse contexto, não restam dúvidas de que os meios consensuais para a solução de conflitos são aliados do Poder Judiciário, uma vez que, por consequência de seu papel, acabam por descongestionar o mesmo e trazem soluções mais rápidas aos litigantes, bem como auxiliam na resolução das demandas, que é a principal meta ¹²¹.

Assim, havendo um sistema processual adequado e em harmonia com as garantias constitucionais presentes num Estado Democrático de Direito ¹²², conseqüentemente, o ordenamento jurídico como um todo proporciona uma justiça satisfatória ao jurisdicionado ¹²³.

Porém, não ocorrendo, toda a sociedade reclama por uma mudança que atenda a sua pretensão:

Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo país. Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais [...] ¹²⁴.

¹²⁰ Senado Federal. <http://www.senado.leg.br>. Exposição de motivos do CPC. 2010

¹²¹ ³⁵SILVEIRA, Taís Regina. PICCININI, Marta Luisa. A Mediação Como Meio Alternativo de Composição de Conflitos e Pacificação Social no Direito Contemporâneo. 2014, p. 13.

¹²² ³⁶Consoante leciona o Professor Lenio Luiz Streck: “A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais-sociais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação ou forma de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo material das constituições, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança do status quo da sociedade. Por isso, no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigentecompromissário- valorativo-principiológico” (Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. Novos Estudos Jurídicos - Volume 8, 2003, p. 261.)

¹²³ Senado Federal. <http://www.senado.leg.br>. Exposição de motivos do CPC. 2010

¹²⁴ ³⁸Senado Federal. <http://www.senado.leg.br>. Exposição de motivos do CPC. 2010

Ressalta-se que, tais reclamações da comunidade jurídica, também as reclamações por parte dos jurisdicionados justificam-se não apenas pelo fato de que é necessária a diminuição da morosidade processual, mas sim pela necessidade de estimular a solução de conflitos por autocomposição.

Em face disso, o novo Código de Processo Civil de forma brilhante trouxe em seu âmago algumas novidades no que se refere o estímulo da solução do litígio por autocomposição. Tais novidades atingem não apenas o processo em si ou as partes envolvidas, trata-se sim, de um importante instrumento de desenvolvimento da cidadania¹²⁵.

Em se tratando desse desenvolvimento, numa análise sumária, parece ser um longo caminho a percorrer, projeto a médio e a longo prazo, o que não deixa de ser verdade. De todo modo, tal afirmativa deve ser vista com bons olhos, considerando que, há toda uma preparação para a mudança da cultura do conflito para a cultura da conciliação (mediação, autocomposição).

Ainda, no que tange a instrumento de desenvolvimento de cidadania, atentar-se-á ao sentido mais amplo que essa assertiva pode alcançar, ou seja, as novidades trazidas no Código de Processo Civil de 2015, além de estimular o acordo entre os litigantes antes mesmo do trâmite processual propriamente dito se iniciar, e, além de proporcionar economia, celeridade e eficácia processual, incentiva às partes a participarem na elaboração da norma jurídica que regulará o seu caso em concreto, respeitando sua liberdade¹²⁶. Em que pese todas essas novidades, não se revelam como única forma de mudança, visto que, a raiz do problema é que deve ser tratada.

O Conselho Nacional de Justiça por meio da Resolução nº 125/2010 iniciou a gestão desta política pública com o fim de estimular os meios consensuais no Judiciário¹²⁷. Tal assertiva fica muito clara quando verificadas as considerações presentes em tal resolução (*considerandas*), que revelam com clareza os objetivos do CNJ.

¹²⁵ JUNIOR, Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil, p. 273

¹²⁶ JUNIOR, Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil, p. 278

¹²⁷ BRASIL. Resolução Nº 125, de 29 De Novembro De 2010. Conselho Nacional de Justiça, Poder Judiciário, Brasília, DF, 29 nov. 2010.

