

UNIVERSIDADE ESTACIO DE SÁ

CESAR FELIPE CURY

**PROTOSCOLOS PRÉ-PROCESSUAIS: A INSTITUIÇÃO DE UMA
ETAPA PRELIMINAR AO PROCESSO COMO FORMA DE
PREVENÇÃO E GESTÃO COOPERATIVA DOS CONFLITOS**

Rio de Janeiro
2017

CESAR FELIPE CURY

**PROTOCOLOS PRÉ-PROCESSUAIS: A INSTITUIÇÃO DE UMA
ETAPA PRELIMINAR AO PROCESSO PARA A PREVENÇÃO E
GESTÃO COOPERATIVA DOS CONFLITOS.**

Dissertação apresentada à Banca de apresentação do programa de Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, área de concentração Direito Público e linha de pesquisa Acesso à Justiça e Efetividade do Processo.

Orientador: prof. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Rio de Janeiro
2017

C982p Cury, Cesar Felipe
Protocolos pré-processuais: a instituição de uma etapa preliminar ao processo como forma de prevenção e gestão cooperativa dos conflitos. / Cesar Felipe Cury. – Rio de Janeiro, 2017.

145 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, 2017.

1. Direito processual. 2. Jurisdição. 3. Acesso à Justiça. 4. Meios alternativos de solução de controvérsias. 5. Interesse de agir. 6. Negócios processuais. 7. Fase pré-processual. 8. Protocolos pré-processuais. I. Título.

CDD 340.1



Estácio

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação

**PROTÓCOLOS PRÉ-PROCESSUAIS: A INSTITUIÇÃO DE UMA ETAPA
PRELIMINAR AO PROCESSO COMO FORMA DE PREVENÇÃO E GESTÃO
COOPERATIVA DOS CONFLITOS**

elaborada por


CESAR FELIPE CURY

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de

MESTRE EM DIREITO

Rio de Janeiro, 27 de julho de 2017.

BANCA EXAMINADORA


Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes – Presidente
Universidade Estácio de Sá


Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Universidade Estácio de Sá


Prof. Dr. Marcos Alcino de Azevedo Torres
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

*A Amanda, companhia de sempre.
Aos meus filhos Pedro, João, Daniel e Mateus.*

AGRADECIMENTOS

Alcançar o termo final de mais etapa na vida é sempre motivo de comemoração. Mas não há comemoração que não deva ser precedida de reconhecimentos e agradecimentos àqueles que contribuíram para o seu atingimento. No meu caso, as contribuições de amigos e orientadores superam em quantidade e qualidade o trabalho por mim mesmo realizado, que resta diminuto.

O curso de mestrado, iniciado em momento de relativa trégua nas agitações e exigências do trabalho diário no Tribunal, logo se acomodou em espaço que passei a dividir com outros desafios que somente a imprevisão me levou a aceitar, inicialmente no Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Cidadania e, em seguida, no Fórum Nacional de Mediação e Conciliação, tarefas que igualmente me proporcionam extrema satisfação. Mais recentemente, por incauto, assumi o Fórum Permanente de Práticas Restaurativas e Mediação e Coordenação na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Se os inúmeros afazeres subtraíram tempo e qualidade aos trabalhos desenvolvidos, por outro lado me proporcionaram o descortino de novos horizontes profissionais e acadêmicos e novas amizades. E é aos amigos de antes e de agora que destino todo o meu agradecimento.

Primeiramente, a minha esposa, Amanda, companheira paciente de todas as horas, ela mesma em pleno curso de mestrado, e aos meus filhos, pela compreensão pelos momentos suprimidos ao nosso convívio.

Sem o auxílio fraterno do querido amigo Francisco Silva Guerreiro, o Chico, quase nada teria sido produzido. Assim também aos meus queridos parceiros de trabalho e assessores Luciana da Hora, Joice, Flavia e Brito. Agradeço ainda ao amigo e colega Alexandre de Freitas Câmara pelas conversas sobre vários dos temas abordados neste trabalho. A Nilton Cesar Flores, os agradecimentos pela amizade e atenção desde antes do início dos estudos.

Não posso deixar de registrar o sincero reconhecimento e o agradecimento a Humberto Dalla pela disponibilidade e apoio, imprescindíveis nesta incursão acadêmica.

A Aloisio Mendes, meus sinceros e profundos agradecimentos pela enorme generosidade na tarefa árdua de orientar um aprendiz incipiente.

RESUMO

O desenvolvimento científico de institutos do direito e do processo permitiu alcançar um modelo de processo civil cooperativo e democrático, em que às partes se garante autonomia para participar ativamente do seu gerenciamento. O novo Código de Processo Civil revela a intenção do legislador brasileiro em ampliar os meios de alcance dos objetivos da prestação jurisdicional, ao contemplar outras modalidades de acesso à solução justa e adequada e permitir convenções sobre o procedimento, prescindindo de maior grau de intervenção judicial. Sob este enfoque, o presente trabalho procura investigar, no novo diploma processual, mecanismos e técnicas para a solução adequada dos conflitos e a flexibilização do procedimento, como os protocolos pré-processuais, presentes numa concepção de processo comunidade de trabalho cooperativa, que garanta a participação ativa dos interessados e sujeitos processuais.

Palavras-chave: Direito processual. Jurisdição. Acesso à Justiça. Meios alternativos de solução de controvérsias. Interesse de agir. Negócios Processuais. Fase pré-processual. Protocolos pré-processuais.

ABSTRACT

The scientific development of institutes of law and the process allowed to achieve a model of cooperative and democratic civil process, in which the parties guarantee autonomy to participate actively from your management. The new code of Civil procedure reveals the intention of the legislator to extend the media in achieving the goals of the jurisdictional provision, while contemplating other methods of access to fair and adequate solution and allow conventions on procedure, precluding greater degree of judicial intervention. Under this approach, this paper seeks to investigate in the new law, procedural mechanisms and techniques for the proper solution of conflicts and the flexibility of the procedure, such as pre-trial protocols present a conception of community cooperative working process, ensuring the active participation of the parties and subject.

Key-words: procedural law. Jurisdiction. Access to justice. Alternative of dispute resolution. Interest. Procedural Business. Pre-trial discovery phase. Pré-action protocols.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. O Judiciário Brasileiro.....	16
1.1. Breve panorama da justiça no Brasil	16
1.2. Os limites do judiciário.....	20
1.3. Do preparo do processo e do acesso prévio aos dados	22
1.4. Adoção dos métodos consensuais	24
1.5. O judiciário e as demandas	27
1.6. A experiência processual.....	28
2. Jurisdição	30
2.1. Generalidades	30
2.2. Processo	33
2.3. Procedimento	37
2.4. Jurisdição e o acesso ao Poder Judiciário	40
2.5. Jurisdição e Direito de Ação no Estado Constitucional	40
2.6. Jurisdição - breve digressão histórica.....	43
2.7. Contraditório.....	46
2.8. A etapa prévia e o contraditório	49
2.9. Prova	49
2.10. Jurisdição Compartilhada: um novo conceito de jurisdição.....	52
3. Acesso à Justiça.....	55
3.1. O Projeto de Florença.....	57
3.2. Acesso à ordem jurídica justa.....	61
3.3. Acesso à Justiça e Acesso ao Judiciário	68
3.4. O esgotamento e a revisão conceitual do acesso ao judiciário	72
3.5. Processo justo	75
3.6. Efetividade.....	78
4. Desjudicialização e Flexibilização do Processo	81
4.1. A formalidade procedimental	88
4.2. Desjudicialização, autorregramento da vontade e autocomposição.....	90
4.3. A cooperação como norma fundamental do CPC/15	91
4.4. A boa-fé objetiva e a responsabilidade na flexibilização processual	93

5. ELEMENTOS PARA UMA FASE PRELIMINAR AO PROCESSO	96
5.1. Métodos Consensuais de Solução de Conflitos: uma alternativa efetiva ao processo judicial	96
5.2. A participação das partes no processo civil	99
5.3. A aproximação entre institutos das tradições do <i>civil law</i> e da <i>common law</i>	100
5.4. O processo cooperativo: convívio interativo entre partes e juiz.....	102
5.5. A instituição da fase pré-processual e a releitura do direito de ação e do interesse processual.....	104
6. Protocolos processuais.....	106
6.1. Considerações Gerais	106
6.2. Natureza Jurídica.....	106
6.3. Objetivos dos Protocolos	109
6.4. Os acordos para evitar o processo	111
6.5. As convenções pela arbitragem.....	112
6.6. Protocolos	112
6.7. Protocolos para solução pré-processual	118
6.8. A fase preliminar dos protocolos.....	118
6.9. Modalidades de instituição de protocolos	119
6.9.1. Protocolo por convenção	119
6.9.2. Protocolos legais	120
6.9.3. Protocolos pré-processuais institucionais	122
6.10. Protocolos bilaterais.....	132
6.11. Competência legislativa para a implementação de protocolos institucionais	132
Conclusão.....	135
Referências	139

INTRODUÇÃO

A principal angústia daqueles que levam a sério o direito processual talvez seja encontrar a melhor combinação entre um processo democrático e a efetividade da decisão judicial.

Desde que a autonomia do direito processual em relação ao direito material conduziu o processo ao plano de instrumento fundamental ao exercício da jurisdição, estudiosos de várias escolas do pensamento jurídico-processual se deparam com o desafio de torná-lo mais eficiente naquele que é o seu principal propósito: permitir a solução da crise de direito de modo justo e democrático por uma norma jurídica produzida a tempo razoável¹.

Essa parece uma exigência ainda maior nos tempos atuais, à luz do neoconstitucionalismo ou neoprocessualismo, e diante do grave desequilíbrio no Judiciário em razão da busca pela jurisdição como forma primária de solução de conflitos.

Fenômenos que se desdobram na evolução sociopolítica, a integração econômica e cultural e o desenvolvimento acentuado das ciências (tecnológica, política e social) e dos meios de comunicação, engendraram a interseção entre países e culturas (globalização), o que proporcionou o surgimento de novos direitos, condizentes aos padrões políticos e sociais contemporâneos.

Nesse contexto, é intuitivo que, na esteira dos novos direitos, o advento de novos e diversificados conflitos – dos mais simples, como os decorrentes das relações triviais de consumo, aos mais complexos, como os estruturais e coletivos – sejam reclamados por uma sociedade com acesso crescente à informação, e ávida por vislumbrar tais direitos integrados ao seu cotidiano, com segurança e presteza.

O anseio pela garantia de direitos tem sido direcionado quase que exclusivamente à jurisdição estatal, sem intermediação ou ajuste prévio, principalmente em razão da uma interpretação ideologizada da garantia constitucional de acesso à justiça como sinônimo de acesso ao judiciário, cuja estrutura, a despeito dos ingentes esforços empenhados, nem sempre se mostra adequada para tratar o conflito e apresentar à sociedade uma resposta justa e em

¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 86.

tempo razoável e proporcional, provocando a percepção generalizada de que o serviço judicial, em larga medida, é ineficiente.

A despeito disso, o acesso crescente e imediato ao Judiciário exhibe sintomática assimetria. Registros recentes do Conselho Nacional da Justiça mostram que em 2016 ingressaram nos tribunais mais de vinte e sete milhões de novos casos, mesmo período em que mais de vinte e oito milhões de processos foram julgados. Esses dados apontam para uma produtividade média individual superior 1.800 casos resolvidos, com carga de trabalho correspondente a seis mil processos por magistrado². Mesmo assim, a taxa de congestionamento de 72% deixa exposta a insolubilidade, no curto ou médio prazo, de uma crise sistêmica e autoalimentada, e a obsolescência dos mecanismos atualmente disponíveis, o que desafia a investigação científica para o desvendamento de novas soluções.

O sistema judiciário é estruturado em razão da jurisdição³ e do processo, concebido como ato jurídico complexo e sequenciado destinado a servir como suporte instrumental à produção normativa concreta pela jurisdição, movimentada a partir do exercício do direito de ação. Contudo, sob essa perspectiva, a rotina diária dos tribunais tem mostrado que o processo é insuficiente ou inapropriado ao atendimento de sua principal finalidade, o que invariavelmente suscita discussões acerca da sua natureza exclusivamente pública e dos limites da jurisdição, da sua indispensabilidade e da necessidade de flexibilização e adequação para um melhor atendimento aos interesses dos litigantes, aventando-se alternativas como a extensão do processo a etapas pré e para-judiciárias e a maior participação dos próprios interessados.

A discussão ganha maior relevância quando se constata que a tendência verificada em outros setores da administração pública, acerca do compartilhamento de funções tradicionalmente estatais com titulares de interesses particulares, também se aproxima e pode ser validamente empregada no processo e no sistema judiciário.

² CNJ - Justiça em Números. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>. Acesso em 12 jun. 2017.

³ "A jurisdição é função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo (c), reconhecendo/efetivando/protégendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), e decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível", conforme Fredie Didier Jr., *in* Curso de Direito Processual Civil, Salvador: JusPodium, 2017, p. 173.

A realidade tem mostrado novos institutos jurídicos que permitem o desempenho de atividades públicas por particulares, numa relação participativa – por exemplo, nas formas convencionais de outorga do serviço, como as concessões, há muito consolidadas –, e que mais recentemente alcançaram a atividade tipicamente legislativa, ao se admitir, por exemplo, a autorregulação por determinados segmentos privados ou mistos, como as agências e os conselhos reguladores. Como referido, o exercício de atividades antes tidas como exclusivamente estatais através da divisão de tarefas entre os setores público e privados abre campo a uma atuação compartilhada também no judiciário e no processo.

Essa realidade parece não ter passado despercebida ao legislador. O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) segue tendência internacional de maior democratização do processo e de ampliação do conceito de jurisdição para admitir uma relação com participativa na relação entre litigantes e juiz, baseada na boa-fé (art. 5º), na cooperação (art. 6º), na decisão informada (art. 9º) e no direito de efetiva influência na decisão (art. 7º), e no estímulo às soluções extraprocessuais (art. 3º), consensuais ou arbitrais, sempre sob a primazia do equacionamento da questão controvertida ou mérito (art. 4º).

A legislação processual substituída passou por sucessivas modificações, esparsas e pontuais, desde meados da década de 90, com a nítida intenção de adequá-la às tendências que já se verificam em outros países. Diante das graves dificuldades que se prenunciavam, as reformas tiveram como objetivo imediato acelerar a tramitação do processo, por meio do melhor trato das questões massificadas e de nova sistemática dos recursos. Todavia, as modificações, desvinculadas de qualquer sistematização, resultaram na desnaturação da legislação codificada, o que deu ensejo, com a profusão de remendos legais, a contradições de difícil superação, resultando indispensável a edição de um diploma completamente novo, sistematizado e aderente ao contexto contemporâneo.

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15)⁴ é o mais recente estágio de uma tendência que no Brasil tem sido verificada com mais intensidade a partir da

⁴ Novo Código de Processo Civil – Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 13 out. 2016.

Emenda Constitucional 45/04⁵, a qual pretendeu conferir maior racionalidade ao trânsito processual.

Baseado em um conjunto de normas fundamentais de inspiração constitucional e matriz axiológica centrada na dignidade da pessoa (art. 8º), o CPC/15 coloca o processo e a jurisdição a serviço da cidadania e da solução adequada dos conflitos, com metodologia que visa a um só tempo vencer o problema e legitimar a sua solução. Para esse desígnio, conforme consta da Exposição de Motivos, a primeira etapa foi a de detectar as barreiras para a prestação de uma justiça rápida; a segunda, legitimar democraticamente as soluções.

É inegável que o Código de Processo Civil se distancia do publicismo, característico da legislação anterior, ao promover os interessados ao protagonismo nos destinos do procedimento e à participação efetiva na construção da solução. Com efeito, o CPC/15 mostra a virtude de uma estrutura mais simples e racional, que privilegia institutos democratizantes e endossa a tendência ao compartilhamento de faculdades, ônus, deveres e responsabilidades entre o estado-juiz e o particular, ao encontro do que há tempos reclamava a teoria e a doutrina científica.

O princípio da liberdade de autorregramento da vontade, a partir da previsão de uma cláusula geral de negócios jurídicos no CPC/15, permite às partes disporem sobre o procedimento para adaptá-lo ao melhor equacionamento dos conflitos, facultada a sua instituição, mediante convenções ou protocolos, preferencialmente antes do início do processo, o que contribui para a conformação de um processo mais democrático e com maior potencial de efetividade.

A par disso, no CPC/15 se pode identificar outros institutos voltados a proporcionar a solução da crise de direito material por mecanismos que dispensam ou exijam parcela mínima do processo judicial contencioso. Como exemplo dessa ampliação, o legislador predispôs às partes, por meio de procedimento exíguo, a possibilidade de obtenção e conhecimento de dados de informação que permitam viabilizar o meio mais adequado de solução do conflito, ou mesmo evitar a necessidade de manejo de uma ação judicial.

⁵ EC nº 45/2004. Fonte: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 08 fev. 2017.

Neste trabalho pretende-se investigar a sistematicidade que resulta da correlação entre os vários dispositivos voltados ao tratamento prévio dos conflitos sob o protagonismo dos próprios interessados, e que situam o estado-juiz em posição horizontal em relação às partes, para que, de modo coordenado entre ônus, poderes, faculdades e deveres específicos, os atores do processo cooperem na coprodução da solução mais democrática, justa, efetiva e em prazo proporcional à complexidade do caso.

A conjugação entre as várias disposições do CPC/15 mostra a necessidade de maior detalhamento na normatização das atividades prévias ao processo, o que parece ter sido propositalmente legado pelo codificador ao legislador procedimental ou aos próprios interessados, entre si ou em conjunto com o Judiciário, por meio das convenções processuais ou de protocolos pré-processuais.

A novidade dos temas tratados e a percepção dessa abertura legislativa para a sobrerregulação legal ou convencional estimulam a pesquisa sobre institutos pouco explorados pela doutrina brasileira, como os negócios processuais, e a investigação comparativa de institutos correlatos, analisando-se outros ordenamentos jurídicos. Da mesma forma, interessa verificar os efeitos decorrentes da aplicação prática desses mecanismos, a interpretação pelos tribunais e os aportes teóricos e científicos, sendo intuitivo que os protocolos pré-processuais institucionais dos direitos francês, italiano e inglês respondem com maior identificação a essa exigência.

No primeiro capítulo deste estudo, à guisa de introdução, uma visão panorâmica, seguido de um breve histórico, mostra o quadro geral do judiciário brasileiro. No segundo capítulo, realiza-se uma incursão sobre a teoria geral e o direito processual civil pátrio, retratando, num quadro evolutivo, ainda que de modo sucinto, o instituto da jurisdição, desde suas origens até a tendência à repartição de funções tradicionais entre juiz e particular. Sob esse aspecto são ainda analisados alguns outros pontos da teoria geral, como o processo e o procedimento, o direito de ação e as condicionantes para o seu exercício, em especial o interesse de agir, com enfoque a partir das concepções contemporâneas sobre o tema⁶.

⁶ No ponto, ressalte-se a existência de divergência entre doutrinadores acerca da unidade da teoria geral do processo. Podem-se encontrar processualistas penais que são refratários à unidade teórica, assim como juristas expoentes nacionais os quais sinalizam que o estudo sistematizado das diversas categorias processuais recomenda a unidade.

A segunda parte deste trabalho se destina a investigar o acesso à justiça e o desvirtuamento do uso do sistema judiciário provocado pelas mudanças ocorridas na sociedade brasileira do último quarto de século, o que justifica a busca de elementos no direito estrangeiro, inclusive os típicos da tradição do *common law*, para o seu aperfeiçoamento. Temas como a constitucionalização do direito e a elevação do status do judiciário como responsável pela efetivação dos direitos sociais, e questões como demandas repetitivas derivadas das relações de consumo de massa e o fenômeno da judicialização, litigância habitual, confusão entre acesso à justiça e acesso ao judiciário, e os custos pelo uso da jurisdição estatal, são confrontados com as perspectivas que exsurgem da nova configuração do conceito de jurisdição e de acesso à solução justa.

Em seguimento, abordam-se os fenômenos da desjudicialização e da flexibilização do processo. Também serão explorados aspectos do autorregramento da vontade das partes e dos mecanismos de autocomposição e suas modalidades, e como o estímulo à sua utilização em fase precedente ao processo, com ferramentas adequadas, pode induzir a um novo paradigma comportamental da sociedade, ademais, uma política pública sob a responsabilidade principal do Judiciário.

Na sequência, pretende-se investigar as medidas que permitem modificar o procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, como as convenções processuais e os protocolos pré-processuais, buscando-se no direito comparado, especialmente no direito francês, a identificação das matrizes metodológicas, principais características e aplicações destes institutos, que se difundem internacionalmente, inclusive e principalmente pelos países do *civil law*, para aplicação no direito brasileiro. Especificamente, tratar-se-á da possibilidade de implementação dos protocolos em fases pré-processual.

Nesse ponto, busca-se estabelecer a relação interdisciplinar entre o direito e a sociologia, pela análise do compartilhamento da jurisdição tradicional com aquela que, por extensão, é praticada nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, os quais constituem a esfera pública de uma criativa e efetiva participação popular em novas formas de jurisdição. Pretende-se investigar a possibilidade de integração entre medidas instituídas em ambiente pré-processual por meio protocolos e a etapa que se desenvolve nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, notadamente nos tribunais estaduais.

Nessa relação, identifica-se certa vocação do nosso tempo para uma jurisdição compartilhada, em que as convenções e os protocolos podem ser validamente instituídos para utilização predominante nos referidos Centros, o que tende a modificar paradigmaticamente o modo de acesso à Justiça e à solução justa dos conflitos, assim contribuindo para o reequilíbrio do judiciário, a segurança jurídica e a pacificação social.

A última parte destina-se a apontar uma agenda para um Judiciário compatível com os valores do século XXI, baseado num conceito amplo de acesso aos mecanismos de solução dos conflitos.

1. O JUDICIÁRIO BRASILEIRO

1.1. Breve panorama da justiça no Brasil

O atual cenário do Judiciário brasileiro exhibe os sinais de dificuldades operacionais sistêmicas, reflexo de grave assimetria na busca daquele que é tido como o principal mecanismo de solução dos conflitos da sociedade, por sua vez resultado das desigualdades socioeconômicas e culturais do país e de um conjunto normativo processual que se mostrou inadequado ao longo das últimas décadas. Com um quadro de hipertrofia e disfuncionalidade, o Judiciário exhibe os mesmos sintomas dos demais setores públicos, provocando tanto na população em geral quanto nos segmentos especializados a percepção de ineficiência que alia o alto custo econômico e temporal à baixa efetividade do serviço, a exemplo do que ocorre nas áreas da saúde, da educação e da segurança pública.

Todavia, a despeito da opinião pública de que a Justiça é cara, lenta e inefetiva, observa-se um comportamento paradoxal que preserva um fluxo contínuo, quase sempre em ascensão, de demandas de todos os tipos ao Poder Judiciário, sem qualquer preparo antecipado e a despeito da disponibilidade pela sociedade de outros modos menos onerosos para a solução dos conflitos.

A perpetuação desse circuito é induzida pela convicção de que os tribunais são o meio único e exclusivo a quem pretenda ver solucionado um litígio, o que contribui para uma hipertrofia que torna o sistema ainda mais ineficiente, com a inevitável usurpação de tempo e de recursos da sociedade sem que a contrapartida de um serviço efetivo que seja prestado com qualidade e eficiência, como prevê a Constituição.

O quadro de disfuncionalidade mostra-se ainda mais grave na medida em que se constata que o universo de mais de cem milhões de processos⁷ – esse indicador, mesmo isolado, é um dado estarrecedor – corresponde ao acesso por parcela restritíssima da população, enquanto a maior parte sequer consegue alcançar as informações e os meios necessários à formação de opinião e tomada de consciência dos direitos que lhes facultaria o acesso ao ordenamento jurídico justo⁸.

⁷ CNJ – Justiça em Números. *Op. Cit.* Acesso em: 12 jun. 2017.

⁸Deve-se a Cappelletti e a Garth a identificação das dificuldades informacionais como limitador do acesso à justiça. Confira-se em CAPPELLETTI, Mauro. Métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994.

Por isso, afirma-se corretamente que o Judiciário brasileiro, além do baixo grau de efetividade, é extremamente seletivo, privilegiando os que detêm poder econômico e informacional, em detrimento das camadas sociais desprovidas de recursos e de apoio público, a despeito de todas as iniciativas de reformas legislativas e burocráticas promovidas continuamente desde o primeiro termo da redemocratização do país.

Traçar um diagnóstico aproximado desse quadro é tarefa ingente, e desafia a teóricos e pesquisadores das várias ciências sociais, além de doutrinadores das letras jurídicas, sem que se consiga apontar fator único responsável ou o principal predisponente à formação do espectro atual.

Há paradoxos de difícil entendimento. Por exemplo, o mesmo quadro de ineficiência, revelado pelo longo tempo desde o ajuizamento da ação até o efetivo cumprimento da sentença judicial, se contrapõe ao índice de produtividade dos magistrados, dentre os mais elevados⁹.

De qualquer modo, parece consensual a presença de alguns aspectos históricos, culturais e sociológicos que explicam ao menos parte do problema, sendo necessária breve digressão retrospectiva.

O Conselho Nacional de Justiça¹⁰ aponta, em 2015, a existência de cerca de 100 milhões de processos no Judiciário brasileiro, com índice de represamento oscilando em torno de 70%. Anualmente, ainda de acordo com o CNJ, cerca de 30 milhões de novos casos aportam nos tribunais do país, percentual que não consegue sequer estabilizar, a despeito da elevada produtividade de juízes e servidores. Os dados indicam um crescimento persistente do acervo a um alarmante percentual médio de 3,4 ao ano¹¹.

A quantidade de processos e a ineficiência dos tribunais são a principal razão das iniciativas legislativas em reformas pontuais e sistêmicas na nossa legislação desde meados da década de 1980, embora esse não seja um fenômeno

⁹ CNJ Justiça em Números. Brasília: 2016. p. 24. Dados de 2017 apontam para uma produtividade superior a 109% na primeira instância.

¹⁰ *Justiça em Números – Levantamento Estatístico do Poder Judiciário*. Dados de 2016, ano-base 2015, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2016.

¹¹ Em números absolutos, a diferença representa um aumento de quase 12 milhões em relação ao total observado em 2009, com uma variação de 13,9% no quinquênio, ainda de acordo com o citado Relatório do CNJ.

exclusivo do judiciário brasileiro, que antes espelha o que ocorre em parte significativa das estruturas jurisdicionais de outros países.

À exemplo de outros países, as reformas promovidas no ordenamento jurídico brasileiro estavam fundadas em preocupações estatísticas, e consistiram na adoção de institutos processuais voltados à obtenção da celeridade processual através de regras de segmentação e abreviação dos procedimentos, de tratamento coletivizado de ações e recursos e de retenção e triagem preliminares de demandas,¹² centrados os objetivos no alcance de performance numérica e de redução de tempo de tramitação e de custos financeiros¹³.

A despeito disso, e encerrando paradoxo de difícil compatibilização, as inovações legislativas, inspiradas em período de transição do Estado Liberal ao Social, promoveram novos direitos e a ampliação das formas de acesso à obtenção da solução dos conflitos, concentradas, porém, no judiciário como único destinatário das demandas em geral.

O fato é que uma verificação detida do ordenamento jurídico e do sistema judiciário brasileiros aponta de modo bem definido a existência de duas classes de litigantes, os habituais e os eventuais, como as principais categorias usuárias dos serviços da justiça. Esses dados deixam à evidência que o acesso ao judiciário brasileiro está concentrado e desequilibrado, favorecendo os litigantes frequentes, entre os quais as instituições do sistema financeiro - como bancos e seguradoras - empresas e entidades do setor público e grandes empresas, especialmente as concessionárias do serviço público, e o próprio Estado, como as questões fiscais e tributárias. De outro lado, há amostragem de litigantes residuais, os quais são identificados pela ausência apoio econômico, técnico ou informacional para um acesso isonômico ao judiciário, o que deixa claro que o desequilíbrio no acesso se repete na tomada de recursos do judiciário, que destina a maior parte de seu investimento no atendimento justamente dos integrantes daquele segmento que não sofre maior abalo pelas pendências judiciais.

¹² Rodolfo de Camargo Mancuso reputa duvidosas as estratégias de tratamento dos recursos repetitivos, compactação dos procedimentos, com cognição parcial e sumária, filtros recursais, barreiras aos tribunais, “tudo em detrimento da desejável jurisdição integral, o que leva a questionar a legitimidade e a eficiência da solução jurisdicional” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2012. p. 26).

¹³ Barbosa Moreira já apontou o equívoco em que se incorre ao “sobrepôr a necessidade de acelerar a prestação jurisdicional à de aprimorar-lhe a qualidade” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. Temas de direito processual*. 9.ª série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 367).

O ciclo disfunções se completa com a constatação da existência de um fluxo contínuo de processos ao judiciário a despeito da percepção de que este se mostra caro e de difícil manejo ou controle, constituindo-se a opção mais frequente à solução dos conflitos. O advento do modelo de desenvolvimento econômico e social baseado na expansão do consumo e do crédito concomitantemente ao maior acesso à informação e ao incremento dos meios de comunicação social e de massa parece o principal fator de surgimento de demandas novas e recorrentes, quase que exclusivamente destinadas ao judiciário. A fim de melhor absorver o volume extraordinário de processos, o judiciário realizou modificações nas rotinas e estruturas internas, investindo parte substancial de seu orçamento e pessoal no sistema de juizados especiais – ampliados e adaptados para o recebimento de demandas seriadas – e na realização de atos conciliatórios e instrutórios em agendas concentradas de conciliação e de realização de perícias.

Mesmo com essa deformação, o sistema de justiça não consegue atender aos anseios dos litigantes habituais – muito embora estes sofram menos o impacto da judicialização – e dos litigantes eventuais, parecendo consensual que o incremento da estrutura judiciária, com aporte de pessoal e material, sem que sejam promovidas alterações substanciais nas instâncias que naturalmente devem anteceder à jurisdição, não conseguirá abarcar todo o contingente de toda e qualquer disputa do país, das mais triviais, mesmo desnecessárias, às mais complexas.

Como anota Carnelutti, o judiciário tem limites, inclusive financeiros, e deveria ser sempre a última das opções colocadas à disposição da sociedade, sugerindo o professor italiano que os equivalentes jurisdicionais fossem adotados e que o judiciário impusesse condições efetivas para o exercício do direito de ação e o acesso ao processo, sob pena de o atendimento a determinado segmento social importar na denegação a outros, inviabilizando o direito fundamental de acesso à justiça.

Há fatores inúmeros e de diferente ordem que convergem ao atual estado em que se encontra os juízos e tribunais do país. Desde questões culturais fortemente arraigadas, retratadas por Watanabe, como a cultura da sentença, até os de ordem pragmática e essencialmente financeira, como o uso do sistema processual para retardamento do adimplemento de obrigações, passando pelo mau

vezo de profissionais do judiciário em utilizar a justiça como mecanismo de obtenção de ganhos ilegítimos, o certo é que não se pode perpetuar o quadro presente, sob pena de se reprimir o desenvolvimento social e econômico do país.

Um dos fatores mais relevantes, porém, reside no acesso imediato ao sistema tradicional de justiça, sem que as partes se utilizem de qualquer recurso para o melhor preparo do procedimento ou mesmo ao alcance de solução prévia que dispense o processo. O legislador do CPC/15 parece haver atentado para a advertência de Carnelutti e de vasto segmento da doutrina nacional e incluído mecanismos de solução consensual, como a mediação e a conciliação, e a arbitragem, e outras técnicas que se mostrem adequadas, como preferenciais à solução adjudicada, atribuindo-lhes caráter principiológico e inserindo-os dentre as normas fundamentais do processo civil.

É certo que a adoção incidental desses mecanismos encerra alguma vantagem, embora ainda represente a necessidade de busca inicial pela via da jurisdição. Por outro lado, parece inegável o estímulo contido no art. 3º §3º do CPC/15 à adoção preferencial dos meios pré-processuais para a solução dos conflitos, o que pode mesmo representar um fator, senão inteiramente novo, pelo menos com aptidão de tornar efetiva a fase prévia ao processo, tendente ao melhor preparo do processo que se mostre indispensável ou mesmo a evitá-lo. Essas medidas, coadjuvadas às iniciativas de adoção de mecanismos administrativos, de canais de atendimento e de instâncias prévias de solução consensual, podem reconfigurar o judiciário brasileiro nos próximos anos.

1.2. Os limites do judiciário

A realidade brasileira, como se disse, dá mostras do uso exacerbado do sistema tradicional de justiça e da grave crise pela qual passa o judiciário, o que exige uma releitura atualizada de conceitos jurídicos há muito consolidados.

Os tribunais encontram limitações estruturais e orçamentárias, próprias dos órgãos estatais, para a realização dos escopos da jurisdição. Em dimensão oposta, o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inc. XXXV, da CRFB/88, e no art. 3º, *caput*, do CPC, tem tido interpretação ampla. Entendido como acesso ao judiciário, o princípio que garante que lesão ou ameaça a direito não pode ser subtraído ao judiciário, que deveria ser endereçado aos demais poderes estatais,

tem justificado o acesso de qualquer pessoa física ou jurídica ao judiciário, sem a necessidade de prévia confirmação sequer de sua efetiva necessidade. De par a isso, o exercício do direito de ação sempre e necessariamente importará numa resposta estatal, ainda que limitada a aspectos exclusivamente processuais. O único condicionamento consiste na avaliação dos aspectos atinentes ao exercício do direito de ação e de viabilidade do processo até o conhecimento do mérito, servindo a etapa preliminar à sua rejeição ou admissão¹⁴.

Isso significa que o acesso à máquina burocrática estatal está sempre disponível a sociedade, mesmo quando se trate de medida desnecessária, passível de ser resolvida de modo menos oneroso e mais eficaz.

O CPC/15 adota o princípio da primazia do provimento judicial sobre mérito da demanda, como se pode constatar pelos esforços que devem ser empreendidos na direção do aproveitamento dos atos que conduzam à superação da fase prévia de aferição dos pressupostos processuais, nos exatos termos dos artigos 321 e 330 §4º.

Dentre os requisitos indispensáveis ao exercício da jurisdição encontram-se aqueles formais que conferem regularidade à petição inicial e a tornam apta à admissão e desenvolvimento do processo, como previsto nos arts. 321 e seguintes do CPC/15, sob as penas do art. 330 do mesmo Código.

