



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Fernanda Medina Pantoja

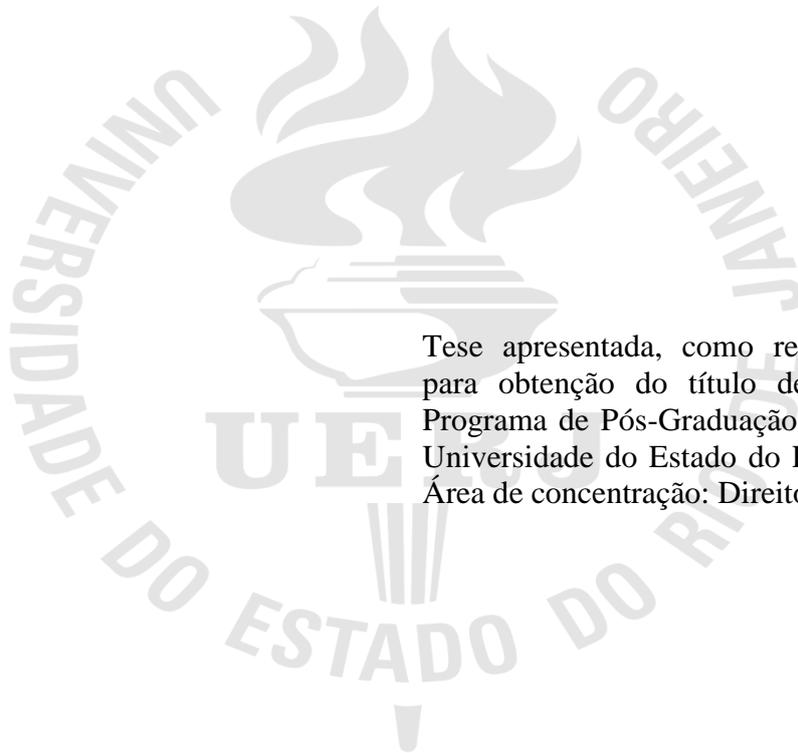
**Protocolos processuais: fundamentos para a construção de uma fase prévia ao
processo no Direito Brasileiro**

Rio de Janeiro

2016

Fernanda Medina Pantoja

Protocolos processuais: fundamentos para a construção de uma fase prévia ao processo no Direito Brasileiro



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual

Orientador: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Rio de Janeiro

2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

P198 Pantoja, Fernanda Medina.

Protocolos pré-processuais. Fundamentos para a construção de uma fase prévia ao processo no direito brasileiro/ Fernanda Medina Pantoja. - 2016. 256 f.

Orientador: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Direito processual - Teses. 2.Interesse de agir (Direito) –Teses. 3.Protocolos – Teses. I.Pinho, Humberto Dalla Bernardina de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 340(81)

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Fernanda Medina Pantoja

**Protocolos pré-processuais: Fundamentos para a construção
de uma fase prévia ao processo no Direito brasileiro**

Tese apresentada, como requisito para obtenção do título de Doutora, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovada em 06 de junho de 2016

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Luiz Fux
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Heitor Sica
Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Diogo Rezende de Almeida
Fundação Getúlio Vargas

Rio de Janeiro

2016

*Ao meu filho João Gabriel,
nascido durante a concepção da tese,
e ao caçula, ainda sem nome,
que nascerá logo depois.*

AGRADECIMENTOS

“Aprende que completar vale menos do que tudo o que se descobre e angaria pelo caminho, e que todos os sacrifícios já suportados são justamente aquilo que ainda impele a continuar. Resiste, às vezes, porque conscientemente o quer, mas outras tantas somente porque ‘falta pouco’. O que conta, afinal, não é nada além do tamanho da sua obstinação e da capacidade de encontrar algum prazer em toda essa loucura.” Assim, de forma praticamente idêntica ao que já escrevi sobre uma prova de *triathlon* de 12 horas de duração (o *Ironman*), resumiria também o doutorado.

Não são poucas as pessoas que de alguma forma contribuíram para a realização desse sonho. Agradeço especialmente aos professores que, além de serem verdadeiros exemplos e fonte de inspiração, tiveram decisiva importância ao longo da minha trajetória acadêmica: ao Prof. Humberto Dalla Bernardina de Pinho, orientador atento, paciente e amigo; ao Prof. Leonardo Greco, cuja aposentadoria tornou órfãos inconformados todos os seus (ex-) alunos da UERJ, mas não o impediu de continuar, generosamente, a recebê-los para ensinar e debater; ao Prof. Neil Andrews, que me acolheu com carinho e disponibilidade durante a minha estadia em Cambridge, para pesquisar sobre o tema da tese; e ao Prof. Ronaldo Cramer, a quem serei eternamente grata por me abrir as portas da PUC-Rio e me confiar, há quase dez anos, a alegre responsabilidade de lecionar processo civil naquela Universidade.

Agradeço ao Prof. Sergio Bermudes, cujo escritório tenho a honra de integrar há um ano, pela oportunidade de desfrutar dos seus ensinamentos, e aos meus colegas de trabalho, em especial ao Marcio Vieira Souto Costa Ferreira, pela confiança e pelo incentivo. Não posso deixar de expressar também minha gratidão ao Prof. Arnaldo Wald, fundador da sociedade de advogados onde estive por onze anos, a quem devo grande parte da minha formação profissional e a oportunidade de ter podido investir, em paralelo, na carreira acadêmica.

Para agradecer aos meus amigos, cujo apoio sempre foi fundamental, o faço na pessoa de alguns deles: Zuka e Guedes, que compreenderam o meu atraso para a cerimônia de seu casamento, do qual eu era madrinha, no dia da prova escrita para ingressar no curso de doutorado, e Bruno e Martinha, que, do lado de fora da sala, de

terno e vestido longo, me aguardaram terminar a prova para dar carona para o casamento.

Aos amigos processualistas, agradeço especialmente ao Diogo Rezende de Almeida e à Marcela Kolbach de Faria, pela parceria no projeto de cursos *in house* sobre o novo Código de Processo Civil – que só não foi mais divertida porque calhou de coincidir com a desesperadora fase final de elaboração da tese. Obrigada aos queridos Karina Bastos Lourenço, Renata Auler Monteiro, Mariana de Brito Mariani Guerreiro, Luisa Daher Moura Campello Cordeiro e Pedro Henrique Gomes Wright, acadêmicos de Direito, pela salvadora ajuda em momentos diversos dessa jornada. Obrigada, ainda, ao grupo de meninas fundadoras da coluna (as) “Processualistas”, por serem solidárias nessa empreitada de conciliar vida profissional, acadêmica e pessoal, que ainda é inevitavelmente mais árdua para as mulheres. Essa conquista nos representa.

Finalmente, agradeço profundamente à minha família, por entender e respeitar as minhas ausências, e por fazer com que elas não fossem tão sentidas pelo João. Aos meus pais e irmão, obrigada pela confiança irrestrita. Ao Fernando, por todo o amor, solidariedade, ajuda e por ser a melhor companhia que eu poderia ter, em todos os momentos da vida.

RESUMO

PANTOJA, Fernanda Medina. *Protocolos pré-processuais. Fundamentos para a construção de uma fase prévia ao processo no Direito brasileiro*. 2016. 256 fls. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

A tese investiga os fundamentos e as possibilidades para a concepção de uma fase pré-processual extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro, inspirada precipuamente nos protocolos pré-processuais ingleses, visando à troca de informações entre as partes e à eventual produção de provas, com o fim de estimular a composição do litígio ou de preparar uma demanda mais bem fundamentada, caso inevitável o ajuizamento de ação, garantindo-se, assim, um processo judicial mais célere e menos custoso.

Palavras-chave: Direito processual. Publicismo. Privatismo. Meios alternativos de solução de controvérsias. Interesse de agir. Fase pré-processual. Protocolos pré-processuais.

ABSTRACT

PANTOJA, Fernanda Medina. *Pre-action protocols. The arguments in favor of the introduction of a pre-procedural phase in Brazilian civil litigation*. 2016. 256 p. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

This thesis investigates the grounds for, and possibility of, introducing into the Brazilian legal system an extrajudicial pre-proceedings phase, along the lines of the pre-action protocols applied in England and Wales with a view to detailed exchange of information between the parties and possible production of evidence. This is aimed at encouraging settlement of the dispute or, in the event of a trial becoming inevitable, encouraging the parties to prepare the case in such a manner as to ensure that the proceedings are time and cost efficient.

Keywords: Procedural law. Publicism. Privatism. Alternative means of dispute resolution. Interest in the suit. Pre-trial stage. Pre-action protocols.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	10
1	PANORAMA BRASILEIRO.....	14
1.1	Breve retrato da jurisdição civil nacional.....	14
1.2	Os atos antecedentes ao processo judicial no Direito brasileiro.....	22
1.2.1	<u>Generalidades sobre o direito de ação e os requisitos formais da inicial</u>	22
1.2.2	<u>Considerações sobre a estrutura básica do procedimento.....</u>	27
1.2.3	<u>Formação e aquisição de prova antes do processo de conhecimento.....</u>	28
1.2.4	<u>Requerimento de atos prévios ao ajuizamento da ação.....</u>	31
1.2.5	<u>Adoção dos métodos consensuais.....</u>	34
1.2.6	<u>Desjudicialização de procedimentos especiais.....</u>	41
1.2.7	<u>Inferências gerais.....</u>	44
2.	A FASE PRELIMINAR DO SISTEMA JURÍDICO INGLÊS.....	46
2.1	Relevância do estudo da experiência inglesa.....	46
2.2	Breve visão histórica do processo inglês.....	47
2.3	Os protocolos pré-processuais.....	52
2.3.1	<u>Elaboração dos protocolos.....</u>	54
2.3.2	<u>Principais elementos.....</u>	58
2.3.2.1	Correspondência entre as partes.....	58
2.3.2.2	Seleção e instrução de perito.....	60
2.3.2.3	<i>Disclosure</i>	63
2.3.2.3.1	Ordens judiciais de <i>disclosure</i>	65
2.3.2.4	Incentivos ao acordo.....	68
2.3.2.4.1	Negociação e oferta de acordo com repercussão nas custas.....	69
2.3.2.4.2	Desenvolvimento da mediação.....	72
2.3.3	<u>Sanções em caso de descumprimento das previsões protocolares.....</u>	77
2.4	Efeitos da adoção dos protocolos.....	81
3	ATOS ANTECEDENTES AO PROCESSO EM OUTROS ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS.....	85
3.1	Estados Unidos da América.....	85
3.2	Alemanha.....	93
3.3	Itália.....	98
3.4	França.....	107
3.5	Japão.....	113
3.6	Esclarecimentos conclusivos.....	120
4	FUNDAMENTOS DA FASE PRÉ-PROCESSUAL.....	121
4.1	O desenvolvimento dos meios autocompositivos como vias complementares e preferencialmente anteriores ao processo judicial.	121
4.2	O equilíbrio dos componentes público e privado no processo e a reconhecida importância da participação das partes junto à do juiz.	131
4.2.1	<u>Os escopos da jurisdição e a construção dos modelos processuais com ênfase no aspecto público ou privado.....</u>	131

4.2.2	<u>A interferência recíproca entre os sistemas da civil Law e da common Law: balanceamento dos interesses públicos e privados no processo.....</u>	134
4.2.3	<u>O alcance de um equilíbrio entre o papel do juiz e das partes no processo cooperativo.....</u>	137
4.2.4	<u>Aporte interdisciplinar da psicologia social.....</u>	141
4.2.5	<u>Superação das limitações culturais.....</u>	143
4.3	Adequada leitura dos requisitos da petição inicial e do interesse de agir como condição para o exercício da ação.....	145
5	NORTEADORES PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA FASE PRÉ-PROCESSUAL NO DIREITO BRASILEIRO.....	153
5.1	Natureza da fase preliminar.....	153
5.2	Possíveis instrumentos normativos.....	156
5.2.1	<u>Protocolo por decisão judicial.....</u>	156
5.2.2	<u>Protocolo por convenção.....</u>	158
5.2.3	<u>Protocolo institucional.....</u>	163
5.2.4	<u>Protocolo legal.....</u>	168
5.3	Aspectos relevantes nos protocolos.....	172
5.3.1	<u>Princípios aplicáveis à fase prévia.....</u>	172
5.3.2	<u>Gestão do procedimento.....</u>	175
5.3.3	<u>Participação de advogado.....</u>	177
5.3.4	<u>Espécies de providências ou diligências cabíveis.....</u>	178
5.3.4.1	Atos postulatórios.....	179
5.3.4.2	Tentativa de acordo.....	183
5.3.4.3	Produção de provas.....	186
5.3.4.3.1	Confissão extrajudicial.....	192
5.3.4.3.2	Prova documental.....	192
5.3.4.3.3	Prova oral.....	195
5.3.4.3.4	Prova pericial.....	197
5.3.5	<u>Sanções e incentivos.....</u>	199
5.3.5.1	Inadmissão da petição inicial.....	203
5.3.5.2	Preclusão e boa-fé.....	204
5.3.5.3	Valoração da conduta pré-processual.....	206
5.3.5.4	Tutela da evidência.....	208
5.3.5.5	Sanções financeiras.....	211
	CONCLUSÃO.....	217
	REFERÊNCIAS.....	227

INTRODUÇÃO

Todos os estudiosos do processo civil são invariavelmente acometidos de um incômodo: a busca por formas de incrementar a eficiência do processo civil, cujo principal desiderato é o de servir de instrumento à efetiva tutela dos direitos dos cidadãos. Embora se possa alcançá-lo, por exemplo, mediante o aprimoramento das tutelas de urgência, a agilização dos procedimentos ou o aperfeiçoamento das decisões judiciais, convenci-me, após uma década de exercício da advocacia, de que as possíveis soluções ultrapassam os limites do processo *stricto sensu*.

A premissa essencial em que se sustenta esta tese é a de que justiça, em uma perspectiva contemporânea, não está mais atrelada exclusivamente ao processo estatal. Nesse particular, o novo Código de Processo Civil de 2015 permitiu o rearranjo dos fundamentos do processo civil brasileiro, desafiando alguns dogmas discutíveis como esse, mas até então ilibados.

Assim, a partir desse axioma básico, trata-se da possibilidade e da conveniência de se conceber uma fase pré-processual extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro, visando à troca de informações entre as partes e à eventual produção de provas, com o fim de estimular a composição do litígio ou de preparar uma demanda mais bem fundamentada, caso inevitável o ajuizamento de ação, garantindo-se, assim, um processo judicial mais célere e menos custoso.

Para enfrentar o tema, divide-se o estudo em cinco capítulos, além da introdução e conclusão. O primeiro capítulo inicia-se com um breve panorama da jurisdição civil no Brasil, demonstrando-se, com amparo em dados estatísticos colhidos de instituições especializadas, o crescente volume de processos nas cortes, a concentração da demanda pela jurisdição nas mãos de litigantes cativos, a morosidade e a ineficiência do Judiciário para lidar com esses casos, e a ineficácia das reformas legislativas para conter tal fenômeno, a apontar para a necessidade de se promover um acesso racional à Justiça, o que pressupõe o enfrentamento da lide em estágio anterior ao ingresso em juízo.

Na sequência, passa-se a uma breve exposição sobre o que precede a propositura de uma ação no Direito brasileiro atual, com menção às experiências históricas e vigentes de fases preliminares, judiciais ou não. Aborda-se também, de

forma sintética, o entendimento atual dos tribunais e da doutrina sobre as exigências de esgotamento das instâncias administrativas e de imposição de tentativa de solução extrajudicial previamente ao ingresso em juízo, bem como sobre os requisitos da inicial e a configuração do interesse de agir.

No segundo e terceiro capítulos, incursiona-se sobre as lições estrangeiras, investigando-se as possibilidades para a concepção e a regulamentação de uma fase pré-processual existentes em outros ordenamentos.

Analisa-se com maior profundidade, no segundo capítulo, o modelo inglês de protocolos, por ser um dos poucos países a fazê-lo de forma coesa e organizada. Pude imergir no estudo do sistema inglês no período de janeiro a julho de 2013, como pesquisadora visitante na Universidade de Cambridge (Inglaterra), a convite do Prof. Neil Andrews.

No terceiro capítulo, noticiam-se também, dessa vez de modo mais ilustrativo, as iniciativas de outros países, igualmente voltadas ao diálogo, à produção de provas e à tentativa de composição do conflito, em momento anterior à instauração do processo, especialmente as que prescindem *ab initio* de intervenção judicial. Apresenta-se um relato enxuto dos eventuais atos antecedentes ao processo existentes nos Estados Unidos, na Alemanha, na Itália, na França e no Japão, cujos países foram selecionados por alguns de seus aspectos interessantes previamente conhecidos pela autora. Teve-se o cuidado de utilizar fontes diretas, preferencialmente de autores nativos, ainda que em língua inglesa, nos casos em que não se dominasse a língua materna.

No quarto capítulo, estabelecem-se as bases dogmáticas que fundamentam a existência de uma fase pré-processual, a qual não atende apenas a conveniências imediatistas, senão conjuga diversas tendências do processo civil contemporâneo, como a expansão da via consensual, a desjudicialização dos procedimentos e a valorização da participação e da colaboração das partes.

Demonstra-se que a instituição de um procedimento prévio ao processo judicial se coaduna com o sistema processual brasileiro, e, por outro lado, a par de se conformar ao substrato cultural do País, tem também a inequívoca capacidade de remoldá-lo em relevantes aspectos, ao instigar a consolidação de novas atitudes em face do surgimento de um litígio.

Nesse capítulo, discorre-se brevemente sobre a evolução da jurisdição e seus escopos, destacando o desenvolvimento dos diferentes meios de solução de conflitos

como vias complementares à judicial, o que leva, ao cabo, à adoção de uma concepção ampla de acesso à Justiça e da visão do processo judicial como alternativa subsidiária aos métodos consensuais e extrajudiciais.

Em seguida, a partir das mesmas premissas, descreve-se o atingimento, com o advento do modelo cooperativo, de um necessário equilíbrio entre os componentes público e privado no processo, que o caracterizam não somente como “coisa do juiz”, mas também como “coisa das partes”, na medida em que são elas as destinatárias finais da jurisdição. Nesse contexto, defende-se a priorização da participação dos litigantes na fase de tratamento inicial da lide, com atuação suplementar do Judiciário.

Vale-se, a essa altura, de um aporte interdisciplinar da psicologia social, cujas pesquisas comprovam que o controle das partes sobre o procedimento influencia na sua percepção de justiça. Desse modo, atendem-se às exigências da justiça procedimental subjetiva, que é capaz de reforçar condutas e, assim, talhar as idiosincrasias das partes e de seus advogados.

Ainda no quarto capítulo, faz-se uma curta exposição sobre o desenvolvimento histórico do *pleading* e a atual configuração da petição inicial como algo mais do que mera notificação do réu acerca da existência da lide, a ensejar uma preparação suficientemente fundamentada para o ajuizamento da ação. Defende-se, ademais, que o direito de ação não pode ser utilizado de forma descomedida e irresponsável, devendo a noção de interesse de agir estar condicionada a certos filtros de preparação do caso. Exsurge, desses pressupostos, a necessidade de uma fase preliminar ao processo, *a priori* impositiva aos litigantes, salvo exceções.

Uma vez fixadas tais premissas, e a partir do cotejo dos ensinamentos estrangeiros, o quinto e último capítulo se volta justamente à propositura de modelos de procedimentos pré-processuais factíveis no cenário jurídico nacional, que orientem as partes a seguir um padrão de conduta, com ingerência apenas subsidiária do Judiciário. Tentou-se, a princípio, buscar dentro do próprio ordenamento processual as engrenagens para instrumentalizar as propostas, por meio do aperfeiçoamento de institutos já existentes ou de uma interpretação conforme das normas legais, compatibilizada com os princípios processuais constitucionais, a fim de que se prescindisse de grandes alterações legislativas – o que, porém, como se verá adiante, nem sempre se mostrou possível.

Analisam-se, assim, nesse último capítulo, aspectos relevantes como a natureza da fase prévia e das condutas atribuídas às partes, os princípios básicos a que está sujeita, os diversos meios de protocolos por meio dos quais se pode institucionalizá-la, as múltiplas espécies de providências ou diligências cabíveis dentro do procedimento e as sanções e incentivos que se podem fixar para garantir o cumprimento das normas prévias. Como se verá, são vastíssimas as possibilidades, inclusive à luz da legislação vigente, para a concepção de uma fase pré-processual no Direito brasileiro.

1. PANORAMA BRASILEIRO

1.1 Breve retrato da jurisdição civil nacional

*Todos os caminhos levam ao Judiciário.*¹

De acordo com o levantamento do Conselho Nacional de Justiça,² em 2013 tramitaram mais de 95 milhões de processos no Judiciário brasileiro, dos quais 70% estavam anteriormente pendentes e 30% representam casos novos, inaugurados no decorrer do ano. Por sua vez, o Índice de Atendimento à Demanda (IAD), obtido a partir do número de processos baixados divididos pela quantidade de casos novos, tem diminuído desde 2009, passando de 103% naquele ano para 98% em 2013. Os dados indicam o crescimento progressivo do acervo processual a um alarmante percentual médio de 3,4.³

Não há como fugir, portanto, à constatação, já vulgarizada na literatura jurídica, de que a Justiça brasileira encontra-se em situação de “crise”. A demanda pela jurisdição, agravada pelo acúmulo histórico de processos, é ainda notadamente superior àquela com que os tribunais podem eficientemente lidar, comprometendo a tempestiva e adequada prestação da tutela jurisdicional.