Em suma, como ensina Fredie Didier em sua obra¹²⁸ esta Resolução, por exemplo:

a) Institui a Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses (art. 1); b) define o papel do Conselho Nacional de Justiça como organizador desta política pública no âmbito do Poder Judiciário (Art. 4); c) impõe a criação, pelos tribunais, dos centros de solução de conflitos e cidadania (art. 7); d) regulamenta a atuação do mediador e do conciliador (art. 12), inclusive criando o seu Código de Ética (anexo da Resolução); e) imputa aos tribunais o dever de criar, manter e dar publicidade ao banco de estatísticas de seus centros de solução de conflitos e cidadania (Art. 13); f) define o currículo mínimo para o curso de capacitação dos mediadores e conciliadores.[...]

Sendo assim, não há dúvidas que a referida Resolução é um importante instrumento que versa sobre a conciliação e mediação. Da mesma forma, pode-se dizer que o Conselho Nacional de Justiça foi um dos principais agentes (senão o principal) a estimular a autocomposição, abrindo caminho para o novo Código de Processo Civil que recentemente sancionado traz uma nova perspectiva a tal tema.

Não à toa que, o novo diploma processual, confirmando este incentivo, dedica um capítulo inteiro a conciliação e a mediação (art. 165 a 175) bem como, regula no sentido de tentar uma autocomposição antes mesmo de a parte ré apresentar resposta (art. 334 e 695), possibilita a homologação judicial de acordo extrajudicial (art. 515, III; art.725, VIII), permite que seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, s2) e, acordos processuais atípicos (art. 190)¹²⁹.

Ainda, como forma de estímulo a autocomposição e como forma de regular tal instituto, recentemente a Lei 13.140/2015¹³⁰ chamada Lei da mediação foi sancionada entrando em vigor em 180 dias. Ela trata do uso da mediação como forma de resolução de conflitos, inclusive aqueles que envolvam a Administração Pública, com objetivo de reduzir o número de processos no Judiciário.

¹²⁸ JUNIOR, Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil, p. 274, 2015

¹²⁹ JUNIOR, Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil, p. 273 2015

¹³⁰ Lei Nº 13.140, de 26 de Junho De 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997

A referida Lei decorre de dois projetos, o primeiro deles é uma proposta apresentada pelo senador Ricardo Ferraço (PMDB-ES)¹³¹ no ano de 2011 e outra elaborada por uma comissão de juristas em 2013¹³².

Nos termos da lei, a mediação se dará tanto na forma judicial quanto extrajudicial em centros que serão mantidos pelos próprios tribunais. Há a possibilidade de recorrer a este mecanismo, mesmo que já haja uma demanda em andamento (seja judicial ou arbitral). Ocorrendo tal situação, o processo fica suspenso por prazo suficiente para a solução da controvérsia¹³³.

Em suma, o papel do mediador é tentar um acordo entre as partes, podendo, se reunir com elas em conjunto ou de forma separada e ouvir terceiros para entendimento e esclarecimento dos fatos. Caso haja acordo ou caso não exista mais justificativa para tentar obter um consenso entre as partes a mediação se finaliza, seja por declaração do mediador ou por manifestação das partes envolvidas. É possível também a tentativa de consenso por meio da mediação entre órgãos da administração pública ou entre a administração pública e particulares¹³⁴.

Ainda que o Novo Código de Processo Civil traga em seu cerne inovações que estimulem a autocomposição prévia, a referida Lei, pode-se dizer que trata da diminuição de demandas judiciais de forma mais incisiva.

O Relatório da Justiça em Números 2014 mostrou que a Justiça Brasileira chegou a 95,14 milhões de processos em trâmite no ano de 2013. Diante disso, não é necessário um maior conhecimento para se concluir que litigar está intimamente ligado à cultura Brasileira. De todo modo, a Lei sancionada recentemente, vem reafirmar (em um plano legislativo) a política pública desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça desde sua composição, ou seja, tanto a Lei da mediação quanto o Novo Código de Processo Civil corroboram o trabalho do Conselho Nacional de Justiça que vem sendo

¹³¹ Senador Ricardo de Rezende Ferraço pelo Partido PMDB / ES com Mandato no Senado Federal (Espírito Santo) para a 54a e 55a Legislaturas

¹³² Projeto de Lei do Senado, Nº 407 de 2013

¹³³ LEI da Mediação entra em vigor em seis meses. Senado Notícias, Brasília, 29 Jun. 2015