A análise à admissão da inicial considera-a *in status assertionis* com a conjugação dos elementos previstos no art. 319 do CPC/15, especialmente a legitimidade das partes e o interesse de agir. Para o presente estudo, o interesse de agir é um aspecto importante na medida em que nele se encontra o argumento da indispensabilidade do judiciário para o reconhecimento e satisfação da pretensão indevidamente resistida ou negligenciada pela parte contrária, como ocorre nas questões contenciosas. O interesse de agir também pode estar presente em questões relacionadas à segurança e certeza jurídicas – como ocorre nas ações declaratórias – ou para acesso à dados relevantes, com ou sem finalidade específica, como ocorre na produção antecipada de prova, pelas quais também se vai ao judiciário.

¹⁴ A investigação do juiz deve iniciar-se pelo exame dos requisitos de natureza processual, porque genéricos à constituição do processo e ao seu desenvolvimento válido, e depois passar à análise das condições da ação, específicas para o caso concreto (GALENO, Lacerda. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 60).

Disso se pode concluir que a admissão da pretensão e conseqüente desenvolvimento do processo não estão sujeitos a nenhuma outra providência prévia, circunstância tão normalizada e tida por comum no direito brasileiro que há até bem pouco tempo não suscitava maiores discussões.

Como se disse, a evolução cultural da sociedade que importou na constitucionalização do ordenamento jurídico (neoconstitucionalismo, pós-positivismo e neoprocessualismo) também alcançou o direito processual. Esse desenvolvimento tem sido marcado por conquistas que foram levadas pelo legislador ao CPC/15, como a boa-fé e a cooperação, eleitos como princípios fundamentais à interpretação, aplicação e operação do processo civil.

As novas exigências éticas de conduta trazidas nas normas fundamentais do processo estão compatibilizadas com institutos do Código que predisõem e estimulam o uso dos mecanismos consensuais e à arbitragem sempre que se mostrarem mais adequados à solução dos conflitos; o acesso aos dados relevantes à formulação de juízo prévio sobre a conveniência da judicialização; e a opção por pré-ajustes processuais com vistas a evitar a demanda ou a melhor conduzi-la durante o curso do procedimento.

Nesse sentido, uma vez verificado o conflito efetivo ou potencial, o que se busca é que o acesso ao Judiciário se torne optativo, e, uma vez indispensável, seja o procedimento objeto de prévia e adequada negociação e conformação.

1.3. Do preparo do processo e do acesso prévio aos dados

Com o escopo de alcançar a efetividade em uma solução adequada da crise de direito material, o legislador de 2015 instituiu sistemas particulares dentro do sistema geral do código de processo, permitindo que relações intersistêmicas promovam efeito exponencial às possibilidades dos institutos envolvidos.

Um desses microssistemas pode ser localizado entre os arts. 381 e 383 do CPC/15, que tratam do acesso e obtenção de elementos pertinentes à crise de direito por meio da denominada produção antecipada de prova.

Ainda sob à luz do CPC/1973, a produção de provas se limitava à preservação do dado de evidência sob risco de perecimento, fosse a oitiva de uma testemunha ou a materialização de uma avaliação técnico-pericial. Para tanto,

elementos como o fundamento fático-jurídico e o perigo do desaparecimento do material *probandi* deveriam estar presentes. Não havia, outrossim, qualquer outra finalidade além da perpetuação do dado, ao contrário do que se dá com o renovado instituto, cuja feição permite sua interação com outros sistemas particulares com conseqüente alargamento de seus efeitos.

Com efeito, no CPC/2015, o instituto da produção antecipada da prova mostra-se ampliado para permitir a prévia aquisição de dados pertinentes à crise de direito fático-jurídico, sem que se exija a presença do risco de perecimento. É nesse sentido que o art. 381 admite a produção antecipada de prova nos casos em que (a) haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou demasiadamente dificultosa a verificação de certos fatos na pendência da ação; (b) a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; (c) ou quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação, além (d) da possibilidade de se justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples registro documental.

Como se verifica pelo art. 382 do CPC/15, a cognoscibilidade judicial é estrita e limitada aos aspectos formais, devendo o interessado apresentar apenas as razões que justificam a postulação, detalhando o quanto necessário os fatos sobre os quais a prova há de recair. Com a integração procedimental, os demais interessados também podem solicitar a produção de outras provas que se mostrem igualmente pertinentes, sobre o mesmo fato. Como não há defesa e o juiz não se pronuncia sobre os dados fáticos-jurídicos, não há recurso, salvo se houver pleno indeferimento da prova pelo requerente originário, nos termos do art. 382 §4º.

Se é certo que não se trata de uma inovação, não menos certo é que a atual configuração da produção antecipada da prova institui uma fase preliminar ao processo de conhecimento que independe de superveniente ação judicial. Mais do que isso, os dispositivos em questão induzem a um efeito pedagógico ao incentivar as partes à obtenção e troca de dados de demonstração previamente ao exercício do direito de ação, prevendo-se inclusive a progressiva dispensabilidade da intervenção judicial com a aplicação conjugada entre o instituto dos arts. 381 a 382 e as convenções pré-processuais, a exemplo do que se dá com as cláusulas compromissórias.

Em paralelo, o novel instituto dá claros sinais de que a prova, ao contrário do que se sustentava sob a égide do CPC/73, alcança autonomia como objeto, cuja produção não ocorre exclusivamente em favor da formação do convencimento do juiz e não se encerra em processo judicial contencioso. Ao contrário, a prova, como tema central da efetiva ou potencial crise de direito material, pelas regras atuais, presta-se a informar e esclarecer os interessados na relação jurídica controversa acerca dos dados relevantes que lhes sejam olvidados, permitindo-lhes assim alcançar os elementos necessários ao juízo de valor e à tomada de posição sobre a conveniência e oportunidade de utilização de uma das formas de acesso a ordem jurídica para a solução do conflito.

Essa é ademais uma tendência compatível com a nova ordem constitucional, que garante o direito de participação efetiva aos litigantes reais ou potenciais na condução dos destinos da controvérsia em que estejam envolvidos. Além disso, o acesso à prova antes do processo contencioso e para os fins do art. 381 do CPC/15 demonstra o caráter privatístico que permeia o processo civil contemporâneo, mais destinado a servir como instrumento de satisfação efetiva do interesse das partes do que à produção de decisão judicial. O exercício do direito à obtenção de dados de demonstração anteriormente ao direito de ação é faculdade que se assegura aos interessados. Não há no direito brasileiro a exigência de prévia provocação como condicionante ao processo.

A tendência a que acima se aludiu também começa a ser manifestada por decisões judiciais das Cortes Superiores, mesmo que de modo espasmódico e indireto. Em regra, o entendimento majoritário que ainda vigora é no sentido de que o art. 5º inc. XXXV da CRFB/88 é incompatível com a existência de uma instância administrativa obrigatória e prévia ao processo judicial. Mas, como se disse, decisões como a do STF em ações previdenciárias, sinalizam na direção da modificação desse entendimento, ao confirmar que se deve comprovar a provocação prévia da via administrativa em temas de concessão do benefício previdenciário, tese seguida pelo Superior Tribunal de Justiça.

1.4. Adoção dos métodos consensuais

A adoção de uma fase anterior ao processo contencioso também compreende a iniciativa legal de estímulo à autocomposição como uma das formas

de acesso a ordem jurídica justa, prescindindo-se do judiciário e da sentença. Previstas no CPC/15 nas normas fundamentais do processo civil, as modalidades autocompositivas, como a mediação e a conciliação, ao lado da arbitragem (heterocomposição), são antigas conhecidas do direito brasileiro, posto que, ainda no período imperial, a Constituição de 1824 previa a etapa prévia de reconciliação, cuja competência era atribuída aos juizes de paz. Suprimida das Cartas seguintes, a conciliação foi restaurada com o advento do CPC/73, instituindo-a como etapa preliminar à audiência de instrução e julgamento e atribuindo ao juiz o dever de promove-la durante todo o curso do processo.

A modificação do panorama político da sociedade, cada vez mais informada e exigente de participação na condução dos temas que lhes digam respeito, incluída a complexidade e diversidade cada vez maiores dos conflitos e ao esgarçamento da estrutura judiciário-burocrática para atendê-los adequadamente, proporcionou a revitalização dos institutos que predispõem à solução compartilhada entre os próprios envolvidos, o que foi transposto pelo legislador para variados diplomas legais. Nesse sentido, desde a Lei nº 7.244/84, que institucionalizou práticas de tribunais do país nos Juizados Especiais de Pequenas Causas, o ordenamento jurídico-positivo brasileiro passou a contemplar, paulatinamente, sucessivas iniciativas legais que abriram campo à participação cada vez mais intensa e frequente dos próprios interessados no tratamento e solução dos conflitos em que se viam envolvidos, podendo-se identificar uma tendência nesse movimento que contempla maior protagonismo aos indivíduos em relação ao Estado. Em 1994, por exemplo, inicia-se a sequência de reformas processuais com a edição da Lei nº 8.952, que modificou o art. 331 do CPC/73 para inserir a audiência de conciliação no processo comum ordinário. Em seguimento, surgiram as Leis dos Juizados Especiais Estaduais (Lei nº 9.099, de 26.11.1995), federais (Lei nº 10.259, de 12.07.2001), e da Fazenda Pública (Lei nº 12.153, de 22.12.2009).

As iniciativas legislativas, como se disse, revelam uma tendência internacional que o Brasil também passou a adotar, e em inúmeros outros diplomas legais etapas de solução consensual incidentais e preliminares foram introduzidas, como se pode constatar e da qual são exemplo a Lei das Licitações (Lei nº 8.666/93) e a Lei das Concessões (Lei nº 8.987/95).

Como resultado de um movimento que não se limitava ao judiciário, a participação como modelo de acesso a ordem jurídica justa também se manifesta nas esferas executiva e legislativa. Nesse sentido, instâncias administrativas, como Câmaras de Solução de Conflitos da Administração Pública Federal e as Agências de Regulação de Serviços Setoriais também passaram a contemplar medidas de solução extrajudiciárias dos conflitos, instrumentos que se alinhavam à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96).

A partir da conformação desse desenho institucional se alcança a perspectiva de adoção preferencial dos mecanismos alternos à jurisdição estatal à resolução de conflitos com a sua previsão nos contratos com a Administração Pública, inicialmente através das câmaras de solução de litígios no âmbito dos entes públicos e agências de regulação. Com a edição da Res. CNJ 125/10, essa perspectiva também atinge o próprio Judiciário, cujas estruturas passam a contemplar instâncias responsáveis pela solução de conflitos, preliminar ou incidentalmente aos processos judiciais. Por sua vez, a edição das Leis 13.105 (Novo Código de Processo Civil) e 13.140 (Lei de Mediação), ambas de 2015, completa o conjunto sistêmico no ordenamento jurídico-positivo, ao prever a opção pelos mecanismos alternos à solução estatal e a instituição de uma fase preliminar de acesso aos dados relevantes à tomada de decisões pelos interessados, além do estímulo à adoção de convenções adaptativas do procedimento ao atendimento mais próximo ao litígio, incidental ou prévia ao processo, inclusive com o objetivo de evita-lo.

Como anteriormente exposto, a despeito da ordem normativa recentemente sistematizada, a predileção pela ação judicial ainda é predominante, o não contribui para a melhor do preocupante quadro do judiciário brasileiro. O caso se mostra particularmente grave no sistema dos juizados especiais cíveis. Concebidos inicialmente para tratamento em caráter informal e preferencialmente consensual dos conflitos interpessoais simples, os juizados especiais foram significativamente ampliados para o atendimento a enorme diversidade de conflitos provenientes das novas relações de aquisição de bens e serviços produzidos e consumidos em escala industrial. O Brasil, a partir da década de 90 do século passado, ingressa no mercado internacional globalizado que baseia o desenvolvimento econômico e social no modelo de produção e consumo de bens e serviços de massa, expandindo-se a

instalação de plantas industriais e empresárias como plataformas voltadas não apenas ao mercado internacional, mas também ao atendimento do enorme mercado interno. Em síntese, disso decorrem conflitos em proporções para a qual o sistema tradicional de justiça não estava aparelhado e que não consegue atender satisfatoriamente, mesmo com a adaptação do segmento dos juizados especiais cíveis para receber as novas demandas. Aliado a esse fenômeno, e por fatores diversos e convergentes, a informalidade que deveria ser a característica dos juizados não se consolida e cede lugar à formalidade típica dos juízos convencionais, e a representação processual por advogado permanece como regra. Mesmo com o intenso serviço realizado pelos conciliadores e juízes leigos, encarregados de suprir às notórias limitações do sistema, índice de acordos alcançados é significativamente reduzido, o lapso temporal até a solução é desproporcionalmente longo e a efetividade deixa de ser a tônica, na medida que as soluções, mesmo consensuais, não são voluntariamente atendidas. Tampouco as empresas formadoras de demandas de massa são estimuladas a adotarem políticas internas compensatórias para o volume de processo, e as agências de regulação, inicialmente concebidas com esse propósito, frustram sua própria finalidade e mostram-se inefetivas.

1.5. O judiciário e as demandas

O contexto evolutivo jurídico-constitucional sumariamente descrito é o cenário em que se desenvolve no Brasil uma política econômica e social baseada na produção de bens e serviços em larga escala, resultado de um movimento de conexão entre os países, que promoveu uma redistribuição das plantas industriais, descentralizando-as a partir das nações desenvolvidas em direção aos países periféricos.

Essa onda de desenvolvimento com lastro na produção e consumo em série se instala e encontra o Brasil ainda desprovido de infraestrutura socioeconômica, normativa e institucional. As relações de produção, comercialização e consumo em série resultaram no surgimento de conflitos em idênticas proporções, e a ausência de base correspondente à regulação das atividades e ao tratamento das questões determinou o Poder Judiciário como a porta de acesso quase exclusiva à garantia dos direitos individuais e coletivos. Além disso, novos direitos, surgidos a partir da permuta de experiências entre diferentes culturas e do desenvolvimento

sociocultural exigiram novas formas de tutela, mais adequadas e efetivas, também direcionadas ao judiciário.

A despeito dos esforços empregados, instâncias de resolução não se mostraram aptas à administração das intercorrências produzidas pelo mercado e exigências dos indivíduos, e as agências reguladoras, os conselhos de autorregulação e as entidades de proteção ao consumidor rapidamente sintomatizaram a disfunção organizacional e normativa do Estado, exibindo os sinais de sua incapacidade resolutive.

As demandas por solução dos conflitos triviais passaram a se avolumar, ao tempo em que assomavam as questões cada vez mais complexas decorrentes das novas relações intersubjetivas, típicas de uma fase pós-moderna em que os valores então vigentes mostram-se inatingíveis ou irresolúveis por métodos superados e obsoletos. Novos relacionamentos interpessoais e engendramentos industriais, inclusive transfronteiriços, são tratados com padrões metodológicos àqueles idênticos que surgem das relações triviais, pelo mesmo modelo de Judiciário positivista, de um lado, ou constitucional-valorativo, de outro, mas em plataforma única – o processo judicial.

1.6. A experiência processual

No campo da jurisdição e do processo, a interpretação principiológica das normas processuais promovida pelo neoconstitucionalismo, implica na alteração das estruturas do procedimento e dos padrões de comportamento dos atores processuais. Com efeito, desde que as normas jurídicas passaram a ser interpretadas e aplicadas tendo como base a democracia e a dignidade da pessoa humana, as partes do processo alcançaram o reconhecimento do direito de participação efetiva na construção da decisão da qual são destinatárias, o que, por sua vez, induziu a um sentido ampliado da relação processual e do contraditório – que assim recuperam posição de relevância na experiência processual.

Como será abordado adiante, as modificações operadas pela nova ordem constitucional implicariam uma releitura de importantes categorias da teoria do processo, como jurisdição, processo e ação, além do direito de acesso à solução justa, alcançando novos significados e influenciando toda a experiência processual. Ao largo disso, a dialogicidade da relação processual e a maior participação dos

interessados, exigências de um processo democrático, flexibilizaram categorias e institutos, ampliando significativamente o conceito de acesso à Justiça para além da jurisdição convencional.

Nesse sentido, para a adequada abordagem do tema principal deste trabalho, é necessário que algumas reflexões acerca de institutos do direito processual sejam realizadas, de modo a permitir o estabelecimento das premissas indispensáveis ao seu desenvolvimento.

2. JURISDIÇÃO

2.1. Generalidades

A **jurisdição** é instituto tradicional da teoria geral do processo, presente desde os primeiros sinais de desenvolvimento embrionário do processo e do direito. A recuperação histórica localiza a jurisdição no período sacerdotal ainda anterior período pré-romano, com contorno nitidamente comunitário, quando as questões contenciosas eram resolvidas pelos líderes tribais. Nesse período, a jurisdição se resumia ao arbitramento, e geralmente se seguia a uma mediação frustrada.

No período das *legis actiones* predominava a atuação privada do direito, iniciado *in jure*, perante o magistrado, e, em seguida, passava pelo árbitro particular (apud judicem), que ditava ao magistrado as regras formulares que deviam ser obedecidas para a decisão. Com o período formular, do *ordo iudiciorum privatorum* (arcaico e clássico), a responsabilidade pela solução dos conflitos é paulatinamente transferida para o Estado, e a solução arbitral assume feições de instituto jurídico público e cogente com impositividade governamental na escolha do juiz de fato (árbitro) pelo pretor, embora ainda persista em paralelo a solução privada pela mediação e arbitragem.

A fase conhecida como *cognitio extra ordinem*, entre o período clássico e pós-clássico, assinala a passagem do modelo romano da justiça privada para a justiça pública, quando o Estado avoca a responsabilidade para a solução dos conflitos, abolindo de vez a solução privada. A essa atividade denominou-se jurisdição (arbitragem estatal obrigatória).

A evolução histórica da jurisdição, desde a predecessora arbitragem privada, a coloca como função exercida em monopólio pelo Estado, que ao início da era moderna será atribuído ao soberano.

O Estado Liberal de Direito erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição. Diante da necessidade de condicionar a força do Estado à liberdade da sociedade, esse princípio elevou a lei a um ato supremo, com a finalidade de eliminar as tradições jurídicas do Absolutismo. Os juízes, em face desse princípio, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que

se chocasse com a lei, e o exercício da jurisdição significava apenas a aplicação mecânica e racional do texto legal, desprovida de qualquer valoração.

Ilustre-se:

[...] no Estado liberal de direito, os Parlamentos da Europa continental reservaram a si o poder político mediante a fórmula do princípio da legalidade. Diante da hegemonia do Parlamento, o Executivo e o Judiciário assumiram posições óbvias de subordinação; o primeiro somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus exatos limites, e o Judiciário apenas aplicá-la, sem mesmo poder interpretá-la. O legislativo, assim, assumia uma nítida posição de superioridade. Na teoria da separação dos poderes, a criação do direito era tarefa única e exclusiva do legislativo¹⁵.

Em continuado desenvolvimento ao longo do tempo, superados o período do Estado Liberal (positivista) e a passagem pelo Estado Social-Democrático, a jurisdição alcança o estágio contemporâneo do Estado Constitucional, sendo compreendida como função estatal incumbida da solução dos conflitos da sociedade, mas sem a antiga ideia de jurisdição voltada à atuação da lei ou da composição da lide. Na fase neoconstitucionalista, a jurisdição passa a ser compreendida e interpretada a partir dos princípios constitucionais de justiça e da garantia dos direitos fundamentais.

Na atualidade, a concepção de jurisdição como poder estatal sofre abrandamento diante de novas formas de acesso ao ordenamento jurídico para a obtenção da solução do conflito. Diante de outras vias optativas, como a arbitral e a consensual, antigas conhecidas do direito brasileiro e repristinadas para ampliar a participação democrática dos interessados na solução dos conflitos, a jurisdição, como instituição estatal, deixa de ser monopólio público do Estado, que não detém mais a exclusividade da solução do conflito. Como decorrência, a jurisdição também não está mais em sinonímia com o acesso ao judiciário. Como ressaltam Grinover (2016) e Mancuso (2016), a jurisdição, no Estado Democrático de Direito contemporâneo, participativo e garantista, se constitui em mais uma vertente de acesso à solução (justa) da controvérsia, e não em método exclusivo estatal.

De fato, a participação dos interessados na construção das decisões de que são destinatários ensejou, ao mesmo tempo, a instituição de novas formas de

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil: processo do conhecimento. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.2, p.13.

tratamento dos conflitos, como a arbitragem e a mediação, e a maior abertura e flexibilidade das regras procedimentais e processuais, expandindo-se inclusive para ambiente externo ao processo. Exemplos disso são os incentivos do CPC/15 para a obtenção de provas em fase pré-cognitiva (art. 381) e a possibilidade de realização de negócios pré-processuais com implicações em futuro litígio (art. 190), consolidados na cláusula geral de negociação, a exemplo do que ocorre em países como a França, o que será visto mais adiante, na quarta parte deste trabalho.

Canotilho alude à necessidade de democratização dos processos através da participação direta dos interessados por meio de procedimentos. Segundo o doutrinador luso:

[...] os cidadãos permanecem afastados das organizações e dos processos de decisão, dos quais depende afinal a realização dos seus direitos: daí a exigência de participação no controlo das hierárquicas, opacas e antidemocráticas empresas; daí a exigência de participação nas estruturas de gestão dos estabelecimentos de ensino; daí a exigência de participação na imprensa e nos meios de comunicação social. Através do direito de participação garantir-se-ia o direito ao trabalho, a liberdade de ensino, a liberdade de imprensa. Quer dizer, certos direitos fundamentais adquiririam maior consistência se os próprios cidadãos participassem nas estruturas de decisão – ‘durch Mitbestimmung mehr Freiheit’ - através da participação maior liberdade¹⁶.

Nesse cenário, é primordial que as mais recentes formas de encaminhamento e tratamento dos conflitos sejam minimamente reguladas, a fim de se preservar a segurança jurídica e a igualdade entre as partes, princípios constitucionais e normas fundamentais do processo civil, resguardada a pertinência e as peculiaridades de cada instituto, como, aliás, dispõe o já mencionado CPC/15, em seus artigos 1º e 13.

Jurisdição e processo são institutos correlacionados, funcionalmente interligados nos Estados de Direito, sendo indispensável sua abordagem.

¹⁶ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituicao. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.590.

2.2. Processo

A abordagem da jurisdição sob o aspecto da função estatal de solucionar o conflito permite entrever a sua associação ao processo como a consequência inexorável da dialética procedimental. Mas a jurisdição, como atividade ou ato, pode ou não estar associada ao processo. Leal relembra que em Estados autocráticos pode haver jurisdição¹⁷ – dizer o direito, resolver o caso - sem processo. O processualismo (cientificismo, conceitualismo ou autonomismo) tem como marco a clássica obra de Oskar von Bülow, “Die Lehre von den Processeinreden und den Processvoraussetzungen” (Teoria das exceções e dos pressupostos processuais)¹⁸, de 1868. O jurista alemão estabeleceu a distinção entre a relação jurídica processual e a relação jurídica material, promovendo a sistematização dos pressupostos da sua formação, e assim deixando claro que os institutos não se confundem, tendo existências independentes.

Mas no Estado de Direito, o processo em si constitui um direito fundamental, dada a sua importância para a democracia e a estabilidade jurídica. Numa análise sob o aspecto etimológico, o processo pode ser compreendido como sequência ou desenvolvimento metodológico, de marcha adiante (do latim *procedere*), do movimento que consiste em ir das causas aos efeitos (por isso costuma-se confundilo com procedimento). De fato, processo, como a própria denominação está a insinuar, constitui o todo do desenvolvimento em etapas sequenciadas de uma estrutura previamente ordenada (procedimento).

Do ponto de vista da Teoria Geral do Direito, o conceito de processo ultrapassou fases diversas – processo como contrato, como quase-contrato e como relação jurídica, processo como situação jurídica ou, mais recentemente, processo como procedimento em contraditório. Desde Bülow¹⁹, no entanto, o processo é demarcado em sua importância para a Teoria do Direito, quando passou a ser percebido como o complexo em que se desenvolvem os atos do procedimento, interligando-os entre si em cadência preordenada e aos sujeitos das relações

¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: Primeiros estudos. 13. ed. rev. e aum. Belo Horizonte: Forum, 2016.

¹⁸ BÜLOW, Oskar von. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Buenos Aires: Europa-América, 1964.

¹⁹ Denti costumava defender a tese de que a certidão de nascimento do processo civil não se deu com Bülow em 1868, mas ainda nos Setecentos com base na ideia de que o procedimento servia como elemento de contenção do arbítrio - daí a sua compreensão dentro do direito público (eis aí uma das teses de Nörr, devidamente referida por Denti) ’

respectivas, voltado finalisticamente ao resultado decisório (jurisdição), sendo caracterizado como “complexo normativo constitucionalizado e garantidor dos direitos fundamentais da ampla defesa, contraditório e isonomia das partes e como mecanismo legal de controle da atividade do órgão jurisdicional (juiz)”.

Processo e jurisdição, embora distintos, como se disse estão diretamente associados numa relação de causa e efeito, imbrincados no desenvolvimento procedimental, posto que a existência e finalidade do processo é o próprio ato decisório jurisdicional. Este, por sua vez, no Estado Democrático de Direito, não pode prescindir do processo.

De acordo com Marques²⁰, “é no processo [de conhecimento] que a jurisdição se revela no que ela tem de mais essencial, no *iuris dictio*”, o que implica reconhecer que a jurisdição depende essencialmente de um processo democrático para que possa ser justa.

O processo, para ser válido, deve ser justo, como afirma Greco²¹ em sua exaustiva conceituação. De acordo com o referido jurista, são imprescindíveis a independência, a imparcialidade e a competência absoluta do juiz; a capacidade das partes; a liberdade de acesso à tutela jurisdicional em igualdade de condições por todos os cidadãos (igualdade de oportunidades e de meios de defesa); um procedimento previsível, equitativo, contraditório e público; a concorrência das condições da ação; a delimitação do objeto litigioso; o respeito ao princípio da iniciativa das partes e ao princípio da congruência; a conservação do conteúdo dos atos processuais; a possibilidade de ampla e oportuna utilização de todos os meios de defesa, inclusive a defesa técnica e a autodefesa; a intervenção do Ministério Público ou de outro substituto processual, como o curador especial ou o curador à lide, nas causas que versam sobre direitos indisponíveis; o controle da legalidade e causalidade das decisões judiciais através da fundamentação; a celeridade do processo, pois a litigiosidade é uma situação de crise na eficácia dos direitos dos cidadãos que o juiz tem o dever de remediar com a maior rapidez possível (CPC, art. 125), especialmente após a introdução do novo inciso LXXVIII do artigo 5.º da

²⁰ MARQUES, Jose Frederico. Instituições de direito processual civil. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1971, p. 37.

²¹ GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (Org.). Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Atlas, 2012, p. 41.

Constituição pela Emenda Constitucional nº 45/2004; e uma cognição adequada pelo juiz, pois, esse é um dos objetivos essenciais de toda a atividade processual.

Tem-se entendido, com acerto, que o processo é um meta-conceito, que transcende os limites da Teoria Geral para se tornar indispensável, no Estado Democrático de Direito, ao exercício do poder estatal, e mesmo não-estatal, ou privado, como enuncia Grinover²².

O processo, instrumento de garantia à realização do direito no exercício da atividade jurisdicional²³, se apresenta como modo adequado a tornar material a proteção dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos, em caráter preventivo e responsivo, e de pacificação social²⁴. Há quem diga, por isso, que o direito processual civil constitui, em muitos aspectos, uma das mais importantes partes do direito constitucional²⁵.

Como acentua Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

A conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder num determinado espaço social e temporal²⁶.

E ainda,

[...] se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social não pode ser compreendido como mera técnica, mas, sim, como instrumento de realização de valores de especial de valores constitucionais, impõe-se considera-lo como direito constitucional aplicado²⁷.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini et all. Instrumentalidade do Processo. São Paulo: Forense. 1991.

²³ Como destaca Hermes Zaneti Jr. (2013, p. 141), “o processo no contexto pós-positivista é uma abertura para a democracia, que também há de ser a finalidade do direito como um todo, já que é só no marco democrático que existe a possibilidade de um Estado de Direito Constitucional”.

²⁴ Na dicção precisa de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “o direito processual é o direito constitucional aplicado, a significar essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social”.

²⁵ POLLAK, Rudolf. System des oesterreichischen zivilprozessrechtes. 2. ed. Wien: Manz, 1932.

²⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Do formalismo no processo civil. 2. ed., 2003, p. 77.

²⁷ *Ibidem*. p. 78.

O processo, na verdade, por constituir-se na principal e mais civilizada modalidade de viabilização da apresentação e solução dos conflitos da sociedade, deve, por isso mesmo, estar consentâneo e atualizado em relação à própria dinâmica dos anseios sociais, de modo a manter-se plenamente adequado e eficaz. Habermas²⁸ enuncia:

Um paradigma de Direito delinea um modelo de sociedade contemporânea para explicar como princípios e direitos constitucionais devem ser considerados e implementados para que cumpram, num dado contexto, as funções a eles normativamente atribuídas.

Nesse sentido, embora o formalismo imanente, o processo, como produto da atividade cultural do homem, não está isento da carga de valores vigentes em um dado momento histórico da sociedade em que inserido. Nas palavras de Lacerda:

Se no processo se fazem sentir a vontade e o pensamento do grupo, expressos em hábitos, costumes, símbolos, fórmulas ricas de sentido, métodos e normas de comportamento, então não se pode recusar a esta atividade vária e multiforme o caráter de fato cultural²⁹.

As sociedades não são estáticas. Muito ao contrário. Mas as sociedades da pós-modernidade³⁰, para além dessa constatação, têm apresentado modificações sucessivas, ao mesmo ritmo em que surgem novas necessidades, sobretudo sob o aspecto da evolução tecnológica e informacional.

Essas modificações desafiam equacionamentos que não encontram no processo judicial tradicional o modelo exclusivo e estático, perfeitamente adequado para o tratamento e solução de toda e qualquer espécie de conflito, o que tem ensejado recorrentes adaptações do sistema sem que o Judiciário, contudo, consiga atender com qualidade ao volume e diversidade de novas demandas. Na lição de Mancuso:

A judicialização de conflitos de larga dimensão, envolvendo inclusive elementos para-jurídicos (socioeconômico-culturais), assim como valores

²⁸ HABERMAS, Jürgen, 1929 -. Direito e democracia: entre facticidade e validade.

²⁹ LACERDA, Galeano. *Op. Cit.* p. 75.

³⁰ BITTAR, Marcelo Buczek. Mandado de segurança: liminar. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 106, n. 975, p. 445-475, jan. 2017.

transcendentes, insuscetíveis de apropriação particular (v.g., meio ambiente, 'bem de uso comum do povo': CF/1988, art. 225, caput), impactou fortemente a disciplina do processo civil tradicional, suscitando problemas antes insuspeitados e levando a que premissas e categorias até então assentadas tivessem que ser repensadas, resultando em criação de algumas figuras (v.g., interesses individuais homogêneos: Lei 8.078/1990, art. 81, parágrafo único, I) e na formulação de outras (v.g., competência territorial-funcional: Lei 7.347/1985, art. 2º)³¹.

Em outras palavras, o processo judicial tradicional, em que pese constituir-se no principal instrumento de acesso à jurisdição, não se mostra como o método universal mais apropriado ao tratamento de uma variada gama de novas demandas.

Com a constatação de que jurisdição é ato sequencial ao processo e que processo é a estrutura complexa do procedimento, torna-se inevitável uma abordagem, ainda que sumária, sobre também esse instituto da experiência processual, integrante da Teoria Geral do Processo. Como se verá mais adiante, o procedimento evolui desde uma sequência rígida de atos preordenados para alcançar o status de principal instrumento do manejo do processo em favor de uma solução mais assente à realidade social e aos interesses das partes.

2.3. Procedimento

Como afirmado no item anterior, jurisdição é função do Estado e atividade do Juiz que soluciona o conflito, constituindo-se o processo no principal instituto de garantia de um trânsito democrático desde o acesso ao ordenamento jurídico até a prestação jurisdicional justa e que se desenvolve por meio de um procedimento.

O procedimento, antes encarado como mera ordenação de atos e externo ao processo, é agora entendido como o mecanismo estruturado em que se desenvolve a atividade finalística do processo, proporcionando uma relação das partes entre si, e entre cada uma delas, e ambas, e o juiz. Segue a doutrina:

O procedimento é a garantia do tratamento isonômico de todos os cidadãos e na sua ritualidade se encontram as escolhas do legislador que procuram compor *in abstracto* de modo equilibrado as variadas situações subjetivas que nele se defrontam³².

³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito: nota introdutória. R T, 2009, p. 9.

³² GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. 2011, p. 742.

Por isso se afirmar que o procedimento é a interconexão entre o processo e a jurisdição como forma a garantir aos interessados posicionamento isonômico diante dos argumentos e provas para a efetiva participação em um contraditório dinâmico, direitos fundamentais para a solução dos conflitos.

A divisão conceitual entre processo e procedimento, na visão de doutrinadores, não encontra mais qualquer razão para a se manter. Na lição de Greco, as garantias de um processo justo tornam obsoleta a tradicional distinção entre processo e procedimento, porque tanto do ponto de vista intrínseco quanto extrínseco, o exercício da jurisdição deve estar por elas impregnado.

Há autores, inclusive, que não encontram distinção, sobretudo prática, entre processo e procedimento, valendo ressaltar Paula Sarno Braga e sua bela obra, *Norma de Processo e Norma de Procedimento*.

Com efeito, a moldura constitucional de uma axiologia dos direitos fundamentais de todo ordenamento jurídico implica na conceituação do processo e do procedimento conforme os predicados do que se definiu por processo justo.

De acordo com a sempre lembrada lição de Comoglio:

O justo processo compreende os princípios constitucionais relativos aos direitos de ação e defesa; e a imparcialidade do juiz. Também inclui a efetividade da tutela jurisdicional e a duração razoável do processo. Enfim, o processo justo é uma fórmula que sintetiza todas as garantias e princípios processuais³³.

O procedimento estabelece, portanto, uma relação instrumental com o processo, e com esses predicados retoma espaço na experiência processual na medida em que garante que a relação processual transcorra em respeito às diretrizes constitucionais, centrada na garantia fundamental de um contraditório dinâmico para acesso à solução justa, inclusive ao permitir a negociação sobre atos do processo ou a flexibilização do procedimento, que os tornam próximos à realidade fático-jurídica sobre a qual se assenta a decisão jurisdicional.