É bem verdade que o fenômeno da hipertrofia judiciária é comum, em maior ou menor medida, a grande parte dos ordenamentos mundiais,⁴ o que motivou, aqui e

¹ Paráfrase da remota expressão popular “todos os caminhos levam a Roma”.

² *Justiça em Números – Levantamento Estatístico do Poder Judiciário*, elaborado em 2014, referente ao ano de 2013, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 25 fev. 2015.

³ 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.

⁴ Alan Uzelac divide, de um lado, os países que não teriam problemas em relação à qualidade e celeridade dos processos (que ele designa “não mediterrâneos” – Finlândia, Noruega, Suécia, Dinamarca, Inglaterra, Irlanda, Holanda, Alemanha, Áustria, Suíça); e, de outro, aqueles que mostram contínua lentidão e ineficácia, alcunhados “mediterrâneos”: Itália, Portugal, Grécia, Espanha, França, Bulgária, Romênia, Albânia, Hungria, Eslováquia, República Tcheca, Ucrânia, Rússia, Sérvia e Montenegro. O grupo dos mediterrâneos compartilha das seguintes características: predomínio de uma perspectiva interna, que não leva em conta os interesses e necessidades dos usuários do sistema judicial; orientação voltada ao passado e não afeita a reformas; larga diferença entre a percepção dos profissionais legais e do público externo; elevado nível de formalismo; desinteresse pelo planejamento (inclusive de tempo) do processo judicial. UZELAC, Alan. Reforming Mediterranean Civil Procedure: is there a need for shock therapy?. In: _____; RHEE, C.H. van (Ed.). *Civil Justice between Efficiency and Quality: from Ius Commune to the CEPEJ*. Antuérpia: Intersentia, 2008. p. 71-99. Para outros exemplos, v. ainda PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. *Revista Forense*, n. 342, v. 94, p. 161-168, 1998; GILLES, Peter. Civil Justice Systems and Civil Procedures in Conversion. Main problems and

alhures, profundas reformas nas legislações processuais nas últimas décadas para tentar reverter as deficiências do sistema judicial.

No Brasil, essas reformas basearam-se, em geral, na introdução de mecanismos de abreviação dos processos e de filtragem das demandas,⁵ muitos de duvidosa legitimidade, seja porque orientados por uma perspectiva exclusivamente economicista,⁶ seja porque ofensivos a garantias processuais fundamentais. Outrossim, parte das alterações legislativas – em especial aquelas voltadas à ampliação do acesso à justiça, por meio do reconhecimento de novos direitos e novas formas de tutela, da ampliação da legitimação extraordinária e do aprimoramento dos meios de assistência judiciária – acabou por gerar um perverso efeito colateral ao sobrecarregar ainda mais o Judiciário com o incremento das ações ajuizadas para assegurar a eficácia dos inúmeros direitos individuais e sociais garantidos aos cidadãos.⁷

A decomposição do cenário jurídico brasileiro descortina a existência de três categorias distintas de jurisdicionados, aos quais se podem designar, com apoio nos estudos de Boaventura de Souza Santos sobre os tribunais portugueses, “litigantes frequentes”, referentes àqueles que figuram habitualmente nos polos processuais, em

fundamental reform movements in Europe – a comparative view. *Revista de Processo*, n. 173, v. 34, p. 331-332, 2009; PEYRANO, Jorge W. El cambio de paradigmas en materia procesal civil. *Revista de Processo*, n. 184, v. 35, p. 156, 2010.

⁵ 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).

⁶ 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” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. *Temas de direito processual*. 9.ª série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 367).

⁷ O jurista português Boaventura de Souza Santos, ao examinar o sistema judicial brasileiro, identifica que “a Constituição de 1988, símbolo da redemocratização brasileira, foi responsável pela ampliação do rol de direitos, não só civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, como também dos chamados direitos de terceira geração: meio ambiente, qualidade de vida e direitos do consumidor. No caso do Brasil, mesmo descontando a debilidade crônica dos mecanismos de implementação, aquela exaltante construção jurídico-institucional, tende a aumentar as expectativas dos cidadãos de verem cumpridos os direitos e as garantias consignadas na Constituição, de tal forma que a execução deficiente ou inexistente de muitas políticas sociais pode transformar-se num motivo de recurso aos tribunais. Acresce o facto de, também a partir da Constituição de 1988, se terem ampliado as estratégias e instituições das quais pode lançar mão para invocar os tribunais, como por exemplo, a ampliação da legitimidade para propositura de acções directas de inconstitucionalidade, a possibilidade de as associações interporem acções em nome dos seus associados e a consagração do Ministério Público” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 17-18).

maior parte como réus; “litigantes eventuais”, cuja participação é episódica; e, por fim, “litigantes ausentes”, representantes de uma demanda potencial ou “reprimida”.⁸

A procura pela jurisdição no Brasil, a exemplo do que acontece em Portugal, é concentrada pelos litigantes frequentes, conduzindo ao paradoxo observado por Maria Teresa Sardek de que existem “demandas demais” (daqueles que usufruem das vantagens de uma máquina judicial “lenta, atravancada e burocratizada”) e “demandas de menos” (dos setores marginalizados da população).⁹

De fato, como demonstra o relatório dos “100 maiores litigantes”, divulgado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, os grandes usuários do sistema jurisdicional são em geral bancos, entes do setor público e grandes empresas.¹⁰ Isto é, pessoas jurídicas que dispõem de estrutura e recursos financeiros suficientes para gerir os litígios de forma “racional e rotineira”¹¹ e, por isso, podem e costumam recorrer ao Judiciário ou nele manter-se quando acionados, sem que isso lhes importe excessivo ônus.¹² Esse comportamento, mesmo legítimo do ponto de vista jurídico, sacrifica o interesse coletivo sob o aspecto socioeconômico.¹³

⁸ Em seu estudo, o autor descreve o acesso às cortes por meio de uma pirâmide, definida como “metáfora geométrica do modo como são geridas socialmente as relações litigiosas numa dada sociedade”, analisa as variações do movimento processual e as características de cada grupo de “consumidores” do sistema judicial cível (SANTOS, Boaventura de Souza. *Da microeconomia à microsociologia da tutela judicial. Revista para a Democracia*, Associação Juízes para a Democracia, n. 1, p. 44 e ss., jan.-jun. 1996).

⁹ SARDEK, Maria Teresa. *Judiciário: mudanças e reformas. Estudos Avançados* (USP), São Paulo, n. 18, p. 86-94, 2004.

¹⁰ Segundo o relatório dos “100 maiores litigantes de 2012”, divulgado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, a partir do fluxo de processos ingressados no 1.º grau e nos juizados especiais no período de 10 meses (de 1.º.01.2011 a 31.10.2011), o setor público (Federal, Estadual e Municipal), bancos e telefonia representam 95% do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais. Desses processos, 51% têm como parte ente do setor público, 38% empresa do setor bancário, 6% companhias do setor de telefonia e 5% de outras empresas. Do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais, 59% referem-se ao polo passivo. Nos Juizados Especiais (tanto estaduais quanto federais), esse percentual é de 99,8%. Dados disponíveis em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 25 fev. 2015.

¹¹ SANTOS, Boaventura de Souza. *Da microeconomia à microsociologia da tutela judicial*, cit., p. 46.

¹² “Não raro, torna-se cômodo e interessante para os clientes habituais do Judiciário (v.g., Poder Público, empresas de seguro-saúde, entidades de crédito ao consumidor, administradores de cartão de crédito, empresas de telefonia) deixar que as pendências se judicializem e permaneçam *sub judice* o maior tempo possível: isso dispensa tais litigantes de investir em recursos humanos e materiais na organização de serviços de atendimento ao público, que, bem manejados, preveniriam pendências e resolveriam aquelas já instaladas” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*, cit., p. 170).

¹³ Não por outra razão, em aprofundado estudo sobre o abuso no acesso ao Judiciário, Fabio Tenenblat inclui entre as formas de abusividade não apenas as lides temerárias, mas também os “comportamentos individuais dos agentes (jurisdicionados) – esperados sob o prisma econômico e fortemente legítimo do ponto de vista jurídico – que, quando tomados em conjunto, levam a resultados muito abaixo do ótimo coletivo” (TENENBLAT, Fabio. *Abuso no acesso ao Judiciário: custos econômicos e sociais*. 2010. Dissertação (Mestrado em Economia) – UERJ, Rio de Janeiro. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>, p. 24-25. Acesso em: 30 jan. 2016).

Os litigantes esporádicos, que apenas ocasionalmente acodem à Justiça (como pessoas físicas e empresas de pequeno porte), ficam mais sujeitos aos pesados fardos do processo. Nada obstante, ainda que percebam a via judicial como “morosa, custosa e de difícil utilização”, esta lhes aparece também, quase que invariavelmente, como a primeira opção para a tentativa de resolver um conflito, por mais que tenham conhecimento da existência de outros meios de resolução, conforme expõem o “Índice de Confiança na Justiça Brasileira”,¹⁴ da Fundação Getulio Vargas, e os resultados da pesquisa “Panorama do Acesso à Justiça”, do Conselho Nacional de Justiça.¹⁵

Verifica-se, ainda, a existência de um grupo aliado do Judiciário, correspondente às classes menos escolarizadas e de baixa renda.¹⁶ É de se notar que em 1999, quando examinou o acesso à justiça especificamente nos juizados especiais cíveis (supostamente os mais acessíveis aos desfavorecidos), Paulo Cezar Pinheiro Carneiro já

¹⁴ Criado em 2009, sob a coordenação de Luciana Gross Cunha, o Índice de Confiança na Justiça Brasileira, da Fundação Getulio Vargas/SP, consiste em uma pesquisa trimestral, realizada em sete regiões metropolitanas, para acompanhar o sentimento da população em relação ao Judiciário, a partir de dois subíndices: (i) um de percepção, pelo qual é medida a opinião da população sobre a Justiça e a forma como ela presta o serviço público; e (ii) outro de comportamento, por meio do qual se procura identificar a atitude da população, se ela recorre ou não ao Judiciário para solucionar determinados conflitos (não penais). Os dados do quarto trimestre de 2012 seguem a tendência, já identificada nos períodos anteriores, de má avaliação do Judiciário como prestador de serviços públicos. Para 90% dos entrevistados, o Judiciário é moroso e resolve os conflitos de forma lenta ou muito lenta; 79% disseram que os custos para acessar o Judiciário são altos ou muito altos; e 69% dos entrevistados acreditam que o Judiciário é difícil ou muito difícil para utilizar. Outros dois problemas apontados são a falta de honestidade (64%) e a parcialidade (62%). Não obstante a má percepção sobre o Judiciário, a maioria dos entrevistados, a partir do relato de seis situações hipotéticas (litígios não penais de naturezas diversas), declarou que procuraria o Judiciário para resolver tais conflitos. O Procon é conhecido da quase totalidade dos entrevistados (94%), mas apenas 20% dos entrevistados declararam já ter utilizado seus serviços. Dados disponíveis em: <www.direitosp.fgv.br>. Acesso em: 25 fev. 2015.

¹⁵ Por meio da pesquisa “Panorama do Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009”, do Conselho Nacional de Justiça, identificou-se que 9,4% dos brasileiros maiores de idade entrevistados vivenciaram situações de conflito nos cinco anos prévios a setembro de 2009, período de referência da pesquisa. Os conflitos mais comumente observados foram os de natureza trabalhista, familiares e de prestação de serviços. Do total de pessoas que viveram situações de conflito, 92,7% procuraram formas de resolvê-los e, entre estas, 70,2% buscou diretamente o Judiciário. Dados disponíveis em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 25 fev. 2015.

¹⁶ Os dados do citado Índice de Confiança na Justiça Brasileira, da FGV/SP, corroboraram que, quanto menor a escolaridade e a renda, menor é a utilização do Judiciário. Na também já mencionada pesquisa “Panorama do Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009”, do Conselho Nacional de Justiça, concluiu-se igualmente que “os casos daqueles que não buscaram soluções, ou apelaram apenas para seu círculo de relações pessoais, ambos passíveis de serem enquadrados entre os desalentados, não apenas são aqueles com os menores rendimentos, como também com os menores níveis educacionais”. Do total de entrevistados que vivenciaram situação de conflito e não procuraram o Poder Judiciário (equivalente a 30,8%), 6,8% informaram não saber que poderiam utilizá-lo e 6% alegaram que custaria muito caro. Quem declarou desconhecer que seu conflito poderia ter sido solucionado pelo Poder Judiciário fazia parte do grupo com menor rendimento mensal médio.

expunha que a grande maioria daqueles que litigavam perante tais tribunais pertencia às classes média, média alta e elite.¹⁷

Na última década, porém, houve no País um movimento gradual de ascensão social, conforme comprovam os dados da Federação Brasileira das Associações dos Bancos,¹⁸ o que levou à expansão do crédito e do consumo, com inevitáveis reflexos no número de ações propostas.¹⁹ Nem mesmo a recessão econômica atual é capaz de aplacar os efeitos perniciosos desse fenômeno, porque, ao tempo em que se mantém o elevado acesso ao sistema judicial, os orçamentos dos tribunais se reduzem.²⁰

Vê-se, enfim, que todos os caminhos levam ao Judiciário – os dos litigantes contumazes, que se utilizam de forma oportunista da justiça; os dos litigantes ocasionais, movidos pelas ineficiências sistêmicas; e mesmo os dos litigantes ausentes, que compõem hoje uma expressiva procura latente. Conforme o diagnóstico acurado de Moniz de Aragão, “da tendência de submeter ao exame dos juízes e tribunais a solução de todo e qualquer conflito decorre, naturalmente, a quantidade de litígios que incumbe aos órgãos judiciários dirimir, o que contribui, como é previsível, para aumentar a quantidade de casos a resolver e de serviço a desempenhar”.²¹

Não é concebível, por outro lado, a expansão correspondente da máquina judiciária para comportar esse volume adicional. Como alertam Stephen Holmes e Cass Sunstein, todo direito tem um custo.²² A garantia de qualquer tipo de direito demanda elevados recursos públicos e, portanto, impõe uma escolha seletiva e responsável quanto

¹⁷ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: Juizados Especiais Cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 157-158.

¹⁸ Segundo os dados da Febraban, houve um aumento de 62 milhões de consumidores para 92 milhões, no período de 2005 a 2010. Disponível em: <www.febraban.org.br>. Acesso em: 25 fev. 2015.

¹⁹ A citada pesquisa “Demandas repetitivas relativas ao sistema de crédito no Brasil e propostas para sua solução”, da PUC/PR, realizada em 2010 em sete cidades brasileiras (Aracaju, Brasília, Manaus, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro e São Paulo), identificou uma concentração de feitos relacionados ao sistema de concessão e tomada de crédito como o principal responsável para o progressivo aumento de demandas judiciais de massa no País (Demandas repetitivas relativas ao sistema de crédito no Brasil e propostas para sua solução, PUC/PR, 2011. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 25 fev. 2015).

²⁰ Como explica Michele Lupoi em relação ao hipertrofiado e ineficiente sistema judicial italiano, em afirmação aplicável também à realidade brasileira, o problema de sobrecarga das cortes é ainda mais delicado em tempos de crise, diante da redução dos orçamentos (LUPOI, Michele Angelo. *Facing the Crisis: New Italian Provisions to keep Disputes out of the Courtroom (or take them out of it)*. *ZZPInt* 19, 2014).

²¹ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Procedimento: formalismo e burocracia. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 358, p. 50, 2001.

²² HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000. Sobre o tema, v. ainda Gustavo Amaral (*Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001) e Flávio Galdino (*Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005).

à alocação dos valores arrecadados pelo Estado, naturalmente escassos e insuficientes para a promoção de todos os ideais sociais. A banalização do direito de ação esbarra, assim, nas necessárias limitações orçamentárias do Estado.

E, tratando-se de um sistema com recursos relativamente inelásticos, é evidente que qualquer crescimento da busca pelo Judiciário “pode significar o bloqueamento da oferta e, em última instância, redundar em denegação de justiça”.²³ A contenção das demandas não se restringe, portanto, a uma preocupação meramente econômica, mas antes atende, de forma mediata, ao desiderato de assegurar-se uma prestação eficiente e satisfatória da jurisdição, com decisões proferidas e executadas em tempo razoável.²⁴ O descongestionamento do Judiciário é fator essencial, nesse contexto, para a concretização do direito fundamental de acesso à justiça.²⁵

As razões para o alto grau de beligerância e para a utilização descomedida do Judiciário apresentam natureza bastante diversa.²⁶ Residem, entre outros fatores, (i) nas práticas abusivas comuns em contratos; (ii) na inoperância dos serviços de atendimento ao consumidor; (iii) na incapacidade dos entes públicos de lidar administrativamente com os conflitos; (iv) no grande número de advogados no mercado, formados em estrutura acadêmica “pró-litígio”; (v) na falta de incentivos aos advogados para a propositura de acordos; (vi) na advocacia de massa que estimula o requerimento de indenizações por dano moral e o ajuizamento de ações repetidas sobre questões idênticas; (vii) na mentalidade judiciosa dos juízes; (viii) no estímulo da mídia; (ix) nas deficiências do sistema processual brasileiro: pouca utilização da pena por litigância de má-fé; efeito suspensivo automático da apelação, que exime o réu de cumprir a obrigação caso recorra, mesmo tendo sido condenado por decisão em cognição

²³ SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, n. 65, p. 5, nov. 1995.

²⁴ Em muitos países da Europa, introduziu-se um conjunto de indicadores de avaliação da qualidade dos tribunais, com critérios em geral relativos ao acesso à justiça, celeridade, igualdade, justiça, integridade, independência das cortes, responsabilidade das cortes e confiança do público. Com essa preocupação, o Conselho da Europa criou um Grupo de Trabalho sobre Qualidade, no âmbito da Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (CEPEJ), que publica periodicamente relatórios comparativos sobre o funcionamento dos sistemas judiciais dos Estados-membros (ALBERS, P. *Quality Assessment and the Judiciary: from Judicial Quality to Court Excellence*. In: RHEE, C.H. van (Ed.). *Civil Justice between Efficiency and Quality: from Ius Commune to the CEPEJ*. Antuérpia: Intersentia, 2008. p. 57-74).

²⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os novos rumos do processo civil brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, n. 6, v. 8, p. 200, 1994.

²⁶ Conforme as Pesquisas “Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da Justiça”, da FGV/SP, 2011; “Demandas repetitivas relativas ao sistema de crédito no Brasil e propostas para sua solução”, da PUC/PR, 2011; e “Demandas judiciais e morosidade da Justiça Civil”, da PUC/RS, 2011, todas disponíveis em: <www.cnj.jus.br.com>. Acesso em: 25 fev. 2015.

exaustiva; falta de tratamento coletivo das demandas de massa; ausência de uniformização jurisprudencial;²⁷⁻²⁸; e (x) no comportamento dos indivíduos, que fazem uso deliberado do Judiciário como instrumento de intimidação, barganha ou meio de ganhos fáceis. Todas essas circunstâncias contribuem para o que Kazuo Watanabe chamou de “cultura da sentença”, ou seja, a predileção pela solução adjudicada dos conflitos.²⁹

Alguns desses pontos críticos, especialmente aqueles que dizem respeito à técnica processual, foram endereçados pela Lei n.º 13.105, de 16.03.2015 (novo Código de Processo Civil), que, entre as suas principais reformas, estimula a mediação e a conciliação, incrementa os precedentes vinculantes e institui um instrumento de coletivização do julgamento de demandas originalmente individuais, análogo ao que já existia para o caso dos recursos repetitivos.

O CPC/2015 disciplina, porém, preponderantemente, a prática da autocomposição em sede judicial e incidental ao processo, sem se preocupar em criar mecanismos para incentivá-la previamente ao ingresso em juízo, como se examina adiante de forma mais detida.

Já o incidente de resolução de demandas repetitivas, tal como estruturado, serve para uniformizar decisões – tal como os precedentes vinculantes de modo geral –, “mas não para diminuir o número de demandas repetitivas, que pode até aumentar, no caso, por exemplo, de acolhimento de tese favorável aos consumidores”, conforme destaca José Maria Tesheiner. É certo, ainda, que continua a exigir prolação de sentença nas ações individuais, acerca da aplicação (ou não) da tese no caso concreto e sobre as questões que eventualmente não tenham sido objeto do incidente.³⁰

²⁷ Sérgio Cruz Arenhart pontua, nesse particular, que o Poder Judiciário é um dos responsáveis pelo volume de demandas, pela contradição de decisões sobre o mesmo assunto (ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Coord.). *Direito processual coletivo e Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 217).

²⁸ O CPC/2015 procurou solucionar algumas dessas falhas, prevendo, por exemplo, o dever de uniformização e estabilização da jurisprudência, nos arts. 926 e ss., e o incidente de resolução de demandas repetitivas.

²⁹ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo: DPJ, 2005. p. 684-690.

³⁰ TESHEINER, Maria José; VIAFORE, Daniele. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 171-224, jul.-set. 2015.

Assim, resta evidente que, diante da heterogeneidade das suas causas, o combate à crise da justiça cível³¹ não exige apenas a modificação do processo em si, senão também o cuidado com os fatores que lhe são externos e anteriores, e dos quais, como visto, resultam a litigância excessiva. Não por outra razão, nas pesquisas a que se teve acesso, as sugestões para melhora do sistema judicial compreendem medidas como o desenvolvimento de procedimentos administrativos preliminares, de canais de atendimento extrajudiciais e de instâncias prévias de conciliação.³²

É inevitável que o Judiciário esteja sob estrangulamento crônico, quando os conflitos da vida em sociedade lhe são dirigidos de forma primária e direta, por todos os litigantes em geral. A proposta sobre a qual versa a presente tese, voltada ao tratamento pré-processual das demandas, acode justamente à demonstrada conveniência de enfrentamento da lide em estágio anterior ao ingresso em juízo.