¹³⁴ LEI da Mediação entra em vigor em seis meses. Senado Notícias, Brasília, 29 Jun. 2015.

desenvolvido desde 2006, inclusive mantendo as estruturas criadas pela Resolução 125¹³⁵¹³⁶

3 A “OBRIGATORIEDADE” DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO NO NOVO CPC E A AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES

Como já discutido anteriormente, com a disposição do Novo Código de Processo Civil, a clara intenção do legislador foi a de incentivar a autocomposição entre as partes a fim de que cheguem a um consenso, evitando assim o prolongamento da discussão acerca de quem tem ou não direito sobre algo.

O Novo Código de Processo Civil aprovado neste ano, na parte em que dispõe sobre a conciliação e mediação, reafirma o que o Conselho Nacional de Justiça já vinha tratando através de sua política, bem como, fortaleceu e tratou adequadamente sobre esses institutos, com o objetivo de uma mudança de mentalidade, para que se supere a cultura do litígio e se chegue a cultura do consenso¹³⁷.

Sendo assim, não se pode dizer que o Estado está aquém deste assunto, tendo em vista que, através do poder legislativo e através de políticas públicas (como por exemplo a Resolução 125 CNJ), busca incentivar cada vez mais a busca pelo consenso entre os litigantes.

Nesse sentido, como amplamente já exposto, a conciliação e a mediação vêm como forma de resposta ou alternativa, tanto para desafogar o Poder Judiciário, como também para incentivar as partes para que sejam mais participativas no processo, compreendam o que está em discussão e mudem sua mentalidade de que o litígio é mais benéfico que o consenso, uma vez que não é o que ocorre atualmente.

¹³⁵ ⁴⁹A Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010 é a resolução que institui a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses. Seu objetivo é, segundo o próprio texto, "assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade". Determina aos tribunais de casa estado a criação de uma estrutura voltada para o atendimento de pessoas envolvidas em conflitos possíveis de serem resolvidos extrajudicialmente. Com a emenda, a primeira do ano de 2013, o estímulo à solução extrajudicial de conflitos foi intensificado

¹³⁶ ⁵⁰LEI da Mediação É Sancionada pelo Executivo. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 29 Jun. 2015.

¹³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e mediação judiciais no Projeto de Novo Código de Processo Civil. 2011

Para tanto, possibilitar que as partes decidam qual a melhor forma de solucionar a controvérsia está intimamente ligado ao princípio da autonomia das mesmas, noutros termos, imprescindível que tal liberdade seja respeitada para que não haja violação deste tão importante princípio. Nesse aspecto, em se tratando dos princípios que regem os mecanismos da conciliação e mediação temos:

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada [...] (BRASIL. Lei Nº 13.140, de 26 de Junho De 2015. Presidência da República. Poder Executivo, Brasília, DF, 26 Jun. 2015)

Nessa perspectiva, notório que a autonomia da vontade das partes vem disposta no novo Código a fim de reafirmar que tais princípios devem ser respeitados. O professor Leonardo Carneiro da Cunha defende que no novo diploma, a autonomia será muito valorizada e que o princípio do autorregramento é a grande novidade¹³⁸:

A gente pode chamar de princípio do autorregramento da vontade, talvez esse nome espelhe bem o que se quer dizer. A autonomia da vontade no novo código será muito valorizada. Ao longo de toda a história da doutrina brasileira, sempre se entendeu que a vontade é irrelevante no processo. E o novo código valoriza a possibilidade de as partes autorregrem o processo[...]

Nessa mesma linha de raciocínio, Fredie Didier Jr. ensina que o autorregramento da vontade¹³⁹ é o corolário da liberdade. Assim, na mediação e na conciliação é fundamental que seja respeitada a vontade das partes, tendo elas, a liberdade de definir qual a melhor solução para o conflito em questão.