Essa, aliás, é uma tendência ao processo contemporâneo, conforme aponta Cadet. Como anteriormente mencionado, para além da flexibilização do

³³ COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e "giusto processo" (modelli a confronto). Revista de Processo, São Paulo: RT, ano 23, n. 90, p. 125-126, abr.-jun. 1998.

procedimento, os negócios processuais podem se estender também os acordos pré-processuais, na verdade convenções prévias, firmadas antes da instauração do processo, e até mesmo, antes de alguma controvérsia surgir, utilizando-se de uma técnica de antecipação procedimental, uma antecipação de segundo grau ou contrato sobre o contrato.

Nesse ponto, convém a observação de Greco³⁴:

O procedimento legal não pode ser rigidamente inflexível, devendo facultar ao juiz uma certa margem de variação para estabelecer a necessária paridade concreta de armas, bem como para possibilitar o cumprimento de todas as atividades tecnicamente mais idôneas para permitir que cada uma das partes faça valer o seu direito ou demonstre a sua procedência.

O movimento de antecipação das convenções sobre o processo ou o procedimento, previsto nos artigos 190 e 191 do CPC/15, acompanha a tendência de progressiva *desformalização*, *deslegalização* e *desjudicialização* de situações jurídicas antes de jurisdição necessária, e cujos temas agora podem ser tratados em esfera privada ou administrativa. É o caso, por exemplo, da Lei de Registros Públicos (Lei nº. 6.015/73), já à época do Código de Processo Civil anterior, e, mais recentemente, das Leis nº. 11.441/07 e nº. 11.790/08.

Essa é uma orientação global, que cresce à medida que as sociedades se tornam mais complexas e massificadas, e mais complexos ou mais triviais e recorrentes são os seus conflitos, de modo que aquelas questões que antes exigiam a oficialidade da intervenção estatal, uma vez integradas à cultura e normalizadas, são progressivamente transferidas do judiciário para outras esferas de solução, mais adequadas e menos formais, reservando-se a Justiça convencional para as novas complexidades.

Nesse quadro, diante da presença de novos institutos voltados à solução dos conflitos, do incentivo legal à adaptação do processo e flexibilização do procedimento, da possibilidade de realização de convenções e acordos prévios - em que se delibera antecipada e preventivamente sobre o processo a ser instaurado em caso de conflito - e de progressiva *desformalização* e *desjudicialização* das

³⁴ GRECO, Leonardo. A teoria da ação no processo civil. São Paulo: Dialética, 2003. p. 25.

questões, é curial que se adotem regras protocolares para a disciplina pré-processual.

A intenção das alterações promovida pelo legislador no CPC/15, conforme Mendes e Silva, “foi que cada processo tivesse o maior rendimento possível e, para isso, permitiu-se a adaptação do procedimento às peculiaridades da causa”³⁵.

2.4. Jurisdição e o acesso ao Poder Judiciário

A abordagem dos principais temas da Teoria Geral do Processo – jurisdição, processo e procedimento – não prescinde do estudo acerca da forma de acesso ao poder judiciário. Nesse sentido, proceder-se-á à digressão acerca do instituto da ação e das modalidades semânticas com que costuma ser identificada, como o direito de acesso ao ordenamento jurídico, direito de ação e ação judicial. A análise, que, embora sucinta, se propõe a estabelecer as distinções fundamentais, será realizada à luz de uma leitura constitucional do direito.

Com efeito, os inegáveis avanços havidos no pensamento jurídico a partir da segunda metade do século XX, impuseram um redimensionamento dos fundamentos da teoria do direito, influenciadas pelo movimento de constitucionalização.

Identifica-se, nesse período, em relação à ciência do direito constitucional, o reconhecimento da força normativa da Constituição, que se torna o principal vetor de interpretação do sistema jurídico. Como consequência desse desenvolvimento, os direitos fundamentais determinaram nova forma de interpretação normativa, impondo “ao Direito positivo um conteúdo ético mínimo que respeite a dignidade da pessoa humana”³⁶. Essa força motriz passa a se irradiar por todo ordenamento jurídico, alcançando todos ramos do direito, desde seus fundamentos teóricos, inclusive e principalmente o processo. Daí se falar em uma constitucionalização do direito processual.

2.5. Jurisdição e Direito de Ação no Estado Constitucional

Como se disse, no Estado Democrático de Direito, o indivíduo tem o direito à proteção que obriga o Estado a uma prestação normativa. A inobservância dessas

³⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Normas Fundamentais do Código de Processo Civil de 2015: Breves Reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual, v.17, n.2, p.40-42, 2016.

³⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Op. Cit.* 2017, p. 119.

normas confere ao particular o direito de buscar a tutela estatal contra aquele que a infringiu, origem do direito de ação. Por ele, pode-se ir ao Judiciário. O direito de ação é assim uma garantia constitucionalmente prevista de que toda e qualquer pessoa pode reivindicar a tutela estatal em caso de lesão ou ameaça (ação inibitória) a direito próprio.

É preciso fazer uma distinção conceitual ante o emprego sinonímico de ação. Com efeito, o direito de ação costuma ser confundido com o direito estar no processo. Não se trata, evidentemente, de um retorno ao conceito imanentista, que sustentava que a cada direito corresponde uma ação que o assegure. Tampouco se cogita da concretude com que Wach, seguido por Bülow e outros, trata o direito de ação, ao vinculá-lo à obtenção de sentença favorável. Na verdade, o direito de ação como direito de estar no processo significa o procedimento que coloca em movimento a atividade jurisdicional. O direito de ação, tal como concebido por Plosz e Degenkolb, ao final de século XIX, erigiu a ação à categoria de direito público, subjetivo, autônomo e abstrato, incondicional e desvinculado do direito material. Tratava-se de evolução à teoria desenvolvida por Windscheid e Muther, na mesma época, que concebiam a ação como direito autônomo a jurisdição, público, portanto, e autônomo, porque desvinculado de qualquer outro direito que lhe pudesse subtrair a liberdade ao respectivo exercício.

O direito de ação constitucionalmente previsto consiste, portanto, no direito público, subjetivo, autônomo e abstrato de provocar a atividade jurisdicional estatal, entendida ainda como forma de acesso ao ordenamento jurídico e à solução do litígio.

Esse instrumento, que permite a realização dos valores constitucionais sobre o direito material, representa, em verdade, um dos modos de acesso à solução do conflito. Com a Constituição no centro do ordenamento jurídico, que agora se pretende concretizador das normas fundamentais, a preocupação maior é com a preservação da dignidade da pessoa humana, e para isso o direito de acesso à solução justa não se limita ao acesso ao processo ou à jurisdição quando outros institutos se mostram os mais aptos e eficazes à proteção do direito material e à pacificação do conflito.

Com isso, a ação, tradicionalmente definida como direito ou poder de exigir o provimento jurisdicional final³⁷, ante a ampliação do conceito de jurisdição, torna-se ainda mais abstrata em relação ao direito material, perdendo centralidade no sistema de direito processual, dado que agora se admite que outras formas, mesmo extra estatais, sirvam à busca da solução da crise de direito, transformando-se a ação “em apenas num dos tantos meios utilizáveis para o acesso à jurisdição”³⁸. Pode-se asseverar, portanto, que a garantia constitucional de acesso à jurisdição (art. 5º inc. XXXV da CRFB/88), reafirmada nos artigos 2º e 3º do CPC/15, não é mais sinônimo de direito de ação (e este, de acesso ao Judiciário), mas um conceito bem mais amplo, comportando outras inúmeras formas para o atingimento do tratamento do desacordo, aquilo a que Proto Pisani denomina de tutela jurisdicional diferenciada, um contraponto ao conceito de tutela jurisdicional ordinária regida pelo procedimento ordinário.

Destes são exemplos as modalidades indicadas nos artigos 2º e 3º do CPC/15, adequadas, sem dúvida, para ampla variedade de conflitos. Mas, como os conflitos são dinâmicos e estão em constante mutação numa sociedade hipercomplexa³⁹ e em permanente evolução, a tutela jurisdicional diferenciada também contempla a flexibilização ou adaptação dos procedimentos tradicionais, para que este possa efetivamente levar à solução aderente à especial natureza do conflito.

Por isso, a distinção entre a garantia constitucional de acesso à jurisdição – em sentido ampliado, garantia de acesso ao ordenamento jurídico e às múltiplas formas de solução de conflito – e o direito abstrato e autônomo de ação – entendido como o direito que toda pessoa tem de se dirigir ao judiciário ou a outra modalidade institucionalizada para tratamento do conflito – e a ação judicial propriamente dita tem relevância.

O direito constitucional de ação, previsto na CRFB/88 art. 5º inciso XXXV, e o direito de ajuizar a ação são direitos abstratos e autônomos em relação aos fatos subjacentes e ao direito material reclamados, por isso, não sofrem condicionamentos ou podem ser impedidos. O mesmo exemplo se aplica à

³⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. Cit.* p. 247.

³⁹ MORIN, Edgar. *Introdução Ao Pensamento Complexo*. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011

jurisdição, a qual, uma vez exercido o direito de ação, sempre existirá, na ainda que seja para a definição da ausência do direito material.

Entendido o direito constitucional de ação como direito de acesso ao judiciário e aos demais métodos institucionais de solução de conflitos auxilia a compreensão de que a jurisdição também ganha significado mais amplo, compreendendo os outros mecanismos de resolução, como antes afirmado.

2.6. Jurisdição - breve digressão histórica

Como já visto, as novas formas de encarar os institutos jurídicos (neoconstitucionalismo) e a necessidade de aproximação entre os meios de solução de conflitos e a realidade social, sob o paradigma do Estado de Direito Constitucional, ensejaram uma releitura da jurisdição e do processo na Teoria Geral do Processo.

Conforme anteriormente assinalado, no Estado Democrático de Direito a Constituição é o vértice axiológico⁴⁰ a partir do qual valores e princípios constitucionais se irradiam por todo o sistema normativo, alcançando inclusive as relações privadas. Esse novo paradigma impôs a resignificação dos institutos jurídicos, e, no campo do direito processual, jurisdição, processo e procedimento têm nova concepção.

A centralidade da dignidade da pessoa como valor constitucional, conforme fixado no art. 5º da CF e repetido pelo art. 8º do novo CPC, determina que a relação verticalizada a partir de uma jurisdição presidencialista em direção ao fato sofra inversão, posto que o conflito social se torna o aspecto sobre o qual a jurisdição, entendida como garantia (consectário do direito de ação) e finalidade (função do Estado) de solução da crise de direito material, deve ser conformada para uma prestação jurisdicional efetiva.

Na história, o Estado percorreu longo caminho no Direito e no Processo, desde a Idade Pré-Moderna, com importantes reflexos sobre a função da Jurisdição.

No Estado Absolutista dos séculos XVI e XVII, em que o monarca se sobrepunha à lei, a jurisdição consistia em apenas um instrumento à serviço dos detentores do poder. Com o Iluminismo e a queda do Absolutismo, entre os séculos

⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, RJ, v. 4, n. 15, p. 11-47. jul. 2001.

XVIII e XIX, surge o Estado Democrático Republicano, a partir das revoluções promovidas pela burguesia e apoiadas pelas massas populares, e com ele o Liberalismo, centrado no homem e em seus atributos naturais de igualdade e liberdade.

Com isso, há forte redução das atividades do Estado na vida social em favor da liberdade do indivíduo, período em que o judiciário ficou caracterizado por excessiva neutralidade, de um lado, e, de outro, pela valorização do formalismo procedimental e do tecnicismo, mais preocupado em resolver o caso para pacificar a sociedade, com isso se distanciando sobretudo do direito material e dos fatos subjacentes ao processo.

No Estado Social da passagem do século XIX para o século XX, a atividade judicial (função jurisdicional) se torna mais ativa, buscando tornar efetivas as asserções constitucionais não implementadas pelo Estado Liberal. É desse período a construção de conceitos como o da efetiva igualdade das partes e do respeito ao devido processo legal, assim como a predominância da instrumentalidade das formas processuais ao formalismo tecnicista do período anterior. A preocupação com a efetividade da prestação jurisdicional produziu uma simplificação da relação processual e maior facilidade para as técnicas executivas. Na versão precisa de José Carlos Barbosa Moreira: “será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material”⁴¹.

A partir do século XX em transição para o século XXI, uma nova concepção de Estado Democrático de Direito, surgida no pós-segunda-guerra, erigiu os compromissos éticos constitucionais como os valores axiológicos de toda a sociedade, alcançando as instituições públicas e estendendo-se por toda a sociedade privada, impondo-se à interpretação e aplicação das leis e atos em conformidade com a Constituição.

Assim, garantias fundamentais constitucionais, como direito a uma solução a tempo razoável e adequada, a um menor custo e efetiva, se projetaram sobre o direito processual.

No Brasil, esse novo momento do Estado e do Direito resultou na introdução de normas fundamentais no novo Código de Processo Civil (arts. 1º a 12 do

⁴¹ Temas de direito processual: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

CPC/15), conformando no direito positivado o sentido de processo justo. De acordo com Mendes e Silva:

[...] para estabelecer a harmonia do novo diploma com a Constituição. Foram incluídos os princípios constitucionais, além das regras para concretizar esses princípios, a fim de se construir um processo efetivo, capaz de tutela adequadamente o direito material⁴².

Nesse novo contexto, a releitura do direito reposiciona o conceito de jurisdição e de processo em direção ao fato social, tendo como finalidade a solução da crise de direito material, concebida a partir da experiência em que se dá o conflito. Por isso, insista-se, o procedimento torna-se flexível e adaptável.

E como a solução de conflitos também constitui a finalidade de outros métodos, como o arbitral e o consensual, a jurisdição não se define mais como monopólio do poder estatal, ou como sinônimo do Judiciário, mas como função e atividade de garantia de acesso à jurisdição para a solução dos conflitos, “utilizando seus instrumentos – processo e procedimento – na busca da tutela jurisdicional justa e adequada e da pacificação social”⁴³. Nessa medida, com o surgimento de institutos paraestatais apropriados ao tratamento e solução dos conflitos, o conceito clássico de jurisdição resta superado e passa a compreender, além da justiça estatal, a justiça arbitral e a justiça consensual.

Com isso, os aspectos que definiam a jurisdição também se modificam. Elementos como lide, substitutividade, coisa julgada e inércia são relativizados diante da justiça consensual, em que não há lide, e a solução (coisa julgada) pode ser modificada pelo interesse dos envolvidos. Em relação ao princípio da inércia, aliás, convém aqui registrar as exceções contempladas nos artigos 738, sobre arrecadação judicial de bens vagos e 744 sobre herança jacente, ainda persistentes na legislação, muito embora o antigo art. 989 do CPC/73, que dispunha sobre a instauração de inventário por determinação judicial, não tenha sido reproduzido no CPC/15.

⁴² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Op. cit.* p.40.

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a Processualidade: Fundamentos Para Uma Nova Teoria Geral do Processo*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 75.

O *interesse* como “posição favorável para a satisfação de uma necessidade⁴⁴”, e cuja prevalência é a base da pretensão, não induz necessária e inexoravelmente ao litígio e à ação judicial. A resistência à pretensão e o conflito de interesses devem contar com opções que se mostrem mais adequadas para tratamento e solução da controvérsia, dentro de um conceito de racionalidade em que o agir estratégico ceda espaço a um agir cooperativo, como se verá mais adiante - por exemplo, com o acesso prévio ao processo à provas e documentos.

Tampouco a inércia prevalece, se o próprio juiz pode, de ofício, encaminhar as partes às vias autocompositivas⁴⁵. E não há que se falar em substitutividade, se as próprias partes são as construtoras da solução.

2.7. Contraditório

A despeito da ampliação das vias de acesso ao ordenamento jurídico, sempre à vista do conflito em direção ao método eleito como o mais adequado, o acesso à solução pela via do processo judicial, analisado sob o prisma da sociologia, exhibe os sintomas do desequilíbrio da sociedade, que continua a privilegiar a demanda por solução adjudicada em detrimento de outros métodos já disponíveis, fenômeno que não se limita à experiência brasileira. Mesmo no sistema de juizados especiais, que prevê uma possibilidade de acertamento por via menos formal e decisão por consenso ou equidade, o que se constata é uma preferência pelo dogmatismo das regras legais estritas e pela formalidade dos ritos processuais.

O processo judicial, essencialmente adversarial e litigioso, exhibe garantias estruturais para que se assegure aos litigantes ocupem posições isonômicas nas relações mantidas durante o intercurso procedimental. Entre as garantias, o princípio da isonomia dá origem ao subprincípio do contraditório, cuja observância resulta na própria preservação da isonomia. Trata-se, por tanto, o contraditório, da garantia de uma relação isonômica e democrática no processo. Em razão disso, importa considerar o contraditório, tido como um dos aspectos centrais da experiência processual para a legítima e democrática jurisdição.

⁴⁴ Conceituação de Carnelutti - Instituições do Processo Civil, (2000, p. 115)

⁴⁵ Diante do inequívoco caráter imperativo do art. 27 da Lei de Mediação, tornou-se obrigatório o comparecimento à primeira sessão de mediação, que somente deixará de ocorrer nas hipóteses do art. 334 §5º e sob as penas do §8º, do CPC, salvo nas questões de família (art. 695).

No contexto do novo direito processual constitucionalizado, o contraditório deve ser compreendido sob um enfoque pós-positivista e neoconstitucionalista da jurisdição e da relação processual. Como dito, o contraditório constitui-se em elemento essencial ao processo, podendo-se mesmo afirmar ser inerente ao entendimento do que se tenha por processo democrático, posto que traz implícito a indispensável participação dos interessados e destinatários da decisão final.

No direito processual contemporâneo, o contraditório assenta o fundamento lógico da bilateralidade da pretensão que repercute na bilateralidade do processo, traduzida na garantia de oposição recíproca entre as partes. Os artigos 7º, 9º e 10 do CPC/15 asseguram aos personagens do processo a isonomia que contém a possibilidade de contradição argumentativa e probatória, guia principiológico que vincula também o juiz na medida em que lhe confere o dever de zelar por sua observância, inclusive quando se tratar do próprio ato decisório, que não poderá ser pronunciado sem que antes às partes se haja dado oportunidade de manifestação, mesmo que se trate de tema que possa ser decidido de ofício.

Costuma-se dizer, por isso, que o contraditório encerra princípio que é referente lógico-jurídico do próprio processo constitucionalizado, sustentáculo do próprio significado de processo, uma vez que sua ausência implicaria na perda da base democrático-jurídico-principiológica, transformando-o em um modelo inquisitorial, o que é inadmissível no Estado de Direito Constitucional.

No processo judicial, as partes estabelecem entre si e com o juiz uma relação jurídica, numa racionalidade interna ao procedimento que assegure, a partir de uma atuação efetiva e dialética, o poder de influência, em sua dimensão substancial e participativa, na construção da decisão final, de resto um produto compartilhado pelos personagens do próprio processo, em posição de simetria na relação processual⁴⁶, no sentido de Bülow. Sabe-se que não existe uma dose prefixada de garantias, mas apenas um nível mínimo constitucionalmente protegido, como lembra Paolo Biavati, da Universidade de Bolonha.

Ao ensejar às partes o pleno exercício da ampla defesa, na simétrica paridade (isonomia) de oportunidades, o contraditório é informado pelo princípio da dignidade da pessoa, pelo que se pode falar que o “dever-função jurisdicional se

⁴⁶ LEAL, André Cordeiro. *A Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

cinge a garantir a vigência do instituto constitucional do devido processo legal criado por norma fundamental no direito brasileiro” (CF/1988, LVI, LV).

Mas o contraditório que ocorre entre as partes também exige do juiz uma participação ativa (art. 2º, parte final; art. 203 § 4º, CPC), diretiva e saneadora, responsável por velar pela correção do procedimento à luz dos princípios constitucionais sintetizados no devido processo legal. Nesse contexto, o contraditório se mostra consectário do princípio da demanda. Como sublinha Cândido Rangel Dinamarco:

Sabido que o processo tem o escopo magno de eliminar conflitos, não só é natural que às pessoas envolvidas nestes se confie a iniciativa de procurar a ajuda do Poder Judiciário – sendo proibida ao juiz a instauração do processo de-ofício – como ainda que se conte com a participação de cada um, no curso do processo instaurado, em busca de solução favorável⁴⁷.

É por isso que o contraditório se constitui no principal fator de legitimação da prestação jurisdicional, ao assegurar a efetiva participação dos envolvidos na disputa.

O contraditório tem início antes mesmo do processo, segundo Portanova (2013, p.163), assim como não termina depois da sentença. Como diz o ilustre doutrinador,

[...] se já na elaboração da inicial a ideia de bilateralidade tem seus reflexos, por igual a sentença, com a necessidade de motivação, é informada pelo princípio. Como se trata de arena de litígio, para a qual as partes devem estar adequadamente preparadas, é certo pensar que o contraditório nasce antes mesmo do processo, à vista da natureza dialógica e adversarial da relação processual. Por isso, a atuação estratégica não prescinde da prévia reunião de elementos satisfatórios ao entendimento completo da questão controvertida, assim como para que da posição de paridade processual haja recursos suficientes à argumentação convincente, sustentada por provas categóricas, dos fatos articulados.

É nesse sentido que a fase preliminar ao processo pode contribuir para um adequado preparo para o futuro litígio, podendo mesmo dissuadi-lo, caso a descoberta de elementos aponte nesse sentido, ou privilegiar composição

⁴⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. *Op. Cit.*, p. 345.

consensual, de resto um dos objetivos do art. 381 do CPC/15, estimulado ainda nas normas fundamentais do art. 3º.

2.8. A etapa prévia e o contraditório

O contraditório que se inicia, como se viu, antes mesmo do processo (contencioso), na adoção de providências estratégicas de atuação, acompanha o desenvolvimento de uma atividade dialético-argumentativa e probatória durante o interlúdio processual. Deve, por isso mesmo, ser detidamente planejado em fase preparatória ao ajuizamento da ação. Para isso, ferramentas predispostas às partes, independentemente da instauração do litígio, admitem que o procedimento seja formatado para melhor atender aos interesses dos litigantes, como previsto nos artigos 190 e 191 do CPC/15. Da mesma forma, instrumentos que permitem o acesso preliminar a dados de demonstração – e que podem interferir no campo da prova, adiante abordado – também podem ser manejados para melhor estruturação do procedimento ou mesmo para evitar o processo, propiciando a solução consensual ou arbitral (CPC/15 art. 381), tema dos Capítulos IV e V.

2.9. Prova

Como se expôs, o sentido do contraditório é o de proporcionar às partes a capacidade de influenciar efetivamente a decisão final⁴⁸, e isso se dá pela postulação (ativa e passiva) e oposição recíproca por meio da argumentação racional e das provas.

A prova é, portanto, um dos aspectos centrais no campo do contraditório. O processo não é um exercício de diletantismo. Nem às partes se permite transformar o processo em um jogo ou um negócio exclusivamente privado. Antes, o processo é uma instituição pública⁴⁹, cujo escopo é o de resolver os desacordos entre as partes, manter a segurança jurídica e pacificar a sociedade. Por isso se garante às partes a opção de acesso à múltiplas formas de solução dos conflitos - pelo modelo

⁴⁸ CPC/15 art. 369: As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

⁴⁹ Como ressalta Galeno Lacerda, uma visão teleológica do processo “tem inspirado vários autores a caracterizar o processo como instituição. Desde o primeiro aceno de Wach, até as aplicações da doutrina francesa feitas por Guasp, e, em especial, o maravilhoso ensaio de Couture inserto nos *Studi in Onore di Redenti*, tem-se a doutrina preocupado em acentuar a natureza institucional do processo, isto é, o seu caráter orgânico, tendente a uma função simultaneamente individual e social” (LACERDA, Galeno. Processo e cultura. Revista de Direito Processual Civil, São Paulo, v. 2, n. 3, jan. 1961, p. 74).

adversarial da jurisdição estatal ou privada da arbitragem, ou autocompositivo da negociação direta, conciliação e mediação, além de inúmeras outras possibilidades.

Na atividade dialética em que se desenvolve o processo, a participação efetiva pelo contraditório se inicia necessariamente com a apresentação da pretensão objetivada (inicial e contestação) com os argumentos que a sustentam⁵⁰. Não existe fase restrita à produção da prova, cumprindo as partes⁵¹, ao longo do processo de conhecimento, ou na fase prévia ao processo (art. 381 CPC), apresentar as provas sobre os fatos alegados e rebatidos⁵², tornando-se indistinta sua origem, uma vez disponibilizadas na comunidade processual (CPC/15 art. 371).

A prova é, assim, como um dos aspectos primordiais do contraditório, a garantia constitucional (CRFB/88 art. 5º, LIV e LV) necessária ao processo justo e à solução justa do litígio, conferindo conteúdo substancial às garantias de ação e defesa, sem a qual o próprio contraditório restaria inócuo.

Taruffo estabelece uma conexão entre a função da prova e a função do processo, cuja finalidade é a de encontrar uma solução justa para o litígio. Diz o autor:

[...] a correta aplicação da norma jurídica que constitui a regra de decisão do caso. Entre as condições necessárias para que se tenha uma decisão justa, e para que a norma que regula o caso seja aplicada corretamente, urge que seja certificada a verdade dos fatos que se acham à base da controvérsia (...) tal certificação configura como uma condição necessária da justiça da decisão, cuja falta, por si, faz com que não se possa ser aceita como justa⁵³.

A despeito de que a verdade absoluta jamais seja alcançada pelo juiz do processo, afirma, ainda:

[...] a prova é o meio exclusivo de conhecimento da verdade dos fatos... Isto corresponde a um dos princípios fundamentais da epistemologia geral, segundo a qual a verdade de um enunciado se funda sobre sua interpretação metodologicamente correta de todas as informações disponíveis. Id est: a prova é aquilo que permite ao juiz adquirir todas as

⁵⁰ CPC/15 art. 319 inc. VI e art. 336

⁵¹ CPC/15 art. 373.

⁵² Como se verá mais adiante, a exceção é a possibilidade de obtenção da prova para as finalidades do art. 381 do CPC/15.

⁵³ TARUFFO, Michele. Il concetto di prova nel diritto processuale. Revista de Processo, São Paulo, n. 229, mar.2014, p. 80.

informações que são necessárias para estabelecer a verdade dos enunciados relativos aos fatos da causa⁵⁴.

Costuma-se dizer que prova a ser produzida no processo é a prova possível, obviamente almejando-se o alcance da verdade real, interesse de todos (a boa-fé é um primado fundamental às leis processuais, conforme art. 5º, assim como a cooperação que ressaí do art. 6º, ambos do CPC/15) e obrigação do Estado (CPC/15 art. 370). Por isso, não somente às partes se assegura a efetiva produção da prova, mas também o juiz tem uma posição ativa na busca pela revelação dos fatos que permita uma solução justa. Aliás, Ovídio Baptista da Silva adverte que a prova exige preparo adequado, estudo e domínio seguro, por parte do profissional do direito. Como instituto jurídico, cite-se Rosemiro Pereira Leal:

[...] a prova é estruturadora do próprio procedimento, entendido como sequência de atos jurídicos numa relação espaço-temporal e composto por elementos teóricos exigidos em leis pelo acatamento de pressupostos e condições que deverão ser claramente explicitados pelos meios (articulações, alegações) que a lei determina e pela via de instrumentos (petições e peças documentais) que formam os autos do procedimento (processo)⁵⁵.

Como se disse, o processo tem um caráter de garantidor instrumental, e não se destina apenas a solucionar a lide, mas a de permitir que as partes se manifestem em busca de uma solução juridicamente justa e pacificar as partes. E justa será a decisão que se pautar pela observância das garantias constitucionais de acesso à solução por meio de um procedimento em contraditório dinâmico, em que as provas possam ser alcançadas e devidamente produzidas por iniciativa das partes ou do juiz. Em relação ao processo de cognição exauriente, a prova também apresenta caráter instrumental, posto não ser um fim em si mesmo, mas um meio para se alcançar a verdade dos fatos.

⁵⁴ *Ibidem*. 81.

⁵⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos. 4. ed., 2001, p. 279.

O aspecto central da prova na dialética processual remonta aos primeiros estágios do processus, por sua vez objeto principal do contraditório⁵⁶ – este, sim, a estrutura fundamental do processo moderno. Com o objetivo de conhecer o ponto controvertido para poder submetê-lo às discussões entre as partes a fim de receber a valoração que resultará no pronunciamento decisório, a prova pode ser legitimamente antecipada, dentre outras razões para permitir, com melhor conhecimento dos fatos, a avaliação da conveniência ou do cabimento da ação, ou para evita-la, como diz o artigo 381 do CPC, ou, ainda, para permitir uma solução negociada direta ou assistida. Sobre a prova antecipada, como previsto no art. 381 do CPC/15, ver-se-á mais adiante, com maior detalhamento.

Recorrer ao judiciário não deve ser necessariamente uma obrigação, ou a única ou primeira opção. Os interessados devem ter à sua disposição, no ordenamento jurídico, opções adequadas para o tratamento de conflitos, em sua variada tipologia. Mas, uma vez que se acesse o sistema convencional de justiça, e para que se assegure a efetividade de um processo democrático, em procedimento em dialético dinâmico que promova às partes o poder de participação decisória por influência argumentativa e demonstrativa, é indispensável que se observem os predicados dos artigos 1^a a 12 do CPC/15, inclusive em relação à produção probatória, cabendo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório⁵⁷ e suprir as eventuais necessidades⁵⁸.

2.10. Jurisdição Compartilhada: um novo conceito de jurisdição

Na concepção contemporânea de Estado e do Direito, em que a jurisdição não se limita mais ao ato definitivo de decisão estatal, a solução do conflito pode ser

⁵⁶ Não se podia pré-constituir a solução da controvérsia judicial; no nosso campo não é possível atingir uma verdade objetiva e absoluta. O contraditório resolvia-se no *ars apponendi et respondendi*, em uma regulação do diálogo que assegurava reciprocidade e igualdade às partes. Deste modo, o contraditório representava o instrumento para a procura dialética da única verdade que podemos atingir: a verdade 'provável'. Tratava-se de uma verdade que ninguém pode conhecer na sua totalidade, por isso o método tópico de pesquisa, com o confronto recíproco das partes, amplia o campo de informação e favorece – às vezes sem observar as intenções das partes – a causa da verdade. O contraditório constituía a estrutura que carregava também o *ordo probationum*: nenhuma prova pode ser colocada como fundamento do julgamento se não foi submetida preventivamente à valoração crítica.

⁵⁷ CPC/15 art. 7º: É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

⁵⁸ CPC/15 art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

alcançada por outros acessos. Tampouco se confunde a jurisdição com o exercício do direito de ação assegurado pela Constituição.

Com efeito, o direito de ação passa a ser concebido como um postulado disponível para a solução de qualquer desacordo da sociedade, sinônimo exclusivo de acesso ao sistema de justiça amplo, ou ordenamento jurídico.

Diante do surgimento e do recrudescimento de alguns modelos de tratamento preventivo e resolutivo de controvérsias, o direito de ação foi reposicionado na escala de acessos às formas de solução justa de desacordos.

Métodos como a negociação direta, a conciliação e a mediação – autocompositivos diretos e assistidos – e a arbitragem – heterocompositivo –, que passaram a fazer parte do portfólio de estímulos legislativos⁵⁹, fizeram com que o direito de ação fosse movimentado para posição secundária e alternativa na escala de possibilidades de acesso à solução justa dos conflitos. Em outras palavras, a ação torna-se de fato um direito e uma opção, e não mais uma obrigação ou a via compulsória e exclusiva a quem pretenda ver resolvido um desacerto.

Em verdade, desde um passado recente, essa tem sido uma tendência constante da legislação brasileira, orientada para uma progressiva desjudicialização das questões controvertidas e necessárias, à procura da simplificação em favor da maior participação dos próprios interessados na solução dos conflitos.

Por isso, o conceito de jurisdição compartilhada. De acordo com Grinover, “[...] se, conforme nosso pensamento, a jurisdição compreende a justiça estatal, a justiça arbitral e a justiça consensual, é evidente que fica superado o conceito clássico de jurisdição”⁶⁰.

Numa visão contemporânea, preordenada pelos valores axiológicos constitucionais e pelas substanciais modificações nas estruturas sociopolíticas, culturais e econômicas, às quais a justiça deve manter-se em aderência, a jurisdição deixa de ser monopólio estatal para se tornar optativa dentro de uma variedade de métodos de solução de conflitos, como já foi mencionado. Apenas o conservadorismo permite afirmar a subsistência de elementos como lide, substitutividade, coisa julgada e inércia para sustentar a exclusividade da jurisdição

⁵⁹ Lei 13140/15; NCPC, arts. 3º e 694; Res. CNJ 125/10

⁶⁰ Ensaio sobre a Processualidade: Fundamentos Para Uma Nova Teoria Geral do Processo., 2016, p. 18.

estatal, diante da inexistência de uns – por exemplo, a lide no processo penal - e relativização de outros – como a inércia no processo necessário e a coisa julgada e a estabilização. E a indeclinabilidade, diante da possibilidade de se obter a solução consensual assistida paraestatal.

Conforme destaca Rodolfo de Camargo Mancuso,

[...] dizer o direito não exaure o dizer a Justiça. A solução justa da controvérsia tanto pode provir da jurisdição legal, monopólio do Estado, com o pode realizar-se por outros instrumentos de composição de conflitos, embora todos busquem a realização da Justiça. Só a idolatria estatal, alimentada pela nociva ingenuidade científica ou pelo preconceito ideológico impermeável à razão, pode sustentar a crença de que o julgamento jurisdicional realizado pelo Estado seja sempre justo e de que somente esse julgamento seja apto à realização da Justiça no caso concreto⁶¹.

É mister, portanto, prosseguir na investigação do acesso à Justiça sob o paradigma do constitucionalismo atual e da leitura pós-positivista do ordenamento jurídico.

⁶¹ Acesso à Justiça - Condicionantes legítimas e ilegítimas. 2. ed. São Paulo: R T, 2015, p. 351.

3. ACESSO À JUSTIÇA

O exame dos institutos fundamentais ao exercício da jurisdição convencional enseja agora uma abordagem do acesso à Justiça. Com efeito, conforme se pode constatar, as atividades relacionadas ao direito constitucional de ação, abstrato e autônomo, se corporificam através do acesso ao ordenamento jurídico, do qual o sistema de Justiça, composto por juízes e tribunais como órgãos de Estado e executores da função jurisdicional, representa parcela dos serviços institucionalizados à disposição da sociedade.

Ver-se-á, portanto, a partir da análise histórico-evolutiva recente do conceito de acesso à Justiça, tendo como referência os estudos produzidos por Cappelletti e Garth, que o ordenamento jurídico contemporâneo não se resume ao judiciário, comportando referências a modelos híbridos e privados de solução de conflitos, tendência que se verifica mais enfática desde o início do século passado, iniciada pós-revolução industrial e que recebe impulso maior no pós-Segunda Guerra Mundial.