Almeja-se fazer com que as partes, no momento mais primitivo da controvérsia, antes de recorrer à Justiça, estabeleçam uma interlocução para expor as suas reivindicações e produzir eventuais provas, cogitando da possibilidade de compor amigavelmente o conflito. Caso reste frustrada a tentativa de acordo e seja ajuizada uma ação judicial por uma das partes, espera-se que as diligências daquela fase preparatória sejam capazes de permitir ao autor e ao réu definir com maior precisão o objeto da controvérsia, elaborar peças mais objetivas e robustas e otimizar a produção probatória, contribuindo para um processo mais eficiente.

Não se tem, por óbvio, a pretensão de que essa proposta – assim como qualquer outra – seja capaz de erradicar a crise, em face da complexidade e da diversidade das circunstâncias que a motivam. É preciso reconhecer, contudo, que os mecanismos que operam exclusivamente após o exercício do direito de ação desconsideram o fato de um dos maiores reveses do sistema judicial brasileiro situar-se, segundo as pesquisas, em um fator antecedente: a invocação descontrolada da jurisdição.

³¹ As causas da crise “são multifacetadas e polimórficas, com várias concausas interagindo, e esse largo espectro não vem sendo tomado em sua integral complexidade” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*, cit., p. 32). Barbosa Moreira já chamava a atenção para a diversidade das causas do insatisfatório desempenho da máquina judiciária, em vista da variedade do contexto em que ela é chamada a funcionar, afirmando que, justamente por isso, não há uma fórmula mágica para debelar a crise (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da Justiça: alguns mitos*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 6, v. 1, p. 39-40, 2000).

³² Entre as sugestões mais específicas, encontram-se a política de divulgação de informações contratuais aos consumidores, a instituição de centros especializados para tratamento de demandas repetitivas e a exigência de instrução da inicial com prova da realização de reunião prévia de tentativa extrajudicial de conciliação, nas controvérsias entre instituições financeiras e usuários do serviço bancário.

1.2 Os atos antecedentes ao processo judicial no Direito brasileiro

*No meio do caminho deveria haver uma alternativa,
Deveria haver uma alternativa no meio do caminho.*³³

1.2.1 Generalidades sobre o direito de ação e os requisitos formais da inicial

Qualquer cidadão pode recorrer ao Judiciário e, ainda que a sua petição inicial contenha alguma irregularidade formal, ou que a pretensão nela formulada seja ilegal ou absurda, terá o direito cívico e incondicionado de obter uma resposta do órgão judicial ao qual endereçou a sua demanda.

No entanto, para que a resposta judicial envolva a efetiva análise a respeito do direito material discutido, impõe-se que o juiz verifique previamente a presença de determinados requisitos que funcionam como um filtro de admissão das demandas viáveis.³⁴ Assim, garante-se a separação dos pedidos que se apresentam passíveis de exame substancial e que efetivamente reclamam a atuação estatal daqueles que podem ser descartados de imediato, seja por um defeito processual, seja por renunciarem a insuscetibilidade da ação de chegar a uma decisão sobre o mérito.³⁵

A linha dogmática abraçada pela lei processual brasileira diferencia os pressupostos processuais e as condições da ação dentro do grupo de questões que compõem o plano de admissibilidade,³⁶ embora os sujeite à mesma abordagem formal,

³³ “No meio do caminho tinha uma pedra, tinha uma pedra no meio do caminho” (Carlos Drummond de Andrade).

³⁴ 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).

³⁵ RIBEIRO DANTAS, Marcelo Navarro. Admissibilidade e mérito na execução. *Revista de Processo*, n. 47, p. 25, jun.-set. 1987.

³⁶ A concepção das condições da ação como categoria distinta dos pressupostos processuais e também diversa do mérito, estabelecida pela lei processual, é albergada também por grande parte da doutrina brasileira (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Legitimação para agir: indeferimento de petição inicial. Temas de direito processual*. 1.ª série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 199; AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 203), e estrangeira, especialmente italiana (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bolonha: Il Mulino, 2006. v. I, p. 241). No entanto, a manutenção desse duplo juízo de admissibilidade tem sido objeto de crítica por diversos autores. Um dos primeiros a defender, no Brasil, de que o exame das condições da ação representaria análise de mérito foi Galeno Lacerda, em 1953 (LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*, cit., p. 88). Mais recentemente, Fredie Didier Jr. manifestou o entendimento de que a falta de condições da ação revela, muitas vezes, situações de improcedência macroscópica; e, mesmo que não se referissem ao mérito da causa, não se justificaria a opção legislativa de diferenciá-las dos pressupostos processuais, abarcando-as sob a rubrica comum de “questões de admissibilidade”. DIDIER JR, Fredie. *Pressupostos processuais e Condições da ação: o*

porque são ambos cognoscíveis de ofício pelo juiz e porque a sua ausência determina, em geral, a extinção do processo sem julgamento de mérito.³⁷

Em apertada síntese, os pressupostos consistem em determinadas exigências formais para que o processo, como instrumento da jurisdição, estabeleça-se e desenvolva-se validamente. Além da existência de partes capazes e de um juiz investido de jurisdição, competente e imparcial,³⁸ é preciso que a demanda seja regularmente

juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 214. Durante a tramitação do projeto do novo CPC, Didier Jr. (Será o fim das condições da ação?. *Revista de Processo*, n. 197, v. 36, p. 255-260, jul. 2011) e Leonardo Carneiro da Cunha (Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara”. Disponível em: <www.leonardocarneirodacunha.com.br>. Acesso em: 24 fev. 2015) defenderam que as condições da ação seriam absorvidas pelos pressupostos processuais, tal como acontece no direito processual alemão, em que esse termo abarca também os requisitos aos quais chamamos condições da ação (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre os pressupostos processuais. *Revista Forense*, n. 288, v. 80, p. 1, 1984). Comungamos, todavia, da opinião de Alexandre Freitas Câmara (Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Junior. *Revista de Processo*, n. 197, v. 36, p. 261-269, jul. 2011), para quem as categorias das condições da ação e a dos pressupostos processuais permanecem estanques, porque distintas as suas naturezas, ainda que ambos estejam ligados à admissibilidade do provimento de mérito. Em sentido análogo, Leonardo Greco (*Instituições de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. I, p. 223) também reconhece a heterogeneidade das questões que compõem o exame de admissibilidade.

³⁷ A ausência de alguns pressupostos processuais, contudo, pode implicar consequências de natureza diversa: a falta de competência do juízo, por exemplo, quando reconhecida, simplesmente determina a remessa ao órgão julgador competente.

³⁸ Não se pretende, no limitado espaço deste estudo, enveredar na controvertida matéria dos pressupostos processuais, cujos enumeração, classificação e efeitos variam na doutrina brasileira. Moacyr Amaral Santos (*Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., p. 364), por exemplo, divide-os em pressupostos subjetivos em relação ao juiz (órgão investido de jurisdição, existência de competência originária ou adquirida e de imparcialidade) e às partes (capacidade de ser parte; capacidade processual; capacidade postulatória), e objetivos, em relação à demanda, os quais se subdividem em extrínsecos e intrínsecos. Os requisitos objetivos extrínsecos referem-se à inexistência de fatos impeditivos, enquanto os requisitos objetivos intrínsecos dizem respeito à relação processual e à subordinação do procedimento às normas legais. Para José Joaquim Calmon de Passos (*Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. 7. ed. 1.ª tiragem rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 325-326), os pressupostos processuais podem ser pressupostos de constituição (existência de órgão judicial, capacidade de ser parte e postulação) ou pressupostos de desenvolvimento regular válido do processo, os quais se subdividem em subjetivos (juiz competente e compatível, capacidade de ser parte e capacidade de estar em juízo) e objetivos (demanda apta, inexistência de litispendência e coisa julgada). Teresa Arruda Alvim Wambier (*Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2007. p. 53-54), por sua vez, propõe a classificação em pressupostos intrínsecos, que se subdividem em pressupostos de existência (órgão investido de jurisdição, existência de capacidade postulatória, petição inicial e citação) e de validade (inexistência de incompetência absoluta e verificação de imparcialidade, capacidade postulatória, capacidade e legitimidade processual, petição inicial válida e citação válida), e em pressupostos processuais extrínsecos ou negativos (perempção, litispendência e coisa julgada). Os vícios de incompetência relativa e suspeição são vistos pela autora como sanáveis, motivo pelo qual não integram os pressupostos intrínsecos de validade. Barbosa Moreira (Sobre os pressupostos processuais, cit., p. 1-5), ao tratar do tema, destaca a dificuldade de sistematizar os chamados “pressupostos processuais”, assegurando tão somente a certeza acerca de sua natureza, qual seja a de filtros analisados preliminarmente ao mérito e capazes de obstar postulações inviáveis do ponto de vista meramente formal. O autor sublinha a necessidade de relativizar a extinção do processo sem resolução de mérito quando ausentes determinados pressupostos processuais, seja porque em alguns casos o processo sequer existe (como na ausência de um órgão não investido de jurisdição), seja porque, em outras hipóteses, a falta do pressuposto é sanável (como ocorre com os pressupostos relativos à competência e imparcialidade). No

formulada. Este último aspecto é o que interessa especificamente a este trabalho e será objeto de maior análise no Capítulo 4.

Os elementos básicos da petição inicial³⁹ incluem a indicação do juízo a que dirigida; as qualificações das partes;⁴⁰ o valor da causa; as provas que se pretende produzir; a opção pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação; a narração dos fatos que compõem a causa de pedir; a enunciação dos pedidos, que devem ser determinados,⁴¹ compatíveis entre si e decorrer logicamente dos fatos narrados;⁴² a juntada dos documentos indispensáveis;⁴³ e, eventualmente, outros requisitos impostos por lei. Por exemplo, nas ações sobre revisão de obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação de bens, exige-se a discriminação do valor controvertido.⁴⁴

O novo Código pouco se distanciou da relação de requisitos prevista na legislação anterior,⁴⁵ mantendo, igualmente, a possibilidade da emenda da petição inicial pelo autor, em caso de defeitos ou irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito.⁴⁶ Ocorre que, na prática forense, é comum que as petições sejam extensas e pouco objetivas ao discorrerem sobre os fatos e fundamentos do pedido, e que se proteste genericamente por todos os meios de prova admitidos, sem correlacioná-los minimamente aos fatos que se pretende atestar.

No que tange às condições da ação, o CPC adotou-as conforme engendradas por Enrico Tullio Liebman⁴⁷ que articulou em sua teoria eclética as ideias dos

mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque (*Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 189) ressalta que a ausência de qualquer pressuposto processual pode ser desconsiderada mediante a aplicação de técnicas destinadas a sanar o vício.

³⁹ Extraídos, em sua maioria, do art. 319 do CPC/2015.

⁴⁰ Isto é, a indicação de seus nomes, prenomes, estado civil, existência de união estável, profissão, número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, endereço eletrônico, domicílio e residência do autor e do réu. Na falta de alguma informação, pode-se requerer ao juiz diligência para obtê-la. Se mesmo na ausência de certos dados for possível citar o réu, ou se a sua obtenção tornar muito oneroso o acesso à justiça, a petição inicial deverá ser recebida (art. 319, *caput* e §§ 1.º a 3.º, do CPC/2015).

⁴¹ Salvo nas hipóteses legais em que se permite o pedido genérico.

⁴² Art. 330 do CPC/2015.

⁴³ Art. 320 do CPC/2015.

⁴⁴ Cf. art. 330, §§ 2.º e 3.º, do CPC/2015, inspirados em previsão análoga da Lei n.º 10.931, de 31.12.2004 (art. 50), a respeito das incorporações imobiliárias.

⁴⁵ Art. 282 do CPC/1973.

⁴⁶ Conforme art. 321 do CPC/2015, o autor tem quinze dias para emendar a inicial. No caso da ausência de declaração do advogado que atua em causa própria, a que se referiu na nota anterior, o prazo será de cinco dias para supri-la (art. 106, § 1.º, do CPC/2015).

⁴⁷ V. arts. 17, 330, II e III, do CPC/2015. O tratamento das condições da ação diferenciou-se da sistemática do código anterior apenas por uma circunstância: a de ter abolido a “possibilidade jurídica do pedido” como terceira condição da ação, seguindo o entendimento mais recente esposado por Liebman a partir da 3.ª edição de seu *Manuale di diritto processuale civile* (Milano: Giuffrè, 1970).

estudiosos que o precederam⁴⁸ e, assim, concebeu a ação como o “direito ao julgamento do pedido”, cujo válido exercício⁴⁹ está condicionado à demonstração da legitimidade das partes⁵⁰ e do interesse de agir do demandante.

O interesse de agir – particularmente importante para este estudo – está ligado à necessidade de o autor recorrer ao exercício da jurisdição para satisfazer a sua pretensão,⁵¹ o que geralmente decorre, na jurisdição contenciosa,⁵² da existência de uma lide (ou seja, de uma pretensão resistida, conforme o conceito *carneluttiano*), como se verifica em um caso de lesão ou ameaça de lesão.⁵³ Pode haver, ainda, a necessidade de se obter uma certeza jurídica, o que explica o interesse de agir na ação declaratória;⁵⁴ ou de se documentar um fato, por meio de ação de produção antecipada de prova, para viabilizar a autocomposição ou evitar um processo judicial⁵⁵ (em cujas hipóteses pode-

⁴⁸ Liebman considera a ação um direito autônomo em relação ao direito material e abstrato em relação à procedência ou não do pedido, conquanto lhe reconheça necessária vinculação com o direito material (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 203).

⁴⁹ Entende-se que as condições da ação são requisitos essenciais ao exercício do direito de ação, e não propriamente à sua existência, como proposto inicialmente por Liebman (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Legitimação para agir: indeferimento da petição inicial, cit., p. 198).

⁵⁰ A legitimidade concerne à pertinência subjetiva da lide nas pessoas do autor e do réu, a impor que as partes sejam, *a priori*, as titulares da relação jurídica de direito material subjacente. Entretanto, nos casos de legitimação extraordinária, a lei confere àqueles que não foram parte na relação de direito material a legitimidade para figurar na relação processual (art. 18 do CPC/2015). Antonio do Passo Cabral propõe uma análise dinâmica das condições da ação, em que cada ato a ser praticado ficaria sujeito a condições e requisitos próprios. Assim, a pertinência subjetiva seja verificada em relação a cada ato processual (*legitimatío ad actum*), e não à demanda estaticamente considerada (*legitimatío ad causam*) (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e *zonas de interesse*: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, v. 16, n. 26, p. 23-24, 2009).

⁵¹ GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I, p. 196.

⁵² Na jurisdição voluntária, o interesse de agir deriva, em geral, da imposição legal. No entanto, há exceções: nos processos de inventário, separação e divórcio consensuais, por exemplo, que podem ser feitos pela via extrajudicial, o interesse das partes é o de obter maior segurança jurídica, e por isso lhes é necessário o respaldo de uma decisão judicial.

⁵³ Art. 3.º do CPC/2015.

⁵⁴ De acordo com o art. 19 do CPC/2015, “o interesse do autor pode se limitar à declaração:

I – da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica;

II – da autenticidade ou da falsidade de documento”.

Acresce o art. 20 que “é admissível a ação meramente declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito”.

⁵⁵ Conforme disposto no art. 381 do CPC/2015, será admitida a produção antecipada nos casos em que: “I – haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”.

se vislumbrar a potencialidade de surgimento de uma lide) ou mesmo para simples registro, sem nenhum caráter contencioso.⁵⁶

A presença das condições da ação – em particular, do interesse de agir – é aferida *in status assertionis*, ou seja, a partir das afirmações e provas documentais constantes da inicial, que, como visto, deve apresentar os fatos nucleares, os fundamentos jurídicos e o pedido com as suas especificações, além de ser instruída com os documentos essenciais à propositura da ação. Desse modo, em regra, para a demonstração da necessidade da intervenção estatal basta a mera alegação de ocorrência ou iminência de um ato lesivo, ou da existência de uma incerteza sobre questão de direito ou de fato.⁵⁷

Não se exige que as partes informem uma à outra a sua intenção de ajuizar uma ação, dialoguem e exponham os seus argumentos, ou tentem produzir provas sem o apoio judicial, tampouco busquem a solução prévia do conflito por meio de algum outro método.

Ou seja, uma vez surgido o litígio, o caminho para o Judiciário é praticamente inexorável, como uma via expressa e sem outras saídas. Como mencionado, mesmo a mediação e a conciliação, no modelo perfilhado pelo novo CPC, realizam-se também dentro do aparato judicial,⁵⁸ após a instauração do processo. E, ainda que não haja uma lide, mas tão somente o risco eventual de sua eclosão, os interessados necessitam igualmente da intervenção judicial, para que possam ter conhecimento pleno dos fatos ou produzir provas para convencimento próprio ou alheio a respeito de questão sobre a qual paire alguma dúvida.

⁵⁶ “Art. 381, § 5.º Aplica-se o disposto nesta Seção àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção” (CPC/2015).

⁵⁷ “As condições da ação [...] definem-se da narrativa formulada inicial, não da análise do mérito da demanda (teoria da asserção), razão pela qual não cabe ao julgador, na fase postulatória, aprofundar-se em seu exame” (STJ, 3.ª Turma, REsp 1.550.544/SP, Rel. Min. Moira Ribeiro, DJe 11.12.2015); “As condições da ação [...] devem ser aferidas *in status assertionis*, ou seja, à luz exclusivamente da narrativa constante na petição inicial” (AgRg no AREsp 655.283/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, DJe 18.03.2015).

⁵⁸ A mediação e a conciliação, como se discorre mais adiante, incumbem aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos, anexos aos tribunais, embora se admita que as partes elejam câmaras ou mediadores e conciliadores privados.

1.2.2 Considerações sobre a estrutura básica do procedimento

Sabe-se que o processo de conhecimento, dito “sincrético” no formato do novo CPC por acolher a realização de todos os tipos de atividades jurisdicionais,⁵⁹ dispõe de um procedimento comum composto pelas fases postulatória, saneatória, probatória, decisória e recursal.⁶⁰

Há diversos procedimentos especiais que modificam um pouco esse protocolo básico, com um trâmite mais enxuto e regras ajustadas ao direito material em discussão, nos quais usualmente requer-se o cumprimento de requisitos específicos na petição inicial, que enrobustecem o interesse de agir. É o que ocorre, por exemplo, na ação monitória, que requer a juntada de prova escrita e inequívoca da relação de crédito⁶¹ ou nas ações possessórias, que exigem a instrução da inicial com prova da posse e da turbação ou esbulho.⁶² Nas possessórias, como em outras ações especiais, destaca-se a previsão expressa de realização de uma audiência prévia de justificação, que, embora autorizada genericamente pela lei processual,⁶³ aqui se reveste de maior importância,

⁵⁹ Mantém-se ainda, ao lado do processo de conhecimento e cumprimento de sentença, o processo de execução, que regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial (art. 771 e ss. do CPC/2015).

⁶⁰ O procedimento inicia-se com uma etapa postulatória, que compreende o ajuizamento da ação pelo autor e o seu recebimento pelo juiz, a eventual apreciação de requerimento de urgência, a realização (em regra) de audiência de conciliação ou sessão de mediação para tentar compor o litígio, e a resposta do réu. Segue-se a uma fase saneadora, na qual o juiz integraliza o contraditório, determina a correção dos vícios sanáveis, resolve questões processuais pendentes, delimita as questões de direito, fixa as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova e definindo distribuição do respectivo ônus e, se necessário, designa audiência de instrução e julgamento. Na fase probatória, procede-se à coleta de todas as provas relevantes à resolução da lide e, finalmente, na fase decisória, o juiz decide pela procedência ou não do pedido. Pode haver também uma fase recursal, deflagrada a partir da irrisignação de qualquer das partes quanto ao desfecho da demanda (PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Direito processual civil contemporâneo: introdução ao processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. II).

⁶¹ De acordo com o art. 700 do CPC/2015, “a ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz:

I – o pagamento de quantia em dinheiro;
 II – a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel;
 III – o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer”.

⁶² “Art. 561. Incumbe ao autor provar:

I – a sua posse;
 II – a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;
 III – a data da turbação ou do esbulho;
 IV – a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração” (CPC/2015).

“Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada” (CPC/2015).

⁶³ Pontue-se que, em qualquer tipo de ação, a realização da audiência de justificação prévia é admissível para a comprovação dos requisitos da tutela de urgência, conforme o art. 300, § 2.º, do CPC/2015.

para possibilitar a comprovação dos fatos alegados que não tenha sido feita por meio dos documentos anexados à peça exordial.