Ainda, podem as mesmas direcionar-se a definir as regras de procedimento da mediação e da conciliação, até a extinção do procedimento (art. 166 § 4, NCPC¹⁴⁰;

¹³⁸ A Grande Novidade do Cpc é o Princípio do Autorregramento da Vontade. Portal Carreira Jurídica, Recife, 29 Jun. 2015

¹³⁹ O autorregramento da vontade é entendido como o espaço que o direito destina às pessoas, dentro de limites prefixados, para tornar jurídicos atos humanos e, pois, configurar relações jurídicas e obter eficácia jurídica. (LOBO, Paulo. Autorregramento da vontade - um insight criativo de Pontes de Miranda.2013)

¹⁴⁰ Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais

art. 2, II¹⁴¹, Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais – anexo da Resolução n 125/2010 CNJ)¹⁴².

Porém, apesar de tal princípio estar insculpido no art. 166 do CPC, fica clara a intenção do legislador em praticamente obrigar as partes a se submeterem a tal audiência na tentativa de autocomposição, contudo, não possibilitando as mesmas a faculdade de decidir se desejam ou não realizar a audiência prévia (ressalvado o disposto no Art. 334 § 4º do Novo Código de Processo Civil), configurando a não observação do referido princípio¹⁴³.

Ora, o princípio da autonomia da vontade das partes sendo pressuposto, não pode ser violado. O que se percebe é que, o legislador preocupou-se com a liberdade que as partes deveriam ter na realização da audiência conciliatória, contudo, sem possibilitar as mesmas, definirem se desejam ou não que a audiência se realize (ressalvados os casos específicos).

Nesse contexto, a problemática jurídica existente nessa alteração legal tem por objeto a discussão quanto à possibilidade de o ordenamento jurídico obstar que os litigantes escolham ao seu bel prazer se desejam ou não participar da audiência prévia. Noutros termos, significa trazer a baila se tal conduta seria realmente uma violação do princípio da autonomia ou seria uma real demonstração de preocupação por parte do Estado em mudar a mentalidade da sociedade em busca da cultura do consenso.

Em sua obra Gajardoni menciona que:

[...] Um Código tão festejado por ser democrático e dar voz às partes, contraditoriamente, não privilegia a vontade delas; não dispensa o ato, tal como constava na versão do Senado, quando quaisquer das partes (e não apenas ambas) declinarem desinteresse.

Sendo assim, apesar de alguns problemas práticos e pertinentes¹⁴⁴ que o novo Código de Processo Civil traz, inclusive este de que, há um conflito que, de um

¹⁴¹ Art. 2º As regras que regem o procedimento da conciliação/mediação são normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para o bom desenvolvimento daquele, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas: II - Autonomia da vontade - dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento.

¹⁴² ⁵⁶JUNIOR, Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil, p. 277

¹⁴³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Novo CPC: Vale apostar na conciliação/mediação?.2015

¹⁴⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Novo CPC: Vale apostar na conciliação/mediação?.2015

lado está o princípio da autonomia das partes e de outro, dever do Estado em proporcionar uma justiça satisfatória ao jurisdicionado, percebe-se que há tanto a necessidade do Estado ser incisivo e praticamente obrigar as partes a participarem de um audiência prévia na tentativa de conciliação, bem como, há a necessidade de permitir as partes fiquem livres para escolher se desejam ou não participar do ato.

Ainda, nesse giro, o Procurador Federal Rodrigo Matos Roriz, expõe que, a imposição da conciliação por meio de positivação de procedimento específicos em nada contribui para a marcha célere do processo, pelo contrário, teria sim, efeito contrário. O mesmo entende que:

[...] Talvez fosse mais adequado, visando favorecer a prática da conciliação, sem, contudo, retardar o andamento do processo, retirar a previsão de uma audiência autônoma de conciliação, para incluir a oportunidade de resolução do conflito por meio de transação no âmbito da audiência de instrução, como preliminar do ato consecutivo, isto é, a produção da prova oral, quando frustrada a tentativa inaugural da autocomposição. Parece paradoxal, mas creio que aqui tem vez o clichê às vezes o menos é mais. **De qualquer forma, é preciso ter em conta que a solução para o problema da judicialização exacerbada, depende, em larga escala, de uma mudança cultural dos jurisdicionados e de determinados agentes de setores da sociedade**, tais como as instituições financeiras, as operadoras de plano de saúde, as companhias telefônicas, e, mesmo, em alguns casos, o próprio Estado. **(grifo do autor)**¹⁴⁵