O acesso à Justiça é o primado constitucional com status de cláusula fundamental de garantia de que qualquer pessoa, física ou jurídica, pode reclamar a atuação estatal para coibir lesão ou ameaça a direito⁶², constituindo-se no principal sustentáculo do Estado Democrático de Direito⁶³. Todavia, a expressão, embora socialmente aceita, não representa com exatidão metodológica o que se pretende como significado. Com efeito, acesso à Justiça é termo equívoco, polissêmico, que compreende significados diversos. Em verdade, a garantia constitucional associada à expressão está assentada no conceito atual de processo democrático, o qual, reunindo em si os princípios informadores do processo constitucional, é de fato o garantidor do acesso a ordem jurídica justa. Aliás, cabe aqui a nota, ainda no campo semântico, de que o processo não busca uma solução justa.

⁶² CRFB/88 art. 5º inc. XXXV

⁶³ Na lição de Greco, a ideia de acesso à jurisdição pressupõe a ideia de acesso ao Direito, associação prevista na Constituição portuguesa de 1976⁶³ e que desde logo sugere que o acesso ao direito e conseqüentemente à solução justa de ameaça ou lesão a direito não importa necessariamente no dever do exercício da jurisdição, mas no direito ao acesso a mecanismos jurídicos e extrajurídicos por meio dos quais se pode validamente resolver um conflito.

Como adverte Flávio Barbosa Quinaud Pedron,

[...] é muito comum encontrar no discurso jurídico brasileiro a associação do termo 'justiça' ora à função jurisdicional, ora ao Poder Judiciário, até mesmo por esta ter base no próprio texto da Constituição de 1988. Aqui é nítida a confusão (ou quem sabe a perversidade ideológica proposital) no sentido de demarcar tal equivalência semântica. Tal situação é facilmente explicada à luz da construção do paradigma do Estado Social, que passa a depositar no judiciário as expectativas de solução de uma 'crise' do Direito e da sociedade, hipertrofiando a função judicante e depositando nela expectativas para além de sua capacidade de mediação⁶⁴.

O processo, em verdade, visa a proporcionar a participação dos interessados (partes) isonômica na construção do provimento jurisdicional (estatal ou privado), e não a realizar uma propalada justiça entre partes ou justiça social. Nesse sentido, o que se objetiva com o processo é a efetiva participação para a construção da decisão.

É nesse cenário que se permite realizar uma releitura contextualizada de conhecidas categorias do direito, do acesso à jurisdição e do processo civil, como a das condições da ação - a latere da discussão doutrinária acerca de sua subsistência como categoria processual distinta -, mais especialmente a do interesse de agir pelos aspectos de necessidade, utilidade e adequação -, sob os influxos do constitucionalismo moderno que permeia os pressupostos fundamentais do Processo Civil, assim como avaliar a reintrodução no ambiente jurídico brasileiro dos equivalentes jurisdicionais para a busca da solução dos conflitos de modo mais cooperativo (art. 6º do CPC/15), centrado na dignidade humana (art. 8º do CPC/15), em linha com o preconizado pelos arts. 3º a 12 do CPC/15. Mais adiante, tratar-se-á dos mecanismos pré-processuais que têm por objetivo proporcionar racionalidade ao preparo do caso sob controvérsia, permitindo aos interessados o descobrimento de dados importantes à sua análise assim como o encaminhamento de sua solução, com reflexos na administração judiciária. Por ora, faz-se uma análise do marco acadêmico e empírico que contribuiu para a modificação do panorama do direito processual e do acesso à solução justa a partir do trabalho de Cappelletti e Garth⁶⁵.

⁶⁴ Reflexões sobre o "acesso à justiça" qualitativo no Novo Código de Processo Civil Brasileiro, In: Normas Fundamentais. Salvador: JusPodium, 2013, p. 16.

⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. Trad. Ellen Gracie Northfleet. 2002.

3.1. O Projeto de Florença

O acesso à justiça não é uma preocupação recente na história, ocupando, desde longa data, doutrinadores do direito e demais ciências sociais. Desde a segunda metade do século passado, quando se começou a discutir sobre os limites do processo civil, tem-se considerado cada vez com maior vigor, que o processo judicial clássico, como garantia instrumental para a justa prestação jurisdicional, nem sempre representa a melhor e mais adequada forma de solução para todo e qualquer conflito. Nesse sentido, Francesco Carnelutti:

Se o fim da jurisdição é a composição ou a prevenção da lide, haveria de inferir disso que, onde quer que se manifeste a lide ou o perigo dela, deveria operar a função processual. Mas não é assim; por isso, além dos fins, devem ser considerados seus limites⁶⁶.

Com efeito, a preocupação com uma antevista crise do judiciário motivou o início de movimentos esparsos para estudos e reflexões sobre os problemas então existentes acerca da solução dos conflitos da sociedade.

Muito embora normalmente o início das pesquisas sobre a reforma do acesso à Justiça esteja associado à *Pound Conference*, em 1976, o certo é que, mesmo antes, existiram programas como o da *American Arbitration Association (AAA)*, financiados pela Fundação Ford, que promoveu estudos sobre a mediação como modelo de tratamento dos conflitos, diante das fortes tensões sociais e trabalhistas então existentes. Além dessa iniciativa, o Prosecutor's Office de Ohio, realizado no sistema judiciário, disponibilizou um programa empregando acadêmicos de direito como mediadores para questões que envolviam crimes de menor potencial ofensivo⁶⁷.

O movimento se estendeu à mediação comunitária, e floresceu em razão do forte apoio público, ampliando-se a sua utilização em questões de direito de família, a qual se tornou obrigatória em alguns estados americanos, evoluindo para um movimento que conformou o que passou a ser conhecido como *collaborative law*. No

⁶⁶ Instituições do Processo Civil. São Paulo: ClassicBook, 2000, p. 143.

⁶⁷ KOVACH, Kimberlee K. Mediation: Principles and Practice, 2004, p. 31-32

final da década de 1980, reformistas do movimento A mediação comunitária desenvolveu-se para a vertente da justiça restaurativa, empregado como alternativa aos casos criminais, o que tem inspirado estudos e práticas em vários países, inclusive no Brasil, onde sua aplicação passou a ser recomendada pelo CNJ.

Mas a Pound Conference, ocorrida nos EUA da década de 70, é mesmo reconhecida como o marco inicial do movimento pela democratização do Judiciário e identificação e desenvolvimento científico de novas formas de solução de conflitos, para além da prestação estatal. Frank Sander, com o discurso intitulado “Variedades de Processos de Resolução de Disputas”⁶⁸, pronunciado na Conferência Roscoe Pound, sobre as Causas da Insatisfação Popular com a Administração da Justiça, apresentou a proposta de reforma do judiciário sob o argumento de que os tribunais não deveriam ter apenas uma forma de acesso à solução dos litígios, cuja variedade não admite modelos inflexíveis de tratamento. Segundo Sander, os tribunais deveriam apresentar opções e direcionar os casos para metodologias distintas, guiados sob o signo da adequação, disponibilizando não apenas a mediação e a conciliação, mas inúmeras outras categorias, de outras áreas da ciência, além de práticas reconhecidamente válidas.

Os estudos do professor de Harvard, desde 1976, sinalizam, ainda, que o sistema por ele concebido - a que denominou de Multidoor Courthouse, ou Tribunal Multiportas – envolvem métodos para-judiciários de solução de conflitos, pré-processuais ou derivados dos processos, disponibilizando-se os serviços à população desde o sistema de justiça.

Com amplo apoio dos juízes da Suprema Corte e de movimentos sociais a proposta apresentada por Sander resultou em iniciativas no setor público com o desenvolvimento da resolução de disputas que alcançaram e foram progressivamente absorvidos pelo setor privado.

A proposta de Sander iniciou amplo movimento reformista do sistema de justiça convencional, estendendo-se por vários países. No Brasil, o projeto de Sander inspirou a edição de leis e a Resolução nº. 125 do Conselho Nacional de Justiça.

⁶⁸ SANDER, Frank. E. A. Varieties of Dispute Processing. Federal Rules Decisions, 1976.

Em paralelo, ainda na mesma década tem início o projeto de pesquisa, também promovido pela Fundação Ford, denominado Projeto Florença, realizado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth - o primeiro, professor da Universidade de Florença e à época Diretor do Instituto de Estudos Jurídicos Comparados, e o segundo Diretor da *American Bar Association* e Professor da *Indiana University School of Law*.

O projeto de Cappelletti e Garth – no Brasil, o resultado da pesquisa por eles conduzida foi publicado, juntamente com Nicolò Trocker, a partir da tradução de Ellen Gracie Northfleet - teve como principal objeto de pesquisa a identificação dos entraves ao acesso à jurisdição, sob os enfoques dogmáticos - como os sistemas de normas estatais e o normativismo - e empírico, e resultou em acentuadas críticas à concepção excessivamente formalista e dogmática do direito e da perspectiva unidimensional da Justiça como aplicadora das disposições legais.

Com uma concepção tridimensional do direito - que, segundo o doutrinador italiano, exige, primeiro, que nos tornemos conscientes das necessidades, problemas e expectativas sociais básicas - o movimento analisou os obstáculos e buscou os caminhos para superar as dificuldades de acesso à solução justa e adequada dos conflitos da sociedade.

O referido professor identificou três principais obstáculos que impedem ou dificultam sobretudo o acesso à jurisdição.

O primeiro aspecto, de natureza econômica e que reflete a ausência ou de informação e acesso à representação adequada, por motivo de pobreza, foi tratado com ênfase no apoio à assistência e orientação jurídica ao cidadão.

O segundo obstáculo, de natureza organizacional, correspondia ao fenômeno socioeconômico da coletivização dos direitos, ou aos direitos metaindividuais, de minorias sociais que encontraram na representação dos direitos e interesses difusos ou coletivos uma forma de tratamento mais eficiente.

O obstáculo processual, assim denominado pela inadequação da solução mais comumente utilizada - o tradicional processo litigioso - ao tratamento de determinadas espécies de conflitos, desafiou a busca por reais alternativas aos juízos ordinários e aos procedimentos usuais, o que resultou na proposição de

oferecimento pelos tribunais de modelos alternativos à via adversarial, preferencialmente por métodos consensuais, como a mediação e a conciliação.

Nos EUA, a expansão desses métodos alternativos de solução de conflitos deu-se de modo espontâneo, como reflexo do multiculturalismo e da coesão da vida comunitária. A própria sociedade foi estruturando esses mecanismos, chamados nos Estados Unidos de ADRs (*Alternative Dispute Resolution*), que foram progressivamente recebendo o reconhecimento da lei, como a mediação, a arbitragem e um sem-número de outros institutos, como o *rent-a-judge* na Califórnia, o *fact-finding*, o *summary jury trial*, a arbitragem anexa à corte, os ombudsmen em inúmeras instituições, como bancos e hospitais, e a *early neutral evaluation*.

O projeto conduzido por Cappelletti e Garth teve ressonância em países anglo-saxônicos europeus, como a Grã-Bretanha, a partir do *'Parents Forever'*, movimento surgido no final da década de 1970 em ambiente universitário, inicialmente voltado ao atendimento de casos relacionados ao direito de família, mas que permitiu o desenvolvimento e a formação de uma cultura de solução consensual e a instalação de centros comunitários. Ao longo da segunda metade do século passado, esse modelo alternativo de solução de disputas se expandiu e passou a ser praticado em outros países do continente europeu, até que o Parlamento e o Conselho Europeus, em 21 de maio de 2008, editaram a Diretiva 2008/52/CE⁶⁹, com o objetivo de facilitar o acesso à resolução alternativa de litígios e promover a solução amigável de litígios, incentivando o recurso à mediação e assegurando uma relação equilibrada entre a mediação e o processo judicial.

A Diretiva 2008/52/CE, embora inicialmente prevista apenas para disputas transfronteiriças, foi subscrita por todos os países integrantes da Comunidade Europeia, à exceção da Dinamarca, os quais em seguida editaram leis e regulamentos internos instituindo a política de solução consensual de conflitos.

Em 2013, o Parlamento Europeu editou a Diretiva 2013/11/UE⁷⁰, de 21 de maio de 2013, e instituiu a Resolução Alternativa de Litígios de Consumo.

A Alemanha foi um dos primeiros estados a adotar a política comum, e em 2012 o legislador alemão aprovou a Lei de Promoção da Mediação e dos outros métodos de Resolução Alternativa de Litígios Extrajudiciais. Portugal, Espanha,

⁶⁹ Fonte: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0052>>. Acesso em 28 abr. 2017

⁷⁰ Fonte: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32013L0011>>. Acesso em 28 abr. 2017

Itália, França e demais países editaram em seguidas suas respectivas leis sobre RAL.

Esses dois projetos retratados, levados a efeito por Sander, Cappelletti e Garth, foram impulsores de significativas transformações no sistema de justiça convencional, estendendo-se indistintamente por inúmeros países, nos quais foram admitidos independentemente das tradições jurídicas que praticavam.

O fato é que o sistema Multiportas e as ondas renovatórias de acesso à Justiça advieram em momento histórico coincidente à evolução do constitucionalismo democrático, que preconizava uma revisão dos fundamentos teóricos de institutos jurídico-legais, o que contribuiu para uma nova conformação prática do judiciário.

O Brasil também se submeteu a essas inovações, que engendraram modificações no acesso à Justiça, como se verá adiante.

3.2. Acesso à ordem jurídica justa

Discute-se se de fato as ondas renovatórias do acesso à jurisdição alcançaram o Brasil e influenciaram o legislador a promover as mudanças que se verificaram a partir da década de 1970.

Com efeito, as décadas de 1970 e 1980 marcaram o início da sequência de alterações legislativas operadas com o objetivo de superar as disparidades socioeconômicas e informacionais e remover os obstáculos legais e judiciários e ampliar o acesso à jurisdição. Nas reflexões de Daniela Monteiro Gabbay e Luciana Gross Cunha:

[...] essas mudanças ocorreram tanto no desenho institucional do sistema de Justiça quanto na legislação processual e foram impulsionadas pelo ambiente de transição política para a democracia no final dos anos 1970 e as consequentes exigências de ampliação dos direitos e garantias de cidadania daquele momento⁷¹.

⁷¹ GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31.

Mancuso reforça o entendimento de que as ondas renovatórias aportaram na experiência brasileira e de modo definitivo introduziram as modificações verificadas ao longo da segunda metade do século passado.

Mas, para Ferraz,

O Brasil não observou a sequência cronológica das ondas renovatórias: no mesmo contexto histórico, tentamos transpor todos os obstáculos do acesso à jurisdição. Com isso, não é difícil perceber que os desafios para a sua consolidação – que já não são pequenos – são muito maiores entre nós⁷².

A despeito dos pontos de vista distintos, o fato é que algumas experiências isoladas, no Brasil e em outros países, apontavam para novas possibilidades de tratamento e solução do conflito. Desde a década de 1980, juízes de regiões distintas iniciaram determinadas práticas que convergiram à uma tradução para o direito pátrio do modelo dos *small claims*, típico do *common law* e presente na estrutura judiciária norte-americana, e que resultaram na primeira edição dos juizados especiais, ou juizados de pequenas causas, como previsto na Lei 7244/84.

O acerto da iniciativa, que em primeiro momento facilitou sobretudo o acesso indistinto pela sociedade em geral aos mecanismos de uma jurisdição que se pretendia informal, célere e equânime, alcançou novo estágio com a Lei 9099/95, que conferiu maior estruturação ao sistema, a partir da previsão constitucional do artigo 98⁷³, e promoveu a ampliação e distribuição dos juizados especiais pelo país. Nessa oportunidade, foram incorporadas influências ao sistema de *small claims* relativas ao tratamento de questões de natureza criminal de menor potencial ofensivo.

Pode-se atestar que o êxito inicial dos juizados especiais, estendidos posteriormente das questões cíveis e consumeristas à matérias tributária e previdenciária e à Justiça Federal, coadjuvado a outros fatores, rapidamente sofreu processo de reversão, e o acesso à solução preferencialmente conciliatória e informal se traduziu em fator de extremo e indesejado formalismo, com a presença

⁷² FERRAZ, Leslie Sherida. Acesso à justiça: Uma análise dos juizados especiais cíveis no Brasil. Rio de Janeiro, RJ: FGV, 2010, p. 80.

⁷³ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais.

reduzida das próprias partes, que continuaram a ser representadas por advogados e prepostos, e alta taxa de congestionamento (superior a 73%)⁷⁴, com índice proporcionalmente inverso e decrescente de conciliação, que alcançou, conforme dados de 2016, a reduzidíssima taxa de 9%⁷⁵.

O paradoxo se torna evidente quando se constata que, apesar do longo tempo de tramitação (01 ano e 08 meses, aproximadamente), mais de quatro milhões, do total de cerca de dezenove milhões de novos processos que aportaram no judiciário, foram apresentados ao sistema dos especiais.

Esses dados, que se repetem ao longo das últimas duas décadas com pouca oscilação, são sintomáticos do esgotamento do modelo exclusivo de jurisdição, e isso a despeito da pretendida ampliação do sistema por meio da rotina simplificada dos juizados especiais, o que de resto não se efetivou.

Esse quadro tem dado ensejo a reflexões sobre os limites do acesso à Justiça a partir de um modelo operacional típico da era moderna, e suscitado discussões sobre categorias tradicionais que se mantêm infensas à interpretação que as atualize ao contexto contemporâneo ao neoconstitucionalismo.

Nesse sentido, o acesso à jurisdição, como antes referido em relação às demais categorias do Direito, também se submete à resignificação sob o paradigma do Estado Constitucional.

Tradicionalmente entendido como direito de acesso ao judiciário, o acesso à Justiça, primado fundamental que é a base mesma da democracia moderna, sempre foi pautado em conjunto com outras categorias, destacadamente a da jurisdição, do processo e direito de ação.

Com efeito, por meio do exercício do direito de ação⁷⁶, de uso discricionário, pode-se provocar a atividade do judiciário, consistente na prestação de provimento jurisdicional, objetivo de um procedimento em que as partes, em posições isonômicas, estabelecem entre si e (cada uma delas e ambas) com o juiz um conjunto de relações jurídicas.

⁷⁴ Justiça em Números – *Op. cit*

⁷⁵ Justiça em Números – *Op. cit*

⁷⁶ O direito de acesso à jurisdição é conformado pelas garantias da CRFB/88 art. 5º incisos XXXV, LIII a LVII.

Para atingimento de sua finalidade, o processo permite às partes a participação dialética na construção da decisão pela argumentação demonstrativa dos fatos controversos. Com isso, se assegura um processo justo, do que resulta uma solução objetivamente justa. Mas a justiça ou não da solução ou da sentença não é resultante apenas de um processo em que estejam preservadas as garantias constitucionais (contraditório, ampla defesa, juiz imparcial – devido processo legal), mas fundamentalmente que contemple uma adequada apresentação e confrontação de provas, objeto de digressão detida mais adiante.

O acesso à Justiça, aqui entendido como acesso à jurisdição ou acesso ao ordenamento jurídico, é de uso irrestrito e incondicionado e consiste em que qualquer pessoa física ou jurídica pode validamente movimentar o sistema burocrático-institucional em busca da satisfação de uma pretensão. Direito pétreo consagrado na Constituição, constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, e não pode ser restringido ou dificultado. Todavia, o seu exercício, por meio do processo, deve ser condicionado, em prol de uma prestação jurisdicional consentânea com o Estado de Direito, em que se assegure a utilização de métodos e técnicas adequados ao tratamento dos conflitos, racionalizando-se o emprego dos recursos disponíveis, ademais ilimitados, de molde a se garantir que o acesso ao ordenamento jurídico importe numa solução democraticamente justa.

O acesso à jurisdição está fundado no direito de ação, por meio do qual é exercido, e este se submete a conhecidas categorias que condicionam o seu exercício, dentre as quais sobressai o interesse processual.

Como aponta Didier, o interesse nasce de uma pretensão insatisfeita ou voluntariamente resistida - situação fática que ganha contornos de situação jurídica - , e não se conforma plenamente sem que antes seus pressupostos ou requisitos de procedibilidade estejam presentes (pressupostos de existência e pressupostos de validade, ou condições da ação).

De acordo com Moacyr Amaral Santos⁷⁷, o interesse processual constitui a “relação de necessidade entre o pedido e a atuação jurisdicional”, e deve traduzir não apenas a utilidade do recurso à jurisdição, mas, sobretudo, a necessidade da intervenção estatal à proteção do direito meritório.

⁷⁷ Primeiras linhas de direito processual civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 166.

O interesse de agir não se confunde com o interesse primário que vincula o interessado ao objeto. Antes, é secundário e instrumental, e surge da necessidade de obter por meio da jurisdição a proteção ao interesse substancial.

Ainda com Didier, tem-se:

O interesse de agir é requisito que deve ser examinado em duas dimensões: necessidade e utilidade da tutela jurisdicional [...] o interesse de agir é um requisito processual extrínseco positivo: é fato que deve existir para que a instauração do processo se dê validamente.⁷⁸

Portanto, o interesse em movimentar a máquina judiciária deve se submeter ao elemento crítico da necessidade-utilidade de se obter a tutela jurisdicional.

Como se constata, a movimentação do ordenamento jurídico-burocrático não constitui em mero diletantismo. E é sob esse enfoque que essa categoria do direito de ação deve ser revista. No direito brasileiro, tradicionalmente, sempre houve resistência à imposição de limitações ao exercício do direito de ação. Mas a contingência dos tribunais, assoberbados de processos triviais e de pretensões que se resolvem sem oposição concreta, induziu à revisão dessas categorias.

Nesse aspecto, é conveniente lembrar que Moreira⁷⁹ aponta que as reformas legislativas podem ter cunho exclusiva ou predominantemente científico, quando modificações meramente formais são operadas; ao contrário, quando a realidade exige a modificação de institutos existentes ou a introdução de institutos novos, as reformas somente podem ser avaliadas à luz de seus efeitos concretos. É nessa esteira que Marinoni infere:

O surgimento de novas realidades gera, naturalmente, outros conceitos, e estes, por consequência absolutamente lógica, devem dar origem a uma nova classificação. A menos que se pense que os novos fenômenos é que têm que se adaptar às classificações, como se estas fossem dotadas de força perene. Porém, aceitar que uma classificação é eterna é o mesmo que imaginar que a realidade é imutável. Portanto, é fácil concluir que não são as novas realidades que têm que ser encaixadas nas classificações. Ao contrário, as novas realidades, para que possam ser adequadamente explicadas, devem gerar novos conceitos e classificações⁸⁰.

⁷⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida. Salvador: JusPodivm, 2016.p. 405.

⁷⁹ MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. Temas de direito processual: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Teoria geral do processo. 2. ed.. São Paulo: RT, 2007, p. 60.

Vale, ainda, apontar que o conceito de interesse sob a modalidade da adequação da ação encontra superação na doutrina, que não mais o reconhece como condicionante ao exercício do direito de ação sob o prisma do interesse, sobretudo em razão do princípio da instrumentalidade das formas.

Leonardo Greco, no mesmo sentido, enfatiza:

Se o autor escolhe procedimento inadequado para a obtenção da tutela jurisdicional necessária ao equacionamento da situação fático-jurídica descrita na inicial, isto não significa que não tenha direito a essa tutela jurisdicional, mas simplesmente que o meio adotado é impróprio, não pode levar o juiz a validamente exercer a jurisdição sobre o caso concreto⁸¹.

Com isso, o interesse de agir, categoria interna ao direito de ação, se redesenha por força da realidade, e é elaborada pela doutrina⁸² para que se torne exigível a presença ostensiva e comprovada da efetiva resistência à satisfação voluntária ou provocada da pretensão. A doutrina, em grande parte, se posiciona nesse sentido⁸³, e começa a ser acolhida pelas decisões dos tribunais, a exemplo do que tem decidido o STJ. Conforme o julgado no RE n. 631.240, em 27.08.2014, o STF entendeu que a exigência de exaurimento das vias administrativas não se confunde com a de mero requerimento administrativo prévio. Em julgamento recente, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, confirmou que, nas ações previdenciárias, é válida a exigência de que o interessado comprove a utilização prévia da via administrativa para a obtenção do benefício, reconhecendo-se a necessidade da postulação administrativa como requisito para o ingresso judicial, diante do indeferimento ou omissão pelo INSS, para configuração do interesse de agir.

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, em evolução a entendimento anteriormente esposado, manifestou de forma análoga em relação à ação de restituição de indébito, considerando que o interesse processual se concretiza “na recusa de recebimento do requerimento; negativa de concessão do benefício

⁸¹ GRECO, Leonardo. *Op. cit.* 2003, p. 36.

⁸² De acordo com Marinoni, “O surgimento de novas realidades gera, naturalmente, outro conceito. E estes, por consequência absolutamente lógica”.

⁸³ Para Eduardo Arruda Alvim, “o interesse processual é aferível, mediante a verificação da utilidade, necessidade e adequação do provimento jurisdicional pleiteado”.

previdenciário, seja pelo concreto indeferimento do pedido, seja pela notória resistência da autarquia à tese jurídica esposada”.

Conquanto existam órgãos administrativos estatais competentes para julgar conflitos, entende-se que não exercem função jurisdicional própria, de forma que as suas decisões servem de mero elemento de prova, com presunção relativa de veracidade, em caso de ação judicial. Assim funciona o Tribunal Marítimo, ao julgar os acidentes e os fatos da navegação marítima, fluvial e lacustre e as questões relacionadas com tal atividade.

Por outro lado, o acesso à jurisdição, antes identificado como acesso ao judiciário, também se renova sob a ampliação das possibilidades de solução os conflitos por outros modelos, estatais e paraestatais.

A rigor, a consolidação da democracia engendra na sociedade a legítima e crescente pretensão de participação efetiva - uma superação ao período de predomínio do publicismo clássico -, o que alcança categorias tradicionalmente típicas ao judiciário e que atualmente são revisitadas.

Como se disse, o processo, antes reservado à presidência do juiz, numa relação verticalizada em relação às partes, antagonistas entre si e por ele dirigidas e supervisionadas, passa por uma releitura democratizante para se fixar numa estrutura procedimental em que se assegure a efetiva participação e capacidade de influência das partes.

Conforme Trícia Navarro,

O publicismo posicionou o juiz como figura central do processo. Como consequência dessa concepção, que raramente vem explicitada e normalmente fica velada, imagina-se que, no processo, o juiz pode fazer tudo e as partes teriam autonomia para quase nada. Como o magistrado deveria perseguir os interesses do Estado, poderia fazê-lo independentemente da vontade individual e, uma vez provocada a jurisdição, a interferência das partes no processo seria mínima. Elas manteriam suas prerrogativas de definir e até renunciar ao direito material subjacente, mas não teriam possibilidade alguma de conformar o procedimento⁸⁴.

⁸⁴ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual. Revista de Processo, São Paulo, v. 40, n. 241, 2015, p. 502.

A oposição recíproca, característica do processo controversial estatal, tem agora ao seu lado a pretensão de busca da solução consensual pelo esforço de todos os participantes, devendo mesmo ser estimulada por cada um dos envolvidos.

O rol ampliado de soluções, que não se limita aos meios consensuais tradicionalmente conhecidos, alcançando também outros modelos e a arbitragem, se estende preferencialmente para o ambiente externo – e independente – ao processo, havendo mesmo toda uma convergência sistêmica para que o empenho dos interessados se dirija para a fase pré-processual. Para isso, o próprio Código está a dotar as partes de instrumentos adaptáveis para o manejo de soluções e tomada de posições que evitem o processo judicial, como transparece da combinação entre os artigos 3º, 334 e 381 do CPC/15.

Essa é uma diretriz que reproduz iniciativas internacionais, inclusive do common law.

Assim, pode-se afirmar que o acesso à jurisdição atualmente não se limita ao acesso ao judiciário, com o qual deixa de se confundir, espargindo-se mesmo para uma atividade extraprocessual em direção ao ambiente privado.

3.3. Acesso à Justiça e Acesso ao Judiciário

O acesso à jurisdição durante muito tempo foi concebido quase que exclusivamente sob o prisma estrito da jurisdição estatal, confundindo-se com o acesso ao Judiciário. E isso tem uma razão histórica.

A função de julgar (jurisdição) tradicionalmente sempre foi tida como uma atividade estatal, ainda que na realidade o direito e o processo tenham sido exercidos nos povoados e nas comunidades, com base na equidade e nos costumes e nas orientações das autoridades locais. Esse era um modelo ainda ajurídico de direito consuetudinário e de processo baseado na influência do rito, da palavra ou do ato simbólico.

Em Leonardo Greco, pode-se encontrar:

[...] desde a antiguidade, ainda no Direito Romano do século III d.C., em período de *cognitio* extraordinária, “passando pela Idade Média, pela Idade Moderna e chegando até a Idade Contemporânea, os governantes reivindicaram para si a função de julgar litígios e tutelar interesses particulares, embora até a Idade Moderna a maior parte da administração

da justiça fosse exercida dentro das comunidades com base na praxe dos tribunais costumeiros e na doutrina de jurisconsultos⁸⁵.

A passagem das experiências práticas dos costumes e da equidade para um sistema jurídico é alcançada com o processo, a partir da formulação de regras de comportamento ditadas pelos responsáveis pela solução dos casos (jurisconsultos).

Ainda no Direito Romano, o ritual das *legis actiones* atinge a fase do processo formulário, caracterizado pela investigação jurídica do caso, com o comparecimento das partes perante o pretor para exposição do litígio e a obtenção, se admitida a ação, da fórmula dirigida ao juiz e que define, explícita ou implicitamente, a norma geral, descoberta pelo pretor e a ele imposta pela análise perfunctória dos fatos controvertidos. De acordo com Galeno Lacerda,

[...] a fórmula representa a lei, aplicável ao caso concreto pelo juiz-árbitro. E como os casos poderiam repetir-se, a coleção das fórmulas pretorianas passou a servir de fonte de inspiração jurisprudencial e doutrinária. Sem dúvida, desta análise casuística do direito, plasmada pelo gênio dos romanos durante séculos, é que brotaram as grandes codificações⁸⁶.

Daí poder se afirmar, com Galeno Lacerda, que a descoberta do direito nasce com o processo. O alcance da Idade Média e o surgimento do Estado Moderno marcam a estatização do direito e do processo, absorvidos pela estrutura burocrática das instituições. Os soberanos, com base no positivismo que lhes conferia sustentação política e jurídica, reivindicaram o monopólio da jurisdição, e a sistematizaram, a partir de Luiz XIV, em códigos emanados da sua própria autoridade.

Com a conformação do Estado Moderno, a atividade jurisdicional fora cometida ao Poder Judiciário, seguida a tripla função estatal desenhada por

⁸⁵ GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 69.

⁸⁶ LACERDA, Galeno. Processo e cultura. Revista de Direito Processual Civil, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 74-86., jan. 1961, p. 81.

Montesquieu. Em países de direito positivo escrito, como os da tradição do *civil law*, o monopólio da jurisdição e do direito convencionou que a solução dos conflitos necessariamente exige o acesso ao judiciário, por meio dos códigos e leis regentes do processo, consolidando o costume que por muito tempo manteve indistintos a justiça e os tribunais.

A partir da revolução industrial, com a produção de bens e serviços em escala, os conflitos correspondentes surgiram na mesma proporção, e encontraram no judiciário o modelo prevalecente acesso à solução. A realidade, contudo, impôs a redefinição da cultura que fazia prevalecer a percepção de que acesso à solução do conflito implicava exclusivamente o acesso à jurisdição e ao processo judicial.

Como lembra Marinoni, já mencionado, o surgimento de novas realidades deve dar origem a novas classificações, adaptáveis ao contexto social, com aptidão para as novas soluções reclamadas. É nesse sentido que Barbosa Moreira enfatiza que modificações teóricas, como correções textuais, podem ser efetivadas por iniciativas meramente científicas. Mas as realidades práticas exigem posturas que somente podem ser avaliadas em seus efeitos concretos.

Na passagem do Estado de Direito Liberal para o Estado de Direito Social e deste para o Estado de Direito Constitucional, a sociedade alcança o patamar civilizatório marcado pela democratização das instituições e da participação da sociedade destinatária das ações estatais ou privadas com aptidão para alcança-la.

Assim é que, no âmbito do direito e da justiça, o acesso à solução justa também se submete à releitura contextualizada pelo fenômeno do constitucionalismo contemporâneo. Em leitura estrita, o que se convencionou denominar neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo avançado, ou ainda constitucionalismo de direitos, apresenta outras possibilidades a partir de aportes doutrinários.

Com efeito, o neoconstitucionalismo representa um novo paradigma jurídico⁸⁷, designando um modelo que traduz o Estado Constitucional de Direito que existe em alguns países europeus, como a Itália, Alemanha e Espanha. Sucede, na lição de Barroso, o constitucionalismo liberal, com sua ênfase nos aspectos de organização do Estado e na proteção de um elenco limitado de direitos de liberdade.

⁸⁷ SASTRE ARIZA, Santiago. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.

Esse novo modelo jurídico apresenta como peculiaridade o caráter normativo das disposições constitucionais e a conquista de sua efetividade, caracterizados pela consolidação da posição da Constituição no centro do sistema jurídico, onde, nas palavras do autor:

[...] desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica. Compreendida como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve examinar todo o direito infraconstitucional⁸⁸.

Como preconiza Alexy⁸⁹, o novo paradigma constitucional, democratizante e voltado ao atendimento efetivo dos anseios sociais, se irradia e permeia todo sistema jurídico-normativo, sob cujo influxo se deve empreender a atividade hermenêutica, justamente o que confere validade à releitura atualizada dos preceitos jurídico-legais à luz do modelo principiológico constitucional.

Pois bem, uma interpretação desavisada e meramente dogmática do art. 5º, inc. XXXV, da CF/88, pode conduzir à conclusão de que todo e qualquer anseio ou desentendimento pode ser apresentado à solução pelo judiciário, sem qualquer condicionamento prévio ou incidental - à exceção, por óbvio, do atendimento às exigências da ação e do processo. Essa percepção, que predomina nas cortes brasileiras, na advertência de Mancuso:

[...] tem contribuído para a asfixiante sobrecarga do serviço judiciário - a chamada judicialização do cotidiano - levando a que conflitos de pequena monta e parca ou nenhuma complexidade venham de pronto judicializados, quando, antes, e superiormente, poderiam e deveriam passar por certos estágios de decantação e maturação, que operam como uma filtragem (...) ⁹⁰.

⁸⁸ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 5.ed. Saraiva, 2015, p. 111.

⁸⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2014.

⁹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à Justiça - Condicionantes legítimas e ilegítimas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 250.