Nada obstante, os ritos especiais não costumam distanciar-se da lógica preestabelecida das fases processuais. Um caso atípico é o da ação de improbidade administrativa, espécie integrante do direito processual coletivo⁶⁴ e disciplinada pela legislação extravagante,⁶⁵ que prevê uma insólita fase judicial preliminar à etapa postulatória. Após a propositura da ação, o réu é notificado para apresentar defesa prévia,⁶⁶ cabendo ao juiz decidir, em seguida, pelo recebimento ou não da petição inicial.⁶⁷ O processo prosseguirá, dessa forma, somente mediante a identificação da existência de um lastro probatório mínimo⁶⁸ para o ajuizamento da ação e da verificação de que a conduta dos requeridos enquadra-se no tipo legal. Como destaca Cassio Scarpinella Bueno, esse singular desenho procedimental impõe que a petição inicial seja “proporcionalmente mais substancial” do que a das demais ações.⁶⁹

1.2.3 Formação e aquisição de prova antes do processo de conhecimento

Sob a égide do CPC/1973, a utilização das medidas cautelares de produção de provas estava adstrita à oitiva de testemunhas que corressem risco de vida ou à

⁶⁴ Trata-se, como já exposto exaustivamente pela doutrina, de ramo científico autônomo, com princípios próprios e concepções particulares a respeito dos institutos fundamentais do direito processual (como a legitimação, a coisa julgada e ônus da prova). V., por todos, ALMEIDA, Gregorio Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 15 e ss.

⁶⁵ Lei n.º 8.429, de 02.06.1992, com alterações promovidas pela Medida Provisória n.º 2.088-39, de 26.04.2001.

⁶⁶ “Art. 17, § 7.º: “Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias” (Lei n.º 8.429, de 02.06.1992).

⁶⁷ “Art. 17, § 8.º: “Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita” (Lei n.º 8.429, de 02.06.1992). “Note-se que essa fase é prévia e nela ainda não há ensejo para formação integral da relação processual litigiosa, que se consuma com a citação. Diante da manifestação do requerido, o juiz adota uma de duas providências: a) extingue o processo, com resolução ou não do mérito; b) recebe a petição inicial e ordena a citação do réu” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1104).

⁶⁸ “Art. 17, § 6.º: A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil” (Lei n.º 8.429, de 02.06.1992).

⁶⁹ “Nestas condições, a delimitação dos fatos, da causa de pedir, e a produção da correspondente prova (quando disponível de imediato) devem ser impecáveis, sob pena de comprometer, já de início, o seguimento da ação e, até mesmo, sua rejeição com apreciação de mérito” (BUENO, Cassio Scarpinella. O procedimento especial da ação de improbidade. In: _____; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa*. Questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 145).

realização de prova pericial acerca de uma situação ou de um objeto sujeito à deterioração com o passar do tempo. Ou seja, estavam submetidas, além da demonstração do fundamento jurídico da pretensão (*fumus boni iuris*), à comprovação do *periculum in mora*, relativo ao risco do perecimento do direito ou da prova em razão do decurso do tempo natural do processo.

No entanto, na sistemática do CPC/2015, não mais se exige a demonstração do requisito da urgência para a aquisição do meio de prova antes do processo de conhecimento, mas tão somente a configuração de uma das seguintes circunstâncias: (i) a existência de fundado receio de que venha a se tornar impossível ou demasiadamente dificultosa a verificação de certos fatos na pendência da ação; (ii) a possibilidade de a prova a ser produzida viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; ou (iii) a capacidade de o prévio conhecimento dos fatos justificar ou evitar o ajuizamento de ação.⁷⁰ Assegura-se ainda a produção antecipada àqueles que pretendam justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documentação.⁷¹

Segundo o art. 382 do CPC/2105, para valer-se do procedimento judicial de produção antecipada de provas, o requerente deve apresentar em sua petição as razões que justificam a necessidade da prova e indicar com precisão os fatos sobre os quais ela recairá. Devem ser citados os eventuais interessados, aos quais se autoriza que requeiram, no mesmo procedimento, a produção de qualquer outra prova relativa ao mesmo fato, salvo se isso implicar demora excessiva.

Não há espaço, no procedimento, para o pronunciamento do juiz sobre a ocorrência ou não do fato e sobre as respectivas consequências jurídicas.⁷² Por conseguinte, não se admite defesa ou recurso, exceto contra a decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.⁷³ Em que pesem tais limitações, o legislador não chegou a cogitar de um mecanismo pré-processual para produção antecipada de provas. Permite-se apenas que “a existência e o modo de existir de algum fato” sejam atestados ou documentados mediante ata lavrada por tabelião, a requerimento do interessado.⁷⁴ Essa possibilidade, porém, não é propriamente inédita,

⁷⁰ Art. 381 do CPC/2015.

⁷¹ Art. 381, § 5.º, d, CPC/2015.

⁷² Art. 382, § 2.º, do CPC/2015.

⁷³ Art. 382, § 4.º, do CPC/2015.

⁷⁴ Art. 384 do CPC/2015.

dado que a utilização da ata notarial como prova já era admitida no CPC/1973, com base na norma que previa a força probante dos documentos públicos,⁷⁵ idêntica à do atual art. 405.⁷⁶

Apesar de não ser inovadora a ideia de produção de prova desvinculada do requisito da urgência antes da instauração do processo de conhecimento, havendo quem a defendesse a partir de uma interpretação extensiva do próprio CPC/1973,⁷⁷ trata-se de avanço notável a sua introdução expressa no ordenamento brasileiro. Seguindo uma tendência manifestada em diversos outros países, como adiante se expõe mais detidamente, importa o acolhimento da premissa fundamental de que o fenômeno probatório não está preso ao julgamento estatal. Isso conduz à superação da visão limitada de que a prova teria como exclusivo destinatário o juiz,⁷⁸ desprezando o seu papel relevante para a informação dos sujeitos da relação material conflituosa (ou potencialmente conflituosa).⁷⁹ A prova não presta, enfim, apenas para a formação do convencimento do magistrado, garantindo também a informação e o esclarecimento das próprias partes em relação dos fatos investigados, a contribuir para uma solução “negociada, informada, consciente, menos custosa e mais rápida da lide”, em benefício das partes e do próprio sistema judicial.⁸⁰

Destaque-se que o direito pátrio conhece um interessante mecanismo de produção extrajudicial antecipada de prova: a justificação administrativa das ações

⁷⁵ TALAMINI, Eduardo. In: CABRAL, Antônio; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 600.

⁷⁶ Art. 405 do CPC/2015: “O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença”.

⁷⁷ Daniel Amorim Assumpção já propunha, sob a vigência do CPC/1973, uma interpretação extensiva do conceito de *periculum in mora* necessário à produção de prova antecipada, defendendo que não se refere apenas à prova em risco, mas também àquela cuja produção municiará o autor de elementos mínimos necessários para o ajuizamento de ação admissível ou eventual autocomposição (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 495).

⁷⁸ Fica assim superada a visão parcial de que o único destinatário da prova seria o juiz. “Prueba judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios e procedimientos captados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos” (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 3. ed. Buenos Aires: Zabalía, 1976. v. 1, p. 34). “Provare significa dare al giudice la certeza dell’essere e del modo di essere dei fatti controversi” (LESSONA, Carlo. *Trattato delle prove in materia civile*. 3. ed. Torino: Torinese, 1927. p. 74).

⁷⁹ YARSHELL, Flavio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 25-26 e 68.

⁸⁰ BENEDUZI, Renato Resende. *Substantiierung, notice-pleading e fact-pleading – a relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês*. *Revista de Processo*, v. 245, jul. 2015. O mecanismo é capaz de resolver, assim, os problemas, apontados pelo autor, “do dono da obra, que percebe durante a instrução probatória que não terá como provar que seu empreiteiro está inflando os custos de material” ou “da empresa que se dá conta, já iniciado o processo, de que não terá meios para demonstrar a manipulação do mercado por sua concorrente”.

previdenciárias, consistente em um procedimento destinado a suprir a falta de um documento ou a fazer prova de fato ou circunstância de interesse do beneficiário perante o INSS, para fins de comprovação de tempo de contribuição, de dependência econômica, de união estável, de identidade e de relação de parentesco.⁸¹

Existe, por fim, uma proposta de introdução, nos processos empresariais, de uma medida preparatória de permuta de documento, por meio da qual uma parte pode requerer a citação de seu oponente para que ambos entreguem, um ao outro, em prazo assinalado pelo juiz não inferior a trinta dias, mediante protocolo, a totalidade dos documentos que possuir referentes ao litígio descrito no pedido. No processo judicial que vier a ser instaurado, as partes apenas poderão utilizar-se de documento que foi entregue à parte adversa ou dela tenha sido recebido.⁸²

1.2.4 Requerimento de atos prévios ao ajuizamento da ação

Há pouquíssimas e taxativas hipóteses em que a lei material ou processual impõe a realização de determinadas diligências antecedentes ao ajuizamento de uma ação judicial. Entre elas, encontra-se, por exemplo, a obrigatoriedade de notificação prévia do locatário pelo locador em caso de despejo de locação não residencial⁸³ ou de venda do imóvel, a fim de que possa exercer seu direito de preferência.⁸⁴ Pode-se mencionar, ainda, o protesto de título representativo de obrigação líquida como pré-requisito para o pedido de decretação judicial da falência.⁸⁵

⁸¹ “Art. 108. Mediante justificação processada perante a Previdência Social, observado o disposto no § 3.º do art. 55 e na forma estabelecida no Regulamento, poderá ser suprida a falta de documento ou provado ato do interesse de beneficiário ou empresa, salvo no que se refere a registro público.”

“Art. 55, § 3.º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento” (Lei n.º 8.213, de 24.07.1991).

⁸² Arts. 656 e 657 do Projeto de novo Código Comercial (Projeto de Lei n.º 1.572, de 2011, Rel. Dep. Paes Landim).

⁸³ Art. 59 da Lei n.º 8.245, de 18.10. 1991.

⁸⁴ Art. 27 Lei n.º 8.245, de 18.10. 1991.

⁸⁵ “Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos na data do pedido de falência” (Lei Complementar n.º 11.101, de 09.02.2005).

Em geral, não há a necessidade de esgotamento prévio das instâncias administrativas para a inauguração da via judicial.⁸⁶ A Constituição Federal excepciona a regra no julgamento das infrações disciplinares e demais questões referentes às competições desportivas, que devem ser levadas, primeiramente, à Justiça Desportiva.⁸⁷ Outra exceção encontra-se na legislação infraconstitucional, ao requerer a instrução da inicial do *habeas data* com prova de prévia negativa administrativa, isto é, de recusa ao pedido de acesso a informações, retificação ou anotação de registro.⁸⁸

A exigência de exaurimento das vias administrativas não se confunde, todavia, com a de mero requerimento administrativo prévio.⁸⁹ Em julgamento recente, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de asseverar que, nas ações previdenciárias, o interessado deve comprovar que procurou a via administrativa para a concessão do benefício, antes de provocar a atuação do Judiciário. Na ocasião, por maioria de votos,⁹⁰ foi dado parcial provimento ao recurso para reconhecer a

⁸⁶ Já houve, no Direito brasileiro, a previsão expressa de exaurimento de instância administrativa (ou de decurso do prazo de 90 dias sem decisão final do recurso), em caso de demandas movidas por funcionários públicos da União (art. 223 do Decreto-lei n.º 1.713/1939), cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo STF em 1961 (RE 8724, 1.ª Turma, Rel. Min. Aníbal Freire, DJ 12.09.1961). No entanto, a Constituição da República de 1988 não repetiu as normas constantes do art. 153, § 4.º, da Carta anterior, de 1969 (nos termos da Emenda Constitucional n.º 07/1977), que permitia o condicionamento do ingresso em juízo ao prévio exaurimento das vias administrativas, desde que não fosse exigida garantia de instância nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para uma decisão sobre o pedido. Limitou-se a impor, no art. 217, § 1.º, o prévio exaurimento das vias administrativas para as questões desportivas. Assim, difundiu-se gradualmente o entendimento de que a caracterização do interesse processual de agir independia de prévia postulação administrativa (FORTI, Iorio Siqueira D'Alessandri. *Acesso desnecessário ao Poder Judiciário como óbice ao acesso à Justiça: a (im)prescindibilidade do prévio requerimento em face da Administração Pública para caracterização do interesse processual de agir na visão dos Tribunais Superiores*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – UERJ, Rio de Janeiro. Disponível em: <www.dominipublico.gov.br>. Acesso em: 30 jan. 2016).

⁸⁷ “Art. 217. [...] § 1.º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei” (CF/1988). V. ainda o art. 24 do Código Brasileiro de Justiça Desportiva (Resolução n.º 29, de 31.12.2009, do Conselho Nacional do Esporte).

⁸⁸ “Art. 8.º, parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova:

I – da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão;

II – da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou

III – da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2.º do art. 4.º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão” (Lei n.º 9.507, de 12.11. 1997).

⁸⁹ O Brasil possui um sistema de jurisdição única, no qual todos os litígios, de natureza administrativa ou privada, são resolvidos pela Justiça Comum, ou seja, pelos juízes e tribunais do Poder Judiciário. Existem procedimentos administrativos internos que atuam como instância prévia à judicial, mas não necessária, ante o princípio da inafastabilidade do Judiciário (MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 59).

⁹⁰ STF, Plenário, RE 631.240, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 03.09.2014. Ficaram vencidos a Ministra Rosa Weber, em menor extensão, por considerar que a violação à Constituição, se houvesse, seria meramente reflexa, e, integralmente, o Min. Marco Aurélio, que abriu a divergência, bem como a Min. Carmem Lúcia, os quais entenderam que a exigência de prévio requerimento junto ao INSS para o ajuizamento de ação representaria restrição à garantia de acesso universal à Justiça.

necessidade de postulação administrativa, seguida de indeferimento ou omissão pelo INSS, como requisito para o ingresso judicial, para fins de configuração do interesse de agir. Para que seja possível submeter a controvérsia à via judicial, impõe-se a negativa total ou parcial do requerimento, ou a ausência de resposta pelo prazo de 45 dias,⁹¹ independentemente da interposição de recurso.⁹²

A 2.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça manifestou-se de forma análoga – contrariando seu entendimento anterior quanto à ação de restituição de indébito⁹³ – ao considerar que o interesse processual do segurado concretiza-se “na recusa de recebimento do requerimento; negativa de concessão do benefício previdenciário, seja pelo concreto indeferimento do pedido, seja pela notória resistência da autarquia à tese jurídica esposada”.⁹⁴

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.⁹⁵ 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.⁹⁶ De modo análogo, as agências reguladoras também têm a função de compor

⁹¹ De acordo com o art. 41-A, § 5.º, da Lei n.º 8.213, de 24.07.1991, “o primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária a sua concessão”.

⁹² Contudo, quando a posição do INSS for contrária à concessão nos termos pretendidos, bem como nos casos de pedidos revisionais com opinião adversa da administração previdenciária, a Corte Suprema reputa dispensado o requerimento administrativo prévio, porque nesses casos haverá “lide potencial”.

⁹³ STJ, 2.^a Turma, REsp 182.513/ES, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 02.03.2005. “[...] Para a ação de restituição de indébito do Adicional do Imposto de Renda, uma vez declarada sua inconstitucionalidade, o não esgotamento da via administrativa não redundará no reconhecimento da falta de interesse de agir, não sendo a prévia postulação administrativa imprescindível a seu ingresso em juízo. 4. Recurso especial conhecido e improvido.”

⁹⁴ AgRg no REsp 1.341.269/PR, 2.^a Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 09.04.2013.

⁹⁵ Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles assevera que a chamada coisa julgada administrativa é “apenas uma preclusão de efeitos internos, não tem o alcance da coisa julgada judicial, porque o ato jurisdicional da Administração não deixa de ser um simples ato administrativo decisório, sem a força conclusiva do ato jurisdicional do Poder Judiciário”. Ainda em suas palavras, “não se confunda ato jurisdicional com ato judicial. Jurisdição e atividade de dizer o direito, de decidir na esfera de sua competência. E tanto decidem o Judiciário como o Executivo e até o Legislativo, quando interpretam e aplicam a lei. Portanto, todos os Poderes e órgãos exercem jurisdição, mas somente o Poder Judiciário tem o monopólio da jurisdição judicial, isto é, de decidir com força de coisa julgada, definitiva e irreformável por via recursal ou por lei subsequente (CF, art. 5.º, XXXVI). Há, portanto, coisa julgada administrativa e coisa julgada judicial, inconfundíveis entre si, porque resultam de jurisdições diferentes” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014).

⁹⁶ O Tribunal Marítimo constitui órgão auxiliar do Poder Judiciário, competente para julgar os acidentes e os fatos da navegação marítima, fluvial e lacustre e as questões relacionadas com tal atividade, conforme art. 1.º da Lei n.º 2.180, de 05.02.1954. No entanto, quando nomeado pelos interessados, pode o Tribunal atuar como juízo arbitral, conforme o art. 16, f, da referida lei.

litígios – à Agência Nacional de Energia Elétrica, por exemplo, cabe “dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores”.⁹⁷ Contudo, as decisões dessas autarquias são passíveis de reexame, inclusive quanto ao mérito, pelo Poder Judiciário.

1.2.5 Adoção dos métodos consensuais

É também bastante controversa, no sistema jurídico pátrio, a possibilidade de se compelirem as partes à tentativa de autocomposição previamente à instauração do processo judicial.

Em seus primórdios, mais precisamente no tempo do Império, o ordenamento brasileiro chegou a impor a conciliação⁹⁸ antes do ingresso em juízo, por força da Constituição de 1824, que outorgava aos juízes de paz, eleitos por voto popular, a competência para realizá-la.⁹⁹ No entanto, a norma foi expungida da Carta Constitucional após a proclamação da República, ao argumento de que seria incompatível com a liberdade de ação quanto aos direitos e interesses privados.¹⁰⁰ Muitos Estados mantiveram a tentativa de conciliação de modo facultativo em suas legislações.¹⁰¹

Com o advento do CPC/1973, previu-se o dever de o juiz, na audiência de instrução e julgamento, tentar a conciliação nos litígios concernentes a direitos patrimoniais privados e naqueles relativos a direito de família.¹⁰² Aos poucos, porém, o legislador brasileiro retomou a preocupação em privilegiar a utilização dos meios

⁹⁷ Conforme art. 3.º, V, da Lei n.º 9.427, de 26.12.1996. No mesmo sentido, a Lei n.º 9.472, de 16.07.1997, dispõe que à Agência Nacional de Telecomunicações compete “compor administrativamente conflitos de interesse entre prestadoras de serviço de telecomunicações” (art. 19, XVII) e resolver demandas do consumidor contra a prestadora do serviço, encaminhados ao órgão regulador (art. 3.º, XI).

⁹⁸ “Art. 161. Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum” (Constituição Imperial de 1824. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 2 fev. 2015).

⁹⁹ Conforme o art. 162 da Constituição Imperial de 1824. A conciliação, por sua vez, era regulamentada pela Lei de 15.10.1827 nas causas cíveis, e pelo Decreto n.º 737, de 22.11.1850, nas causas comerciais.

¹⁰⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre la conciliación en el proceso civil brasileño. *Temas de direito processual*. 5.ª série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994. p. 96.

¹⁰¹ A exemplo do Código de Processo Civil e Comercial de São Paulo (Lei n.º 2.421, de 14.01.1930), nos arts. 368-371. Disponível em: <www.al.sp.gov.br>. Acesso em: 2 fev. 2015.

¹⁰² Barbosa Moreira conta que a Comissão redatora do Anteprojeto do CPC/1973 chegou a cogitar de uma audiência preliminar, mas a sugestão não foi acatada (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre la conciliación en el proceso civil brasileño, cit., p. 97).

consensuais, seja no curso do processo, com o alçamento da audiência de conciliação a um ato processual autônomo,¹⁰³ seja em sede extrajudicial, mediante o requerimento de inserção de cláusula de resolução amigável dos conflitos em numerosos tipos de contratos firmados pela Administração Pública¹⁰⁴ e a criação de câmaras de solução de litígios no âmbito dos entes públicos.¹⁰⁵ Ademais, a Constituição Federal de 1988 veio a enunciar como um dos princípios que regem as relações internacionais do Estado a “solução pacífica dos conflitos” (art. 4.º, VII), o que pode ser estendido também à ordem interna, a partir de uma interpretação teleológica de seu art. 3.º, I.

Não obstante a sólida base normativa, era (e ainda é) comum a opção dos litigantes pelo ajuizamento direto de uma ação judicial. A prática da conciliação no curso do processo também se mostrou insatisfatória: mesmo nos Juizados Especiais – cujo procedimento sumaríssimo, destinado à resolução das demandas de menor valor ou complexidade, parece ser, entre todas as cortes, o foro mais adequado ao consenso –, o índice de acordos celebrados é extremamente reduzido e a maioria das avenças firmadas não é cumprida espontaneamente.¹⁰⁶

A mediação¹⁰⁷ entrou mais recentemente na pauta pública, com a elaboração de alguns projetos de lei para discipliná-la,¹⁰⁸ a sua inserção em leis especiais¹⁰⁹ e a implementação de políticas para o seu desenvolvimento por diversos órgãos públicos.¹¹⁰

¹⁰³ Coube à revogada Lei n.º 7.244, de 07.11.1984 (Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas), instituir uma audiência de conciliação logo no início do processo, feita por auxiliares do juízo (conciliadores). Na sequência, a Lei n.º 8.952, de 13.12.1994, modificando o art. 331 do CPC/1973, tratou da audiência de conciliação no processo comum ordinário, a ser preferencialmente realizada pelo juiz. Também se previu a conciliação nas Leis dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em âmbito estadual (Lei n.º 9.099, de 26.11.1995) e federal (Lei n.º 10.259, de 12.07.2001), e na Lei dos Juizados da Fazenda Pública (Lei n.º 12.153, de 22.12.2009).