De outro lado, o Procurador Federal Wendson Ribeiro chega a conclusão de que o Novo Código de Processo Civil buscou valorizar, fortalecer e de igual modo sistematizar tais mecanismos com o intuito da autocomposição em âmbito nacional, sendo assim, não haveria o que se falar em violação da autonomia das partes, tendo em vista que houve um incentivo de modo muito mais objetivo a conciliação, com procedimentos bem mais definidos a fim de que se busque, meios alternativos para a solução da controvérsia¹⁴⁶

¹⁴⁵ RORIZ, Rodrigo Matos. A Conciliação no Código de Processo Civil Projetado. **Conteúdo Jurídico**, 721 Abr. 2013

¹⁴⁶ RIBEIRO, Wendson. Projeto do novo CPC favorece conciliação?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3750, 7 out. 2013

4 O QUE ESPERAR DA PRÁTICA FORENSE A PARTIR DA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO?

Com o novo Código Civil, que começa a vigor em 2016 (ano vindouro), não se pode esperar grandes mudanças logo de início. Certo que, haverá um tempo de adaptação e a partir daí, sim, possivelmente, perceber mudanças de modo mais significativo.

Tal ponto de vista não é um modo pessimista de analisar a questão, porém, isso se dá pela cultura do litígio que está arraigada no âmbito social brasileiro. Com a nova lei em vigência, haverá uma busca, e em tese, uma maior preocupação em buscar o consenso sumariamente.

Porém, em vão serão essas tentativas se não existir uma mudança no modo de pensar de todos os envolvidos. A preocupação e o foco principal devem ser na busca por esclarecer as partes acerca do que realmente estão litigando e a partir disso, exponham seus interesses, e compreendam que o consenso pode ser uma importante forma (senão a mais importante) de trazer benefício às mesmas.

É necessário compreender que para se alcançar a tão almejada eficácia judicial, e de igual forma, a transformação na mentalidade da sociedade, fundamental que se trate a problemática em seu principal ponto. O desafio é dar uma importância especial ao sistema de ensino, bem como na formação, tendo em vista que, tanto o sistema da justiça, quanto estes dois últimos citados não foram preparados para responder a um novo tipo de sociedade, ou seja, não há outra forma de mudança, a não ser que ocorra uma revolução. Mudar completamente o ensino e a formação de todos os operadores do direito, e nisso se incluem os estudantes, funcionários, membros do ministério público, defensores públicos, juízes e advogados¹⁴⁷

À partir disso, os meios dispostos em lei se apresentam como importantes colaboradores para que, ao invés de se encontrar meios alternativos para a autocomposição, sejam encontrados meios adequados. Um meio alternativo é tratar o problema de maneira superficial, considerando que, nesse caso, há tanto uma opção

¹⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da Justiça, p. 54.

quanto outra, e, nos meios adequados, são aqueles meios próprios para determinado efeito/objetivo¹⁴⁸. Ter várias opções (Nova disposição acerca da conciliação e mediação no NCPC, Lei da mediação, Resolução 125/2010 CNJ) para a tentativa de autocomposição de nenhum modo é ruim, mas ter meios adequados que supram a necessidade do jurisdicionado de maneira que o mesmo espera é de longe mais benéfica.

Esperar que as alterações trazidas pelo novo Código de Processo Civil no que tange aos meios de autocomposição sejam o principal remédio para a mudança de cultura da sentença para a cultura da pacificação¹⁴⁹ é um modo simplista de visualizar todo esse conjunto de problemas. Ainda assim, é um importante passo e deve-se apostar nisso a fim de que tal marco legal seja o início de uma caminhada para a busca da pacificação.

CONCLUSÃO

Tendo em vista os aspectos analisados, percebe-se que a conciliação e a mediação estão previstas legalmente no Brasil desde o ano de 1973. Contudo, isto não necessariamente significa que tais mecanismos eram satisfatórios em seus fins.