3.4. O esgotamento e a revisão conceitual do acesso ao judiciário

O direcionamento dos casos em conflito para o judiciário foi uma consequência inexorável da evolução histórica, sobretudo a partir da formação do Estado Moderno Liberal.

De acordo com Greco⁹¹, o sistema judiciário passou a sofrer forte impacto de diversos fatores que vieram a pôr em cheque a sua capacidade de concretizar os ideais humanistas do segundo pós-guerra, com multiplicação exponencial do número de processos. Mas é na passagem do Estado Liberal para o Estado Social que o judiciário, proeminente na função de pacificação, acentua o quadro de excessos que já se delineava. Após o ocaso do Estado Liberal, superado por sua incapacidade de assegurar o alcance, pelos indivíduos, do bem-estar almejado, o Estado Social advém sob a expectativa de materializar os programas constitucionais, ensejando que o judiciário, guardião da constituição e responsável pelo arbitramento dos conflitos interindividuais e pela pacificação social, atuasse em substituição aos poderes administrativo e legislativo.

Na sequência evolutiva em que se atinge o patamar do Estado Constitucional, o surgimento de novos direitos, em concomitância à intensificação dos desenvolvimentos científico, tecnológico e cultural, destinou ao judiciário as demandas emergentes respectivas. A integração entre países e culturas diversas e o acesso à informação e à comunicação, juntamente com a transnacionalização da produção de bens e serviços em escala e o desenvolvimento da economia baseado no consumo de massa, conformou no extrato social o estado de conflitualidade que se verifica atualmente, direcionadas as divergências quase que exclusivamente ao judiciário.

É nesse estágio que os tribunais exibem elevado o grau de esgotamento, fenômeno que não se limita ao sistema brasileiro, mas que em outros países encontram alternativas aqui ainda ausentes ou incipientes.

No Brasil, o quadro é ainda agravado em razão de uma interpretação ampliada do conceito de acesso à jurisdição. A garantia inscrita no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, dispõe que a lei não excluirá da apreciação

⁹¹ Greco, Leonardo. Estudo em homenagem ao Prof. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, por ocasião de sua aposentadoria como professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito, que reproduz asserção semelhante introduzida pela Constituição de 1946 (art. 141, §4º). Essa garantia tem origem na influência da doutrina de Marshall no pensamento jurídico brasileiro do início do século XIX, sintetizado na declaração que Rui Barbosa apresentou ao Supremo Tribunal Federal em 1892, ao advertir que “onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça⁹²”.

O conceito predominante dessa garantia atribuía ao Estado a exclusividade da solução dos litígios, garantido o acesso ao sistema de justiça convencional pelo exercício do direito de ação e sua contrapartida, de que o juiz não pode se eximir de atender ao pedido de tutela jurisdicional.

Todavia, esse é um conceito que deve ser revisitado. Com efeito, para além da inafastável possibilidade de acesso ao judiciário, a garantia constitucional apresenta a faceta da proibição endereçada ao legislador, que não poderia definir matéria infensa à reclamação ao poder judiciário.

Nesse sentido, o direito de ação consagrado no art. 5º inc. XXXV da Carta de 1988 traduz um comando negativo ao legislador e ao administrador, ou ao Estado, de um modo geral, que não podem subtrair qualquer tema à reivindicação pela via acionária ao Poder Judiciário.

Da mesma forma, não se concebe a anteposição de dificuldade ou condicionamentos extraordinários ao exercício de direito de ação, o que importaria na própria negativa de acesso a prestação jurisdicional e à garantia de direitos e, em última análise, na própria subsistência do estado democrático de direito constitucional.

Por outro lado, o direito de ação deve ser positivamente garantido pelo Estado, o qual deve proporcionar plenas condições ao seu exercício individual ou coletivamente. Não por acaso, a própria Constituição dispõe, em seu art. 5º, inc. LXXIV, que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, elencando a Defensoria Pública (art. 134) como “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

⁹² RODRIGUES, Lêda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, t. 1, v. 1 p. 20.

Essa garantia também deve favorecer o acesso ao judiciário de modo mais adequado, razão pela qual foi estabelecido, pela Constituição Federal (art. 98, I), o dever de se instituir Juizados Especiais para as causas de menor complexidade.

Todo esse aparato institucional, desde a garantia constitucional, se mostra limitado diante do estágio evolutivo alcançado pela sociedade, de modo que novos institutos são necessários a tornar efetivo o Estado de Direito e assim garantir a solução dos conflitos individuais e coletivos e a pacificação social.

Como se disse, uma interpretação sob o viés positivista da garantia do direito de ação serviu como indutor do fenômeno que se tornou conhecido como judicialização, ou demandismo, significado do afluxo aos tribunais de todo e qualquer controvérsia surgida na sociedade, sem qualquer preocupação com outros fatores intervenientes ou afetados por esse serviço público essencial.

De acordo com Mancuso,

[...] o inciso XXXV do art. 5o da vigente CF/1988, dispondo que a lei não pode subtrair à apreciação judicial históricos de lesão sofrida ou temida, tem merecido, ao longo do tempo, uma leitura que a descolou da realidade judiciária contemporânea, tomando ares tão ufanistas como irrealistas. Com isso, daquele singelo enunciado se têm extraído premissas, garantias, deveres, direitos, enfim, proposições diversas contando-se, dentre essas ilações exacerbadas: a garantia de acesso à jurisdição, a universalidade da jurisdição, a ubiquidade da justiça, tudo, ao fim e ao cabo, estimulando o demandismo judiciário e por pouco não convertendo o direito de ação em dever de ação⁹³.

A esses aspectos deve-se, ainda, acrescentar, que a prodigalidade do acesso gratuito ao sistema de justiça - especialmente nos juizados especiais - traduz-se em verdadeiro estímulo à judicialização, não raro de modo inconsequente, como anotam Gabbay e Cunha⁹⁴.

Do que foi dito, uma abordagem ponderada e aderente à realidade judiciária nacional conduz necessariamente à conclusão de que a prescrição negativa constitucional, ao vedar a exclusão da apreciação jurisdicional de lesão ou ameaça a

⁹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op.cit.* 2015, p. 194.

⁹⁴ De acordo com as autoras (2012, p. 144), "ao restringir a concessão da gratuidade processual, estar-se-ia limitando os incentivos para a judicialização de conflitos previdenciários", recorrentes nos Juizados Especiais Federais, lógica inteiramente aplicável aos Juizados Cíveis Estaduais em relação às demandas decorrentes das relações de consumo.

direito, por certo está endereçada ao legislador, ao qual a Constituição emite um comando de abstenção à produção de material legislativo sobre fato ou direito tendente a impedir ou dificultar o acesso à jurisdição.

E não poderia mesmo ser diferente. A literalidade do dispositivo reproduzido pelo codificador contém carga axiológica e uma hierarquia de valores que não podem ser endereçadas ao cidadão comum, que não tem o poder de determinar restrição ou subtração de qualquer tema ao Judiciário.

Com essa reinterpretação, o acesso à jurisdição subtrai a exclusividade da jurisdição estatal e resta significativamente ampliado para abranger outros modos de solução de conflitos. Como já mencionado, a jurisdição não é mais um monopólio estatal, na medida em que o acesso ao tratamento e solução dos conflitos pode tomar as vias da consensualidade e da arbitragem extraestatal.

Daí a razão pela qual Grinover⁹⁵ sustenta o novo conceito de jurisdição: “Se, conforme o nosso pensamento, a jurisdição compreende a justiça estatal, a justiça arbitral e a justiça consensual, é evidente que fica superado o conceito clássico de jurisdição”.

3.5. Processo justo

Na verdade, a nova interpretação da garantia constitucional de acesso à jurisdição, em conjunto com a ampliação do conceito de jurisdição, tal como proposto por Grinover, implica necessariamente o reconhecimento de que não basta prover as condições de acesso ao judiciário ou a outras formas de solução de conflitos se não se tem presente o conceito de processo justo, denominado por Comoglio⁹⁶.

Inspirado nos valores éticos constitucionais e centrados os direitos e garantias fundamentais na dignidade humana, o processo justo procura viabilizar o acesso à solução justa, que respeita os direitos fundamentais na busca da verdade

⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.* 2016, p. 18.

⁹⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile I: Il processo ordinario di cognizione*. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006.

real, garantindo-se a atividade estatal para uma prestação jurisdicional efetiva (solução adequada), colaborativa e em prazo razoável⁹⁷.

Para Humberto Theodoro Junior,

[...] por acesso à jurisdição hoje se compreende o direito a uma tutela efetiva e justa para todos os interesses dos particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico. Jurisdição e processo são dois institutos indissociáveis. O direito à jurisdição é, também, o direito de processo, como meio indispensável à realização da justiça. A Constituição, em seu artigo 5º, inc. XXXV, por isso, quando garante o acesso à jurisdição, assegura aos cidadãos, necessariamente, o direito ao processo como uma das garantias individuais⁹⁸.

De acordo, ainda, com eminente professor,

[...] a justa composição da lide só pode ser alcançada quando prestada a tutela jurisdicional dentro das normas processuais traçadas pelo Direito Processual Civil, das quais não é dado ao Estado declinar perante nenhuma causa (Constituição Federal (CF), art. 5º, incs. LIV e LV). É no conjunto dessas normas do direito processual que, de forma prática, se consagram os princípios informativos que inspiram o processo moderno e que propiciam às partes a plena defesa de seus interesses, e, ao juiz, os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão dos direitos individuais dos litigantes⁹⁹.

Greco explica que o conteúdo de tal acesso é implementado através das chamadas garantias fundamentais do processo ou do que vem sendo denominado de processo justo. Para se alcançar uma solução justa, Comoglio estabelece como parâmetros:

[...] garantias de natureza individual, como as estruturais, ou seja, o acesso à jurisdição se dá, individualmente, por meio do direito conferido a todas as pessoas naturais ou jurídicas de dirigir-se ao Poder Judiciário e dele obter resposta acerca de qualquer pretensão, contando com a figura do juiz natural e com sua imparcialidade; com a garantia do contraditório e da ampla defesa, com ampla possibilidade de influir eficazmente na formação das decisões que irão atingir os interesses individuais em jogo; com o

⁹⁷ Segundo Alexy, "El Estado constitucional democrático se caracteriza por seus principios fundamentales que han halado en la Ley Fundamental una clara expresión. Se trata de los principios fundamentales de la dignidad humana, de la libertad y de la igualdad, así como los principios relativos a la estructura y los fines del Estado de Derecho, democrático y social". ALEXY, Robert, Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático in Neoconstitucionalismo, edição de Miguel Carbonell. México: Editora Trotta, 2009. p. 31.

⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto, et.al. Novo CPC: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 23.

⁹⁹ *Ibidem*. p. 25.

respeito à esfera dos direitos e interesses disponíveis do litigante; com prestação da assistência jurídica aos carentes, bem como com a preocupação de assegurar a paridade de armas entre os litigantes na disputa judicial; e com a coisa julgada, como garantia da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva¹⁰⁰.

Ainda conforme Greco:

Do ponto de vista estrutural, o acesso à jurisdição exige que concorra, por parte dos órgãos e sistemas de atuação do Judiciário, a observância de garantias como a da impessoalidade e permanência da jurisdição; a da independência dos juízes; a da motivação das decisões; a do respeito ao contraditório participativo; a da inexistência de obstáculos ilegítimos; a da efetividade qualitativa, capaz de dar a quem tem direito tudo aquilo a que faz jus de acordo com o ordenamento jurídico; a do respeito ao procedimento legal, que, entretanto, há de ser flexível e previsível; a da publicidade e da duração razoável do processo; a do duplo grau de jurisdição; e, enfim, a do respeito à dignidade humana, como o direito de exigir do Estado o respeito aos seus direitos fundamentais¹⁰¹.

Esse conjunto de predicados, de natureza processual e constitucional, confere os contornos que caracterizam o processo justo, entendido como meio mais adequado e eficiente de acesso à solução dos conflitos pelo Judiciário.

Todavia, esses princípios e garantias constitucionais podem ser positivamente identificados em outros modelos de solução de conflitos, mesmo adversarial e extrajudiciários.

Com efeito, como será visto mais adiante, no Capítulo a respeito de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, o moderno sentido de acesso à solução justa compreende algo mais do que o acesso ao sistema de Justiça convencional e à sentença como forma exclusiva de resolução.

Tanto isso é verdade, que o legislador do código, ao reconhecer as virtudes da solução consensual de conflitos, endereçou ao Estado a obrigação de promover, preferencialmente, meios alternativos como a conciliação e a mediação (Art. 3º §2º, do CPC/15), sem embargo da previsão da solução por arbitramento.

O legislador obriga ainda os profissionais do direito a estimular a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos, inclusive no curso

¹⁰⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Op. cit.* 2006, p. 61.

¹⁰¹ GRECO, Leonardo. *Op. cit.* 2015, p. 832.

do processo judicial¹⁰², o que sinaliza deve ser uma atividade preferencialmente extraprocessual e extrajudiciária. Privada, portanto.

Conforme prelecionam Mendes e Silva,

[...] para que a solução fosse mais rente à realidade fática da causa, houve ênfase na solução consensual de conflitos, tanto pela mediação como pela conciliação, de forma que a solução pudesse ser buscada pelas partes, e não imposta pelo juiz, além da primazia da apreciação do mérito¹⁰³.

3.6. Efetividade

A fase pós-positivista que caracteriza o atual estágio de evolução das sociedades implica no reconhecimento de que o fenômeno da constitucionalização dos direitos e das relações públicas e privadas impõe a releitura de categorias tradicionais e a concepção de novos institutos, que se mostram mais aptos à conformação dos novos direitos individuais e coletivos e à sua efetividade.

De fato, se no Estado Liberal, positivista, a preocupação do legislador residia apenas na edição de leis que perfaziam um conjunto normativo suficiente para a decisão dos conflitos, sem qualquer ideação sobre a realidade fática ou social (Kelsen), no Estado Constitucional as atenções do Estado se voltam ao atendimento às necessidades da sociedade, num plano de maior contato com os anseios e aspirações de indivíduos e coletividades para tornar efetivos os direitos.

Premidos pelo sentido de democracia participativa, as normas infraconstitucionais são agora plenificadas de carga valorativa constitucional, de modo a conferir concretude ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, inscrito no art. 1º, inc. III, da Constituição Federal.

O princípio da dignidade da pessoa, portanto, constitui uma espécie de norma-valor que confere legitimidade ao próprio Estado Democrático de Direito. Resultado da construção de um conceito surgido ainda na antiguidade, o princípio da dignidade é o reconhecimento do ser humano em si mesmo e incondicionado, sentido que adquiriu maior expressão em Tomaz de Aquino e que posteriormente foi teorizado por Immanuel Kant e Hegel.

¹⁰² CPC/15, art. 3º, §3º

¹⁰³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Normas Fundamentais do Código de Processo Civil de 2015: Breves Reflexões. REDP, v.17, n.2, 2016, p.41.

O conceito de dignidade como condutor da axiologia constitucional, deve ser uma preocupação presente nas situações jurídicas em geral, e, especialmente, nas relações jurídicas processuais e no próprio processo.

O processo, portanto, tem como finalidade proporcionar a realização da dignidade da pessoa, devendo ele próprio ser pautado pelo mesmo princípio. Essa carga valorativa¹⁰⁴ se traduz na observância dos preceitos estabelecidos como normas fundamentais do processo civil, entre os artigos 1º e 12 do CPC/15.

Oportuno mencionar Mendes e Silva¹⁰⁵:

[...] as disposições previstas nos doze primeiros artigos orientam, principiologicamente e através de conceitos indeterminados, a atividade dos sujeitos e do Estado no processo, procurando estabelecer linhas mestras para a condução e para a orientação de todo o processo civil, que deve ser tratado e mantido como um conjunto de normas coerentes e coesas.

Não por acaso, o legislador de 2015 inseriu nas normas fundamentais do processo civil (art. 8º) que ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz deverá atender aos fins sociais e às exigências do bem comum. Claro, portanto, o objetivo de se resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Como visto, o revestimento desses adjetivos caracteriza o processo justo, traduzindo-se que a solução, sobre ser justa, seja também efetiva (art. 6º).

Mais uma vez, de acordo com Greco,

O processo em si mesmo deve formar-se e desenvolver-se com absoluto respeito aos direitos fundamentais de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a justiça do seu resultado possa ser alcançada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo. No Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucionais e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo. Como bem observa Taruffo, nenhum direito

¹⁰⁴ CPC/15 art. 1º: "O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

¹⁰⁵ Mendes e Silva. *Op. cit.* p. 42.

existe de verdade, se não está acompanhado pela respectiva tutela jurisdicional¹⁰⁶.

A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, aquela que resulte da observância de um processo justo e que realize o direito afirmado e reconhecido pelo provimento jurisdicional.

Para tanto, a apuração da prova é um dado essencial ao procedimento, como se verá adiante.

¹⁰⁶ GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (Org.). Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Atlas, 2012, p. 273.

4. DESJUDICIALIZAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCESSO

A preocupação do legislador com a efetividade das decisões judiciais não se limitou às elaborações de um estruturalmente processo justo. O sentido mais presente para o conceito de efetividade é o de adequação dos meios de solução do litígio. E isso não significa adstrição exclusiva ao conceito de processo judicial, exigindo antes uma compreensão ampliada da concepção do processo. Como se verá mais adiante, o processo passou a ser compreendido como direito subjetivo fundamental a ser ter um mecanismo estruturado e dialógico que viabilize a apresentação e resolução dos conflitos. É certo que o processo responde, na Teoria Geral, a conceito bem definido, mas é igualmente correto afirmar que medidas que o antecedem, e que por vezes visam a produzir efeitos em seu curso, compreendem-se nos limites de uma extensão conceitual. Assim, a etapa prévia ao processo convencional deve ser tratada sob os mesmos parâmetros reservados ao processo *stricto sensu*, guardando-se na simetria a identidade de que se trata de modalidade institucionalizada de solução de conflito.

Com efeito, como já referido, a constitucionalização dos direitos e do processo implicou numa releitura de categorias jurídicas e na reelaboração de institutos tradicionais. Assim, a jurisdição, por exemplo, tida como monopólio estatal, alcança novas expressões, como a arbitral e a consensual, para tornar mais efetivos os direitos individuais e coletivos¹⁰⁷.

O princípio regente desse tema é que o acesso à solução justa não é sinônimo de acesso ao judiciário, importando considerá-lo como acesso a ordem jurídica justa. O ordenamento jurídico não é composto apenas pelo conjunto normativo positivado, nem se resume à burocracia dos poderes instituídos. Para tornar concreta a garantia constitucional da efetividade, instituições novas ou reformuladas tornam-se disponíveis aos indivíduos e às coletividades para tratamento e solução de seus negócios e situações jurídicas.

Por outro lado, a litigiosidade incontida desafia a adoção de uma nova racionalidade no trato das questões que são submetidas ao judiciário, o qual, por meio de definição de atribuições e competências, seleciona aquelas que devem ser tratadas em outras esferas.

¹⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a Processualidade: Fundamentos Para Uma Nova Teoria Geral do Processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

Nota-se certa tendência à desconcentração da jurisdição dos juízos convencionais para os especiais e do sistema de justiça para esferas paraestatais, como as serventias extrajudiciais, a arbitragem e as soluções consensuais. Internamente, os processos mostram-se mais flexíveis, facultando às partes poderes antes enfeixados no juiz. Essas medidas, em maior parte, são ainda o reflexo das ondas renovatórias concebidas por Garth e Cappelletti, durante o Projeto de Florença, e o desenvolvimento da própria democracia (participativa).

A ilustração de Mancuso é pertinente. O referido autor aponta que desde o CPC/73 já se observava que a legalidade estrita (art. 126) abriu espaço para a jurisdição por equidade (art. 6º L. 9099/95), enquanto a sentença como ato do juiz passou a contemplar a decisão proferida por leigo (art. 40, L. 9099/95 e art. 15, L. 12.153/09) ou a decisão por arbitragem (art. 24, L. 9099/95). Métodos consensuais como a conciliação passaram a ser estimulados e a fazer parte da rotina judiciária com maior ênfase, constituindo-se mesmo em ato inicial do procedimento especial (art. 7º, L. 9099/95).

Em âmbito mais geral, modificações estruturais como a promovida pela aprovação da Lei de Registro Público (Lei 6.015/73), que unificou os procedimentos que não dependiam de decisão judicial para produzir efeitos, são seguidas pela Lei 8.560/92, que permite que o reconhecimento de paternidade seja realizado nas Serventias Extrajudiciais de Registro de Pessoas Naturais; Lei 8.951/94, que passou a admitir a consignação extrajudicial de obrigação em dinheiro; Lei 11.441/2007, que possibilita a realização de divórcio e inventários extrajudicialmente, sob determinados pressupostos; Lei 11.790/08, que desjudicializou o procedimento de registro de nascimento, após transcurso do prazo legal; entre outras.

O CPC/73 também sofreu a influência da onda de reformas e simplificação do processo, implementadas ao longo do tempo. A partir da Emenda Constitucional 45/2004, a sequência legislativa tornou-se mais frequente, pretendendo conferir racionalidade ao procedimento e aos recursos (Leis 11232/05, 11277/06, 11418/06, 12016/09, 12322/10, 12810/13, 12873/13, dentre outras).

Esse conjunto legislativo objetivou, principalmente, a uniformização da jurisprudência dos tribunais superiores, assim pretendendo conferir maior economia e racionalidade ao sistema recursal e privilegiar os princípios da isonomia, mantendo a integridade das decisões em questões repetitivas, e da celeridade processual, ao

permitir a improcedência liminar do pedido, sempre que se tratar de questões unicamente de direito.

Embora o considerável avanço na organização e sistematização do processo e dos recursos - o que recomendou sua manutenção e ampliação no Novo Código de Processo Civil (CPC/2015) -, os institutos da sentença antecipada e da repercussão geral, e as sistemáticas dos recursos repetitivos e representativos de controvérsia não atenderam à finalidade maior de desestimular a judicialização, não tendo surtido o efeito esperado.

Ao contrário, desde as modificações operadas, o índice de judicialização se manteve em ascensão.

Em verdade, os institutos em questão se limitaram a modificar a sistemática de recursos e à uniformização da jurisprudência, mas não chegaram a interferir no baixo grau de efetividade das decisões definitivas, sobretudo quando se trata de demandas coletivas ou repetitivas.

Essa tendência normativa teve continuidade na atual legislação processual ao acrescentar novas hipóteses de desjudicialização ao corpo do novo diploma, por meio do artigo 384 (lavatura de atestados ou documentos por tabelião), artigo 571 (demarcação e divisão de terras por instrumento público), artigo 610 (inventários e partilhas por escritura pública), artigo 703 (homologação do penhor por via extrajudicial), artigo 733 (modalidades de divórcio, separação e extinção de união estável por escritura pública), e artigo 1071 (realização do procedimento de usucapião em cartório de registro de imóveis).

É perceptível, portanto, que com o amadurecimento da sociedade, determinados temas, antes reservados aos poderes oficiais e em especial ao judiciário, têm sido progressivamente transferidos ou compartilhados com a esfera privada. Em verdade, trata-se de refluxo ao movimento pendular a que fazia alusão Picardi¹⁰⁸. Se na passagem para o Estado Social o juiz alcançou status de protagonista na garantia dos direitos ante a incapacidade dos demais poderes e as lacunas deixadas pelo legislador, o certo é que o judiciário não se mostrou apto¹⁰⁹ a suportar e satisfazer todas as demandas que lhe tem sido endereçadas, o que induziu à necessidade de relativizar os procedimentos, tornando-os mais adaptáveis

¹⁰⁸ PICARDI, Nicola; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Jurisdição e processo*. RJ: Forense, 2008.

¹⁰⁹ Para além dessa constatação, discute-se com propriedade o déficit de legitimidade do judiciário.

em busca de uma celeridade no trânsito processual, e o redirecionamento das soluções para instâncias paraestatais, como as serventias extrajudiciais.

O movimento de desjudicialização tem continuidade na nova composição do ordenamento jurídico brasileiro a partir do CPC/15, o qual, juntamente com a Lei 13140/15 e a Res. CNJ 125/10, conformam o que se convencionou denominar o microsistema da consensualidade.

Com efeito, para além de todas as modificações operadas no âmbito do CPC/73, mantidas e até ampliadas pelo CPC/15, a Lei 13140/15 completa esse arcabouço em sequência à Res. CNJ 125/10, com a introdução da mediação, ao lado da conciliação (e da arbitragem – art. 3º §1º do CPC/15), como método privilegiado de solução dos conflitos, devendo seu uso ser estimulando preferencialmente ao processo judicial. Essa política não se limita aos aspectos programáticos da legislação, que determina a sua institucionalização no ambiente público a prazo certo (Res. CNJ 125/10, art. 7º, com redação pela Emenda 2/16), por meio da criação de Núcleos Permanentes de Solução de Conflitos e Cidadania em todos os Tribunais, e a instalação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania em todos os locais em que haja dois ou mais juízos, responsáveis pela realização das sessões judiciais (incidentais ao processo, art. 334 §3º CPC/15) e pré-processuais.

A previsão dessa vertente amplificada do acesso à jurisdição compreende não apenas as formas tradicionais da conciliação e mediação em processos estruturados, mas todo e qualquer outro método de solução consensual, enfatizando o seu caráter preferencial ao determinar aos operadores do direito que estimulem a sua adoção. Para tanto, em diversos outros dispositivos do CPC/15 – que chega a ter toda uma Seção destinada ao tema (artigos 165 a 175, Seção V, Capítulo III) -, o legislador prevê que os tribunais deverão criar e instituir Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, dotados de magistrados e servidores com formação em métodos consensuais de solução de conflitos e de mediadores e conciliadores e responsáveis pela realização das sessões judiciais incidentais ou prévias (art. 334 c/c art. 165 CPC/15 e art. 24 da L. 13140) de solução das disputas e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

De acordo com o art. 165, §1º, do CPC/15, os tribunais deverão editar atos próprios de composição e organização dos Centros, observando as regras do CNJ – especialmente, a Resolução nº.125, de 2010, que dispõe sobre a Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário¹¹⁰ e que constituiu a principal fonte de inspiração do legislador processual e especial.

Parece nítido, e assim entende parcela substancial da doutrina, que o legislador pretendeu inaugurar uma nova etapa na forma de solução de conflitos da sociedade, sob o paradigma contemporâneo que coloca a dignidade da pessoa e o discurso intersubjetivo controlável e com maior liberdade no centro das garantias fundamentais constitucionais.

Para tanto, o legislador – como fizera previamente o CNJ (Res. 125/10) – atribui ao Judiciário a responsabilidade de principal executor da política de tratamento dos conflitos de interesses da sociedade, legando aos tribunais a formulação da política pública regional, nos termos do art. 7º da referida Resolução. E faz com clara opção política de que o cidadão e as empresas, jurisdicionados ou meramente interessados, privilegiem a solução autocompositiva previamente ao acionamento do serviço judiciário. É essa a razão para que os Centros Judiciários sejam adequadamente estruturados e estejam aptos a oferecer serviços de solução de conflitos e de orientação ao cidadão e à sociedade em geral, constituindo-se a sua organização em prioridade para os Tribunais. Como a própria denominação deixa inferir, os Centros de Solução de Conflitos, embora integrem a estrutura judiciária, não se limitam ao atendimento ao art. 334 do CPC (mediação incidental), cabendo em suas atribuições a orientação à autocomposição, contribuindo para que a sociedade tenha à disposição formas mais adequadas para tratamento e solução de seus conflitos e - o que parece o principal – para a formação de uma nova cultura de consensualidade e de pacificação.

Os Tribunais, portanto, devem tratar com absoluta prioridade a instituição dos Núcleos (art. 7º da Res. 125 CNJ) e dos Centros, dotando-os de magistrados, servidores e mediadores com preparo e número adequados.

¹¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf>. Acesso em: 14 set. 2016.

Essa não é, entretanto, uma política exclusiva ou que se limite ao judiciário, o que resultaria no assoberbamento ainda maior do sistema de justiça. A política de fato deve ser uma iniciativa do judiciário, mas toda a sociedade deve dela se apropriar e a desenvolver e aprimorar. Não por outra razão, o legislador ordinário, ao mesmo tempo em que se construía o novo Código de Processo, gestava o que se tornaria a Lei 13.140/15¹¹¹, o Marco Legal da Mediação. A Comissão de Juristas presidida pelo Min. Luiz Felipe Salomão elaborou a legislação voltada à solução de conflitos extrajudicial, em ambiente público ou privado, convencional e virtual ou à distância (Lei 13.140/15 art. 46).

O certo é que os diplomas legais – Lei 13.105/15, Lei 13.140/15 e Res. CNJ 125/10 - são complementares, permitindo um tratamento harmônico do que se pode identificar como o microsistema da solução consensual.

Assim, a responsabilidade dos tribunais pela iniciativa da política de construção e difusão da consensualidade pode e deve ser complementada, até com certa prevalência, por outros órgãos públicos e pela iniciativa privada. Entidades da administração direta e indireta, empresas públicas e autarquias são estimuladas a instituir núcleos de solução de conflitos e a criar políticas voltadas à sua adoção preferencial. Por outro lado, empresas privadas, sobretudo as formadoras de grande número de demandas, e cidadãos começam a perceber as inúmeras vantagens que as vias autocompositivas conferem em relação às disputas judiciais.

Por essa e outras razões, mediadores, conciliadores e facilitadores de um modo geral empreendem no novo segmento do mercado com a constituição de Câmaras Privadas de Mediação (Res. CNJ 125/10 art. 12), oferecendo ao público em geral - inclusive às empresas formadoras de demandas em série - um modelo de resolução de controvérsias baseado no soft power da negociação direta ou intermediada.

A preocupação com a formação adequada dos facilitadores, fundamental para se assegurar a qualidade da prestação do serviço e a fidedignidade dos institutos, importou em sua regulamentação pelo CNJ e pela Escola Nacional de Formação do Magistrado – ENFAM.

¹¹¹ 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>

A despeito de integrar a estrutura judiciária¹¹², parece essencial que os Centros devam operar com certa autonomia. De fato, é o juiz coordenador, auxiliado pela equipe de mediadores e servidores administrativos, quem melhor pode conhecer a realidade em que atua, devendo, portanto, encetar esforços junto a representantes de segmentos organizados – como Escolas, Universidade, Cartórios Extrajudiciais, Clubes de Serviços, Empresas públicas e privadas, entidades religiosas e Centros Comunitários, além de Câmaras Privadas – para a realização de atividades convergentes à política da consensualidade e de ações coordenadas para o tratamento dos conflitos e difusão da cultura.

A esse tema se retorna mais adiante, mas não se pode deixar de referir que a Res. CNJ 125/10, em sintonia com a legislação de países em que a prática da gestão dos tribunais é rotineira, possibilita e mesmo incentiva a formulação de protocolos interinstitucionais para o melhor manejo de casos (complexos e repetitivos, por exemplo) e dos próprios tribunais.

Ao aludir, em seu art. 3º, dentre as suas atribuições, à possibilidade e estabelecimento de acordos de cooperação com entidades públicas e privadas em torno de programas comuns, o CNJ, já em 2010, prenunciava o avanço que se verificava na interpretação do art. 158 CPC/73, ensejando a adoção de pactos interinstitucionais para melhor gerenciamento da justiça¹¹³.

O sistema da consensualidade deve ser autossustentável – inclusive com adequada remuneração dos profissionais diretamente envolvidos, como mediadores,

¹¹² Res. CNJ 125/10, art. 8º.

¹¹³ Art. 3º O CNJ auxiliará os tribunais na organização dos serviços mencionados no art. 1º, podendo ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas, em especial quanto à capacitação de mediadores e conciliadores, seu credenciamento, nos termos do art. 167, § 3º, do Novo Código de Processo Civil, e à realização de mediações e conciliações, na forma do art. 334, dessa lei. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16):

III - providenciar que as atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos sejam consideradas nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento;

IV - regulamentar, em código de ética, a atuação dos conciliadores, mediadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias;

V - buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, bem como que, nas Escolas de Magistratura, haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento;

VI - estabelecer interlocação com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios;

VII - realizar gestão junto às empresas, públicas e privadas, bem como junto às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade;

VIII - atuar junto aos entes públicos de modo a estimular a conciliação, em especial nas demandas que envolvam matérias sedimentadas pela jurisprudência; (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

conciliadores e magistrados - a fim de se manter com perene qualidade. Por isso, recomenda-se que os serviços judiciários de solução consensual sejam adequadamente suportados pela sociedade através da taxa judiciária, a exemplo do que ocorre no Rio de Janeiro, havendo recomendação expressa para cada estado da federação tenha em legislação própria o Plano Estadual da Mediação.

4.1. A formalidade procedimental

Sobre ser adequado, é preciso que se verifique o grau de rigidez do processo, ou, por outro lado, de sua flexibilidade. A flexibilidade do processo guarda relação com dois aspectos: a forma – o que, por sua vez, implica na liberdade de atuação das partes e do juiz – e a eficiência, que implica no melhor modo de se alcançar a solução do caso.

A forma é entendida como aspecto de exteriorização do ato jurídico. Como se sabe, o ato jurídico tem origem na vontade dos sujeitos, mas se exterioriza e produz efeitos, ingressando no campo jurídico, através da forma de que se reveste ou como se apresenta, cuja finalidade é ainda a de conferir previsibilidade, ordenação e segurança ao procedimento, e assim promover estabilidade às relações jurídicas. A formalidade do ato, ao conferir previsibilidade à veiculação da manifestação da vontade, também opera como garantia ao indivíduo, preservando-o da discricionariedade arbitrária.

A rigidez ou flexibilidade da forma dos atos e da estrutura do processo costuma acompanhar as oscilações entre os modelos privatísticos e publicísticos do processo, o que suscita consequentes debates sobre a repartição de poderes processuais. Assim, quanto mais rígida é a forma, maiores as prerrogativas das partes e menor o espaço político ou de conveniência para o juiz. A autonomia das partes, por seu turno, prevalece na ausência de formalidades e onde não haja proibição legal. A formalidade, como se vê, se faz necessária na medida do que exijam a segurança jurídica e a eficiência para a manifestação da vontade. Quando transpõe esses balizamentos, a forma se mostra demasiada e contrária ao seu próprio escopo, transformando-se num formalismo excessivo, o que significa a previsão de formas desnecessárias, demasiadas ou inadequadas, o que deve ser evitado.