¹⁰⁴ Vejam-se, por exemplo, a Lei n.º 8.666, de 21.06.1993 (“Lei das Licitações”), art. 79, II; a Lei n.º 8.987, de 13.02.1995 (“Lei das Concessões”), art. 23, XV; a Lei n.º 9.472, de 16.07.1997 (“Lei Geral das Telecomunicações”), art. 93, XV e art. 120, X; a Lei n.º 10.233, de 05.06.2001 (“Lei da ANTT e ANTAQ”), art. 35, XVI e art. 39, XI; Lei n.º 11.079, de 30.12.2004 (“Lei das PPP’s”), art. 11.

¹⁰⁵ Para citar um exemplo, a Advocacia-Geral da União criou em 2007 a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (Ato Regimental n.º 5), atualmente regulamentada pelo Decreto n.º 7.392, de 13.12.2010, e competente para dirimir conflitos entre órgãos da Administração Pública Federal e os órgãos do Estado e do Município.

¹⁰⁶ Conforme os resultados da Pesquisa “Avaliação dos Juizados Especiais Cíveis”, desenvolvida pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ, no período compreendido entre dezembro de 2004 e fevereiro de 2006. Disponível em: <www.cebepj.org.br>. Acesso em: 2 fev. 2015.

¹⁰⁷ Com a ressalva da corrente doutrinária que defende a inexistência de sentido prático em distinguir a conciliação da mediação (por todos, NIEVA-FENOLL, Jordi. Mediação: uma alternativa ao processo judicial?”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. XIV, p. 217, jul.-dez. 2014), entende-se que se trata de mecanismos autocompositivos diversos, adequados à solução de conflitos de diferentes naturezas. Conforme se pode extrair do art. 165, § 3.º, do CPC/2015, o mediador atua de forma a ajudar as partes a refletirem sobre os seus reais interesses, resgatarem o diálogo e criarem alternativas de benefício mútuo. Dessa definição destacam-se o protagonismo dos interessados; o papel do mediador como condutor do

Com a edição da Resolução n.º 125, de 29.11.2010, do CNJ, os meios autocompositivos foram definitivamente institucionalizados como política pública nacional e previu-se a criação de núcleos permanentes de conciliação e de mediação junto aos órgãos do Judiciário, contribuindo-se para uniformizar e reforçar o movimento que já se observava de forma esparsa em muitos Estados.¹¹¹

O processo de revalorização e sedimentação dos métodos autocompositivos culminou com a aprovação do novo CPC e da nova Lei de Mediação (Lei n.º 13.140, de 26.06.2015). O CPC/2015 chega a enunciar a promoção da solução consensual dos conflitos como um de seus princípios fundamentais, atribuindo a juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público o dever de estimularem-na, “inclusive no curso do processo judicial”.¹¹² Considerando a clássica lição hermenêutica

diálogo, que demanda a sua capacitação em técnicas específicas para essa função; e o duplo escopo do procedimento, direcionado não somente à resolução da controvérsia que gerou a instituição do processo, mas também à restauração da comunicação entre os litigantes, a fim de prevenir novos litígios. Em função dessas características, a mediação mostra-se mais adequada à resolução dos conflitos decorrentes de relações interpessoais continuadas, cujos laços tendem a subsistir no tempo (art. 166, § 3.º, CPC/2015), como de família, sucessões, vizinhança, trabalho etc. Seu emprego pode ser eficiente, também, para lidar com os conflitos em que as questões subjetivas, de ordem emocional, preponderem sobre os componentes jurídicos ou estritamente econômicos; nos litígios que tenham repercussão indireta sobre terceiros, pois comporta a inserção da rede social das partes; e nas disputas “policêntricas”, que demandariam a instauração de diversos processos judiciais para solucioná-las, mas na mediação podem ser objeto de um único procedimento. Já ao conciliador, a partir do disposto no (art. 166, § 2.º, CPC/2015), cabe auxiliar as partes no alcance de uma solução consensual sobre uma controvérsia pontual, em geral decorrente de relações episódicas ou descartáveis, com viés patrimonial, podendo fazer-lhes sugestões e propostas, ou seja, aconselhá-las, de acordo com a própria origem etimológica do termo “conciliação”, derivado da expressão latina *consilium* (PUNZI, Carmine. *Mediazione e conciliazione. Rivista di Diritto Processuale*, v. 64, n. 4, p. 848 e ss., 2009). A conciliação é um procedimento mais simples, célere e objetivo do que a mediação, devendo ser utilizada, de modo residual, nas disputas transacionáveis que não forem especificamente adequadas à resolução por meio da mediação.

¹⁰⁸ O primeiro e mais polêmico projeto legislativo, o PL n.º 4.827/1998, de relatoria da Deputada Zulaiê Cobra, continha polêmica norma fixando a obrigatoriedade da mediação incidental prévia em todos os processos de conhecimento, salvo raras exceções. A proposta não resistiu, contudo, ao crivo do Senado, onde foi modificada. Foi outro, porém, o projeto que veio a dar origem à Lei de Mediação, cujo texto conjuga ideias de três distintas proposições, sendo uma delas oriunda de Comissão de Juristas presidida pelo Min. Luis Felipe Salomão. Informações disponíveis em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 2 fev. 2015.

¹⁰⁹ Como na Lei das Microempresas (Lei Complementar n.º 123, de 14.12.2006).

¹¹⁰ São exemplos o *II Pacto Republicano por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo*, firmado pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em abril de 2009, compreendendo, entre os compromissos assumidos, o de “fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização”; e o *Projeto Pacificar*, dentro do *Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – Pronasci*, do Ministério da Justiça, visando implantação, fortalecimento e divulgação da mediação, composição e outros meios alternativos de solução de conflitos, no âmbito das Faculdades de Direito.

¹¹¹ No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, o Programa de Mediação instituído em 2009, por meio da Resolução do Órgão Especial TJRJ n.º 19/2009, a promove no curso do processo ou previamente à sua instauração.

¹¹² Art. 3.º, §§ 2.º e 3.º, do CPC/2015.

de que a lei não contém palavras inúteis,¹¹³ a expressão “inclusive no curso do processo judicial” denota a intenção de se incentivar a utilização da mediação e conciliação também – e preferencialmente – na esfera pré-processual.

Nada obstante, seguindo exatamente o modelo preconizado pela Resolução n.º 125/2010 do CNJ, a lei processual disciplinou especificamente a mediação e a conciliação praticadas dentro da estrutura do Judiciário, no âmbito dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos.¹¹⁴ Regulamentou-se o ofício de mediadores e conciliadores, na qualidade de auxiliares da Justiça,¹¹⁵ e fixaram-se os princípios gerais¹¹⁶ e as características essenciais¹¹⁷ de cada um dos métodos. Deslocou-se, ainda, a tentativa de composição da lide para o início do procedimento comum.¹¹⁸

No que tange à sobredita audiência de conciliação ou sessão de mediação inicial, foi implantado um inédito sistema de “semicompulsoriedade”, segundo o qual as partes estão dispensadas de comparecerem apenas se ambas expuserem previamente o seu desinteresse na tentativa de autocomposição – o autor, na petição inicial; e o réu, em petição apresentada com antecedência mínima de dez dias da data designada para a audiência ou sessão. Em outras palavras, a manifestação unilateral não exime a parte da obrigação de comparecer e, em caso de ausência injustificada, a sujeita à multa por ato atentatório à dignidade da jurisdição.¹¹⁹ A sistemática imposta pela lei, embora sujeita a críticas,¹²⁰ tem o indiscutível mérito de estimular a autocomposição. Contudo,

¹¹³ “Verba cum effectu, sunt accipienda” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 204).

¹¹⁴ O novo CPC faz breve referência, também, à criação de câmaras de mediação e conciliação em âmbito administrativo, para lidar com os conflitos que envolvam entes da administração pública municipal, estadual ou federal, União e Estados, conforme o art. 174 do CPC/2015.

¹¹⁵ Arts. 165-175 do CPC/2015. É louvável a criação das figuras do conciliador e do mediador como auxiliares do juízo. Já dizia Mauro Cappelletti que o conciliador “não deve ser a autoridade oficial do juiz, mas uma autoridade social” (CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo nas sociedades contemporâneas. *Revista Forense*, v. 318, p. 124, abr.-jun. 1992).

¹¹⁶ Art. 166 do CPC/2015.

¹¹⁷ Art. 165, §§ 2.º e 3.º, do CPC/2015.

¹¹⁸ Art. 334 do CPC/2015.

¹¹⁹ Em montante equivalente a até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, a ser revertido em favor da União ou do Estado (art. 331, § 8.º, do CPC/2015).

¹²⁰ Podem-se suscitar, por exemplo, as críticas de que o réu poderá, maliciosamente, aguardar para manifestar o seu desinteresse na realização da audiência de conciliação ou mediação no último momento possível, apenas para postergar o início do prazo de contestação (e não há, de fato, meios para deter essa sua conduta); ou de que a imposição de multa ofende a voluntariedade que caracteriza os métodos autocompositivos. Quanto a esse último aspecto, há de se ponderar que não há agressão à autonomia de vontade das partes porque estas são obrigadas tão somente a comparecer à audiência, até para que conheçam a possibilidade de resolver o litígio de outro modo, e não a submeter-se à conciliação ou à mediação contrariamente aos seus desejos.

lamentavelmente, não deixa de prescindir da movimentação anterior do Poder Judiciário.

Publicada três meses após a edição do novo CPC, a Lei de Mediação versou sobre o instituto de forma mais abrangente, disciplinando-a também em foro extrajudicial. Um de seus destaques consiste na regulamentação da cláusula de mediação, prevendo-se, em primeiro lugar, os seus elementos mínimos: a não ser que indique uma instituição para administrar o procedimento, a disposição deve designar (i) um limite temporal e um local para a realização da primeira reunião; (ii) as regras para escolha do mediador; e (iii) as penalidades em caso de não comparecimento da parte convidada.¹²¹ A princípio, a existência da cláusula não impede o prosseguimento do procedimento judicial ou arbitral, a não ser que as partes expressamente o convençionem, na forma do que dispõe o art. 23 da Lei de Mediação.

Todavia, ainda que a cláusula não preveja todas as informações necessárias, nem se reporte às normas de uma determinada instituição, o legislador oferece critérios para viabilizar a ocorrência da primeira reunião. Devem constar do convite a ser enviado por uma parte à outra (i) o prazo mínimo de dez dias úteis e máximo de três meses, contados a partir do recebimento do convite, para que as partes se reúnam; (ii) um local adequado à confidencialidade do procedimento; (iii) uma lista de cinco nomes, informações de contato e referências profissionais de mediadores capacitados (cabe à parte convidada escolher, expressamente, qualquer um dos cinco mediadores, considerando-se aceito o primeiro nome da lista caso não se manifeste); e (iv) a sanção de condenação, da parte que faltar à reunião, ao pagamento de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais, caso venha a ser vitoriosa em procedimento judicial ou arbitral posterior.¹²² Entendemos que essa mesma sanção deve ser também aplicável à parte que ajuizar diretamente a ação judicial ou requerer a instauração de arbitragem, sem respeitar a previsão contratual.¹²³

¹²¹ Art. 22 da Lei de Mediação.

¹²² Arts. 22 e 23 da Lei de Mediação.

¹²³ Conforme sugestão dada ao “Grupo de Trabalho para Diagnóstico dos Impactos do Novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação no Sistema de Justiça e no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro”, órgão colegiado administrativo vinculado ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, que a autora integrou, com representantes da Magistratura, Defensoria, Ministério Público e outros da Advocacia, no período de outubro a dezembro de 2015.

Portanto, havendo cláusula de mediação, as partes deverão obrigatoriamente comparecer à primeira reunião de mediação,¹²⁴ sob pena de sujeitar-se a parte faltosa à penalidade pactuada¹²⁵ ou, não havendo disposição nesse sentido, à assunção de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais, se vencedora em futuro processo arbitral ou judicial.¹²⁶

Note-se que não se exige das partes a sua adesão ao procedimento, mas tão somente a sua presença na reunião inicial. Trata-se de uma importante oportunidade para o desenvolvimento da mediação, quando as partes podem se convencer das suas vantagens e da sua pertinência para solucionar o caso concreto. Apenas para que não restem dúvidas, já que isso decorre do princípio da autonomia de vontade, a lei enuncia que ninguém será obrigado a permanecer no procedimento caso assim não o queira.¹²⁷

A possibilidade de se impor a tentativa de conciliação ou mediação previamente ao ingresso em juízo já foi debatida quando da instituição das Comissões de Conciliação Prévia, no âmbito da Justiça do Trabalho. Segundo a redação do art. 625-D e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho (“CLT”), dada pela Lei n.º 9.958, de 12.01.2000, qualquer demanda de natureza trabalhista deve ser precedida de conciliação quando existente na localidade uma Comissão instituída com essa finalidade. Caso frustrado o acordo ou passado o prazo de dez dias da realização da sessão, empregado e empregador recebem uma declaração atestando o ocorrido para ser juntada à eventual reclamação trabalhista.¹²⁸

¹²⁴ Art. 2.º, § 1.º, da Lei de Mediação.

¹²⁵ Art. 22, IV, da Lei de Mediação.

¹²⁶ Art. 22, § 2.º, IV, da Lei de Mediação.

¹²⁷ Art. 2.º, § 2.º, da Lei de Mediação.

¹²⁸ “Art. 625-D. Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria. [...] § 2.º Não prosperando a conciliação, será fornecida ao empregado e ao empregador declaração da tentativa conciliatória frustrada com a descrição de seu objeto, firmada pelos membros da Comissão, que deverá ser juntada à eventual reclamação trabalhista. § 3.º Em caso de motivo relevante que impossibilite a observância do procedimento previsto no *caput* deste artigo, será a circunstância declarada na petição inicial da ação intentada perante a Justiça do Trabalho. [...]” (Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º.05.1943).

“Art. 625-E. Aceita a conciliação, será lavrado termo assinado pelo empregado, pelo empregador ou seu preposto e pelos membros da Comissão, fornecendo-se cópia às partes. Parágrafo único. O termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas” (BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º.05.1943).

A constitucionalidade do referido dispositivo foi questionada por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 2.139, n.º 2.160 e n.º 2.237,¹²⁹ ao argumento de que a exigência restringiria o direito fundamental de acesso ao Judiciário. Em 13.05.2009, o plenário do STF concedeu parcialmente a liminar requerida,¹³⁰ por maioria de votos, para conferir à norma impugnada interpretação conforme a Constituição, entendendo que a fase administrativa não é impositiva, e que as demandas trabalhistas, em resguardo ao direito universal de acesso à justiça, podem ser levadas ao Judiciário sem prévia submissão à autocomposição.¹³¹

É de se notar que os julgadores, sem exceção, louvaram a intenção da norma de incentivar a solução do conflito diretamente pelos envolvidos. Divergiram, porém, quanto à viabilidade de o procedimento ser exigido como condição para o exercício do direito de ação. A doutrina sempre foi igualmente dissonante a esse respeito.¹³² Entre os argumentos que fundamentaram os votos vencidos, a relatora Min. Carmen Lucia asseverou que “a garantia insculpida no item XXXV do art. 5.º da CF não retira ao legislador ordinário a disciplina das condições processuais para o ajuizamento das ações”, quando tenham por finalidade a racionalização do procedimento. A relatora destacou, ademais, que, ao limitar em dez dias o prazo para a realização da conciliação, a lei não favorece eventual intuito procrastinatório. O Ministro Cezar Peluso, também vencido, acrescentou que a decisão do Supremo estaria na “contramão” da história e da tendência mundial de obrigatoriedade do recurso às vias compositivas. Embora ilustrasse alguma resistência à instituição de uma fase extrajudicial condicionante à propositura de uma ação posterior, a decisão da Corte Suprema não foi unânime e, tendo sido proferida em sede liminar, baseou-se em cognição *a priori* perfunctória.

¹²⁹ Ajuizadas em 04.02.2000, 02.03.2000 e 29.06.2000, respectivamente, por quatro partidos políticos, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Comércio (CNTC) e pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), todas distribuídas à relatoria da Ministra Carmen Lúcia.

¹³⁰ Aguarda-se ainda o julgamento de mérito. Não obstante, nota-se que a decisão liminar, cujo efeito é vinculante, tem sido acatada pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho.

¹³¹ O Ministro Marco Aurélio foi o relator designado para o acórdão.

¹³² Octavio Bueno Mangano já afirmava, em 2003, que a exigência de conciliação prévia, na forma da lei, seria inconstitucional por obstar o acesso à justiça (MAGANO, Octavio Bueno. Legislação e autocomposição. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região*, Belém, n. 70, p. 154, jan.-jun. 2003). Em sentido oposto, discorrendo sobre o que ainda era o Projeto de Lei n.º 3.118/1992, Ada Pellegrini Grinover defendia a constitucionalidade da tentativa obrigatória de conciliação prévia, destacando a limitação temporal a que está sujeita (GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial na Justiça do Trabalho. *O processo em evolução*. São Paulo: Forense Universitária, 1996. p. 940 e ss.).

Por outro lado, é certo que o sistema de semicompulsoriedade da audiência de conciliação e mediação incidentais, instituído pela nova lei processual, implica a necessária superação do dogma de que a autocomposição obrigatória obstruiria o direito de acesso ao Judiciário.¹³³

1.2.6 Desjudicialização de procedimentos especiais

Dentro do mesmo fenômeno de desjudicialização das relações jurídicas, verifica-se também a transferência, para a via extrajudicial, de diversos tipos de procedimentos especiais. Desonera-se o Judiciário de atuar tanto em casos de jurisdição voluntária, referentes à prática anômala de atos integrativos de negócios jurídicos privados que não representam a sua atividade precípua, como ainda de intervir em casos de jurisdição contenciosa nos quais as partes estejam de acordo. Trata-se, entretanto, de mera faculdade, reservando-se aos interessados o direito de recorrer diretamente na via judicial.

João Pedroso, professor da Universidade de Coimbra e pesquisador do Centro de Estudos Sociais ligado àquela instituição, explica que o termo “desjudicialização” compreende três ramos, o da “deslegalização” (que envolve a perda qualitativa da lei ou a redução da sua intervenção na regulação dos comportamentos); o da informalização da justiça, onde se encontram os ADRs; e o da “desjudicialização” propriamente dita, que por sua vez abarca (i) os meios informais e o recurso a não juristas nos processos em tribunal; (ii) a transferência de competência de resolução de litígios para instâncias não judiciais; e (iii) a transferência de resolução de litígios para “velhas e novas profissões”, sendo velhas profissões, por exemplo, as dos notários e registradores.¹³⁴

O marco legal inicial do movimento de desjudicialização, no Brasil, pode ser atribuído à Lei n.º 6.015, de 31.12.73 – “Lei de Registro Públicos”, que unificou os procedimentos que não exigiam uma decisão judicial para produzir efeitos contra

¹³³ De acordo com o Enunciado n.º 61, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, sobre o novo Código de Processo Civil, “somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC/2015, não sendo a manifestação de desinteresse externada por uma das partes justificativa para afastar a multa de que trata o art. 334, § 8.º”, a demonstrar que, na prática, a autocomposição tenderá a acontecer em grande parte dos casos. Enunciados disponíveis em: <www.enfam.jus.br>. Acesso em: 30 fev. 2016.

¹³⁴ PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça – uma nova relação entre o judicial e o não judicial. *Centro de Estudos Sociais: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa*, Coimbra, v. 171, p. 16-19, abr. 2002. Disponível em: <www.ces.uc.pt>. Acesso em: 30 jan. 2016.

terceiros. Desde então, foram editadas diversas outras leis transferindo a administração de determinados conflitos à via extrajudicial.¹³⁵

Corroborando esse fenômeno, o novo CPC acolheu uma série de procedimentos extrajudiciais. Por meio da consignação em pagamento extrajudicial, por exemplo, introduzida pela Lei n.º 8.951, de 13.12.1994, faculta-se ao devedor efetuar o depósito da quantia devida em conta de estabelecimento bancário, incumbindo à instituição financeira cientificar o credor por meio de uma carta com aviso de recebimento. Caso o credor, regularmente cientificado, não manifeste recusa no prazo de dez dias, o aceite será presumido e o devedor estará livre da obrigação.¹³⁶ Por sua vez, eventual recusa deverá ser feita por escrito ao estabelecimento bancário, ocasião em que o devedor terá o prazo de um mês para propor a ação judicial de consignação, instruída com a prova do depósito e da recusa.¹³⁷ A medida permite a extinção da obrigação de forma extrajudicial e, por conseguinte, torna desnecessário o ingresso na via judiciária a partir do pagamento indireto da prestação.

O CPC/2015 também acatou as disposições da Lei n.º 11.441, de 04.01.2007, que autoriza a realização de inventário,¹³⁸ separação e divórcio consensuais por escritura pública, quando não há testamento ou interessado incapaz e quando não há filhos menores ou incapazes, respectivamente, estendendo a liberdade de escolha¹³⁹ pelo meio extrajudicial às extinções de uniões estáveis consensuais.¹⁴⁰ Independentemente de homologação judicial, a escritura pública constitui documento hábil para qualquer ato

¹³⁵ A Lei n.º 8.951, de 13.12.1994, previu a consignação extrajudicial de obrigação em dinheiro, com a inserção do § 1.º no art. 890 do CPC/1973; a Lei n.º 9.514, de 20.11.1997, tratou da alienação judiciária de bem imóvel; a Lei n.º 10.931, de 02.08.2004, que dispõe sobre o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, introduziu a averbação da cessão de crédito imobiliário e o instituto da retificação administrativa; a Lei n.º 11.101, de 09.02.2005, previu o instituto da recuperação extrajudicial, por meio da qual se realiza a negociação privada entre devedor e credores, cabendo ao juiz tão somente a homologação do plano; a Lei n.º 11.441, de 04.01.2007, instituiu o divórcio e o inventário extrajudiciais; a Lei n.º 11.790, de 02.10.2008, desjudicializou o procedimento de registro de nascimento após transcorrido o prazo legal, no lugar de residência do interessado; a Lei n.º 11.977, de 07.07.2009, permitiu aos detentores do título de legitimação de posse registrada, após cinco anos, a conversão em propriedade, pela modalidade de usucapião, sem a necessidade de intervenção do judiciário (“Programa Minha Casa Minha Vida”); entre outras.