A morosidade processual aliada a falta de adequação das normas do Código de Processo Civil de 1973, fizeram com que a comunidade jurídica e em especial os jurisdicionados reclamassem por inovações que viessem a sanar suas expectativas, noutros termos, buscou-se uma alternativa que proporcionasse mais celeridade, economia e efetividade ao processo. Em 2010 uma comissão de juristas foi selecionada para iniciar o projeto de um novo diploma processual, que neste ano foi sancionado, passando a vigor no ano seguinte. Em seu conteúdo, houve algumas alterações no que tange a conciliação e a mediação. A primeira citada foi praticamente imposta como obrigatória no início do processo.

¹⁴⁸ Conceito de acordo com o Dicionário Aurélio. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio. 1975.

¹⁴⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Novo CPC: Vale apostar na conciliação/mediação?.2015

Nesse sentido, o escopo do presente trabalho foi analisar se tal obrigatoriedade fere ou não a autonomia da vontade das partes. É de conhecimento que com o Novo Código de Processo Civil os litigantes possuem ampla liberdade de autorregularem o processo (observados os casos em que isso é possível), contudo, no que tange a escolha se desejam ou não tentar a autocomposição no início do processo não lhes foi proporcionado.

De um lado há o Estado com o dever de incentivar a conciliação entre os conflitantes e de outro existem os jurisdicionados que desejam estar livres para decidir se querem ou não tentar uma conciliação. Nesse âmbito, cumpre mencionar que o Estado como forma de estímulo, sancionou a Lei 13.140/2015, chamada de Lei da mediação com objetivos claros de reduzir o número exorbitante de processos no Judiciário, ou seja, tal lei é uma aliada ao novo diploma processual, porém, não depende apenas desta para a mudança da nossa cultura.

Nesse norte, ficou evidenciado que a necessidade pelo litígio está intimamente ligada a sociedade em apreço, ou seja, desde a formação acadêmica os operadores são ensinados e instigados a litigarem, e, de outro vértice, as partes que em sua maioria, buscam na justiça a solução de qualquer controvérsia, ainda que esta seja uma simples divergência. Portanto, ainda que haja por parte do Estado um grande incentivo para diminuir o número de demandas e de igual forma buscar uma composição amigável nos processos judiciais, é necessário também que as partes se conscientizem que conciliar só traz benefícios.

Diante disso, além da necessidade de buscar meios adequados para a solução de conflitos antes mesmo que a demanda propriamente dita se inicie, imperioso, que haja uma conscientização por parte de toda a sociedade, e principalmente das partes, de que a cultura do litígio, hoje arraigada em nosso sistema, deve ser superada, dando lugar a cultura do consenso, para que, a partir disso, o sistema processual como um todo comece realmente a ser satisfatório para todos os envolvidos.

Não havendo uma mudança no que tange a cultura do litígio, o Novo Código de Processo Civil não poderá, de maneira satisfatória, suprir a necessidade dos envolvidos, uma vez que, o novo diploma é uma ferramenta que auxilia as partes a chegarem a um consenso, porém, ficará prejudicado se tal iniciativa não partir delas.

REFERÊNCIAS

A Grande Novidade do Cpc é o Princípio do Autorregramento da Vontade. **Portal Carreira Jurídica**, Recife, 29 Jun. 2015. Disponível em: <<http://portalcarreirajuridica.com.br/noticias/a-grande-novidade-do-cpc-e-oprincipio-do-autorregramento-da-vontade> >. Acesso em: 18 Jun. 2015

Arbitragem: conceito, natureza jurídica, hipóteses de aplicação e modalidades. **Consultor Jurídico**. 05 de dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,arbitragem-conceito-naturezajuridica-hipoteses-de-aplicacao-e-modalidades,51150.html>>

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Presidência da República.

Poder Executivo. Brasília, DF, 11 Jan. 1973 BRASIL. **Lei 9.099, de 26 de Setembro de 1995**. Presidência da República.

Poder Executivo, Brasília, DF, 26 Set. 1995.

BRASIL. **Lei Nº 13.140, de 26 de Junho De 2015**. Presidência da República. Poder Executivo, Brasília, DF, 26 Jun. 2015

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado, Nº 407 de 2013**. Poder Legislativo. Senado Federal. Brasília, DF, 13 out. 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado, Nº 4827 de 1998**. Poder Legislativo. Senado Federal. Brasília, DF, 19 jun. 2013.