Alcançar o equilíbrio entre a formalidade e a flexibilidade é exigência do processo contemporâneo, em que as garantias do devido processo legal levam em consideração a possibilidade de participação dos interessados na construção dos atos preparatórios e de desenvolvimento até a decisão final. A flexibilidade do processo não é fenômeno que se limite ao aspecto intrínseco da estrutura procedimental. Como lembra Paolo Biavati, a noção de flexibilidade ou de elasticidade não é um conceito novo na história do direito processual, como deixam claro Carnelutti, Denti e Cipriani, podendo-se defini-la como um modo de ser da norma, que a torna mais adaptável ao fato e promove maior proximidade da norma abstrata à exigência do caso do processo. A disposição flexível é aquela que oferece diversas possíveis saídas de uma dada fase do processo, todas previsíveis, mas uma só das quais será escolhida no caso particular.

Em outra perspectiva, não se trata de relegar o formalismo à inutilidade em favor da acentuação da concepção de um protagonismo judicial socializador, que permite ao magistrado, ao seu aviso, flexibilizar formas seletivamente, no exercício de um ativismo superado pelo equilíbrio entre as posições contemporaneamente ocupadas no processo civil, como apontado por Dierle Nunes¹¹⁴.

Carnelutti¹¹⁵ propugnava um conceito elástico de processo. Com efeito, o doutrinador italiano do início do século passado propunha uma estrutura do rito que pudesse ser encurtada ou alongada, restrita ou alargada, segundo as exigências da lide, e dizia mesmo que o processo devesse se adequar às necessidades da causa singular. A partir da asserção de Carnelutti pode-se acrescentar que essa flexibilidade não se restringe à estrutura do processo apenas durante a sua fase judicial, devendo ser compreendido que os atos praticados anteriormente ao ajuizamento do litígio, para além da previsão expressa da lei e dos incentivos que o CPC/15 confere à fase preparatória e à soluções consensuais prévias ao processo, estejam cobertos por certas garantias e formalidades processuais, posto se tratar de uma técnica de antecipação procedimental, um vez que visam a projetar-se sobre o processo.

A etapa prévia ao processo convencional deve ser tratada sob os mesmos parâmetros reservados ao processo *stricto sensu*, naquilo que lhe for aplicável,

¹¹⁴ NUNES, Dierle José Coelho. A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático. In: Normas Fundamentais. Salvador: JusPodium, 2016, p. 105.

¹¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. Instituições do Processo Civil. São Paulo: ClassicBook, 2000.

guardando simetria com a fase judicial, posto que se cuida de modalidade institucionalizada e preparatória para a solução de conflito.

4.2. Desjudicialização, autorregramento da vontade e autocomposição

A autocomposição preconizada pelo CPC/15 como uma das alternativas à não-judicialização dos conflitos, como se constata, advém de um movimento identificado com a constitucionalização dos direitos e das normas processuais, o qual confere centralidade a dignidade da pessoa humana como princípio basilar ao próprio Estado de Direito.

Nesse sentido, a efetivação desse preceito fundamental se materializa na garantia da efetiva participação nos processos estatais daqueles que de algum modo podem ser os destinatários da própria medida, emprestando-lhes assim feição democrática.

A autocomposição e desjudicialização são fenômenos que se combinam e complementam, por isso que o CPC/15, sob a diretriz traçada pelo legislador, concebeu as estruturas que viabilizam o acesso às informações que permitem a ampliação da formação do panorama da questão controvertida, o que favorece a possibilidade do diálogo e da construção do consenso.

Pari passu, o Estado é obrigado a dotar suas estruturas de condições apropriadas a conferir existência às diretrizes legais, seja ao determinar a preferência pela solução extrajudiciária por consenso ou por arbitramento privado (CPC/15 art. 3º§§ 1º e 3º), seja pelo estímulo que todos os envolvidos no processo são obrigados a promover (CPC/15 art. 3º §§ 2º e 3º), sem embargo da instalação de Centros de Solução de Conflitos (Res. CNJ 125/10).

Para além das diretrizes que passam pela desjudicialização e pela autocomposição incidental ou preventiva e pela heterocomposição extrajudiciária (arbitragem), o CPC/15, em sequência à Res. CNJ 125/10, prevê a adoção, pelas partes, de mecanismos que permitam melhor gerenciamento do processo (flexibilização) e dos tribunais, incentivando sua utilização em caráter preferencialmente pré-processual e institucional.

4.3. A cooperação como norma fundamental do CPC/15

O CPC/15, conforme explicitado em mais de uma oportunidade, apresenta uma estrutura que permite definir a ideologia com o que legislador pretendeu impregnar a dinâmica judiciária brasileira. A análise sistematizada dos institutos codificados e do modo de sua implementação e desenvolvimento pelos profissionais do direito na rotina diária dos tribunais deixa bem à mostra a teleologia do sistema jurídico-processual, cujas bases estão assentadas nas Normas Fundamentais, dentre as quais sobressai o princípio da cooperatividade, indicando que o processo, para além de representar um plano adversarial de produção da decisão, constitui antes de tudo uma comunidade de trabalho.

A parte seguinte deste trabalho pretende abordar os principais aspectos dos Negócios Processuais, a partir de uma percepção dos institutos dos arts. 190 e 200 do CPC/15, e sua conjugação com outros institutos, como aqueles contemplados nos artigos 381, e 165 a 175 codificados. Por ora, no entanto, convém o alinhamento, ainda que sumário, dos fundamentos principiológicos que propiciam a estruturação dos institutos que lhes conferem atuação e efeitos práticos, como o dos mecanismos que promovem a integração da atuação dos sujeitos processuais no gerenciamento do processo, em especial relacionados à instrução probatória. Em breves linhas, um panorama geral deste aspecto do novo processo civil brasileiro.

O Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) conferia ao juiz brasileiro poderes suficientes à condução do processo e da prova, facultando-se a sua intervenção de ofício para prover o necessário à sua pretensão de esclarecimento à frente do material produzido pelas partes. E assim agia pelo permissivo do art. 130 do CPC/73, que lhe concedia ampla gama de poderes de direção formal e material do processo, incluindo a produção de provas de ofício. Por isso que o CPC/1973 era identificado com o modelo ativista de atividade jurisdicional.

O CPC/15, ao revés, concebido já no ambiente de construção democrática e elaborado por equipe de juristas com variada experiência na academia e nos tribunais, adotou o modelo de processo como comunidade de trabalho (Arbeitsgemeinschaft) como garantia de efetiva participação das partes no processo, contemplado com uma base normativa principiológica que lhe confere sustentação metodológica e sistemática e acompanhado de mecanismos específicos

incentivadores da coparticipação dos sujeitos e interessados no processo pendente ou futuro¹¹⁶.

O novo paradigma, como já se referiu, está explicitamente caracterizado logo no início do CPC/2015, dos artigos 1º ao 12, que contêm as normas fundamentais que regem sua interpretação e aplicação¹¹⁷. É certo que o processo civil de 2015 apresenta uma teleologia comprometida com a solução pacífica dos conflitos sob um prisma democrático que deriva do ambiente constitucionalizante que permeia as sociedades contemporâneas. A mais evidente demonstração do modelo cooperativo de processo civil parece estampada logo no art. 1º, que conforma aos valores constitucionais, e no art. 3º, que preconiza a solução consensual e prévia como preferencial ao processo.

Mas são os artigos 5º, 6º, e 8º que harmonizam sistemicamente a proposta de processo cooperativo. Com efeito, centrado na promoção da dignidade da pessoa humana, o legislador deixou claro que o processo deve guardar relação com a promoção da solução e da pacificação, constituído em instrumento democrático à disposição da sociedade para a resolução de seus conflitos, e isso em caráter residual, como alinha o art. 3º citado. A dignidade da pessoa humana, percebida em sentido amplo, não prescinde de que garantias constitucionais estejam preservadas nas relações jurídicas levadas ao processo por meio do exercício do direito à provocação da jurisdição, dever estatal indeclinável e irrestingível. A interpretação do processo civil segundo os valores constitucionais democráticos se materializa na relação processual através da garantia de efetiva participação na construção do

¹¹⁶ “Para esse fim, é certo que o novo Código trouxe uma redistribuição de direitos, deveres e faculdades entre o juiz e as partes, que, como não poderia deixar de ser, não se resume aos modelos ideais da jurisdição ativista ou garantista, mas representa sim uma síntese daquilo que se entende como um processo justo, uma visão própria não redutível a um modelo processual, que se preocupa em oferecer uma visão particular do que seja a adequada prestação jurisdicional [...] ” (in QUINTAS, Fábio Lima. Para que um novo Código de Processo Civil? Uma reflexão... *Op. cit.* p. 313). A observação de Quintas é perfeita para descrever essa mudança de paradigma do novo CPC no que tange à dinâmica da relação jurídica processual (distribuição das funções entre os sujeitos). Discordamos, contudo, da assertiva de que não seria possível encaixar essa nova estrutura em um modelo de processo. Embora o novo processo civil brasileiro fuja da dicotomia modelo adversarial-modelo inquisitivo, entendemos que ele pode ser categorizado como um perfeito exemplo de processo cooperativo.

¹¹⁷ Alguns dos dispositivos – notadamente os artigos 3º, 4º, 7º e 11 – já contavam com previsão na Constituição Federal de 1988. Não obstante, a sua previsão no CPC/2015 veio a reforçar a importância de sua observância (o que, infelizmente, fazia-se necessário), e para deixar mais clara a forma como esses princípios e garantias devem ser interpretados. É o caso, por exemplo, do artigo 3º, que ao tratar da inafastabilidade da jurisdição consolida no corpo normativo o que já era o entendimento pacífico na jurisprudência: os demais meios adequados de resolução de conflitos (arbitragem, mediação e conciliação) não violam a garantia do acesso à justiça, inscrita no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88.

resultado por consenso ou adjudicado, aspecto representativo do dever de cooperação cuja observância se impõe a todos os atores da relação processual.

É no sentido de conferir concretude à opção preferencial pelas soluções consensuais e à cooperação para a construção democrática do resultado que o legislador fez inserir, também com caráter principiológico, a boa-fé objetiva, tal como previsto no art. 5º do CPC/15, extensivo a todos os que de algum modo participam do processo. Aqui é preciso considerar o conceito ampliado de processo, que alcança inclusive a fase preparatória a que alude o art. 381 do CPC/15 e os eventuais negócios jurídicos, materiais e procedimentais, incidentais (extraprocessuais) ou pré-processuais, em suas várias modalidades, nos termos em que permitidos pelos artigos 190 e 200, o que será objeto de maior digressão no tópico seguinte deste trabalho.

4.4. A boa-fé objetiva e a responsabilidade na flexibilização processual

É no sentido de conferir concretude à opção preferencial pelas soluções consensuais e à cooperação como método de trabalho para a construção democrática do resultado que o legislador fez inserir, também com caráter principiológico, a boa-fé objetiva, tal como previsto no art. 5º do CPC/15, extensivo a todos os que de algum modo participam do processo. Aqui é preciso considerar o conceito ampliado de processo, a que já se aludiu, que alcança inclusive a fase preparatória constante do art. 381 do CPC/15 e os eventuais negócios jurídicos, materiais e procedimentais, incidentais (extraprocessuais) ou pré-processuais, em suas várias modalidades, nos termos em que permitidos pelos arts. 190 e 200, o que será objeto de maior digressão no tópico seguinte deste trabalho.

No ambiente de trabalho com que se caracteriza o processo civil de 2015, a boa-fé objetiva se torna a tônica da atuação das partes, que têm como orientação à atuação o dever de cooperação. Não se pretende com isso considerar que o processo, palco de antagonismos e atuações estratégicas, seja percebido sob a nota da puerilidade ou com a ingenuidade que de resto não se faz presente. Sabe-se que o processo judicial traz em si a carga da adversariedade e do conflito, em que predomina o agir estratégico ao invés do desprendimento altruísta e da iniciativa benevolente, objetivando as partes, a rigor, alcançar uma vitória ou evitar uma derrota maior, tornada concreta na decisão final. Por outro lado, o processo não

pode ser tratado como uma arena de duelo, ou que suas regras e formalidades se permitem usar em favor de objetivos espúrios, mas um local onde os sujeitos buscam a verdade e cooperação.

Na verdade, o que se pretende com a boa-fé objetiva é que os atores do processo atuem sob o princípio da probidade e da lealdade processual, em que todos os sujeitos do processo mantenham uma conduta ética adequada, de acordo com os deveres de verdade, moralidade e probidade em todas as fases do procedimento. Como lembra Portanova (2013, p.156), “todo o comportamento das pessoas em sociedade deve nortear-se pela boa-fé. Logo, o processo não poderia ser diferente”.

Alcalá-Zamora, citado por Justino Magno Araújo (1983, p.101), aponta o que pode ser tomado à exemplo de comportamento probo, ao referir:

[...] el proceso debe servir para discutir lo discutible, pero no para negar la evidencia, no para rendir por cansancio al adversário que tenha razón; há de representar um caminho breve y seguro para obtener una sentencia justa y no um vericute interminable y peligroso para consumir un atropello.

O dever de probidade dos agentes processuais, tal como na assertiva do CPC/15, é a característica do tempero que se promove entre um código predominantemente privatista e outro marcadamente publicista, que o legislador exemplifica em diversos dispositivos. O Código apresenta, no artigo 77, alguns deveres processuais “das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo”, como, por exemplo, “expor os fatos em juízo conforme a verdade” (inciso I); “não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento” (inciso II); “não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito” (inciso III); “cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação” (inciso IV); “declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva” (inciso V); “não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso” (inciso VI).

Além disso, o Código estabelece graves sanções para ao menos algumas hipóteses, conforme prevê no art. 77, §2º, do CPC/15, que estabelece que “a violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta”. E o §7º também prevê sanção processual no caso do inciso VI, impondo à parte infratora proibição de se manifestar nos autos “até que o estado da coisa ou direito em litígio seja restabelecido à condição anterior”, sem olvido à multa do §2º.

O dever de cooperação como preocupação constante do legislador transparece em vários outros dispositivos esparsos pelo CPC/15, a exemplo do art. 378, pelo qual “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”, na verdade reprodução do art. 339 do CPC/73, base legal do princípio na legislação anterior.

O que importa considerar é que a flexibilização das formas e da estrutura procedimental implica num compartilhamento de responsabilidades entre partes e o Estado, de modo que o processo e as formas de prestar a jurisdição são submetidas aos interessados para o melhor atendimento do caso concreto. Isso significa que é lícito que se exija das partes comportamento segundo os parâmetros fundamentais (art. 5º CPC/15) de probidade e cooperatividade, ainda que no contexto de uma disputa adversarial, preservando-se o processo, instituição de direito público, da utilização predatória pela malícia extrema, vedado que regras e formalidades sejam empregadas com fins espúrios (art. 378 CPC/15).

A desjudicialização e a flexibilização dos procedimentos são indutores da instituição de uma fase preliminar ao processo, cumprindo, portanto, abordar a forma como pode ser implementada.

5. ELEMENTOS PARA UMA FASE PRELIMINAR AO PROCESSO

Verifica-se até aqui, que a instituição de uma fase anterior ao processo atende às diretrizes e tendências do processo civil e do direito como um todo no atual estágio evolutivo da sociedade, e, muito além do aspecto puramente pragmático de solver as deficiências do aparelho burocrático do judiciário, a etapa pré-processual pode ser válida para um tratamento mais adequado, participativo e efetivo dos conflitos, induzindo um novo comportamento social.

5.1. Métodos Consensuais de Solução de Conflitos: uma alternativa efetiva ao processo judicial

A superação das fases de tutela por desforço pessoal do direito em disputa, que remonta às sociedades primevas caracterizadas pelo emprego da força física (autotutela), pela autocomposição (acordos e concessões) e pela heterocomposição (intervenção de terceiro imparcial), alcança a etapa, no antigo direito romano, em que o processo, controlado do Poder Público, se torna o instrumento transformador das relações conflituosas. Desde que o período arcaico das *legis actiones*, ainda no Século II a.C., quando o processo se desenvolvia em fase *in iure*, a partir da comunicação ao réu (*iusvocatio*), quando os litigantes se apresentavam ao magistrado (*pretor*) e fixavam em termo o objeto do litígio e se comprometiam a aceitar a *litis contestatio*, passando pela fase *apud iudicem*, quando um árbitro privado recebia do magistrado a responsabilidade pela decisão a causa, até a fase do Império Romano da *cognitio extraordinaria*, em que o próprio pretor é o responsável pela resolução dos conflitos, ocorre uma progressiva assunção do monopólio estatal da jurisdição.

Data dessa época a concepção da jurisdição como monopólio do Estado e reflexo da soberania nacional, o que perdurou ao longo de todo o período medieval e caracterizou a Idade Moderna.

A partir da II Guerra Mundial, com o advento de organismos multinacionais com atividade jurisdicional internacional, o próprio conceito de Estado, sob a tônica da soberania e do monopólio da jurisdição, sofre um abrandamento, dando ensejo ao surgimento de novos institutos responsáveis pela solução dos conflitos internos e externos.

Desse modo, seguindo-se o impulso iniciado no âmbito das relações exteriores, institutos destinados à solução de conflitos paraestatais foram desenvolvidos ou revigorados, em grande parte sob a influência dos estudos realizados pelos pesquisadores Garth e Cappelletti e Sander, a que antes se aludiu.

Os métodos alternos e consensuais de solução de conflitos apresentam inúmeros benefícios, como salienta Marc Galanter¹¹⁸. Com efeito, o referido doutrinador aponta a autonomia das partes e a maior efetividade das soluções, em razão da participação direta dos interessados em sua construção, como os principais fatores pelos quais os mecanismos autocompositivos devem ser estimulados, adicionando-se ainda a melhor abordagem dos aspectos sociológicos, e não apenas jurídico-processuais das controvérsias, a conferir aos acordos maior grau de criatividade e evitar resistências injustificáveis.

Com a adoção pelo ordenamento jurídico-positivo dos métodos consensuais de solução de conflitos, há inegável ampliação do conceito de jurisdição, como insiste Ada Pellegrini Grinover. Embora sua aplicação incidental ao processo, o legislador de 2015 estimula a adoção desses métodos em caráter preferencial e anterior à instauração do litígio judicial, o que induz à edição de uma fase preliminar ao processo como direito fundamental e à consequente instituição de órgãos públicos e privados com atribuição para a realização dos atos respectivos.

Nesse figurino, o acesso à justiça deixa de ser sinônimo de acesso ao Judiciário, conforme enuncia Rodolfo de Camargo Mancuso, anteriormente referido, o qual passa a conter uma nota de subsidiariedade, sendo chamado a intervir apenas em caráter residual quando transpostos os filtros antecedentes, em controvérsias jurídicas extremamente complexas ou quando necessário o trânsito judiciário, como nos casos de ações de estado, rescisórias e de controle de constitucionalidade. Como anota Humberto Dalla¹¹⁹, o Judiciário deve permanecer como “uma espécie de cláusula de reserva”.

A despeito dos benefícios que pode proporcionar à sociedade e à administração da justiça, os métodos autocompositivos têm sido submetidos a críticas como aquelas realizadas pelo professor de Yale, Owen Fiss. Centrado na

¹¹⁸ (Professor emérito da Universidade de Wisconsin - <https://law.wisc.edu/profiles/msgalant@wisc.edu>).

¹¹⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e o Código de Processo Civil projetado, jun. 2012. Disponível em: <http://www.academia.edu/4246510/A_MEDIACAO_E_O_CPC_PROJETADO_280612>. Acesso em: 30 jan. 2016.

essencialidade da função jurisdicional como fonte normativa e de orientação judiciária, Fiss sustenta que os acordos entre partes individuais não devem ser institucionalizados ou utilizados de modo amplo e ilimitado, sob pena de fragilizar os valores constitucionais e desestabilizar a segurança jurídica.

De certo modo, os argumentos de Fiss são compreensíveis, sobretudo se se considerar sua destinação ao sistema em que os acordos são a regra, como nos EUA, onde apenas pequena parcela dos conflitos é realmente decidida judicialmente. Em países como o Brasil, no entanto, em que a cultura prevalente é a judicialização excessiva, o judiciário acabou por tornar-se o destinatário quase que exclusivo das demandas, mesmo as triviais e desnecessárias, como se as partes não tivessem capacidade para resolver suas próprias contendas. Com isso, a capacidade operacional do judiciário tornou-se insatisfatória ao atendimento até mesmo a questões simples, reduzindo a eficiência do processo e a efetividade das decisões.

A par disso, como já referido, a complexidade e diversidade das relações humanas têm desafiado novas formas de tratamento dos conflitos respectivos, afigurando-se o processo judicial e a estrutura burocrática judiciária inadequadas a controvérsias típicas das pós-modernidade. Não se olvide, ainda, a exigência de maior e mais efetiva participação dos próprios atores na solução dos conflitos que lhes digam respeito, individuais e coletivos, no ambiente de um Estado Democrático de Direito Constitucional, ademais acolhida pelo CPC/15.

O princípio da indeclinabilidade do acesso à justiça, entendido por Kazuo Watanabe como acesso a ordem jurídica justa, como não podia deixar de ser foi incorporado pelo novo Código de Processo Civil, o qual, ao lado da primazia da solução do mérito, preconiza sejam investidos esforços à solução autocompositiva, preferencialmente em fase preliminar ao próprio processo.

A nova ordem paradigmática a qual se submete o legislador de 2015 segue tendência internacional, notadamente de países do centro Europeu como França e Itália, que tardiamente alcança o ordenamento brasileiro.

No direito brasileiro, contudo, em que pese a advertência para a sua utilização preferencial em ambiente pré-processual, a autocomposição está sistematizada como etapa da fase judicial, incidental ao processo, o que representa

uma contradição teleológica e induz uma percepção pejorativa dos institutos respectivos. O processo judicial, francamente adversarial e beligerante, não condiz com a voluntariedade e disponibilidade à composição que norteiam a busca do consenso, mais parecendo que a sua utilização no curso do processo busca atender apenas aos aspectos quantitativos e estatísticos por meio de acordos.

Em verdade, a autocomposição incidental e logo ao início do processo pode representar uma conquista ao se ter ao menos sua previsão formal, mas traduz inegável paradoxo, na medida em que, primeiramente, se estimula seu emprego preferencial em ambiente prévio ao processo - sem, contudo, uma adequada institucionalização -, e, ao depois, se exige o ajuizamento da demanda para então sobrestá-la e assim submeter o caso à mediação ou conciliação, podendo-se ainda estender o ato à Câmaras Privadas ou a Mediadores extraquadro dos tribunais.

Além do tempo excessivo com o processo já iniciado, o certo é que os tribunais deverão contar com estruturas voltadas às soluções consensuais em paralelo aos processos contenciosos, o que traduz novo e inegável paradoxo. Mais um sintoma da aptidão da sociedade em remeter todo e qualquer questionamento ou solução, mesmo consensual, ao Estado.

5.2. A participação das partes no processo civil

No capítulo 3 deste trabalho, procurou-se destacar a existência de normas de caráter publicístico e privatístico no CPC/15, o que evidencia a fase de acomodação de um movimento pendular histórico em que se alterna a prevalência entre as vertentes liberal e social.

Remete-se ao que se disse no Capítulo 3. O processo, no período absolutista, dos séculos XVI a XVIII, era caracterizado pelo predomínio dos interesses dos soberanos, que detinham o controle pleno do direito de ação. No Estado Liberal, já no Século XIX, a intervenção estatal na atividade privada relegou o processo aos interesses quase que exclusivamente particulares, o que limitou sobremodo os poderes do juiz, como previsto nos Códigos Napoleônico e o Processual Civil italiano de 1865.

O desenvolvimento sociopolítico a partir do final do século XIX eleva a supremacia do interesse público sobre o individual, o que repercute inclusive no processo civil, integrado ao Estado titular da função jurisdicional para a garantia

efetiva da justiça. Esse fenômeno ocasiona o conseqüente incremento dos poderes do juiz e a restrição à liberdade procedimental das partes, cujo maior exemplo, à época, é o Código austríaco de 1895, concebido por Franz Klein, o primeiro informado pelos valores sociais. Esse diploma repercute sobre outros ordenamentos europeus, sobretudo o italiano, permitindo que o publicismo paulatinamente se expandisse a outros países, em especial os latino-americanos, o Brasil, inclusive.

No Brasil, a exemplo do que ocorrera na Itália, o modelo publicista repercute no CPC/39 e no CPC/73 e amplia significativamente os poderes do juiz, em detrimento da participação dos litigantes no processo.

O processo civil passa assim a atender a escopos jurisdicionais, e tem como objetivo a concretude da atuação da lei e a pacificação social, com a eliminação do conflito com justiça. O interesse público é patente em razão da necessária intervenção estatal na solução do conflito pela jurisdição.

Mas, como se disse, o desenvolvimento sociopolítico e cultural das últimas décadas engendra uma diversidade e complexidade tais dos conflitos que colocam em discussão a própria validade do Judiciário como órgão exclusivo responsável pela solução dos conflitos, e, assim, o caráter prevalentemente publicístico não apenas da jurisdição, mas também do processo. O fenômeno da constitucionalização, influenciado pelo acesso à informação e à conseqüente exigência do reconhecimento dos direitos determinou o surgimento de corrente que propugna o recrudescimento do interesse privado e da autonomia dos cidadãos na condução dos temas que lhes digam respeito, inclusive as questões que até então eram de trato exclusivo pelo sistema convencional de justiça.

5.3. A aproximação entre institutos das tradições do *civil law* e da *common law*.

Embora baseados em estruturas bastante distintas, os sistemas da *civil law* e da *common law* podem ser associados aos fenômenos do publicismo e do privatismo. No *civil law*, o judiciário hierarquizado em carreira de magistrados pauta suas decisões em normas positivadas e escrita, cumpridas as etapas processuais previamente designadas, sempre sob a presidência de um juiz, que pode intervir a todo instante. No *common law*, por outro lado, o judiciário compreende juizes leigos que decidem com base na equidade e nos precedentes. A preparação do

juízo, contudo, é realizada pelas próprias partes, através do acesso compartilhado de dados e evidências, e apenas supervisionado pelo juiz, até ser submetido ao conselho ou júri.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o processo da tradição do common law mostra vertente mais alinhada ao liberalismo, facultando o emprego do processo e de outros métodos adequados para a solução dos litígios primordialmente pelas próprias partes interessadas.¹²⁰ Mirjan Damaška aponta que dessas distintas concepções ideológicas liberal e social decorrem formas diferentes de administração da justiça e de condução do processo.¹²¹

É inegável, contudo, que as tradições e respectivos institutos vêm sofrendo um processo de intercâmbio e integração, com mútuo aproveitamento, resultado do fenômeno da internacionalização e da globalização, verificando-se elevado grau de uniformização que não se limita ao direito e ao processo, mas que se expande como aspecto cultural generalizado. Pode-se identificar alguns elementos decorrentes da recíproca influência, como a codificação nos países de tradição do common law; a eficácia vinculativa das decisões judiciais e a aplicação do princípio do *stare decisis* do *common law*; a adoção dos juizados especiais e das ações coletivas no civil law e a instituição de fase preliminar ao processo.

Ainda nesse contexto, identifica-se a tendência a se conferir ao juiz a organização e a gestão do processo.

No atual estágio em que se encontram os sistemas de justiça dos diversos países, o intercâmbio e o sincretismo metodológico podem proporcionar soluções para problemas comuns. No direito inglês, por exemplo, o processo civil codificado e as ADRs compatibilizam uma certa convergência entre o publicismo e a participação dos interessados no processo, preservada a fase pré-processual, em que as partes são protagonistas que atuam sob os ditames dos protocolos, que denotam a interferência estatal.

¹²⁰ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

¹²¹ O autor discorre sobre essas distintas estruturas em DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of Justice and State authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 2005.

5.4. O processo cooperativo: convívio interativo entre partes e juiz

O processo civil contemporâneo exhibe os sinais da convergência entre os modelos social e liberal, reconfigurando as tradições do common law e do civil law ante a presença de institutos de ambas as tradições que neutraliza qualquer definição asséptica.

Os escopos do processo a que alude Dinamarco, antes referido, mantêm sua inegável acepção publicística, porquanto são seus os objetivos políticos de atender à paz social e à segurança jurídica pela previsibilidade das decisões e estabilidade do direito positivo.

Mas o principal escopo do processo ainda é o de permitir, pela jurisdição, a justa tutela dos direitos dos jurisdicionados, sinal de que também persiste um certo caráter privado do processo. Busca-se, na verdade, com esse equilíbrio ou convergência, um processo que seja efetivamente democrático, em que os poderes do juiz e a autonomia das partes atuem de forma cooperativa dentro dos limites constitucionais estabelecidos para os direitos fundamentais, traduzindo ao mesmo tempo a garantia de influência na construção da decisão, pelos interessados, a limitação do arbítrio estatal e a adstrição da autonomia das partes às regras legais.

O novo modelo de processo participativo e policêntrico está fundado em uma concepção constitucionalizada do procedimento, este conformado na doutrina de Fazzalari como o contraditório dinâmico em que se assegure a efetiva capacidade de influência na condução da relação processual até a enunciação do ato jurisdicional, de acordo com os postulados da Constituição Federal de 1988.

O CPC/15 está permeado pelos influxos constitucionais que por sua vez reverberam as tendências internacionais que preconizam maior participação social nos processos decisórios em geral, tornando-os cooperativos diante do respeito à manifestação das partes. No processo judicial, o papel do juiz está centrado com maior intensidade na direção e gestão do processo, responsável por assegurar a isonomia e a duração razoável, garantindo a observância dos limites e a efetivação das decisões judiciais. Sem embargo, compete-lhe estimular e promover a autocomposição e atuar, junto com as partes, na conformação do procedimento de modo a atender adequadamente aos conflitos e às situações jurídicas, por exemplo

com a alteração dos prazos e ou da ordem de produção das provas, em respeito ao princípio do autorregramento da vontade, típico de um processo democrático.¹²²

Sob esse aspecto, o CPC contempla os negócios processuais típicos, como a elaboração de um calendário processual¹²³, a realização do saneamento consensual¹²⁴ e a eleição de perito comum pelas partes¹²⁵.

No entanto, a principal inovação, sem dúvida, reside na introdução de uma cláusula geral de negócios jurídicos processuais atípicos, inspirada nas iniciativas congêneres do Direito estrangeiro, em especial o inglês, o francês e o italiano. Por meio de uma convenção sobre o processo, podem os litigantes estipular mudanças no procedimento, ajustando-o às especificidades da causa, e convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o curso do processo¹²⁶, competindo ao juiz o controle de validade do negócio, que pode ser recusado por nulidade, abuso em contrato de adesão ou manifesta vulnerabilidade da parte¹²⁷.

Como antes se destacou, a produção antecipada de prova com finalidade específica de evitar ajuizamento de ação ou viabilizar a autocomposição¹²⁸ alinha-se à concepção contemporânea do processo em que as partes são igualmente valorizadas e destinado ao atendimento mais adequado às situações jurídicas em contradição, iniciativa que coloca o ordenamento jurídico brasileiro dentre os mais avançados neste campo ao permitir que as partes alcancem por si mesmas os dados de demonstração necessários à formação de opinião e tomada de posição, inclusive para evitar a própria jurisdição. Há, como visto, um inegável efeito pedagógico, ao induzir ao acesso e à disponibilização de provas em fase prévia ao processo com a finalidade de melhor aparelhar os contendores na condução da solução e na eleição do meio mais adequado para fazê-lo. Não se encontra disposições sistematizadas como as compreendidas entre os artigos 381 e 383 do

¹²² DIDIER JUNIOR., Fredie (Coord. Geral). Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 22.

¹²³ Art. 191 do CPC/2015.

¹²⁴ Art. 357, § 2.º, do CPC/2015.

¹²⁵ Art. 471 do CPC/2015.

¹²⁶ Art. 190 do CPC/2015.

¹²⁷ Art. 190, parágrafo único, do CPC/2015.

¹²⁸ Art. 381, II e III, do CPC5.

CPC/15 em outros ordenamentos jurídicos, muito embora o direito inglês tenha inspirado a fase pré-processual conduzida pelos litigantes, típica do *common law*.

5.5. A instituição da fase pré-processual e a releitura do direito de ação e do interesse processual

O direito de ação pode ser validamente exercido pela parte legitimada desde que presente o interesse de agir. O interesse de agir pode ser traduzido pela conjugação da necessidade e da utilidade do provimento jurisdicional, sem embargo da adequação do instrumento procedimental.

A análise mais criteriosa desses elementos em verdade revela que a imprescindibilidade do processo judicial à solução da crise de direito é o determinante à admissibilidade do processo, na medida em que, sendo necessária, é igualmente útil, e que a adequação do meio pode ser relativizada pela aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, que admite a retificação ou mesmo a superação do procedimento eleito. Vale dizer, tem-se presente o interesse de agir quando se verifica a impossibilidade de se obter a satisfação do direito sem a prestação jurisdicional por ser ela necessária ou pela recusa da parte contrária.

Mas a nova concepção de processo e de acesso a ordem jurídica justa subtrai o sinal de exclusividade ou imediatismo do judiciário como o solucionador do litígio. Daí porque se esvazia igualmente o sentido de interesse, sob o viés da necessidade, uma vez que o resultado satisfatório pode ser alcançado por outras vias mais adequadas porque menos onerosa, mais célere e mais efetiva.

Sob esse prisma, torna-se factível a releitura do interesse de agir, sob o sentido da necessidade e utilidade, para que se verifique a passagem, antes mesmo do ajuizamento da demanda, por etapas procedimentais administrativas ou essencialmente privadas que viabilizem a solução do conflito. Essa medida, além da desoneração do Estado, tem o efeito pedagógico de orientar as partes à busca da solução plena ou em parte substancial da demanda, certo de que o judiciário permanece como cláusula de reserva sobretudo quando se tratar de questões cuja urgência não prescindia da imediata intervenção estatal. Além disso, desonera-se a sociedade, em razão da conseqüente redução de custos da máquina burocrática judiciária ao evitar demandas desnecessárias, e desonera-se igualmente o cidadão,

que passa a dispor de meios efetivos à obtenção da solução da qual efetivamente toma parte, na condição de autor ou de réu.

Essas talvez sejam as principais razões que sustentam a necessidade de se instituir uma etapa prévia ao processo judicial de modo a permitir o acesso aos dados de demonstração com a finalidade específica de evitar a judicialização precipitada ou promover a autocomposição, ou ainda para um melhor arranjo do procedimento, caso inevitável a demanda futura.

6. PROTOCOLOS PROCESSUAIS

6.1. Considerações Gerais

Há uma nítida movimentação pendular entre o publicismo exacerbado do processo, resquício de uma fase com marcada predominância pelo legiscentrismo e do normativismo positivista, e o privatismo que se caracteriza por uma maior participação dos indivíduos na condução da solução dos conflitos em que se veem envolvidos. Esse movimento sinaliza uma tendência em várias áreas do direito e da política.