¹³⁶ Art. 539, § 2.º, do CPC/2015.

¹³⁷ Art. 539, § 3.º, do CPC/2015.

¹³⁸ Art. 610, § 1.º, do CPC/2015.

¹³⁹ Nesse sentido, a Resolução n.º 35, de 24.04.2007, do Conselho Nacional de Justiça, em seu art. 2.º, dispõe que “é facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial; podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial”. A Resolução já estabelecia também a desnecessidade de homologação judicial da escritura pública e a participação do advogado perante o cartório.

¹⁴⁰ “Art. 733 do CPC/2015.

de registro,¹⁴¹ desde que preenchidos os requisitos autorizadores. É interessante notar que a lei exige a presença de advogado ou defensor público no procedimento.¹⁴²

Por seu turno, o art. 1.071 do CPC/2015 prevê a figura da usucapião extrajudicial, ou usucapião administrativa, conforme regulamentada pela Lei n.º 11.977, de 07.07.2009, com as alterações da Lei n.º 12.424, de 16.06.2011. De acordo com o art. 216-A da Lei de Registros Públicos (Lei n.º 6.015, de 31.12.1973), permite-se o processamento do pedido de reconhecimento de usucapião perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo.¹⁴³ Caso haja impugnação de terceiros ao pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel.¹⁴⁴ O CPC/2015 trata ainda da possibilidade de homologação do penhor legal pela via extrajudicial¹⁴⁵ e da demarcação e divisão de terras por escritura pública, desde que maiores, capazes e concordes todos os interessados.¹⁴⁶

Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Maria Maria Stancati pontuam que a transposição desses procedimentos para a forma extrajudicial foi feita paulatinamente e sem sobressaltos, de modo que hoje se encontram fortemente enraizados à nossa

¹⁴¹ “Art. 733, § 1.º, do CPC/2015.

¹⁴² “Art. 733, § 2.º, do CPC/2015.

¹⁴³ “Art. 1.071. O Capítulo III do Título V da Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 216-A:

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

I – ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias;

II – planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes;

III – certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;

IV – justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel” (CPC/2015).

¹⁴⁴ Art. 216-A. § 10, da Lei n.º 6.015, de 31.12.1973 (Lei de Registros Públicos), com redação dada pelo CPC/2015.

¹⁴⁵ O art. 1.470 do Código Civil autoriza a efetivação do penhor pelos credores, antes de recorrerem à autoridade judiciária, desde que haja perigo na demora. A homologação desse penhor legal era feita, até então, por um juiz, a quem o credor deveria imediatamente comunicar a posse. Ocorre que o § 2.º do art. 703 do novo CPC passou a prever a homologação do penhor legal pelo notário, mediante requerimento, desde que preenchidos determinados requisitos. Recebido o requerimento do credor, autuados os documentos juntados pela parte, o notário deverá notificar o devedor para que no prazo de cinco dias pague o débito ou faça a impugnação da dívida, sendo que, apenas no caso de impugnação à dívida, o notário deverá remeter os autos extrajudiciais ao juízo competente.

¹⁴⁶ Art. 571 do CPC/2015.

cultura¹⁴⁷ e oferecem inegáveis vantagens em relação aos procedimentos judiciais, quanto à redução de custos, à celeridade e à desburocratização. Conforme se analisará mais detidamente no capítulo 4, a legitimação dos meios desjudicializados de solução de conflitos denuncia que a prestação da jurisdição foi descolada do Poder Judiciário.

1.2.7 Inferências gerais

Em síntese, pode-se observar que, no ordenamento pátrio, a interpretação da exigência do interesse de agir, para o fim de viabilizar o julgamento do pedido, não requer que o autor tenha comprovadamente tentado resolver o conflito, sem auxílio do Judiciário, e que essa tentativa tenha restado frustrada. Não se reconhece uma orientação genérica no sentido de que litigantes devem esforçar-se para solver a controvérsia em âmbito extrajudicial, ou com interferência judicial apenas suplementar. É certo, porém, que em algumas ações a própria legislação impõe diligências privadas como atos necessários antecedentes ao seu ajuizamento. Ao lado da lei, os tribunais também reconheceram a imprescindibilidade do requerimento prévio às instâncias administrativas, a transparecer a preocupação em tratar as demandas de forma selecionada, priorizando aquelas que de fato carecem da intervenção judicial para serem solucionadas.

Embora a produção de provas antecipada – assim como a excepcional fase preliminar da ação de improbidade, voltada também à arrecadação de elementos probatórios mínimos – realizem-se na esfera judicial, o sistema também não é de todo refratário à colheita de provas em sede administrativa, como comprova, por exemplo, a justificação nas ações previdenciárias. Além disso, ao desvincular-se o direito à prova do requisito da urgência, atribuindo-se-lhe os escopos de ensejar o alcance de um acordo ou evitar o ajuizamento de uma ação judicial, o sistema jurídico permite antever, também aqui, o mencionado intuito de reservar a atividade jurisdicional às causas que efetivamente o exijam.

Finalmente, a prática da mediação e da conciliação, no formato da nova legislação, dá-se no curso do processo e sob os auspícios do Judiciário, mas não se deixa de preconizar a realização destes meios na via extrajudicial, cujo espaço tem se

¹⁴⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A resignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3.º do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 254, p. 17-44, abr. 2016.

fortalecido, outrossim, com o vertiginoso movimento desjudicialização de diversos procedimentos especiais. Por outro lado, ao reconhecer a eficácia da cláusula de mediação e ao fixar a mencionada “semicompulsoriedade” da submissão dos litigantes aos métodos autocompositivos, na fase inicial do procedimento comum, o novo sistema processual legitima a ideia de postergar-se a obtenção de uma eventual resposta jurisdicional em favor da busca por uma solução consensual.

Enxerga-se desde logo, nesse cenário, um campo notadamente fecundo para a implantação de uma fase de tratamento extrajudicial dos conflitos, anterior e preferível ao processo judicial, cujos fundamentos dogmáticos serão desenvolvidos no capítulo 4, após a necessária incursão nas experiências estrangeiras.

2. A FASE PRELIMINAR DO SISTEMA JURÍDICO INGLÊS¹⁴⁸

2.1 Relevância do estudo da experiência inglesa

Há uma tendência mundial de introduzirem-se atos anteriores à ação, com o propósito de oportunizar maiores possibilidades de acordo e contribuir para a melhor preparação da demanda. Para citar alguns exemplos bastante variados, na Noruega, na

¹⁴⁸ No curso do doutorado, a autora teve a oportunidade de passar seis meses como Pesquisadora Visitante nas Universidades de Cambridge e na Queen Mary University of London (Inglaterra), quando pôde aprofundar a pesquisa para a tese. Por essa razão, na elaboração deste capítulo, contou com o acesso direto a fontes relevantes e atuais sobre o ordenamento inglês, destacando-se as seguintes: AHMED, Masood. An Alternative Approach to Repealing the General Pre-Action Protocol. *Civil Justice Quarterly*, v. 32, p. 256-274, Feb. 2013; ANDREWS, Neil. *Civil Procedure in English Private Law*. Oxford: University Press, 2000. v. II; ANDREWS, Neil. *English Civil Procedure*. Oxford: University Press, 2003; ANDREWS, Neil. *The Modern Civil Process*. Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England. Germany: Mohr Siebeck, 2008; DWYER, Déirdre (Ed.). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: University Press, 2009; ELLIOT, Catherine; QUINN, Frances. *English Legal System*. 13. ed. London: Pearson, 2012/2013; CLARKE, Anthony. The Future of Civil Mediation. The Second Civil Mediation National Council Conference, Birmingham 8 May 2008. Disponível em: <www.judiciary.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013; CLARKE, Anthony. The Supercase – Problems and Solutions. *2007 Annual KPMG Forensic Lecture*. Disponível em <www.judiciary.gov.uk/docs/speeches/kpmg_speech.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2013; GENN, Hazel. *Judging Civil Justice*. Cambridge: University Press, 2009; GENN, Hazel. Twisting Arms: Court Referred and Court Limited Mediation Under Judicial Pressure. *Ministry of Justice Research Series*, London, 2007; GORIELY, T.; MOORHEAD, R.; ABRAMS, P. More Civil Justice? The impact of Woolf Reforms on Pre-Action Behaviour. *Research Study*, London, Law Society and Civil Justice Council, n. 43, 2002; JACKSON, L. J., *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, dez. 2009. Disponível em: <www.judiciary.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013; JACOB, Sir Jack I.H. *The Reform of Civil Procedure and Other Essays on Civil Procedure*. London: Sweet and Maxwell, 1982; KAY, Maurice (Ed.). *Blackstone's Civil Practice 2013: The Commentary*. Oxford: University Press, 2013; WOOLF, Lord. *Access to Justice Interim Report; Access to Justice Final Report*. Disponíveis em: <www.dca.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013; LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen. *Civil Procedure*. 2. ed. London: Cavendish Publishing, 2004; MATTHEWS, Paul; MALEK, Hodge M. *Disclosure*. London: Sweet & Maxwell, 2012; OAKLAND, John. *British Civilization: an introduction*. 6. ed. London: Routledge, 2006; O'HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*. London: Sweet and Maxwell, 2012; PARTINGTON, Martin. *Speech on Automatic Referral to Mediation Scheme*. Disponível em: <www.docstoc.com/docs/25372469/Automatic-Referral-to-Mediation-Scheme>. Acesso em: 27 abr. 2013; PEYSNER, John; SENEVIRATNE, Mary. *The Managing of Civil Cases: The Courts and the Post-Woolf Landscape*. London: Department for Constitutional Affairs, 2005; SIME, Stuart. Offers to Settle: Incentive, Coercion, Clarity. *Civil Justice Quarterly*, v. 32, p. 182-197, Feb. 2013; SIME, Stuart. *A Practical Approach to Civil Procedure*. 15. ed. Oxford: University Press, 2012; WALLER, Lord Justice; SCOTT, I. R. (Ed.). *Civil Procedure: The White Book Service*. London: Sweet & Maxwell, 2009; WOODS, Thomas S. Cost Sanctions for Unreasonable Refusal to Mediate: Coming to a Courthouse near you? *The Advocates' Quarterly*, v. 31, n. 4, set. 2006; ZANDER, Michael. *Cases and Materials on the English Legal System*. 10. ed. Cambridge: University Press, 2007; ZUCKERMAN, Adrian. The Challenge of Civil Justice Reform: Effective Court Management of Litigation. *City University of Hong Kong Law Review*, v. 1, p. 49-71, out. 2009; ZUCKERMAN, Adrian. Lord Woolf's Access to Justice: Plus a Change... *Modern Law Review*, v. 59, p. 773-796, nov. 1996; ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure: Principles of Practice*. 2. ed. Oxford: Sweet&Maxwell, 2006; ZUCKERMAN, Adrian (Ed.). *Reform of Civil Procedure*. Essays on 'Access to Justice'. Oxford: University Press, 1995; ZUCKERMAN, Adrian A.S. *Civil Justice Quarterly. Special Issue: The Implementation of Sir Rupert Jackson's Review of Civil Litigation Costs*, v. 32, Feb. 2013.

Suíça e em determinadas províncias do Canadá, a submissão à mediação ou outra forma de resolução consensual do litígio é condição para a propositura da ação.¹⁴⁹

Na Nigéria, a lei requer, em uma diversidade de casos, que o autor realize determinados atos antes de ingressar em juízo, como enviar uma notificação prévia ao réu em potencial, o que serve, segundo a Suprema Corte nigeriana, para que o réu não seja pego de surpresa, tenha tempo para preparar a sua defesa e possa considerar a negociação de um acordo.¹⁵⁰ Já em Hong Kong a lei permite ao autor obter uma ordem judicial de disponibilização de documentos relevantes a fim de facilitar a resolução consensual e/ou embasar eventual demanda.¹⁵¹

Este e o próximo capítulo voltam-se justamente à pesquisa sobre o direito estrangeiro, com o propósito de colher subsídios que possam auxiliar na estruturação de modelos factíveis de fase pré-processual no ordenamento brasileiro.

A experiência inglesa mereceu uma análise mais detalhada, sujeita a um capítulo à parte dos demais, porque compreende, de forma original, uma fase estruturada de comunicação cooperativa e tentativas de negociação entre as partes, prévia ao ajuizamento da ação. Por ser um modelo reconhecidamente bem sucedido, ante a pretensão de utilizá-lo como possível inspiração para propostas semelhantes no ordenamento pátrio, perscrutam-se a seguir, com maior profundidade, as peculiaridades daquele sistema.

2.2 Breve visão histórica do processo inglês

Desde a unificação da *common law* e da *equity*, no final do século XIX, o procedimento em primeiro grau de jurisdição, no processo civil inglês, divide-se em dois estágios: uma etapa preparatória, cujos atos são voltados ao aparelhamento e à organização do processo para a decisão final, e outra de julgamento propriamente dita, marcada pela oralidade e pela concentração. Já então se destacava o papel dominante dos litigantes e de seus advogados determinando o ritmo do procedimento, a emprestar

¹⁴⁹ GROEN, Bart. New Trends in Pre-Action. General Report Civil Law. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petronio (Org.) *Direito processual comparado*. Congresso Mundial de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 2007; RODRIGUES NETTO, Nelson. Zuerts schlichten, dam richten: o modelo suíço de solução de litígios pré-processual é adequado para o Brasil? *Revista de Processo*, v. 221, p. 49-85, jul. 2013.

¹⁵⁰ OKOLI, Pontian. An evaluation of pre-action notice in Nigerian Jurisprudence. *African Journal of International and Comparative Law*, n. 20, p. 70-86, 2012.

¹⁵¹ The Hong Kong White Book, 2006, Sweet & Maxwell, rule 7.

ao processo feições eminentemente adversariais. Aos poucos, sobrevieram outros traços caracterizadores do processo inglês, como a valorização da prova documental, e com ela a instituição de deveres de *disclosure*, isto é, de disponibilização, por uma parte à outra, de cópias de documentos interessantes à demanda. Assistiu-se também ao gradual declínio do julgamento pelo júri, como consequência das alterações na legislação, do desenvolvimento da justiça civil e do impacto da utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos.¹⁵² Assim, embora represente um elemento fundamental da *common law*, o júri no processo civil está hoje reduzido a raríssimos casos.¹⁵³

Não obstante, apesar das mudanças havidas ao longo do último século,¹⁵⁴ predominava, na década de 90, a percepção de que o sistema judicial inglês era ainda complexo, lento e custoso, anunciando a necessidade de uma modificação mais profunda na legislação.¹⁵⁵

Nomeado para conduzir a reforma do processo civil na Inglaterra e no País de Gales, e assistido por uma equipe experiente e qualificada, Lord Woolf empreendeu uma extensa pesquisa¹⁵⁶⁻¹⁵⁷ que culminou na elaboração de dois relatórios, intitulados *Access to Justice Reports*. O primeiro, de junho de 1995 (*Interim Report*), expôs o

¹⁵² KRITZER, H. M. Disappearing Trials? A Comparative Perspective. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 1, n. 3, p. 752, 2004.

¹⁵³ Depois de reiteradas decisões prevendo a discricionariedade da corte a respeito da utilização do júri, foi editado o *Senior Courts Act*, de 1981, prevendo o julgamento por júri, a requerimento da parte, nos casos que envolvam fraude, calúnia, difamação, denúncia de má-fé ou prisão indevida. Mesmo nesses casos, a Corte pode afastar o julgamento por júri caso considere que a causa demanda exame prolongado de documentos ou investigação local ou científica.

¹⁵⁴ Desde 1851, foram produzidos 60 relatórios sobre aspectos do processo civil e da organização das Cortes na Inglaterra e nos País de Gales. O *Civil Justice Review*, elaborado em 1985 e apresentado pelo Parlamento em 1988, continha quase uma centena de recomendações, das quais a maioria foi implementada, como informa Lord Woolf, em seu *Access to Justice Interim Report*, capítulo 2. Disponível em: <www.dca.gov.uk>. Acesso em: 27 fev. 2013.

¹⁵⁵ V., por exemplo, entre outros, JACOB, Jack I.H. *The Reform of Civil Procedure*, cit., p. 1; ELLIOT, Catherine; QUINN, Frances. *English Legal System*, cit., p. 525. Contudo, em uma perspectiva distinta, Hazel Genn acredita que a reforma da década de 90 não foi justificada pela existência de uma crise na justiça civil inglesa (ou, ao menos, não pela existência de causas urgentes que impusessem uma reforma), mas sim motivada pelo crescimento dos custos da justiça criminal, que determinaram a necessidade de o Governo economizar despesas com a justiça civil (GENN, Hazel. *Judging Civil Justice*, cit., p. 116).

¹⁵⁶ A pesquisa contou com grupos de estudo sobre diversos temas, coleta de dados quantitativos, debates públicos, seminários em universidades, visitas a outros países da *common law* (Canadá, Austrália, Estados Unidos da América e Hong Kong) e consulta a representantes dos órgãos do Judiciário, das classes profissionais jurídicas e do público em geral, conforme relatado: <www.dca.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013.

¹⁵⁷ Ainda assim, Michael Zander, decerto o maior crítico do trabalho de Lord Woolf, já censurava a metodologia da pesquisa, bem como as suas conclusões, em artigo publicado em 1995. A coletânea em que inserido seu texto, contudo, no geral, aplaudia grande parte das mudanças propostas (ZANDER, Michael. Why Lord Woolf's Proposed Reforms of Litigation should be rejected?. In: ZUCKERMAN, Adrian (Ed.), *Reform of Civil Procedure. Essays on 'Access to Justice'*. Oxford: University Press, 1995. p. 79-96).

diagnóstico das mazelas do sistema judicial civil e compilou as recomendações para combatê-las;¹⁵⁸ e o segundo, de julho de 1996 (*Final Report*), incluiu as sugestões de texto legal para compor o primeiro Código de Direito Processual inglês, aplicável a todas as instâncias cíveis na Inglaterra e nos País de Gales. Seu trabalho foi reconhecido como a mais profunda revisão legislativa de que se tem notícia¹⁵⁹ e por ele propôs-se “um novo cenário da justiça civil para o século XXI”.¹⁶⁰ Por fim, em abril de 1999, baseadas nas conclusões constantes dos relatórios, entraram em vigor as *Civil Procedure Rules*.¹⁶¹

As disposições legais não são mais extensas do que a legislação de muitos ordenamentos jurídicos de *civil law*.¹⁶² Todavia, as *Practice Directions* que complementam a lei, ao voltarem-se à prática processual, contêm disposições extremamente pormenorizadas, cuja leitura não deixa dúvida quanto às origens do sistema inglês, fundado na concepção formalista de que “remedies precede rights” e na predominância do direito de casos – este inevitavelmente mais minucioso e particularizado do que a *civil law*, por reger a incidência da norma em uma multiplicidade de situações.¹⁶³

A codificação, porém, não impediu que se reservasse ao julgador uma larga margem de discricionariedade em suas decisões. Convivem, assim, o direito positivo, expresso em termos gerais e sistemáticos, que serve como um referencial seguro na

¹⁵⁸ Com o declarado objetivo de assegurar o pleno acesso à justiça, traduzido na garantia de um processo com resultado justo, equitativo no tratamento das partes, de custo e duração razoáveis, compreensível para os cidadãos e sensível às suas necessidades, efetivo e definitivo conforme a natureza de cada caso.

¹⁵⁹ V., por todos, ZUCKERMAN, Adrian. *Lord Woolf's Access to Justice: Plus a Change...*, cit., p. 773, nov. 1996; ANDREWS, Neil. *Civil Procedure in English Private Law*, cit., p. 900.

¹⁶⁰ WOOLF, Lord. *Access to Justice Interim Report*, cit., capítulo 1.

¹⁶¹ O novo Código substituiu dois conjuntos de regras antes em vigor – as *Rules of the Supreme Court*, incidentes sobre a *High Court* e a *Court of Appeal*, e as *County Court Rules*, dirigidas às *county courts*. Dessa forma, as fontes do direito processual abarcam hoje os precedentes judiciais – originários das cortes inglesas, respeitada a sua hierarquia, da Corte de Justiça Europeia e da Corte Europeia de Direitos Humanos –, os regulamentos europeus, que têm força de legislação primária, e o Código de Processo Civil inglês. Quase todas as normas do Código são, ainda, complementadas por regras de cunho prático, as *Practice Directions*, editadas pelos Chefes das Divisões da primeira instância judicial. Há, ainda, guias especializados concebidos pelos tribunais em cada um dos setores de especialização das cortes, como *Chancery Guide*, *Commercial Court Guide* e *The Queen's Bench Division Guide*, além de formulários disponíveis na *internet* para quase todas as peças processuais a serem apresentadas pelas partes.

¹⁶² Principalmente considerando-se o fato de que as CPR tratam de determinados tipos de procedimentos não abarcados de forma específica, por exemplo, pela nossa lei processual, como *Admiralty Proceedings*, *Crown Proceedings* ou procedimentos perante a Corte Europeia.