BRASIL. **Resolução Nº 125, de 29 De Novembro De 2010**. Conselho Nacional de Justiça, Poder Judiciário, Brasília, DF, 29 nov. 2010.

CNJ emenda Resolução 125 para estimular conciliação. **Consultor Jurídico**. 13 de fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-13/cnjemenda-resolucao-125-estimular-mediacao-solucao-conflitos>>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resoluções**. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/377-rodape/acoes-e-programas/programasde-a-a-z/movimento-pela-conciliacao/campanhas-movimentos-pelaconciliacao>>. Acesso em: 01 maio. 2015

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio**. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/>>. Acesso em: 20/08/2015.

FUZETTI, Bianca Liz de Oliveira. **Arbitragem - Conceito, natureza jurídica, hipóteses de aplicação e modalidades**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/34382/arbitragem-conceito-natureza-juridicahipotese-de-aplicacao-e-modalidades>>. Acesso em: 23 julho 2015

GAJARDONI: Fernando. **Novo CPC: Vale apostar na conciliação/mediação?** Disponível em: <<http://jota.info/novo-cpc-vale-apostarna-conciliacaomediacao>>. Acesso em 20.02.2015

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Conciliação e mediação judiciais no Projeto de Novo Código de Processo Civil**. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242877/000923075.pdf?sequence=1>>. Acesso em 03 junho. 2015.

JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**. 2015. 17ª. ed: JusPODIVM, 2015

LEI da Mediação entra em vigor em seis meses. **Senado Notícias**, Brasília, 29 Jun. 2015. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/06/29/lei-da-mediacaoentra-em-vigor-em-seis-meses>>. Acesso em: 29 Jun. 2015. LEI da Mediação É Sancionada pelo Executivo. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 29 Jun. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79761-com-apoio-do-cnj-lei-da-mediacao-esancionada-pelo-executivo>>. Acesso em: 29 Jun. 2015

LOBO, Paulo. **Autorregramento da vontade - um insight criativo de Pontes de Miranda**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25357/autorregramentoda-vontade-um-insight-criativo-de-pontes-de-miranda>>. Acesso em: 20/08/2015

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9685&revista_caderno=21>. Acesso em 17 junho 2015

PISKE, Oriana. **Objetivos dos Juizados Especiais**. 2012. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2012/objetivos-dosjuizados-especiais-juiza-oriana-piske>>. Acesso em 17 junho 2015

RIBEIRO, Flávia Pereira. **A introdução da audiência *initio litis* – de conciliação ou mediação – no Código de Processo Civil**. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242890/000923106.pdf?sequence=1>>. Acesso em 03 junho 2015

RIBEIRO, Wendson. Projeto do novo CPC favorece conciliação?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3750, 7 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25432>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

RORIZ, Rodrigo Matos. A Conciliação no Código de Processo Civil Projetado. **Conteúdo Jurídico**, 721 Abr. 20134. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-conciliacao-no-codigo-de-processocivil-projetado,47757.html>>. Acesso em: 15 jul. 2015

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça**. 3 ed.

SENADO FEDERAL. **Exposição de motivos do CPC. 2010**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/160823.pdf>>. Acesso em 30 abril. 2015

SILVEIRA, Taís Regina. PICCININI, Marta Luisa. **A Mediação Como Meio Alternativo de Composição de Conflitos e Pacificação Social no Direito Contemporâneo**. Disponível em: <<http://www.univates.br/revistas/index.php/destaques/article/viewFile/628/593>>. Acesso em: 10 junho 2015

SPENGLER, Fabiana Marion. NETO, Theobaldo Spengler. **Mediação Enquanto Política Pública: A teoria, a prática e o projeto de lei**. 2010. 1ª. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil**. Novos Estudos Jurídicos - Volume 8, 2003.

TOALDO, Adriane Medianeira. **A cultura do litígio x a cultura da mediação.**

Disponível

em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10859>. Acesso em: 14 julho 2015