Como se verificou até agora, há inegável tendência à democratização e à flexibilização da estrutura interna processual (procedimento), assim como à ampliação do próprio conceito de jurisdição, ao se prever e incentivar a realização de negócios ou convenções jurídicas, antes ou durante o curso do processo, como modo de se adotar mecanismos de solução de conflitos e de modificação dos procedimentos.

Essa fase, que não chega a ser novidade no direito brasileiro, tem como característica a superação da etapa meramente instrumental, impondo uma leitura do processo à luz da Constituição Federal em um quadro de democracia institucionalizada, em que os direitos fundamentais constituem a proteção maior do Estado.

O fundamento da flexibilização do processo e do procedimento reside ainda na incapacidade de o legislador prever, antecipada, genérica e abstratamente, todas as hipóteses fáticas da vida real passíveis de regulação normativa.

6.2. Natureza Jurídica

A instituição de uma fase pré-processual tem como objetivo estabelecer as condições necessárias à solução do conflito, pela autocomposição, e regular o futuro procedimento, caso inevitável a prestação jurisdicional, adaptando-o especificamente ao caso concreto. Nesse sentido, é inegável que, embora externos e anteriores ao processo, os atos adotados na fase pré-processual repercutem sobre o processo judicial. Por essa razão, é possível asseverar que a fase pré-processual é alcançada pelas regras do processo a que visa modular, assim identificando-se sua natureza jurídica como processual.

Na verdade, o processo como método de solução de controvérsias e de controle dos atos do órgão ou agente decisório constitui um direito subjetivo que não se limita ao ambiente judiciário, devendo constar no repertório das atividades legislativas e administrativas, e mesmo integrar as relações privadas.

As convenções pré-processuais se justificam exatamente pela finalidade de repercussão no processo quando este se mostrar inevitável, traduzindo-se em mecanismo de viabilização da solução do conflito. Os protocolos e demais atos praticados no âmbito pré-processual destinam-se inegavelmente à solução da crise de direito material, acomodando-se, por isso mesmo, no conceito geral de processo e no conceito ampliado de processo judicial. Pode-se trazer como ilustrativa a ponderação de Fredie Didier Jr. e Pedro Nogueira¹²⁹, no sentido de que:

[...] todo fato processual há de pressupor um procedimento a que se refira, ainda quando sua ocorrência seja exterior, isto é, fora da 'sede' processual. Essa contemporaneidade entre o fato e o procedimento não precisa ser simultaneidade, por ser possível a não coincidência, cronologicamente falando, dos dois elementos (v.g., a cláusula compromissória e o posterior ajuizamento da ação; a cessão do direito litigioso quando já pendente o processo).

Cabe aqui lembrar a distinção entre o conceito geral de processo e o conceito de processo judicial, ou seja, entre a concepção formal do processo como um encadeamento de atos interligados e teleologicamente destinados à produção de um ato final, e outro, material, que contempla o desenvolvimento de uma relação entre partes com o exercício de direitos, deveres e ônus pelos sujeitos do processo, em contraditório dinâmico.

Em síntese, os protocolos que ocorrem em fase pré-processual inserem-se no conceito amplo de processo, na medida em que os atos por ele previstos objetivam justamente repercutir sobre o procedimento judicial e atingir os mesmos escopos da solução da crise de direito, da pacificação social e da estabilidade e segurança jurídicas. Nesse sentido, Didier Jr. assinala que “os negócios processuais podem ser celebrados antes ou durante a litispendência. O *caput* do art. 190 é

¹²⁹ DIDIER JUNIOR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Teoria dos fatos jurídicos processuais. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 33-34.

expresso ao permitir essa possibilidade. Ratifica-se, então, o que se disse acima: o negócio jurídico é processual se repercutir em processo atual ou futuro”¹³⁰.

Há, porém, que se ressaltar que a ausência de previsão legal específica coloca o tema controverso, que contribui para inibir sua utilização de modo amplo e difuso pela sociedade e pelos profissionais do direito, sendo de todo conveniente o estabelecimento de normatização legal para a disciplina do instituto.

A renovação no cenário de resoluções de conflitos com a introdução dos negócios processuais, como se disse, se deve ao novo uso que se faz atualmente das técnicas de contratualização como resposta possível ao judiciário, como a saturação dos tribunais e o longo tempo de duração dos processos. Nesse cenário, técnicas como mediação e conciliação se tornaram conhecidas da sociedade em geral, sobretudo em países da Europa central, e que no Brasil ganharam importante impulso com as Leis 13.140 e 13.105, ambas de 2015, que conformam o microssistema dos métodos consensuais juntamente com a Res. CNJ 125/10, predecessora normativa.

Os negócios processuais se apresentam como técnica mais recente e moderna para evitar ou resolver o conflito: antes do litígio, as partes procuram cada vez com maior frequência as convenções como instrumento de antecipação da regulação da solução em caso de desacerto; por outro lado, as partes também convencionam antecipada ou incidentalmente sobre o procedimento como instrumento de gestão do processo. As cláusulas de antecipação que regulam o modo de solução ou o futuro processo constituem maturidade contratual, na medida em que permitem às partes programar a resolução do desacordo com tranquilidade, sem o envolvimento emocional que costuma acompanhar os litígios já instaurados. Não se pode perder de vista que as cláusulas assim estabelecidas são portadoras de autonomia em relação ao próprio contrato em que estão inseridas, cuja ineficácia não tem o condão de atingi-las.

¹³⁰ DIDIER JUNIOR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 433.

6.3. Objetivos dos Protocolos

No direito brasileiro, encontram-se presentes os elementos necessários à instituição de uma fase preliminar ao processo, o que pode ser dar por meio de protocolos prévios ao processo.

A fase preliminar ao processo civil tem como finalidade permitir às partes a instituição de regras e convenções que modifiquem incidentes sobre o procedimento, visando adaptá-lo para o atendimento mais adequado do caso concreto.

O objetivo das convenções ou protocolos pré-processuais, como anota Cadiet:

Precisar cómo se aplican las reglas locales del procedimiento allí donde la ley, necesariamente abstracta y general, puede contener lagunas o plantear dificultades de interpretación. Es una manera realista de acercar la ley a la realidad del terreno. También, es una forma de implicar al conjunto de los actores de la justicia al mismo tiempo que se legitima más la acción de la autoridad judicial¹³¹.

No mesmo sentido, como o processo é a principal ligação entre o direito de ação e a solução jurisdicional do conflito, é imprescindível a sua adequação à situação jurídica concreta para um tratamento mais adequado da crise de direito. Atento a isso, e seguindo as firmes diretrizes da ainda esparsa doutrina, o legislador brasileiro buscou o equilíbrio entre o publicismo - que assegura as necessárias formalidades do processo -, e o privatismo - que permite que as partes, com maior interação, promovam os ajustes do procedimento para o direito material controvertido, evitando, assim, que as formas sejam um embaraço e um obstáculo ao escopo do processo.

De fato, a preocupação do legislador atende inclusive ao interesse de se conferir maior celeridade e efetividade ao processo. Alinhado à movimento internacional, o CPC/15 elege a possibilidade de flexibilização procedimental pelas partes como forma de tornar o processo mais adaptado ao uso pelos interessados a fim de melhor atender à solução dos litígios, o que configura inequívoco avanço no

¹³¹ CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contactualización del proceso y de la justicia em Francia. Civil Procedure Review, v. 3, n. 3: 2012, p. 30.

tratamento do tema da adequação do procedimento. A regra, a partir do CPC/15 e em superação ao modelo do CPC/73, é a da flexibilização genérica legal do processo e do procedimento, que passa de uma medida extraordinária e de acentuado caráter publicístico para um poder geral de adaptação como direito subjetivo das partes.

Essas alternativas encontram no texto codificado disposições autorizadas expressas, em que pese sua generalidade, pelas quais se pode constatar que a liberdade com que o legislador as concebeu representam estímulo ao manejo do processo e do caso, importante para a difusão da cultura da responsabilidade dos próprios litigantes pela solução da controvérsia.

O próprio CPC/15, em mais de um dispositivo e na própria Exposição de Motivos, sinaliza incentivos à utilização de convenções processuais e de métodos arbitrais ou não-adjudicatórios, incidentais ou extrajudiciais, como modelos preferenciais para a solução da crise de direito.

Convenção em matéria processual ademais não é tema novo no direito. Ao contrário. Barbosa Moreira, ainda em 1982, em texto recorrentemente citado, já mencionava as convenções processuais como tema relevante na teoria geral do processo. É certo que as convenções, salvo citações pontuais, não foram objeto de extensos escritos doutrinários, praticamente inexistindo abordagem específica sobre o tema, seguramente em razão da prevalência de um conceito publicista do processo e das características de centralizado presidencialismo do CPC/73.

Recentemente, entretanto, o tema voltou ao interesse da doutrina, que passou a dedicar-lhe artigos e resenhas em publicações especializadas, até que edições que tratam exclusivamente do assunto foram lançadas.

O Código de Processo Civil trata do tema com exiguidade, tendo o legislador optado por conferir ao instituto uma regulação mais geral e aberta. Sem dúvida, o modelo escolhido pelo legislador relega aos interessados uma utilização versátil e adaptável, típica da característica de democratização que se pretende empregar ao processo e à solução dos conflitos. Apesar do caráter geral do art. 190 do CPC/15, há previsão de negócios processuais específicos em diversos dispositivos do Código, como o que permite o estabelecimento consensual do "foro de eleição" (art. 63) e a "suspensão convencional do processo" (art. 313), além da escolha

consensual do perito (art. 471), do saneamento consensual (art. 357, § 2.º) e do adiamento da audiência (art. 369, I). Da mesma forma, seguindo parâmetros da consensualidade, as partes podem acordar sobre a distribuição do ônus da prova (NCPC, art. 380, §§ 3.º e 4.º) e sobre a liquidação por arbitramento (NCPC, art. 523, I), dentre outras (art. 432, parágrafo único). O CPC/15 inseriu ainda uma cláusula geral de convenções processuais, dispositivo com característica aberta e que permite ampla liberdade na celebração de convenções atípicas.

Cadiet observa que as convenções processuais têm por objetivo evitar uma disputa contenciosa em razão de fatores diversos, especialmente pela lentidão, publicidade, imprevisibilidade ou inadaptação da Justiça convencional para tratar certos casos, o que induz as partes a preferirem um modo diferente de condução da solução. De acordo com o referido jurista, “La lenteur, la publicitem l’imprévisibilité ou l’inadaptation de la justice à certains contentieux, notamment au contentieux de affaires, peuvent inditer les parties à éviter la solution judiciaire de leur éventuel différend”¹³².

A contratualização do processo, ou a possibilidade de se realizar convenções ou negócios que repercutam sobre as normas processuais, são uma tendência internacional a que o Brasil não está imune. Ao contrário. Como já mencionado, as convenções obedecem à trajetória de decadência do centralismo estatal e do positivismo jurídico, movimento iniciado ainda nos anos sessenta do século passado. O corolário desse movimento consiste na emergência de uma norma jurídica em concreto negociada entre os atores sociais, em paralelo a norma jurídica estatal (jurisdição), no contexto da pós-modernidade.

6.4. Os acordos para evitar o processo

Como se antecipou, os problemas da justiça, como a lentidão, o custo, a insegurança das decisões ou a inadaptação do processo como meio de solucionar o litígio são algumas das causas que determinam como opção a adoção de mecanismo que evitem a jurisdição, como a arbitragem e os métodos negociais diretos ou assistidos.

¹³² CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisations du règlement des litiges. In: Revista de Processo, vol. 160, 2008, p. 61.

6.5. As convenções pela arbitragem

O recurso à arbitragem constitui uma das opções mais frequentes, principalmente entre litigantes empresariais, em que disputas com elevado grau de complexidade ou especificidade costumam causar dificuldades operacionais à justiça comum. No Brasil, a arbitragem é regulada pela Lei 9307/96, recentemente modificada pela Lei 131129/15, a qual, logo em seu art. 1º, estabelece que as pessoas físicas e jurídicas, inclusive de direito público (art. 1º §1º) podem valer-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Nesse sentido, as partes, quando da elaboração do negócio ou contrato, estabelecem uma cláusula compromissória (art. 3º) cuja validade independe da integridade do contrato em que está inserida, prevalecendo mesmo que aquele tenha sua invalidez declarada (art. 8º).

A ausência de acordo prévio sobre a forma de instituição da arbitragem não impede que o caso seja encaminhado à solução por arbitramento. Para tanto, a parte interessada poderá tomar a iniciativa da proposição, a qual, se admitida, será objeto de um compromisso arbitral (art. 6º).

6.6. Protocolos

É preciso lembrar que negócio jurídico processual é o fato jurídico voluntário que incide sobre situações jurídicas que permitem aos sujeitos promoverem a sua regulação, observados os limites e exigências do ordenamento jurídico geral. Inserido na teoria geral do processo na categoria de fatos jurídicos processuais, trata da possibilidade de se convencionar, intervindo de modo direto nas regras de direito processual e do procedimento.

É preciso ainda que se diga que os negócios jurídicos processuais, que podem ser celebrados incidentalmente ao processo pendente ou antecipada e independentemente dele, constituem fonte normativa de direito processual, na medida em que criam ou modificam situação jurídica processual.

De acordo com Mello¹³³, situação jurídica é expressão que pode ser utilizada em sentido amplo, para designar toda e qualquer consequência que surge no mundo jurídico em decorrência do surgimento de um fato jurídico e, em sentido mais restrito,

¹³³ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico – Plano de eficácia. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 30.

para designar os casos de eficácia jurídica em que não se concretiza uma relação jurídica.

Por isso, sendo fonte normativa de direito processual, as convenções ou acordos são vinculativos ao juiz, o qual, para além de não ser parte do negócio, nele atua em caráter fiscalizatório ou para fins de homologação, sem poder para modifica-lo ou rejeitá-lo. Convém enfatizar que Convenção (acordo) é o negócio jurídico plurilateral pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento.

Como espécie de fato jurídico, pode ser validamente praticado não apenas dentro do processo, mas também fora do processo, e antes ainda de sua instauração, desde que seus efeitos se projetem sobre o eventual processo futuro.

Por isso, cabe diferenciar entre convenções individuais - aquelas em que o próprio interessado pratica ato de efeitos necessários, como as declarações unilaterais de vontade – e as coletivas ou plurilaterais, quando as vontades de duas ou mais pessoas são preordenadas à produção de determinados efeitos. A essa distinção voltaremos mais adiante, quando tratarmos de protocolos institucionais.

Os negócios processuais são tratados de modo unívoco e sinônimo de expressões como 'convenções, 'acordo', 'pacto', 'contrato', 'convenção', 'protocolo', dentre outras. Sem dúvida, todos são espécie de ato jurídico, mas cabe nota a respeito da distinção feita por Didier, que define os negócios jurídicos bilaterais como contratos e acordos ou convenções. Com efeito, de acordo com o autor, nos negócios jurídicos bilaterais, quando há convergência de interesses e finalidade comum, traduz-se em acordo ou convenção, enquanto a disposição sobre interesses contrapostos caracteriza-se como contrato.

Os negócios processuais incidentais, individuais ou coletivos, estão tipicamente previstos na própria legislação processual. Os negócios prévios, ou pré-processuais, por sua vez, podem dizer respeito a situações expressamente contempladas nas normas de direito processual ou, dado o caráter aberto com que o legislador tratou o assunto, serem atípicas, facultando-se a sua definição aos respetivos interessados.

Os negócios jurídicos processuais, no direito brasileiro, são fatos determinantes, que produzem os efeitos previstos pelas partes, nos termos do art. 200 do CPC/15, e, por isso, independem de homologação judicial. Não significa, no entanto, que o juiz não participe da convenção. Pela regra do CPC/15, cabe ao juiz promover a solução consensual do conflito e estimular o uso de métodos autocompositivos, nos exatos termos do art. 3º §§ 2º e 3º. Embora a autocomposição e o negócio processual não se confundam, é certo afirmar que ambos são espécies do gênero autorregulação da vontade. Com efeito, a autocomposição se distingue do negócio processual na medida em que a primeira trata de negócio sobre o direito litigioso. Os negócios processuais, por turno diverso, incidem diretamente sobre normas do processo e do procedimento, e apenas indiretamente ou por via reflexa podem se projetar sobre o objeto do litígio.

Nesse sentido, são pertinentes os Enunciados 257 e 258 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: “O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”, e “As partes podem convençionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa”.

Em verdade, o juiz não deve se imiscuir no objeto ou condições da avença, o que é do interesse apenas das partes respectivas. A regra é a dispensa da necessidade de homologação judicial do negócio ou convenção. O negócio não exige a homologação, mas, para Didier, negócios sobre procedimentos devem, sim, ser submetidos à homologação judicial, referido o exemplo da desistência (art. 200, parágrafo único, do CPC/15) e a organização consensual do processo (art. 357, §2º, do CPC/15).

Deve-se lembrar que o processo civil, após oscilação ao longo de muito tempo entre um caráter publicista e privatista, como já abordado, encontra-se contemporaneamente em fase de equilíbrio entre os interesses do Estado e do particular, entendido que a relação processual engloba a atuação em conjunto entre das partes e o órgão estatal, de modo coordenado e cooperativo, não havendo predomínio de posição ou submissão. Com isso, assegura-se maior participação dos interessados na moldagem do procedimento, mercê de uma fase constitucional do Direito que promove a democratização dos processos e que implica, ao mesmo

tempo, em sua flexibilização. Paralelamente, mantém-se o controle do interesse público, e aqui reside o outro aspecto da participação do juiz nas convenções, exercendo a função fiscalizatória, aferindo sua validade e os limites reservados à disposição das partes.

Os acordos celebrados anteriormente ao processo são classificados como técnica de antecipação procedimental, ou um contrato sobre o contrato porque, além do regramento previsto para o direito material, no mesmo instrumento delibera-se sobre o processo a ser instaurado em caso de conflito. Entre partes determinadas, em relações intersubjetivas simples, as convenções pré-processuais apresentam a virtude de normalmente serem celebradas distante de uma situação de conflito, diferentemente do que costuma ocorrer quando o litígio já está instaurado. É mais fácil acordar sobre um conflito que não começou do que solucionar um litígio já existente.

Sem dúvida alguma, a previsão das convenções processuais no Código de 2015 representa extraordinário avanço em relação ao CPC/73. Embora houvesse previsão na legislação anterior (art. 158), é certo que sua utilização restou limitada em função de fatores diversos, culturais, inclusive, em razão da concepção à época prevalente de um Código publicístico. Na mesma medida, a doutrina jurídica limitava a abordagem ao tema, o que inibia a suscitação de discussões que colocassem a pauta na ordem do dia.

O avanço do movimento de constitucionalização contemporâneo, que ensejou que a democratização verificada em outros segmentos também alcançasse o processo, recuperou o interesse nos mecanismos que surtiram o efeito de garantir maior participação aos interessados na construção das soluções que podem ser alcançadas por meio do processo e da jurisdição.

Anteriormente foi referido que a democratização atinge o processo como um todo, e estende-se para contemplar situações jurídicas extraprocessuais que de alguma forma podem repercutir na atividade processual.

É preciso que se assinale que o democratismo do processo não se restringe aos aspectos do direito litigioso, em relação ao qual, sem dúvida, se estimula a autocomposição. Com efeito, como se disse, o art. 190 do CPC/15 dispõe explicitamente que as partes – e não o juiz, convém lembrar –, podem estipular

mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, a fim de melhor tratarem dos conflitos em que se veem envolvidos, convencionando inclusive sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Como visto, às partes se assegura a possibilidade de promover ajustes ao procedimento, reconstruindo-o à medida para o tratamento da causa. Essa possibilidade em verdade é desdobramento do princípio da demanda e do debate, entendida não apenas como o direito fundamental que garante o acesso aos métodos institucionalmente disponíveis à solução do conflito, mas o de regular sua oportunidade e desenvolvimento, compreendendo a disposição do direito material e do direito processual e a modulação do respectivo procedimento. As partes podem escolher os rumos do procedimento. E se podem escolher, podem convencionar. Esta é a tendência mundial de ampliação da autonomia das partes também na conformação do procedimento e das situações jurídicas processuais.

Como lembra Didier:

[...] bem pensadas as coisas, na própria petição inicial há pelo menos o negócio jurídico processual de escolha do procedimento a ser seguido, visualizado com mais facilidade quando o autor pode optar entre diversos procedimentos, como entre o mandado de segurança e o procedimento comum.¹³⁴

Há que se ressaltar, a garantia de autorregramento da vontade pelas próprias partes - fundamento principal da convenção processual - é uma forma de limitação aos poderes do Estado-Juiz, resultante do espaço que as partes podem ocupar na experiência processual. Por outro lado, não se pode desconsiderar o conceito ampliado de jurisdição, como referido em capítulo anterior. De acordo com Grinover, a jurisdição não mais se limita entre ação judicial e o efetivo cumprimento da sentença, posto que agora há outras formas de se dizer o direito, como a arbitral, fora dos limites do Poder Judiciário, sendo inclusive objeto do incentivo e estímulo pelo juiz, e a autocomposição, que pode se dar inclusive por meio das convenções e

¹³⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 60.

protocolos, os quais, nesse sentido, são também regidos pelas mesmas normas fundamentais inscritas entre os artigos 1º e 12 do CPC/15.

É preciso relembrar aqui o direito subjetivo ao processo no Estado Democrático de Direito e no ordenamento jurídico brasileiro, o que não se resume ao processo judicial. O processo, entendido como o complexo de relações que se estabelecem e desenvolvem por meio de atos sequenciados e preordenados – procedimento -, é direito subjetivo que se reconhece em qualquer setor ou instância, como a administrativa, a tributária e mesmo a privada. Com efeito, o processo judicial triádico é um fenômeno social universal, e seu desenvolvimento acontece normalmente com a observância de algumas regras procedimentais. Cappelletti e Garth registram, inclusive, uma tendência a “reconhecer-se um juiz e um tribunal apenas quando existentes certas salvaguardas orgânicas e certas regras procedimentais básicas”¹³⁵.

Com isso, a fase prévia que se destina a produzir efeitos sobre o processo deve contar com as mesmas proteções principiológicas, garantindo-se assim o pleno aproveitamento da etapa preparatória garantida às partes.

Como visto, o legislador brasileiro encontrou inspiração na legislação estrangeira para introduzir o ordenamento jurídico elementos cuja coordenação permite a instituição de uma fase antecedente ao processo como forma de se alcançar melhor gerenciamento dos casos, do procedimento e dos Tribunais.

Ao Conselho Nacional de Justiça, como órgão de controle do judiciário, coube a iniciativa de apresentar ao direito brasileiro o instituto dos protocolos, por meio dos quais se admite o exercício de atividade pré-processual regulada.

A rigor, os protocolos constituem-se normas de conduta previamente acordadas por aqueles que direta ou indiretamente participaram de sua elaboração, e que serão de algum modo atingidos pelos ajustes, deles se beneficiando e a eles se submetendo.

Essas normas protocolares definem o comportamento das partes e interessados, e frequentemente dispõem sobre acordos prévios, provas e

¹³⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Introduction – policies, trends and ideas in civil procedure. In: DAVOD, René (ed.). International encyclopedia of comparative law. V. 16, chapter 1. Paris, New York: IALS, 1987, p. 77.

postulações, sempre em estímulo à racionalização e otimização do tratamento do caso, voltado à autocomposição, ou do processo.

6.7. Protocolos para solução pré-processual

As soluções negociais podem ser antecipadas, como se disse, por meio das cláusulas ou protocolos que as instituem previamente ao processo. É conveniente mencionar que as cláusulas que autorizam a solução unilateral do conflito sofrem críticas severas em relação à liberdade de apenas uma das partes, em detrimento de outra. Nessas hipóteses, entende-se que não se pode subtrair à decisão qualquer desacordo, ou que a sua resolução fique restrita a uma as partes somente.

6.8. A fase preliminar dos protocolos

Como se disse anteriormente, o processo, entendido como direito fundamental à apresentação, tratamento e solução de um conflito, não se limita ao exercício em ambiente judiciário ou precedente à atividade jurisdicional clássica.

Processo, contemporaneamente, corresponde a direito fundamental como método adequado de solução de conflito, em atendimento às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, a assegurar a disponibilização ao indivíduo do método mais adequado.

A experiência processual, portanto, não se limita ao perímetro definido entre a inicial e a tutela exauriente ou o cumprimento do provimento jurisdicional. A fase antecedente ao processo, por ser passível de produzir modificações sobre o procedimento, deve ser contemplada com os mesmos princípios e garantias do processo. Como se disse, a jurisdição e o processo não limitam mais as possibilidades de acesso à solução do caso. O sentido agora ampliado de jurisdição comporta todo e qualquer modelo de acesso à solução que seja justa às partes, dentro do ordenamento jurídico, o que por óbvio inclui os métodos autocompositivos e os preparatórios e reconstitutivos do próprio processo disponível às partes. A noção de negócios e convenções ou protocolos reside justamente na criação de possibilidades de tratamento e solução do conflito e de melhor gerenciamento do processo. Trata-se de antecipação procedimental o que ocorre com a celebração de convenções ou protocolos que tenham como destino a incidência sobre o processo em caso de litígio futuro.

Esse também o entendimento de Didier e Nogueira:

Todo fato processual há de pressupor um procedimento a que se refira, ainda quando sua ocorrência seja exterior, isto é, fora da 'sede' processual. Essa contemporaneidade entre o fato e o procedimento não precisa ser simultaneidade, por ser possível a não coincidência, cronologicamente falando, dos dois elementos (*v.g.*, a cláusula compromissória e o posterior ajuizamento da ação; a cessão do direito litigioso quando já pendente o processo).¹³⁶

6.9. Modalidades de instituição de protocolos

6.9.1. Protocolo por convenção

Protocolos são convenções entre as partes, e estão previstos no art. 190 do CPC/2015, que confere suas linhas gerais. Por meio do instituto, as partes ou interessados têm a liberdade de produzir modificações no procedimento, ajustando-o às especificidades e necessidades da causa, dispondo sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Como se disse em tópico acima, o negócio jurídico pode ser realizado na litispendência ou anteriormente ao processo, prevendo situações jurídico-processuais para futura e eventual incidência no procedimento que vier a curso.

Pelos protocolos convencionais, as partes têm ampla liberdade para dispor sobre os seus próprios interesses, observados apenas os requisitos que são necessários a todo e qualquer negócio jurídico, como capacidade das partes, licitude do objeto e forma não defesa em lei. Preserva-se, assim, sua plena autonomia e confere-se validade à diretriz estabelecida pelo legislador, no sentido de se ter um processo mais comprometido com a resolução do fato social controverso em que se assegure efetiva participação dos interessados. Preferencialmente, em ambiente extrajudiciário.

Esse é um mecanismo válido em contratos comerciais e de empreendimentos por exemplo da indústria imobiliária, em que se preveja cláusulas demonstrativas de balanços orçamentários, em caso de questionamentos, ou a

¹³⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Op. Cit.* 2011, p. 33.

realização de perícia previamente ao ajuizamento da disputa. Nesses casos, há ainda a possibilidade de se instituir comissões orientadas à solução dos casos típicos, às quais se deve recorrer antes da judicialização, ou mesmo cláusulas compromissórias de arbitragem ou mediação.

Nesse campo, aliás, é admissível a realização de convenções coletivas entre órgãos públicos, como o Ministério Público, para realizar negócio pré-processual, como previsto na Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, que permite a seus membros celebrar acordos de natureza processual (art. 16), prévia ou incidentalmente ao processo.

6.9.2. Protocolos legais

As convenções - ou protocolos pré-processuais - constituem, como se disse, um subprincípio derivado do princípio da liberdade autorregramento, do qual se extrai a cláusula geral de convenções de é exemplo, no ordenamento jurídico brasileiro, o art. 190 do CPC/15. Esse princípio, também já viu, é um ponto de assentamento após movimentação pendular da ciência e do processo civil em direção ao alinhamento constitucionalizante que permeia as sociedades fundadas num Estado Democrático de Direito.

Como já se discorreu, o direito processual atravessou fases diversas ao longo de sua escala evolutiva, desde as regras procedimentais pré-romanas, até o *ordo iudicarius* medieval, que regulava o processo romano-canônico, continuando pelo renascimento do direito romano-germânico, oscilando entre períodos privatísticos, com protagonismo das partes, que controlavam todo o procedimento, e períodos publicísticos, em que o controle judicial era quase absoluto e às partes era reservado papel secundário.

Portanto, constitui direito subjetivo reconhecido a possibilidade de accertamento àqueles que pretendam prevenir ou regular processo futuro. O exercício desse direito, que como se viu se insere na categoria de fatos jurídicos, está a exigir os mesmos requisitos dos atos jurídicos em geral.

Assim, em regra, não há exigência de previsão ou autorização legal ou judicial para que convenções ou protocolos sejam celebrados. O próprio CPC/15, ao prever uma cláusula geral de negociação, a despeito de algumas hipóteses típicas

exemplificativas, deixou em aberto a possibilidade de estabelecimento de parâmetros protocolares sobre o processo e o procedimento.

É certo que a ausência de uma formação cultural solidificada que implique numa tendência primária geral à negociação, incipiente em nosso país, representa fator inibitório à adoção dos protocolos, como, aliás, se percebe pela carência de registros de convenções no período de vigência do Código de Processo Civil anterior, árido até mesmo no campo doutrinário, a despeito da autorização expressa do art. 158, CPC/73.

Esse aspecto pode também representar certa frustração no desenvolvimento prático do instituto, na medida em que a inexistência de normatização sobre protocolos pode ensejar certa leniência por parte das instituições em tomar a iniciativa de voluntariamente propor ou aderir a protocolo. O comportamento até certo modo refratário à cooperação com a melhor administração da Justiça, notadamente por parte de empresas formadoras de grandes volumes de empresas, é sintoma de que a ausência de legislação específica é elemento dificultador do desenvolvimento do instituto das convenções pré-processuais, a ser superado por injunções que a administração judiciária, como a que tem sido feita pelo CNJ, venha a realizar.

De qualquer modo, parece conveniente, ante o que está previsto no art. 381 do CPC/15, a regulação normativa dos protocolos, ao menos sumariamente, pode evitar a utilização predatória da produção antecipada da prova com finalidade inespecífica. Instituto aproximado ao discovery ou disclosure, a produção antecipada da prova representa poderosa ferramenta à disposição do usuário do sistema de justiça para obtenção de dados e evidências que podem ser úteis à formação de panorama probatório para fins autocompositivos ou processuais.

No entanto, essa mesma finalidade poderia ser objeto de protocolos interinstitucionais celebrados, sobretudo, entre tribunais e empresas formadoras de demandas seriadas, de modo a regular e permitir o acesso a documentos e outros dados de demonstração, necessários à autocomposição e ao processo independentemente da apresentação de pedido judicial nesse sentido.

De certo modo, ainda que inexista protocolo neste sentido, medidas de exibição de documentos têm sido solicitadas durante a fase de mediação pré-

processual em Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, proporcionando discussão mais qualificada em torno do objeto da disputa e favorecendo a construção de soluções consensuais e inibindo o ajuizamento de ação.

6.9.3. *Protocolos pré-processuais institucionais*

As convenções ou acordos firmados antes do processo são tratados na legislação estrangeira, principalmente em países da Europa, como protocolos pré-processuais. A exemplo do Brasil, na França e em outros países a terminologia empregada é difusa. Como aponta Cadiet:

[...] la terminologie est en effet d'une assez variété où se côtoient les expressions de contractualisation de la justice, contractualisation du preces, contractualisation du litige, contractualisation de la procédure, contractualisation de l'instance ou, encore, contractualisation des modes de réglemen des litiges.¹³⁷

Em verdade, esses protocolos obedecem a diretrizes semelhantes às do direito brasileiro, e podem constituir acordos uni ou plurissubjetivos, entre partes que pretendem dispor sobre situações jurídicas anteriormente ao eventual surgimento do litígio, para preveni-lo ou para regulá-lo no processo judicial.

Nos EUA, os protocolos ou acordos processuais fazem parte da rotina dos tribunais, sendo admitidos em inúmeros segmentos, e recebem denominações como 'processo contratual' (*contract procedure*), contratação procedimental (*procedural contracting*), ou ainda *procedural tailoring*, a enfatizar a possibilidade de ajuste artesanal (*customized procedure*) do procedimento ao atendimento do interesse dos envolvidos no processo. Cadiet¹³⁸ observa, ainda:

[...] convenciones relativas al proceso se inscriben em Francia dentro de uma tendência muy clara, la contractualización contemporânea de las relaciones sociales, ligada a la decadência del centralismo estatal y de su corolario em la categoria de la producción normativa, el legiscentrismo. Este fenómeno, que se há desarrollado em los años 60, es objeto de numerosos estudios doctrinales, que subrayan su imortancia, independentemente de las diferentes posiciones que adoptan, favorables o desfavorables.

¹³⁷ La tendande a la contractualisation de la justice et du procès - - A tendência à contratualização da justiça e dos processos. Rio de Janeiro: Revista de Processo, v. 261/2016, p. 117.

¹³⁸ *Ibidem*. p. 121.

Os protocolos celebrados entre particulares não desafiam digressão complementar. Mas há aqueles coletivos que podem ser pactuados entre instituições. Nesses casos, as **convenções** ou **protocolos pré-processuais institucionais** contemplam a participação de entidades representativas de setor ou categoria e da administração judiciária, dispondo sobre o direito material controvertido que diga respeito à categoria respectiva. Em termos gerais, não há distinção substancial entre os protocolos firmados em caráter intersubjetivo simples e aqueles em que uma ou mais entidades convencionam sobre o direito ou sobre o procedimento, caso em que prevalece a vontade coletiva representada, e não as individualmente consideradas. O exemplo do direito privado aplica-se plenamente ao processo e ao direito público. A diferença se torna mais evidente quando se trata de convenções ou protocolos entre uma entidade corporativa, de um lado, e o Tribunal, de outro.

Em artigo sempre lembrado, Cadiet¹³⁹ afirma que os acordos coletivos, celebrados à moda de protocolos pré-processuais entre instituições, são excelentes instrumentos para a gestão coletiva dos processos e de política pública da justiça, incidindo sobre procedimentos.

De acordo com o referido doutrinador, os protocolos pré-processuais institucionais podem regular procedimentos civis em todos os níveis da hierarquia judiciária, e nesses casos são celebrados pelos tribunais e por instituições que podem se relacionar com o sistema de justiça convencional, como ocorre com as entidades representativas dos advogados ou com outros órgãos estatais – como o Ministério Público e a Defensoria Pública -, mas não excluem a possibilidade de participação de empresas ou de entidades representativas ou de regulação de setores empresariais.