¹⁶³ ELLIOT, Catherine; QUINN, Frances, *English Legal System*, cit., p. 32. John Austin já dizia que “é melhor ter um direito expresso em termos gerais, sistemáticos, conciso (*compact*) e acessível a todos, do que um direito disperso, sepultado num amontoado de detalhes, imenso (*bulky*) e inacessível” (AUSTIN apud BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 117).

aplicação aos casos concretos, e o poder de adequação por parte do intérprete e aplicador, a transparecer o apego histórico às experiências judiciais.¹⁶⁴

O Código inglês inicia-se com a enunciação de um “overriding objective” ou um “objetivo principal” que permeia todas as suas normas: o de que as cortes devem decidir os litígios de forma justa e a “um custo proporcional”.¹⁶⁵ Esses parâmetros devem guiar as cortes no exercício de qualquer poder e na interpretação de qualquer norma, e também orientar as partes em todos os seus atos.¹⁶⁶

Os mecanismos contemplados na nova legislação visam, de maneira geral, à simplificação e à agilização do procedimento, bem como à redução dos seus custos, por terem sido esses os problemas identificados nos relatórios de Lord Woolf.

Uma das novidades mais marcantes consiste na atribuição de amplos poderes e deveres de gestão do processo às cortes.¹⁶⁷ Uma vez ajuizada a ação e assegurado o contraditório, com a apresentação da resposta do réu e de eventual réplica,¹⁶⁸ cabe ao juiz alocar a causa em um dos procedimentos (*tracks*) previstos em lei, quais sejam o *small claims track*, o *fast track* e o *multi track*, definidos conforme o valor, a complexidade e a importância pública do objeto da demanda. Cada um dispõe de um procedimento-padrão, que pode ser talhado pelo juiz mediante a sua atuação como gestor do processo, de modo a adequá-lo às peculiaridades de cada demanda.¹⁶⁹ A adoção do *case management* – conquanto tenha respeitado (ou mesmo incrementado) a

¹⁶⁴ Aliás, a ideia de se estabelecerem cláusulas-chave com um alto grau de adaptabilidade é remota, como ilustra a própria Magna Carta, cujo *status* icônico remanesce até os dias de hoje.

¹⁶⁵ Isso inclui, segundo a regra 1.1, (a) assegurar a igualdade de condições de disputa entre as partes; (b) economizar despesas; (c) lidar com o caso de acordo de maneira proporcional, em relação ao valor envolvido, à importância do caso, à complexidade das questões e às condições financeiras de cada parte; (d) assegurar que o caso seja tratado de forma célere e justa; e (e) alocar de forma equilibrada recursos nos tribunais, levando em conta a necessidade de destinar recursos para outros casos.

¹⁶⁶ Regras 1.2, 1.3 e 1.4 das CPR.

¹⁶⁷ As regras 1.4 (2) e 3.1 das CPR enumeram esses deveres e poderes, entre os quais figuram o de encorajar as partes a cooperar; estimular o uso de ADRs e auxiliar na realização de acordo; determinar o que é relevante e prioritário (ajudar a identificar questões em momento inicial, definir a ordem de sua resolução, decidir quais excluir e quais julgar de forma sumária); tomar decisões sumárias; promover o fluxo ágil do processo (fixando prazos e controlando seu andamento, por exemplo); controlar as custas (ordenando ou concedendo determinada providência apenas se viável economicamente) e aplicar sanções em caso de descumprimento da lei ou de alguma ordem judicial. Vale registrar que, em 1995, uma *Practice Direction* já estimulava os juízes a utilizar alguns desses poderes, mas somente com a edição das CPR o *case management* foi efetivamente implementado, como noticiam ELLIOT, Catherine; QUINN, Frances, *English Legal System*, cit., p. 532.

¹⁶⁸ Para visualização da sequência dos atos processuais no processo civil inglês, v. SIME, Stuart. *A Practical Approach to Civil Procedure*, cit., p. 11.

¹⁶⁹ Nos processos de primeira instância perante a *High Court*, há uma classe específica de juízes incumbidos da função de tomar as decisões relativas à gestão do processo, na fase prévia ao julgamento: são os *masters*, que ocupam, na hierarquia judicial, um nível inferior ao dos *high court judges*, responsáveis pelo *trial*.

importância que a *pre-trial phase* sempre desempenhou no processo civil inglês – provocou uma ruptura com a cultura adversarial, ao imbuir a corte do controle do processo, reduzindo os poderes das partes, que tradicionalmente o detinham.

Partindo-se de um enfoque mais abrangente da ideia de “adversarialidade”, cujo neologismo remete à noção de antagonismo, e não somente ao predomínio dos poderes das partes em detrimento do juiz, a superação do caráter adversarial (ou litigioso) pode ser verificada também a partir de dois outros importantes fatores, quais sejam os cânones da cooperação e da preferência pela solução compositiva dos conflitos.

De um lado, o novo processo civil inglês passou a ser regido pelo princípio da cooperação (entre as partes, e entre estas e o juiz), observável não apenas no dever geral de as partes agirem em conjunto na condução do procedimento, bem como em outros institutos introduzidos pela lei, a exemplo da possibilidade de eleição de um perito único comum (*single joint expert*).

Vale notar que a forma de seleção dos magistrados ingleses parece contribuir para a colaboração entre os atores processuais. Indicados pela rainha, eles são escolhidos dentre advogados qualificados com comprovada experiência,¹⁷⁰ por uma comissão especial (*Judicial Appointments Comision*) criada com essa estrita finalidade.¹⁷¹ Não obstante as críticas de que o perfil dos juízes é distante da maioria da

¹⁷⁰ De acordo com o *Tribunal, Courts and Enforcement Act 2007*, o candidato deve ser *barrister*, *solicitor* ou advogado de órgão público, além de possuir de cinco a sete anos de experiência, conforme o cargo pretendido. Anteriormente, até 2007, com base no *Supreme Court Act 1981*, os juízes deviam ser escolhidos somente dentre *barristers* com no mínimo dez anos de prática – isso explica que a média de idade atual dos magistrados seja de 58 anos. *Solicitors* e *barristers* são as duas classes da profissão de advogado na Inglaterra. Geralmente os clientes contratam os *solicitors* para representá-los, que recorrem aos *barristers* se necessário. Ambos advogam nas cortes e redigem peças processuais, mas os primeiros, na qualidade de procuradores, dedicam-se mais à relação com os clientes, consultoria, negociação e condução do litígio. Já os *barristers* são especializados em atuar especialmente perante as cortes mais altas. As distinções entre as duas classes, porém, têm diminuído com o passar do tempo. O caminho para chegar até elas é bastante competitivo. Para se tornar um *solicitor*, o bacharel em Direito (ou graduado em outra disciplina, desde que faça um curso de um ano e submeta-se à *Common Professional Examination*) deve assistir ao curso da *Legal Practice Court*, que dura um ano, ser aprovado nos respectivos exames, e depois fazer dois anos de estágio em um escritório. Já dos candidatos a *barristers* exigem-se, após o bacharelado, o curso de um ano do *Bar Professional Training Course* e o ingresso em um dos *Inn's*, onde se concentram as salas (*chambers*) dos *barristers*, devendo atuar como pupilos por um ano e depois aguardar a abertura de uma vaga permanente (ELLIOT, Catherine; QUINN, Frances. *English Legal System*, cit., p. 181-193).

¹⁷¹ A *Judicial Appointment Comision* foi criada pelo *Constitutional Reform Act 2005* e retirou do *Lord Chancellor* a responsabilidade de selecionar os juízes. Pretendeu-se, com essa reforma, reforçar a independência judicial e o princípio de separação de poderes, em atendimento à orientação da Corte Europeia de Direitos Humanos. Entre os quatorze componentes da *Judicial Appointments Comision*, encontram-se leigos, juízes e profissionais jurídicos – indicados pela rainha, sob a recomendação do *Lord Chancellor*, por critérios de mérito e bom caráter (ELLIOT, Catherine; QUINN, Frances. *English Legal System*, cit., p. 155).

sociedade,¹⁷² a relação entre advogados e magistrados, decerto graças às suas origens comuns, é de diálogo e acessibilidade,¹⁷³ beneficiando a cooperação na condução do processo.

De outro lado, a filosofia declarada do novo Código, com base na perspectiva de justiça concebida por Lord Woolf – que acolheria, segundo suas pesquisas, as expectativas da comunidade jurídica e dos cidadãos –, é a de “resolver os conflitos, sempre que possível, sem o processo judicial” e, mesmo quando inevitável o ingresso em juízo, “encorajar o acordo no momento mais breve e adequado”.¹⁷⁴

Muito embora grande parte dos casos já terminasse em acordo na Inglaterra, as regras procedimentais eram majoritariamente voltadas à preparação para o *trial*. As disposições do Código, pondo fim a essa incoerência, ocuparam-se também, detidamente, da regulamentação das atividades pré-processuais, com o intuito de evitar a propositura de ação nos casos passíveis de composição, e introduziram diversos incentivos aos métodos adequados de solução de conflitos (ADRs), como a ordem de suspensão do processo (*stay order*) para a sua tentativa.

2.3 Os protocolos pré-processuais

“A minha visão da justiça civil é a de que as disputas devem ser, sempre que possível, resolvidas sem o processo.”¹⁷⁵ A afirmação de Lord Woolf consta justamente da parte de seu Relatório dedicada aos protocolos pré-processuais, levando a crer que, mais do que qualquer outro mecanismo, são eles os responsáveis por assegurar a implementação da “cultura do acordo” perfilhada pelo Código.¹⁷⁶

Os protocolos consistem em guias para a boa prática pré-processual que prescrevem a conduta apropriada a ser seguida pelas partes e por seus representantes legais quando confrontados com a possibilidade de um litígio, antes da propositura de qualquer ação. Por exemplo, sob o sistema de protocolos, alguém que julga ter sido

¹⁷² Os juízes, em geral, são homens (mais de 80%), brancos, pertencentes à classe média a alta e conservadores (ELLIOT, Catherine; QUINN, Frances. *English Legal System*, cit., p. 163).

¹⁷³ O *Senior Master* Robert Turner relata que é comum que os *masters* (juízes responsáveis pelo gerenciamento do processo) telefonem para os advogados antes de tomarem decisões. Palestra na Universidade de Cambridge, em 28.01.2013.

¹⁷⁴ WOOLF, Lord. *Access to Justice Final Report*, fonte cit., Seção III, Capítulo 10.

¹⁷⁵ WOOLF, Lord. *Access to Justice Final Report*, fonte cit., Seção III, Capítulo 10, § 2.

¹⁷⁶ LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen. *Civil Procedure*, cit., p. 77.

vítima de erro médico poderá ter mais fácil acesso aos seus registros clínicos¹⁷⁷ e, na posse desses documentos, provocar o prestador de serviço para que se manifeste sobre uma eventual pretensão indenizatória.

As regras guardam conveniente flexibilidade, a despeito de sua regulamentação detalhada, e são autoexecutáveis, eis que *a priori* prescindem do Judiciário e requerem tão somente a cooperação dos litigantes. As cortes têm, contudo, a oportunidade de envolver-se na aplicação de sanções àqueles que não cumprirem com as determinações protocolares.

A duração do estágio preliminar, que se estende desde o surgimento do conflito até a propositura da demanda em juízo, poderá variar conforme os prazos fixados para cada um dos atos atribuídos às partes e o tempo dedicado à tentativa de negociação ou outro mecanismo extrajudicial de solução da controvérsia.

Admite-se que a parte ingresse diretamente na justiça, sem atender às exigências protocolares, para interromper a prescrição¹⁷⁸ ou para a defesa de um direito em risco iminente, que exija, por exemplo, uma ordem para tornar indisponíveis os bens do réu (*freezing order*). Ainda assim, os litigantes deverão considerar fazer à corte um requerimento posterior de suspensão do procedimento, a fim de cumprir, na etapa inicial do processo, com os deveres que lhe incumbiam por força dos *pre-action protocols*.¹⁷⁹

Em alguns casos óbvios, porém, não são sequer aplicáveis as normas de conduta pré-processual, por exemplo, quando houver consenso entre as partes em relação ao pedido, ou quando for prescindível a indicação de um réu no processo.¹⁸⁰

Adota-se, para o peticionamento inicial, o sistema de *fact-pleading*. O processo inicia-se com a apresentação de um formulário (*claim form*) contendo a indicação dos pedidos e a descrição da demanda, de forma concisa, mas suficiente a permitir a compreensão do réu acerca de seu objeto. O autor também pode trazer, desde logo, com o formulário, a exposição detalhada dos fatos (*particulars of claim*), ou apresentá-la em separado, dentro do prazo legal.

Os atos postulatorios – contestação do réu (*defence*), réplica do autor (*reply*), eventual demanda contraposta apresentada pelo réu (*counterclaim*) e eventual

¹⁷⁷ ANDREWS, Neil. *The Modern Civil Process*, cit., p. 99.

¹⁷⁸ São as hipóteses de *opt-out* dos protocolos.

¹⁷⁹ *Practice Direction on Pre Action Conduct*, regra 9.6.

¹⁸⁰ *Practice Direction on Pre Action Conduct*, regra 2.2 Disponível em: <www.justice.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013.

manifestação de terceiro interessado (*third party proceedings*) – perfazem o conjunto das alegações das partes (*statements of case*) e definem o objeto essencial da disputa, estabilizando-a.¹⁸¹

2.3.1 Elaboração dos protocolos

Em seu relatório final, Lord Woolf recomendou que os protocolos não deveriam abarcar todas as áreas de litígio, mas lidar com questões específicas, como danos pessoais, negligência médica e habitação. Asseverou, ademais, que o seu funcionamento deveria ser monitorado, alterando-se as suas provisões quando necessário, à luz da experiência prática.¹⁸²

Desde a edição do Código, foram aprovados treze protocolos específicos, que contam com formulários detalhados para utilização pelas partes. No próprio ano de 1999, entraram em vigor o de Indenização por Danos Pessoais (*Personal Injury*), desenhado para casos de acidentes de trânsito, tropeços e escorregões nas ruas e acidentes de trabalho;¹⁸³ e o de Litígios Clínicos (*Clinical Disputes*), direcionado às demandas contra hospitais, médicos, dentistas e prestadores privados de saúde, nas quais os pacientes usualmente buscam medidas tão distintas quanto um pedido de desculpas, explicações, tratamentos médicos e/ou compensações financeiras.¹⁸⁴

Seguiram-se, em 2000, os protocolos de litígios de construção civil e engenharia (*construction and engineering*) e o de difamação (*defamation*); em 2001, o de negligência profissional (*professional negligence*); em 2002, o de controle jurisdicional da Administração (*judicial review*)¹⁸⁵; em 2003, o de indenizações por

¹⁸¹ Antes de apresentados os *statement of cause*, admite-se a emenda dos pedidos ou das causas de pedir sem anuência da outra parte, conforme a regra 17.1(1) das CPR; depois, apenas com a concordância do oponente ou autorização do juiz, conforme regra 17.1(2). O juiz inglês está autorizado, contudo, a conceder ao autor medida diversa daquela que foi requerida, pois não está vinculado ao pedido, apenas aos fatos expostos, de acordo com a regra 16.2(5) das CPR.

¹⁸² WOOLF, Lord. *Access to Justice Final Report*, fonte cit., seção III, capítulo 10.

¹⁸³ *Pre-Action Protocol for Personal Injury*. Disponível em: <www.justice.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013. A princípio, o Protocolo de Indenização por Danos Pessoais foi projetado para casos com valor mais baixo, alocáveis no *fast track*, cujo procedimento, por ser mais célere, exigiria que as partes já houvessem trocado informações e identificado as questões relevantes. Nele mesmo se afirma, entretanto, que “the spirit, if not the letter of the Protocol, should still be followed for multi-track type claims” (regra 2.4).

¹⁸⁴ *Pre-Action Protocol for Clinical Disputes*. Disponível em: <www.justice.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013.

¹⁸⁵ O sistema inglês também está sujeito, como o brasileiro, à unidade de jurisdição, embora conte com seções e varas especializadas em matéria administrativa. Designam-se ações de “revisão judicial”

doenças e enfermidades (*disease and illness*) e o de casos de danos a imóveis residenciais (*housing desrepair*); em 2006, o de ações possessórias por atraso no pagamento de aluguéis (*possession claims based on rent arrears*); em 2008, o de ações possessórias por atraso no pagamento de hipotecas (*possession claims based on mortgage arrears*); em 2012, o de dilapidação de propriedade comercial (*dilapidation – commercial property*); e em 2013, o de indenização por danos pessoais de baixo valor decorrentes acidentes de trânsito (*low value personal injury claims in road traffic accidents*); e o de ações possessórias movidas por entidade de moradia social (*possession claims by social landlords*).¹⁸⁶ Existe também um protocolo mais restrito determinando o uso da mediação nos casos de direito de família¹⁸⁷, o qual o governo já anunciou ter a intenção de aprimorar.¹⁸⁸

Todos os protocolos foram originalmente produzidos por grupos de trabalho de partes interessadas, sendo posteriormente aprovados pelo *Master of Rolls*.¹⁸⁹ O guia para as disputas clínicas, por exemplo, foi elaborado por um grupo multidisciplinar formado em 1997 (*Clinical Medical Forum*), composto por profissionais e por representantes de diversas entidades interessadas, com apoio do Departamento do *Lord Chancellor*, do Departamento do Serviço Nacional de Saúde (*National Health Service*), da *Law Society*¹⁹⁰, do *Legal Aid Board*¹⁹¹ e de outras organizações.¹⁹²

A esse respeito, é interessante observar que, tradicionalmente, a maior parte das instituições inglesas, como o Parlamento, o Judiciário ou o Governo, inicia políticas públicas ou grandes mudanças na forma *top down*, ou seja, as propostas são definidas pelos mais altos cargos hierárquicos, e depois implementadas nos níveis inferiores. A

(“judicial review”) aquelas dirigidas a um órgão público, para controlar a justiça de decisão, omissão ou ato administrativos. A ação revisional somente pode ser usada quando não é cabível mais nenhum remédio adequado, tal como o recurso administrativo, e também deve ser precedida do cumprimento das normas prévias constantes de um protocolo específico, o *Pre-Action Protocol for Judicial Review*. Disponível em: <www.justice.gov.uk>. Acesso em: 30 jan. 2016.

¹⁸⁶ Todos os protocolos estão disponíveis em: www.justice.gov.uk, com último acesso em 23.10.2015.

¹⁸⁷ *Practice Direction 3A*. Disponível em: <www.justice.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013.

¹⁸⁸ Ministry of Justice and Department of Education (UK). *The Government Response to the Family Justice Review*, fev. 2012. Disponível em: <www.education.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013.

¹⁸⁹ O *Master of Rolls*, segundo juiz mais sênior da Inglaterra e País de Gales (após o *Lord Chief Justice*, este o mais sênior), preside a Divisão Civil da *Court of Appeal* e atua como Diretor da Justiça Civil. Atualmente, o *Civil Justice Council* funciona como principal consultor do *Master of Rolls* no desenvolvimento dos protocolos, cabendo ao *Civil Procedure Rules Committee* rever a minuta de qualquer emenda proposta.

¹⁹⁰ A *Law Society* constitui o órgão representativo da classe de advogados (*solicitors*).

¹⁹¹ Trata-se do órgão responsável pela assistência jurídica aos necessitados.

¹⁹² *Pre-Action Protocol for Clinical Disputes*. Disponível em: <www.justice.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013.

sociedade acaba, destarte, alijada da participação na formulação das mudanças institucionais mais relevantes.¹⁹³ A construção dos protocolos, porém, ao contar com representantes dos envolvidos em cada tipo de litígio, atende a uma perspectiva *bottom-up*, ostentando maior legitimidade democrática.

Ao lado dos protocolos específicos, o Código estendeu a qualquer tipo de litígio o dever de as partes agirem razoavelmente no intercâmbio de informações relevantes e no esforço de evadir a movimentação desnecessária da maquinaria jurisdicional.

Em 2009, entrou em vigor a *Practice Direction on Pre-Action Conduct*,¹⁹⁴ que estipulava, de forma mais abrangente, as regras aplicáveis aos casos que não possuíssem normas próprias. Operava, por conseguinte, como um “protocolo geral”¹⁹⁵ incidente sobre a maior parte das demandas comerciais e contratuais.¹⁹⁶

Esse modelo foi, porém, alvo de diversas críticas, por aumentar os gastos prévios de forma desproporcional aos benefícios obtidos,¹⁹⁷ vindo a ser extinto com as reformas *Jackson*, implementadas gradualmente a partir de 2013.¹⁹⁸

Nas pesquisas que antecederam tais reformas, pôde-se fazer uma análise mais aprofundada das vantagens e desvantagens dos protocolos, por meio de consultas aos grupos envolvidos, membros do Judiciário, profissionais legais, indústria de seguros, acadêmicos e jurisdicionados. Os resultados confirmaram que os protocolos específicos, em sua grande maioria, têm atingido os objetivos esperados, mostrando-se úteis para

¹⁹³ OAKLAND, John. *British Civilization: an introduction*, cit., p. 9.

¹⁹⁴ *Practice Direction on Pre-Action Conduct*. Disponível em: <www.justice.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013.

¹⁹⁵ SIME, Stuart. *A Practical Approach to Civil Procedure*, cit., p. 52.