O objetivo é sempre o de melhor gerir os recursos materiais disponíveis aos tribunais e aos órgãos públicos, como também o de permitir a otimização dos procedimentos com vistas a uma melhor condução do processo até a solução adjudicativa.

¹³⁹ CADIET, Loïc. *Op. cit.* 2012, p. 31.

Os protocolos institucionais representam um estágio no desenvolvimento evolutivo dos ordenamentos jurídicos, que se movimento em direção externa ao processo e à jurisdição, em busca de uma relação equilibrada resultante de uma maior participação democrática, como se referiu. A adoção de protocolos, principalmente aqueles coletivos institucionais e celebrados em ambiente pré-processual, tem a virtude democrática de induzir maior participação da sociedade na condução preventiva e resolutiva dos seus conflitos, e com isso contribuir para um sentido de comprometimento e cooperação que resulta na construção de resultados mais estáveis, sem dúvida alguma, prenúncio de efetiva pacificação social.

A efetiva participação na construção dos protocolos pré-processuais interinstitucionais induz, ainda, ao envolvimento da coletividade nos debates que necessariamente são suscitados, alimentando um comportamento processual baseado no compromisso e na boa-fé, que assegura inequívoca legitimidade às soluções obtidas. Como aponta Cadiet¹⁴⁰, “es una manera realista de acerca la ley a la realidad del terreno”.

Parece evidenciado também que a fase de tratamento preparatório dos protocolos e do próprio processo enseja a percepção de que se está em foro de diálogo e colaboração no qual todo o investimento deve ser envidado para que se obtenha o máximo de rendimento dos pactos, que se preordena à formação de práxis judiciária com etapa mandatória prévia a qualquer processo.

Em países da Europa central, como a França, os protocolos institucionais, mais direcionado ao processo, costumam vincular não apenas as partes, mas também o juiz, sendo os pactos celebrados por representações dos tribunais e das demais agremiações, como a dos advogados. Há, também, os que se destinam mais à etapa pré-processual, como na Inglaterra.

No Brasil, com a edição da Res. CNJ 125/10, algumas experiências interessantes em tema de protocolos institucionais pré-processuais foram realizadas com êxito. O CNJ pode ser tido como o pioneiro e principal indutor de convenções processuais, em cuja competência está (art. 103-B, § 4.º, da Constituição Federal) está contemplada a possibilidade de estabelecer e participar de protocolos institucionais firmados com entes públicos e privados.

¹⁴⁰ CADIET, Loïc. *Op. Cit.* 2008, p. 61.

A Resolução nº 125, do CNJ, ainda em 2010 – portanto, bem antes dos CPC e da Lei de Mediação, ambos de 2015, inovou no ordenamento jurídico ao prever a possibilidade de estabelecimento de convenções e protocolos entre instituições públicas e privadas para melhor manejo dos casos, processos e das Cortes. Como se sabe, a referida Res. 125/10 determinou a criação e instalação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Cidadania em todos os Tribunais do país, dispondo que os mesmos fossem organicamente distribuídos em Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, responsáveis pela concepção e execução de programas de incentivo à autocomposição, inclusive na esfera pré-processual.

A Res. 125/10 incentiva os tribunais a celebrar convenções e protocolos com segmentos institucionais públicos e privados por meio dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, com vistas a melhor gestão dos casos pré-processuais e dos processos judiciais. O próprio CNJ, de acordo com o art. 6.º, VII, da mesma Res. 125/10, tem a responsabilidade de realizar gestões com as empresas públicas e privadas, agências reguladoras de serviços públicos e representantes setoriais do mercado para o desenvolvimento e implementação de medidas autocompositivas, por meio de convênios e parcerias – protocolos, portanto.

Com efeito, lembrando-se da licitude do autorregramento sobre o procedimento, os protocolos entre instituições podem representar uma ótima forma de manejo do processo e gerenciamento da Corte. De fato, não há restrição legal a que instituições representativas de categorias ou coletividades possam exercer a autorregulação sobre o procedimento em caso de eventual processo. Ao contrário. A previsão legal que traduz o incentivo à adoção de protocolos pré-processuais procedimentais em verdade deve ser compreendida como uma aproximação ao modelo de protocolos praticado em países da Europa central, onde as convenções são utilizadas desde longa data na rotina dos tribunais.

Trata-se, com efeito, a adaptação procedimental pela via da contratualização, de inegável orientação normativa entre as partes. As convenções pré-processuais entre instituições podem mesmo representar uma otimização dos recursos públicos e privados.

Assim, é absolutamente admissível que protocolos pré-processuais com caráter normativo sobre procedimentos sejam celebrados entre instituições representativas de categorias ou coletividades e a administração judiciária.

Nesse sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, no enunciado 255, expressou, à unanimidade de seus membros, que “é admissível a celebração de convenção processual coletiva”.

Como dito, no Brasil algumas iniciativas foram bem-sucedidas. No Estado do Rio de Janeiro, a criação do Centro de Resolução de Litígios da Saúde, instalada a partir de um Convênio de Cooperação entre o Tribunal de Justiça, a Defensoria Pública do Estado e da União, o Ministério Público e as Procuradorias do Estado e Municípios, além das Secretarias de Estado e Municipais de Saúde, permitiu o estabelecimento de rotinas de atendimento multidisciplinar que privilegiam a tentativa de autocomposição.

Atualmente, encontra-se em fase de elaboração iniciativa a definição de protocolos pré-processuais interinstitucionais, por representação setorial, envolvendo empresas de saúde privada - cujas demandas impactam seriamente a sociedade, as empresas e o próprio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro -, com a adoção de procedimentos previamente ao processo judicial com vistas a tratar, em etapas sucessivas, as questões mais recorrentes e vocacionadas ao modo autocompositivo, iniciando-se o atendimento por meio de sistemas *on line* de mediação (*ODR*), nos termos do que previsto no art. 46 da Lei de Mediação, contemplada a possibilidade de continuação em Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania multipartes, com a atuação de agentes públicos – assistentes sociais, psicólogos, mediadores e peritos, além de magistrado – e de representante privado com competência decisória sobre as questões.

Além disso, convênios celebrados com Universidades têm permitido ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro instalar Centros de mediação adjacentes aos Núcleos de Prática Jurídica, contemplando o protocolo a capacitação dos agentes em mediação judicial, promovida Núcleo de Mediação do Tribunal, além de orientação técnica e a realização de estágio supervisionado nas próprias dependências da Universidade, homologados os acordos obtidos pelo juiz designado para a coordenação do Cejusc vinculado.

É preciso lembrar, ainda, o que foi dito em tema de convenções processuais. Aqui vigora o princípio da liberdade do autorregramento, o qual, como dito, é um desdobramento do próprio princípio do direito de ação e da demanda, constituindo-se a convencionalidade em faculdade dos envolvidos no processo judicial, presente ou futuro, determinar seu próprio comportamento, assumindo ônus e deveres, e adaptar o procedimento de que se utilizarão para a solução do conflito.

Essa autonomia de vontade, evidentemente, não é irrestrita, na medida em que se submete à verificação nos planos da existência, validade e eficácia, como de resto, os atos jurídicos em geral.

Assim, a manifestação da vontade e o consentimento de pessoas capazes são predicados essenciais para se aferir, num plano de existência, a materialidade do negócio.

É preciso notar que a capacidade que aqui se exige para a conformação do negócio é para os atos em geral, não sendo imprescindível a capacidade postulatória, vez que não se trata da prática de ato em juízo.

Os negócios também se submetem ao controle da formalidade, e estão sujeitos aos defeitos que podem atingir qualquer ato jurídico em geral.

As convenções ou protocolos pré-processuais, uma vez instituídos por lei estadual ou por iniciativa das partes individuais ou representativas de coletividades ou categorias, com ou sem a participação da administração judiciária podem se desenvolver em ambiente estritamente privado. Com efeito, os interessados no trato de questões que possam se submeter aos protocolos existentes não encontram obstáculo à sua movimentação em caráter particular, como, por exemplo, por meio de advogados ou assistência judiciária.

Por outro lado, instituições que operam no sistema de justiça, como os membros da advocacia e de órgãos como Defensoria Pública, Ministério Público e Procuradorias, podem se valer de suas próprias estruturas ao cumprimento do que preveem as normas protocolares.

É curial, por exemplo, que determinado protocolo que estabeleça a apresentação ou troca de documentos (disclosure) entre as partes envolvidas em alguma questão litigiosa venha a ser cumprido sem necessidade de nada mais do que memorandos de ciência e solicitação que invoquem os termos respectivos. É

desnecessário mencionar que nessas hipóteses não há intervenção ou mesmo acompanhamento por juiz, o qual, contudo, pode intervir em caso de inobservância, por uma das partes, dos termos protocolares previamente celebrados. Nessas hipóteses, a parte prejudicada pode se valer da regra do art. 381 do CPC/15 para solicitar a apresentação de dado de evidência ou outra informação que seja pertinente ao protocolo, independentemente das possibilidades específicas dos incisos II e III do referido art. 381. Nesse caso, porém, a parte deverá ter capacidade postulatória, o que não se exige para o cumprimento extrajudiciário dos protocolos.

Os protocolos também podem ser cumpridos em ambiente público. Nesse caso, são particularmente vocacionados os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejuscs.

Como exposto, os Cejuscs deverão ser instituídos pelos tribunais a partir da determinação do CNJ contida na Res. 125/10, que dispõe sobre a Política Nacional de Solução Consensual de Conflitos. A responsabilidade pela instalação dos Cejuscs é dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Cidadania – Nupemecs. Ambos têm como atribuição propor ao Tribunal a realização de convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender às finalidades da Res. 125/10, ou seja, buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas, estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios; realizar gestão junto às empresas, públicas e privadas, bem como junto às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade; atuar junto aos entes públicos de modo a estimular a conciliação, em especial nas demandas que envolvam matérias sedimentadas pela jurisprudência. Essas disposições são sinteticamente reproduzidas pelo art. 165 do CPC/15 e pelo art. 24 da Lei de Mediação.

Os acordos de cooperação a que alude a Res. 125/10 e que podem originar os protocolos pré-processuais permitem o arranjo sobre normas procedimentais para futuro processo como para evita-lo, razão pela qual não seria inútil que categorias de

representatividade estabelecessem, em conjunto com os tribunais, rotinas protocolares para ordenação de atos. Temas como apresentação de documentos (art. 381 CPC/15) e outras provas, prazos e tentativa prévia de solução consensual (cláusula compromissória geral) podem ser validamente estabelecidos em caráter genérico vinculativo aos representados, atribuindo-se seu cumprimento nos Cejuscs.

Como se disse, a recusa injustificada ao cumprimento de protocolo previamente estabelecido com a intervenção da administração judiciária pode implicar na sua observação compulsória por ordem judicial, a quem a parte insatisfeita pode recorrer. Nesses casos, seria desejável a concentração do conhecimento dessas questões no próprio Cejusc, com a definição de competência também por via protocolar. É que o juízo coordenador do Cejuscs, cuja competência está reservada às homologações dos acordos obtidos – além das atribuições para as funções administrativas – pode também prover sobre os temas preliminares ao processo judicial, cabendo-lhe a gestão e execução dos termos protocolares.

Dentro do escopo de prevenir litígio e melhorar a gestão dos tribunais, os Cejuscs podem realizar injunções junto às empresas formadoras de demandas, assim como com representações setoriais e de agências reguladoras, com a finalidade de estabelecer padrões de comportamento e rotina em relação àquelas questões que impactam na atividade judiciária e na sociedade em geral.

É preciso aqui registrar que o juiz pode tomar a iniciativa e ser o fomentador do estabelecimento de protocolos, sem que isso signifique qualquer excesso às suas atividades jurisdicionais. Com efeito, nos tempos neoconstitucionais da contemporaneidade, não há mais lugar para o juiz distante e alheio aos problemas sociais, que permanece em solitárias reflexões acerca do direito abstrato. Antes, o que se espera do juiz atual, além de uma formação sociológica abrangente, é uma atuação participativa na vida em sociedade, de modo a contribuir, nos limites em que lhe é dado atuar, para além do desenvolvimento das letras acadêmicas e culturais, que são desejáveis, mas para uma conformação do processo e do procedimento mais assente à realidade.

Disso não é instrumento apenas o formalismo processual estrito, mas também a capacidade de gestão que se deve esperar de todo juiz, mercê da natureza do seu trabalho, nos termos do art. 3º §2º do CPC/15, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, preferencialmente em etapa prévia ao

processo judicial (art. 3º § 3º do CPC/15), sendo sua a obrigação cooperar para a decisão de mérito justa e efetiva.

Da mesma forma que os protocolos coletivos, há ainda a possibilidade de se instituir protocolos institucionais, produzidos entre entidades representativas de setor ou por órgão público ou privado, como Prefeituras, Estados, Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), os Tribunais de Justiça, o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério Público, a Defensoria Pública, Agências Reguladoras, a exemplo do que ocorre nos sistemas jurídicos Francês e Italiano.

Fredie Didier Jr. assinala não haver impedimento para convenções processuais envolvendo a Ordem dos Advogados do Brasil e órgãos do Poder Judiciário, por exemplo, assim como ao compromisso recíproco para prática de ato processual por seus procuradores em favor de outro ente federado, mediante convênio firmado pelas respectivas procuradorias¹⁴¹.

Ainda nos negócios coletivos, pode-se admitir que convenções coletivas sejam instituídas por entidade representativa de setor ou por empresa em relação a múltiplos indivíduos, como no caso de proposta de solução de conflito por adesão, como a que prevê o art. 35 da Lei 13140/15¹⁴²

A prática judiciária dá conta da adoção de protocolos pré-processuais entre instituições com alguma frequência, a despeito da ausência de regulamentação específica sobre o tema. Assim é que os tribunais estaduais costumam manter protocolos em prefeituras relacionados à forma de distribuição de executivos fiscais, por exemplo, ou com o Estado, para fins de remessas de autos de procedimento policial entre unidades de polícia judiciária e juizados especiais criminais, juizados

¹⁴¹DIDIER JUNIOR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 434.

¹⁴² Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:

I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou

II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

§ 1º Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria.

§ 2º Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa.

§ 3º A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia.

§ 4º A adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa.

§ 5º Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa.

§ 6º A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão.

especiais da violência doméstica e familiar contra a mulher e juizados especiais da infância e juventude, por vezes com a interação de instituições como O Ministério Público e a Defensoria Pública.

Também há notícias de protocolos entre os Procons e Juizados Especiais Cíveis, contemplando-se a homologação de acordo realizado em suas dependências, sem qualquer outra exigência.

No Rio de Janeiro há ainda protocolos entre empresas e o Tribunal de Justiça para o encaminhamento sistemático de processos à mediação judicial, assim como para a participação de mediadores judiciais nas sessões concentradas de mediação pré-processuais levadas a efeito pela própria empresa.

Também no Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça e CNJ disponibilizam aos usuários e consumidores em geral acesso ao sistema on-line de solução de conflitos, por meio do qual as partes podem tratar dos casos em caráter pré-processual ou incidental ao processo com a consequente homologação pelo juízo coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania competente.

Em mais de uma oportunidade, por meio de convênio entre o Tribunal de Justiça e empresas interessadas, questões controvertidas coletivas foram tratadas em ambiente pré-processual, envolvendo consumidores lesados que aderiram aos termos do protocolo firmado.¹⁴³ Recentemente, aliás, o processo de recuperação judicial da Oi, concessionária de telefonia e transmissão de dados, foi inserido em programa de mediação on-line, com a participação da empresa e de cerca de sessenta mil credores, por meio de convênio que permitiu o emprego de mediadores judiciais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro para atuação do procedimento de mediação incidental realizado em ambiente extrajudicial.

Constata-se, assim, que há exemplos inúmeros de convênios que ajustam previamente os procedimentos judiciais para determinados tipos de litígios.

¹⁴³ Por exemplo, questões envolvendo a Light, concessionária de energia elétrica, e a Cedae, concessionária de saneamento básico, e a Ceg, concessionária de distribuição de gás.

6.10. Protocolos bilaterais

As convenções bilaterais podem instituir a solução direta, validamente aceita, em que ambas as partes de boa-fé seguem a cláusula que estipula uma execução direta do contrato ou do negócio, a exemplo do que consta no art. 1134, §3º do Código Civil francês. Aqui, privilegia-se a boa-fé.

O mais comum, no entanto, é que as partes convençionem a intervenção de um terceiro imparcial para ajudá-las na condução de um acordo, numa negociação indireta ou assistida, como são as cláusulas de mediação e conciliação. Eventualmente, o terceiro pode contar com o auxílio de peritos ou especialistas em determinado tema objeto da controvérsia, o que costuma ocorrer em causas de natureza comercial ou empresarial, ou quando haja aspectos econômicos complexos.

Como se sabe, há distinção entre o terceiro imparcial passivo, que se limita a assistir as partes e facilitar o diálogo e a construção do consenso, podendo, todavia, valer-se do auxílio de outros profissionais, e o terceiro imparcial ativo, o qual intervém diretamente na solução do conflito, direcionam e emitindo juízo de valor sobre aspectos parciais ou sobre todo o conflito, propondo alternativas de acordo.

Nessas hipóteses, a justiça não apenas reconhece a validade das cláusulas que preveem que a solução seja encaminhada diretamente ou por terceiros, como inibe qualquer iniciativa que tenha por objetivo tangenciar a convenção, inadmitindo a demanda que a viole. A Lei 13140/15, que trata da mediação judicial e extrajudicial, em seu art. 23 estabelece que a previsão de convenção de mediação inibe o prosseguimento de ação judicial ou de arbitragem até que implementado o termo ou a condição.

6.11. Competência legislativa para a implementação de protocolos institucionais

Poder-se-ia cogitar que a instituição de uma fase preliminar ao processo com a implementação de normas de regulamentação dos protocolos pré-processuais, tornando-a de obrigatória observância em determinados setores ou determinadas matérias, exigiria lei federal. De fato, diante do art. 24, inc. XI, da CRFB/88, que dispõe que a União, os Estados e Distrito Federal detêm competência concorrente para legislar sobre procedimentos em matéria processual, é preciso

realizar verdadeiro processo investigativo para se extrair dos sentidos semânticos possíveis uma perfeita separação entre os institutos do processo e do procedimento para se definir o ente competente, assim como deveria se explorar o conceito de concorrência adotado pela Constituição.

Esse não é um trabalho que se albergue nos limites desta dissertação, por isso a admissão das conclusões de Paula Sarno Braga, em sua exaustiva “Norma de Processo e Norma de Procedimento”. Com efeito, de acordo com a eminente doutrinadora, cabe à União editar normas gerais a respeito de processo e procedimento, competindo aos Estados legislar suplementa e complementarmente, adequando as normas às exigências de sua realidade regional. Preconiza a autora:

A melhor abordagem interpretativa dos parágrafos do art. 24, CF, é a sistemática, de modo a concluir-se que Estados e Distrito Federal detém competência complementar e supletiva. O art. 24, § 2º, CF, seria o portador da regra que confere competência complementar, ali denominada de suplementar, para que Estados e Distrito Federal adéquem normas gerais à realidade local e regional, atendendo a interesse próprio daquela unidade política. O art. 24, §3º, CF, atribui a competência supletiva enquanto poder de suprir ausência de norma geral federal, com a produção de legislação que atenda suas necessidades¹⁴⁴.

A redação do art. 24, inciso XI, da CRFB/88, não prima pela qualidade redacional e pela precisão semântica. Mas a conclusão sistemática que se pode extrair aponta para a competência exclusiva da União para legislar sobre temas de direito processual, e, concorrentemente, com os Estados e Distrito Federal, sobre procedimento.

Processo e procedimento são expressões que se misturam, geralmente estão associados, mas não se confundem. Como já se disse, a doutrina perscruta, há tempos, a natureza jurídica do processo, buscando uma ontologia e uma conceituação. Desde Bülow (1964), processo tem sido identificado, ora como contrato, ora quase-contrato, resquício da *litiscontestatio* do período romano. Instituição, situação jurídica, relação jurídica e entidade jurídica complexa são alguns dos conceitos de processo ao longo do tempo processo (judicial).

¹⁴⁴ BRAGA, Paula Sarno. *Op. cit.* p. 318.

Dentre todos, ao que parece, o conceito mais adequado é aquele apresentado por Conso:

Processo é o conjunto de relações jurídicas que se ajustam e se concretizam por meio do procedimento (não necessariamente em contraditório), cuja estrutura revela o encadeamento de atos, cada qual deles guardando sua particular conceituação e função, todos, entretanto, vinculados por um nexo de antecedente e consequente, que os articula por meio de uma unidade cujo escopo é a prestação da atividade jurisdicional.¹⁴⁵

O procedimento constitui, portanto, o desenvolvimento em que se externaliza e em cujo conjunto se conforma o processo. São distintos, portanto, embora interligados. O processo, assim implica numa relação de continente ao procedimento, sendo de ordem geral, enquanto este se traduz em atos sequenciados e preordenados¹⁴⁶.

Com esse raciocínio, à legislação federal com exclusividade reserva a CRFB/88 dispor sobre o processo, sobre seus tipos e matérias. Ao procedimento se admite a concorrência de competências, podendo os entes referidos dispor em caráter suplementar sobre atos, forma e tempo.

Diante disso, os Estados Federados e o Distrito Federal podem legislar sobre os parâmetros protocolares em atendimento às exigências regionais e locais, de modo a tornar a justiça mais adaptável aos fatos e ao direito em litígio e assim se apresentar como mais adequada para seu tratamento e solução.

¹⁴⁵ CONSO, Giovanni. *Il fatti ggiuridici processual penali*. Milão: Giuffrè, 1955, p. 115

¹⁴⁶ O Supremo Tribunal Federal tem se pronunciado de modo restritivo em matéria processual e procedimental, declarando inconstitucionais as normas estaduais que os disciplinavam. Confira-se em STF, ADI 4161, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 25.02.2015; STF, AI 253.518-AgR, Rel. Celso de Mello, DJ 17.12.2004; e STF, HC 90.900, Rel. Min. Menezes Direito, 23.10.2009.

CONCLUSÃO

O quadro do judiciário brasileiro exhibe os sinais de uma disfuncionalidade sob qualquer aspecto que o encare, por sua vez espelho dos desequilíbrios acentuados de uma sociedade desigual inclusive quando se trata da busca pelo reconhecimento dos próprios direitos.

O processo civil, como fato social e histórico, oscila de acordo com o contexto econômico e político em que está inserido. Por isso mesmo, os institutos que conformam seu arcabouço teórico apresentam movimentação pendular de certa forma correspondente à própria dinâmica da sociedade, flutuando desde o privatismo, que marca os rudimentos originais da fase ainda pré-romana, até o publicismo extremo dos períodos absolutistas.

A fase contemporânea mostra sinais de mais um desses movimentos, agora em direção a um ponto de equilíbrio. A recuperação da participação individual em contraposição ao monopólio do Estado prevalecente até o início do século passado é um dos sintomas que se tornaram mais evidentes em países centrais da Europa, percebendo-se que um incremento da autonomia dos interessados e sujeitos parciais no processo, resultado de uma evolução da democracia participativa nas relações públicas e privadas.

Em paralelo, o fenômeno da constitucionalização normativa, ou neoconstitucionalismo, repercute no direito como um todo, e no direito processual dá origem ao neoprocessualismo. Pesquisadores e cientistas do direito, com base em dados empíricos produzidos no exercício da jurisdição clássica, há tempos buscam respostas para as dificuldades passaram a experimentar ao longo do último século, comuns mesmo em tradições de origem tão distintas como as da *common law* e da *civil law*. Problemas como déficit de legitimidade, retardo na prestação jurisdicional, baixo grau de efetividade das decisões e limitada participação dos interessados serviram como estímulo aos vários movimentos que por vezes representaram experimentações recíprocas de institutos de tradições jurídicas distintas como forma de atenuação dos problemas.

Nessa linha, os países têm procurado adaptar aos respectivos ordenamentos mecanismos e técnicas de direito alienígena, como forma de melhorar o tratamento das questões, com a gestão e a flexibilização do processo, o

management case e *management Court*, de acordo com os propósitos que informam sua adoção.

No Brasil, a introdução de mecanismos estrangeiros aposta no resgate do equilíbrio na relação entre o juiz e as partes, com o reconhecimento de maior autonomia aos cidadãos. Para tanto, inúmeras modificações têm sido realizadas, inclusive com para ampliar as possibilidades de ajustes procedimentais com a adoção de mecanismos e técnicas que viabilizam uma atuação cooperativa dos sujeitos processuais.

As modificações têm origem na constatação de que o desenho atual da justiça convencional é insatisfatório ao atendimento adequado das demandas da sociedade, o que resultou no acúmulo de cerca de 100 milhões de processos e na incapacidade operacional do sistema, a repercutir na inviabilidade de atendimento às garantias constitucionais da duração razoável e da efetividade.

Nesse contexto, o conceito de acesso à justiça, em razão da cultura social identificado como acesso ao *Poder Judiciário*, induz à retroalimentação do sistema, que está a exigir uma reconfiguração para que se alcance um modelo mais adequado à resolução dos conflitos. Para tanto, mecanismos autocompositivos, como a mediação e a conciliação, e heterocompositivos extrajudiciários como a arbitragem, além dos que permitem às partes a adaptação do procedimento para melhor atendimento do caso concreto, são estimulados pelo CPC/15.

A flexibilização processual, com a admissão de institutos típicos do direito privado no processo civil, traduz mais uma dessas iniciativas que parece apresentar sinais consistentes de adaptação, na medida em que encarna valores de participação democrática que legitimam a própria solução consensual, preferencialmente antecipada e extrajudicial.

O CPC/15 é o primeiro código de processo civil brasileiro desde a Constituição Federal de 1988, e sua concepção recebe os influxos dos fenômenos neoconstitucionalista e neoprocessualista. O legislador brasileiro, consentâneo a esse movimento, atualizou o sistema processual, democratizando-o a partir da garantia de participação efetiva dos interessados na construção da solução e corolário de um modelo cooperativo em um assegurado contraditório que legitima da própria decisão, fundamental para uma correta definição dos parâmetros decisórios

com carga vinculativa, como são os precedentes e a *ratio decidendi* de sua fundamentação. Uma nova concepção de jurisdição, desatrelado da substitutividade e do monopólio estatal, permite que a solução do conflito ocorra por meio de mecanismos não adversariais e extrajudiciais.

O conceito de comunidade de trabalho opera com a lógica de que o processo, embora presentes interesses por vezes diversos e conflitantes entre partes em oposição, contempla uma atividade finalística de solução do conflito, objetivo maior dos próprios sujeitos processuais. Para isso, a gestão do processo conforma melhor o sentido de justiça contemporâneo, contemplando uma integração dos interessados por meio do cooperativismo tanto nos aspectos formais, como os relativos aos atos do procedimento, como nos de fundo material, acerca do objeto do litígio, o que permite acesso ainda maior das demandas da sociedade aos métodos de atendimento autocompositivo e adjudicado.

A mudança do paradigma da mera adequação dos fatos à lei para o da busca pela solução efetiva e a tempo razoável exigirá o comprometimento principalmente dos profissionais do direito e uma persistente disposição da sociedade em alcançar um modo mais adequado de tratamento e solução de seus conflitos.

Institutos do direito processual sedimentados ao longo da história são revisitados à luz de um constitucionalismo sem precedentes. Novas categorias do direito e do processo são desenvolvidas, a partir da contribuição de outros saberes e ciências, para melhor conformação da garantia constitucional de solução dos conflitos e de pacificação da sociedade. Tradições distintas se entrecruzam e se mesclam em busca do melhor desempenho empírico de seus respectivos institutos, ampliando consideravelmente o alcance da efetividade e a qualidade das soluções.

É certo que com o conjunto normativo formado pelo CPC/15 e pela Lei 13.140/15, coadjuvado à Res. 125/10 CNJ, permitirá a composição de um novo ambiente privado de resolução de controvérsias, seguro de que o Judiciário, como uma cláusula de reserva, permanecerá disponível para a última palavra sobre o direito.

A institucionalização de uma fase prévia ao processo, incentivada pelo legislador de 2015, pode proporcionar o surgimento de uma nova cultura que

privilegie a solução antecipada dos casos e a adoção de mecanismos de conformação prévia do procedimento, a exemplo dos protocolos pré-processuais, o que decerto contribuirá para elevar a democratização do processo e a legitimidade das soluções alcançadas, repercutindo na estabilidade das relações, na segurança jurídica e na qualidade do acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, RJ, v. 4, n. 15, p. 11-47. jul. 2001.

BITTAR, Marcelo Buczek. Mandado de segurança: liminar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 106, n. 975, p. 445-475, jan. 2017.

BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro**. Salvador: JusPodium, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 06 out. 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 23 mai. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004. de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 08 fev. 2017.

BRASIL. Lei nº. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Lei de Registros Públicos. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 1973**. Disponível em: http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=112031&integra=1>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº. 7244, de 07 de novembro de 1984. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 08 nov. 1984**. Disponível em: http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=111350&integra=1. Acesso em: 15 mar. 2016.

BRASIL. Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 set. 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 23 jun. 2016.

BRASIL. Lei nº. 11.441, de 04 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – CPC. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 jan. 2007**. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=113870&integra=1>. Acesso em 15 fev. 2017.

BRASIL. Lei nº. 11.790, de 02 de outubro de 2008. Altera o art. 46 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Lei de Registros Públicos. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03 out. 2008**. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=113929&integra=1>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. Lei nº. 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 dez. 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 out. 2016.

BRASIL. 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 jun. 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: Europa-América, 1964.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 241, p. 489-517, mar. 2015.

CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisations du règlement des litiges. In: **Revista de Processo**, vol. 160, p. 61-82 /2008.

_____. **Los acuerdos procesales em derecho francés**: situación actual de la contractualización del processo y de la justicia em Francia. *Civil Procedure Review*, v. 3, n. 3: 3-35, aug-dec 2012.

_____. **La tendande a la contractualisation de la justice et du procès** - - A tendência à contratualização da justiça e dos processos. Rio de Janeiro: Revista de Processo, v. 261/2016, p. 117-137, nov.2016.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituicao**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p.

CAPPELLETTI, Mauro. Métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994.

_____. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. Trad. Ellen Gracie Northfleet. 2002.

_____. GARTH, Bryant. Introduction – policies, treds and ideas in civil proceudre. In: DAVOD, rené (ed.). **International encyclopedia of comparative law**. V. 16, chpater 1. Paris, New York: IALS, 1987.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. São Paulo: ClassicBook, 2000.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 23, n. 90, p. 125-126, abr.- jun. 1998.

_____. FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile I: Il processo ordinario di cognizione**. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em números 2016: ano-base 2015**. Brasília: CNJ: Conselho Nacional de Justica, 2016. 404 p., il. Contém bibliografia. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em 12 jun. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. **Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf>. Acesso em: 14 set. 2016.

CONSO, Giovanni. **Il fatti ggiuridici processual penali**. Milão: Giuffrè, 1955.

DAMAŠKA, Mirjan R. **The faces of Justice and State authority: a comparative approach to the legal process**. New Haven: Yale University Press, 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 19. ed., Salvador: JusPodium, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord. Geral). Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 22.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. v.

FERRAZ, Leslie Sherida. **Acesso à justiça: Uma análise dos juizados especiais cíveis no Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: FGV, 2010. 234 p. Contém bibliografia. ISBN 978-85-225-0840-2.

GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. **Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003. 79 p.

_____. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Revista Quaestio Iuris**, v. 4, n. 1, Rio de Janeiro, 2011.

_____. **Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (Org.). **Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira**. Rio de Janeiro: Atlas, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Forense. 1991.

_____. **Ensaio sobre a Processualidade: Fundamentos Para Uma Nova Teoria Geral do Processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

HABERMAS, Jurgen, 1929 -. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KOVACH, Kimberlee K. **Mediation: Principles and Practice**, cit., p. 31. Federal Mediation and a Conciliation Service. P. 31-32 West Academic Publishing; 3 edition (May 1, 2004)

LACERDA, Galeno. Processo e cultura. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 74-86., jan. 1961.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 60

LEAL, André Cordeiro. **A Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: Primeiros Estudos. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

_____. **Teoria geral do processo**: Primeiros estudos. 13. ed. rev. e aum. Belo Horizonte: Forum, 2016.

LEGISLAÇÃO europeia: Diretiva nº. 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008. **Relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0052>>. Acesso em 28 abr. 2017.

LEGISLAÇÃO europeia: Diretiva nº. 2013/11/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013. **Sobre a resolução alternativa de litígios de consumo**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32013L0011>>. Acesso em 28 abr. 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito: nota introdutória. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 888, p. 9-36, out. 2009.

_____. Rodolfo de Camargo. Acesso à justiça - Condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012.

_____. Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça** - Condicionantes legítimas e ilegítimas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: processo do conhecimento. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.2.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. **Teoria geral do processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. 523 p. (Curso Processo Civil, 1).

MARQUES, Jose Frederico. **Instituicoes de direito processual civil**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1966-71. 5v.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – Plano de eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Normas Fundamentais do Código de Processo Civil de 2015: Breves Reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v.17, n.2, p.40-42, 2016.

MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. **Temas de direito processual**. 9.^a série. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORIN, Edgar. **Introdução Ao Pensamento Complexo**. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático. In: **Normas Fundamentais**. Salvador: JusPodium, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O Processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 29, n. 87, p. 37-49., jul. 2002.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. Reflexões sobre o “acesso à justiça” qualitativo no Novo Código de Processo Civil Brasileiro, In: **Normas Fundamentais**. Salvador: JusPodium, 2013.

PICARDI, Nicola; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro, RJ: Gen: Forense, 2008. 155 p.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A mediação e o Código de Processo Civil projetado**, jun. 2012. Disponível em: <http://www.academia.edu/4246510/A_MEDIACAO_E_O_CPC_PROJETADO_280612>. Acesso em: 30 jan. 2016.

POLLAK, Rudolf. **System des oesterreichischen zivilprozessrechtes**. 2. ed. Wien: Manz, 1932. p. III.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 308 p.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, t. 1, v. 1 p. 20.

SANDER, Frank. **E. A. Varieties of Dispute Processing**. Federal Rules Decisions, 1976.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 166-7 p. V. 1.

SASTRE ARIZA, Santiago. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 239-258.

TARUFFO, Michele. **Il concetto di prova nel diritto processuale**. Revista de Processo, São Paulo, n. 229, mar.2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, et.al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A Constitucionalização do Processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 141.