¹⁹⁶ Em 2001, o Departamento do *Lord Chacellor* já havia cogitado a possibilidade de elaborar um protocolo pré-processual geral, incidente sobre todos os tipos de litígios para os quais não houvesse normas específicas, cuja ideia foi afastada após a realização de uma consulta pública, que mostrou a majoritária desaprovação popular. V. *LCD Consultation Paper, General Pre-Action Protocol, October 2001*. Disponível em: <www.dca.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013.

Em 2007, com a proliferação de guias de conduta muito semelhantes no conteúdo e distintos somente no formato, o *Civil Justice Council* aventou novamente a viabilidade de unificá-los. A proposta, contudo, não foi levada adiante, em face da oposição manifestada por 75% dos entrevistados em uma pesquisa (DWYER, Déirdre (Ed.). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, cit., p. 13-14).

¹⁹⁷ Nesse sentido, v. Ministry of Justice, UK. *Solving Disputes in the County Courts: Creating a Simpler, Quicker and More Proportionate System – A consultation on Reforming Civil Justice in England and Wales*. Stationery Office, 2011.

¹⁹⁸ As reformas, aprovadas pelo governo em 2011, após a realização de uma consulta pública, partem das recomendações feitas por *Sir Rupert Jackson* em seu extenso relatório sobre os custos do processo, que recomendava, entre muitas outras, as regras sobre a distribuição dos ônus de pagar as custas, os honorários advocatícios, a competência das *small claims courts*, as ofertas de acordo, a *disclosure* e a produção de provas. As mudanças estão sendo implementadas gradualmente. JACKSON, L. J. *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, cit. V. ainda ZUCKERMAN, Adrian A.S. *Civil Justice Quarterly*, cit., v. 32, Feb. 2013.

ajudar as partes a resolverem o conflito sem a interferência judicial – à exceção do Protocolo de Construção e Engenharia, cujos requerimentos consideram-se detalhados ao extremo.¹⁹⁹ Jackson relata ter se “surpreendido” com todo o apoio e entusiasmo manifestados pelos mais diferentes grupos.²⁰⁰

Ponderou-se, no entanto, que, quando a demanda é complexa, envolve vultosos valores e se fundamenta em largo lastro probatório, os custos de trocar informações em um momento anterior à propositura da ação são muito altos. Na maioria desses casos, as partes já tentaram um acordo antes de procurarem o aconselhamento de um advogado e já chegaram ao ponto em que a única opção que lhes resta é o processo judicial. Os grupos consultados mostraram-se, por isso, de forma geral, hostis à ideia de postergar o ajuizamento desse tipo de demanda com a remessa de correspondências e a apresentação de documentos.²⁰¹

Registre-se que a rejeição do protocolo geral não dá carta branca para que as partes ajam como bem entenderem, quando não aplicáveis as normas específicas – não se pode, por exemplo, iniciar um processo sem dar prévio conhecimento do objeto da demanda ao réu. Isto porque, em qualquer hipótese, remanesce a obrigação geral de que os litigantes se comportem de maneira razoável nas negociações, sob pena de sofrerem sanção sobre as custas, como já acontecia anteriormente.

Os protocolos devem ser orientados pelo princípio da proporcionalidade (incorporado também pela reforma Jackson aos *overriding objectives* do CPC inglês), que atua no sentido de que somente se exija das partes a tomada de ações que não sejam “claramente desproporcionais”.²⁰² A medida do que é “desproporcional”, ao que parece, há de ser aferida pelo juiz, quando suscitado eventual descumprimento. Aqui se discerne um traço particular do processo civil inglês, fortemente influenciado pela sua tradição histórica: o papel fundamental das cortes na exegese das leis. Predomina um juízo atento aos casos particulares, guiado por comandos abertos como o da ponderação ou da razoabilidade – os quais incidem, por exemplo, como se verá, na aplicação dos efeitos

¹⁹⁹ Optou-se, assim, pela revisão do Protocolo de Construção e Engenharia, além de outras pequenas sugestões para outros protocolos específicos.

²⁰⁰ “Except in the respect of the Pre-Action Protocol for the Construction and Engineering Disputes, there was a high degree of unanimity that the specific protocols serve a useful purpose. In certain instances amendments would be beneficial, as discussed below. In general terms, however, I was surprised by the degree of enthusiasm and support for the specific protocols” (JACKSON, L. J., *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, cit., p. 345).

²⁰¹ JACKSON, L. J., *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, cit., p. 344-347.

²⁰² AHMED, Masood. An Alternative Approach to Repealing the General Pre-Action Protocol, cit., p. 257.

da oferta da “Parte 36” ou na determinação de uma ordem adversa de custas pela recusa à mediação.

A discricionariedade que caracteriza os poderes do juiz inglês, conquanto acompanhada dos perigos da imprevisibilidade e da inconstância, garante um grau de flexibilidade que é necessário à justiça individualizada²⁰³ e, por isso, “vital” para o sistema – desde, é claro, que as decisões sejam devidamente motivadas.²⁰⁴

2.3.2 Principais elementos

2.3.2.1 Correspondência entre as partes

Veem-se alguns elementos-chave na disciplina pré-processual, que raramente variam,²⁰⁵ quais sejam a correspondência entre os litigantes, a instrução de *expert*, a *disclosure* de documentos e a adoção de um método alternativo de resolução do litígio.²⁰⁶

O primeiro passo daquele que se defronta com um conflito, ou com a iminência de um processo judicial, tão logo disponha de informações suficientes,²⁰⁷ consiste no envio de uma carta prévia ao réu em potencial²⁰⁸ (*letter before claim*), que deve conter os elementos essenciais para permitir ao réu compreender o objeto da demanda.²⁰⁹ A correspondência deve ser instruída com uma relação dos principais documentos em que se baseia e também com uma lista daqueles que o autor pretende lhe sejam disponibilizados pelo oponente. Deve, ainda, indicar o método de resolução de conflito

²⁰³ ALMEIDA, Diogo Rezende de. O *case management* inglês: um sistema maduro? *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 5, v. 7, jan. 2011.

²⁰⁴ ANDREWS, Neil. *English Civil Procedure*, cit., p. 335.

²⁰⁵ O protocolo de difamação, por exemplo, não exige *disclosure*, como se destaca em KAY, Maurice (Ed.). *Blackstone's Civil Practice*, cit., p. 132.

²⁰⁶ A relação de elementos-chave ora apresentada, com algumas adaptações, baseia-se na didática listagem de O'HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*, cit., p. 89 e ss.

²⁰⁷ O protocolo para litígios de difamação afirma que a carta prévia deve ser remetida “na primeira oportunidade razoável”, dado que em tais hipóteses o tempo é um fator fundamental na efetividade da medida a ser obtida, como a imediata correção do ato ou a concessão de um pedido público de desculpas, para o fim de restaurar a reputação da parte lesada (*Pre-Action Protocol for Defamation*, regras 1.4 e 3.1).

²⁰⁸ Optou-se pela utilização dos termos “autor” e “réu” para facilitar a compreensão, muito embora, antes da instauração de um processo judicial, não haja ainda, tecnicamente, tais figuras.

²⁰⁹ Em geral, o nome e o endereço do réu, o motivo da insurgência do autor, os detalhes fáticos que a ensejaram e a identificação do que o autor pretende obter do réu, incluindo, tratando-se de valor financeiro, uma breve explanação sobre o método de cálculo.

mais adequado para solucionar a controvérsia, acompanhado de um convite para a participação do réu.

A par dessas previsões, cada protocolo específico costuma adicionar outras um pouco mais minuciosas, adaptadas aos respectivos objetos. O de disputas clínicas esclarece, por exemplo, que a carta prévia do autor deve descrever a lesão sofrida pelo paciente, incluída a sua condição atual e o prognóstico, apontar as razões da negligência médica, destacar as perdas financeiras e apresentar uma cronologia dos eventos.²¹⁰ Registre-se, ademais, que nessa hipótese o autor dispõe do direito de obter os registros clínicos antes de remeter a carta prévia, os quais lhe devem ser entregues pelo estabelecimento médico no prazo de quarenta dias. Se não atendido o requerimento, socorre-lhe a possibilidade de pedir à corte uma ordem judicial de *disclosure*.²¹¹

É imprescindível que a missiva indique a data que o autor considera razoável para uma resposta, que pode variar de quinze a noventa dias,²¹² em matérias particularmente complexas. Nesses casos, usualmente impõe-se ao réu que, dentro de um prazo mais exíguo, simplesmente dê ciência ao autor de que recebeu a notificação e determine a data em que responderá à demanda (*letter of acknowledgement*). Alguns protocolos trazem exigências adicionais, como o de Indenização por Danos Pessoais, que determina, desde logo, o envio de uma segunda via da carta à seguradora, usualmente envolvida em tais litígios.²¹³

Cabe ao réu anuir com o pedido formulado pelo autor, no todo ou em parte, ou negá-lo mediante justificativa. Se não concordar com a proposta de ADR, deve apresentar as razões de sua recusa e sugerir outra opção. Incumbe-lhe, ainda, de forma análoga ao imposto ao autor, listar os documentos em que baseia a sua defesa, instruí-la com cópia daqueles que lhe tenham sido requeridos na carta prévia (ou explicar a razão pela qual não o faz) e, se for de seu interesse, solicitar a cópia de outros documentos.²¹⁴

²¹⁰ *Pre-Action Protocol for Clinical Disputes*, regra 3.15.

²¹¹ *Pre-Action Protocol for Clinical Disputes*, regras 3.9 e 3.12.

²¹² Os protocolos frequentemente estabelecem prazos próprios. Em casos de Indenização por Danos Pessoais, por exemplo, a ciência do réu de que recebeu a carta do autor deve ser dada em vinte e um dias contados da postagem daquela correspondência (ou em quarenta e dois, se o acidente ocorrer fora do Reino Unido). Já a resposta completa poderá ser dada em três ou seis meses, a depender da complexidade da matéria (*Pre-Action Protocol for Personal Injury*, regra 3.2).

²¹³ *Pre-Action Protocol for Personal Injury*, regra 3.2.

²¹⁴ Ao réu também se permite que formule pedido contraposto, hipótese em que deve prestar os mesmos esclarecimentos exigidos do autor na carta prévia à demanda.

Em seguida, geralmente há previsão de uma espécie de “réplica” para o autor providenciar os documentos eventualmente solicitados pelo réu (ou explicar os motivos de sua recusa).²¹⁵

Um dos mais importantes aspectos concernentes à comunicação entre as partes é o de que não importa em admissão de responsabilidade. Isso significa que nem o conteúdo da carta prévia nem o da resposta vinculam o autor e o réu, respectivamente, porquanto tais atos não possuem o mesmo *status* dos *statements of case*, correspondentes ao conjunto dos atos postulatórios das partes, no âmbito do processo judicial.²¹⁶

Entende-se, por essa razão, ser tolerável a existência de alguma inconsistência entre a carta prévia e a petição inicial, por exemplo, desde que não haja a intenção deliberada de enganar a outra parte. Todavia, John O’Hare e Kevin Browne ponderam que, com frequência, a correspondência pré-processual é levada ao processo pelo oponente, destacando-se as suas diferenças em relação às peças posteriores, e isso inevitavelmente influencia a corte no julgamento da demanda.²¹⁷

2.3.2.2 Seleção e instrução de perito

Por muito tempo, a prova pericial no processo civil inglês era tratada de forma análoga aos demais meios de prova: cada uma das partes parte podia escolher e instruir o seu próprio perito, produzindo unilateralmente um laudo que era trazido aos autos e aberto ao exame e às críticas da parte adversa (*cross-examination*). Nesses moldes, constatava-se a sua maléfica proliferação, feitas ademais por *experts* sem nenhum compromisso com a corte.

Houve algumas mudanças a partir da década de 90, como a exigência de uma autorização judicial prévia para a realização da perícia, e depois coube ao Código processual aprimorar a regulamentação da matéria, em especial mediante a instituição

²¹⁵ Se houver formulação de pedido contraposto, compete ao autor igualmente respondê-la.

²¹⁶ O protocolo de negligência profissional, por exemplo, é expresso nesse sentido: “The letter of claim is not intended to have the same formal status as a statement of case. If, however, the letter of claim differs materially from the statement of case in subsequent proceedings, the Court may decide, in its discretion, to impose sanctions” (*Practice Direction for Professional Negligence*, regra B2.3).

²¹⁷ O’HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*, cit., p. 90, citando as decisões proferidas em *Bell v. London Borough of Havering* (2010) EWCA Civ 689 e *Media C.A.T. Ltd v. Adams* (2011) EWPC 6.

do “perito único comum” (*single joint expert*), a ser definido por acordo das partes ou, se não houver consenso, indicado pela própria corte.²¹⁸

Os protocolos têm diferentes normas sobre a seleção de peritos, a depender da matéria em discussão. As lides mais complexas frequentemente justificam que cada parte indique o seu próprio,²¹⁹ mas a maioria dos protocolos incentiva a eleição e a instrução conjunta, conforme ocorre no processo judicial. Além do sistema do “perito único comum” (*single joint expert*), com o qual ambas concordem, a ser instruído em conjunto e cujas despesas serão divididas, existe o do “perito consentido” (*agreed expert*), em que, conquanto concordem quanto ao nome do perito, apenas uma arcará com os respectivos custos e o instruirá.²²⁰ De qualquer modo, nos dois casos, o laudo somente poderá ser utilizado posteriormente em juízo se a corte o permitir.

Se não houver acordo para eleger o *expert*, aquele a quem interessa a prova pericial pode fornecer à parte adversa uma relação de nomes, passíveis de rejeição. Se nenhum indicado for recusado, ou se todos o forem, o interessado poderá escolher quem quiser da lista. Não obstante, antes de fazer objeções infundadas, ambas as partes devem ter em mente que, uma vez ajuizado um processo judicial, a corte irá considerar se as partes agiram de forma razoável nesse procedimento.²²¹

Sobre a questão, o protocolo de indenização por danos pessoais acresce que, sem prévia objeção à relação de *experts* que lhe tenha sido apresentada na fase preliminar, a parte não poderá, em regra, recorrer à contratação de um perito próprio no curso do processo – salvo se a outra parte o aceitar, se a corte o ordenar, ou se o laudo já produzido não puder ser ainda disponibilizado, porque pendente alguma emenda. Extrai-se da conduta da parte, aqui, a presunção de uma “concordância tácita” com a eleição do profissional, cujos efeitos continuarão a alcançar-lhe também em sede processual.

É verdade que a possibilidade de o juiz não admitir a utilização do laudo pericial concluído na fase preliminar, conforme já mencionado, pode atuar como um fator de desestímulo à perícia prévia. Todavia, o risco de futuras restrições à produção dessa espécie de prova, já no curso do processo, em razão do comportamento prévio

²¹⁸ JACOB, Robin. Experts and Woolf: Have things got better?. In: DWYER, Déirdre (Ed.). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, cit., p. 293-297.

²¹⁹ SIME, Stuart. *A Practical Approach to Civil Procedure*, cit., p. 57.

²²⁰ Sobre as diferenças entre as formas de seleção de perito, v. LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen. *Civil Procedure*, cit., p. 85.

²²¹ *Practice Direction on Pre-Action Conduct*, Anexo C, regras 4, 5 e 6.

externado pelos litigantes, funciona, de outra ponta, como um elemento de inequívoco incitamento ao atendimento das prescrições protocolares respeitantes à perícia.

A maioria dos protocolos incentiva expressamente a concessão de vista à outra parte do laudo pericial, para uma negociação mais aberta.²²² Entretanto, entende-se que, quando apenas uma das partes houver instruído o perito, o laudo lhe “pertence”, ou seja, não existe, segundo a jurisprudência consolidada, a obrigação de disponibilizá-lo ao oponente, contanto que este tenha tido a oportunidade de contestar a instrução do *expert*.²²³ A parte pode preferir não mostrar a conclusão da perícia seja no caso de o resultado ser-lhe contrário, seja na hipótese de lhe ser favorável – quando o seu oponente, sem interesse no acordo, poderia ter tempo de sobra para contratar outro perito e garantir o fortalecimento de sua defesa.²²⁴

Especificamente no protocolo de indenização por danos pessoais, exige-se que a inicial de eventual ação judicial seja acompanhada de um laudo pericial. Esse requerimento estimula a sua disponibilização prévia, durante a fase preliminar. Mesmo nos demais tipos de litígio, é comum que o juiz determine, no curso do processo judicial, o acesso dos litigantes aos laudos periciais em que cada uma se fia. Por esse motivo, O’Hare e Browne defendem ser sempre desejável a promoção de vista recíproca dos pareceres ainda no estágio pré-processual.²²⁵

Segundo a legislação inglesa atual, o compromisso do *expert* é o de auxiliar a corte na eventualidade da existência de um processo judicial, restando suplantada qualquer obrigação para com quem que o instruiu ou arcou com o pagamento de seus honorários,²²⁶ como acontecia anteriormente. Nesse contexto, em que os peritos têm se revelado mais imparciais e comprometidos com o sistema de justiça,²²⁷ parece de fato mais condizente que uma parte mostre o parecer final à outra, mormente quando houve prévia concordância quanto à eleição do perito.

²²² SIME, Stuart. *A Practical Approach to Civil Procedure*, cit., p. 373. No caso de indenização por danos pessoais, a *disclosure* do laudo pericial é essencial na avaliação da extensão dos danos sofridos.

²²³ *Carlson v Townsend* [2001] EWCA Civ 511, [2001] 3 All ER 663.

²²⁴ O’HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*, cit., p. 347.

²²⁵ O’HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*, cit., p. 347.

²²⁶ *Practice Direction on Pre-Action Conduct*, Anexo C, regra 2.

²²⁷ Assim afirmou o *Senior Master* Robert Turner, em palestra na Universidade de Cambridge, em 28.01.2013, de que a autora teve a oportunidade de participar.

2.3.2.3 Disclosure

A técnica da *disclosure* serve à filosofia processual de se revelarem, o quanto antes, as pretensões, os argumentos e as provas de que dispõem os litigantes (*cards on the table approach*).

No curso do processo judicial, após o contraditório, a identificação das questões controversas e a alocação no procedimento adequado, cabe às partes dar ciência, uma à outra, de todos os documentos úteis à demanda que estejam sob seu controle.²²⁸ Sucede, então, após a emissão de uma ordem de *disclosure* pelo juiz, uma fase de inspeção, quando os litigantes podem requisitar cópias ou obter acesso físico aos documentos que lhe interessem, comparecendo ao lugar onde se encontram para analisá-los.²²⁹ O material obtido tornar-se-á efetiva prova somente se expressamente invocado por uma das partes.

No sistema anterior ao Código, o critério para definir se um documento deveria ou não ser objeto de *disclosure* obedecia ao chamado “teste do Peruvian Guano”.²³⁰ As diretrizes ali definidas abarcavam materiais “periféricos”, remotamente relacionados à controvérsia, de modo que o procedimento afigurava-se muito amplo e oneroso.²³¹ Com a nova lei processual, adotou-se o chamado “teste-padrão”, segundo o qual a parte deve informar e disponibilizar, em síntese, os documentos que lhe são favoráveis, isto é, aqueles nos quais fundamenta a sua demanda, e os que possam assistir ao seu oponente.

²²⁸ Os formulários N265 e EX, anexos às CPR, trazem modelos da relação de documentos, que inclui uma declaração de veracidade, informações quanto ao método de busca utilizado e três listas distintas – a primeira com os documentos que estão na posse da parte e podem ser objeto de inspeção; a segunda com os que estão em sua posse, mas não podem ser inspecionados (apresentando-se a justificativa); e a terceira com os documentos que já estiveram, mas não mais estão, sob sua posse, de modo a permitir ao oponente continuar a investigação em outro lugar. Com as reformas *Jackson* de abril de 2013, nos casos *multi track* (exceto ações por danos pessoais), as partes devem apresentar um relatório detalhado, mas conciso, informando os documentos relevantes para o caso, a sua localização e custo estimado para a sua *disclosure* (JACKSON, L. J. *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, cit., p. 370-372).

²²⁹ Conforme a regra 31.15 das CPR. V. também SIME, Stuart. *A Practical Approach to Civil Procedure*, cit., p. 337.

²³⁰ O “teste do *Peruvian Guano*” foi fixado na decisão de *Compagnie Financière v Peruvian Guano Co* (1882) 11 QBD 55, 63, CA.

²³¹ Daí a razão da mudança, segundo MATTHEWS, Paul; MALEK, Hodge M. *Disclosure*, cit., p. 4. Ocorreu que, com a evolução dos meios de comunicação, de elaboração e preservação de documentos, o material a ser analisado segundo o “teste do *Peruvian Guano*” passou a ser muito volumoso e o processo de remessa e inspeção demorado e caro (por contas dos honorários).

Normalmente, no curso do processo, o juiz determina a *disclosure* na forma “padrão” (*standard*)-²³² mas pode limitá-la ou estendê-la, de ofício ou a requerimento.²³³ Os critérios atuais, menos abrangentes do que os estabelecidos no caso “Peruvian Guano”, têm o propósito de garantir que a extensão do procedimento seja proporcional à natureza do pedido.²³⁴ A verdade é que, graças à *disclosure*, a incidência da realização de acordos no curso do procedimento judicial é notavelmente maior na fase *pre-trial*, porque a reunião de mais elementos cognitivos viabiliza a reavaliação das chances de sucesso das partes em seus pleitos.²³⁵

Podem-se inferir os benefícios da antecipação do procedimento para a fase pré-processual, porquanto se adianta o momento em que os litigantes são capazes de concentrar-se nos tópicos essenciais da matéria em discussão e de apreciar com mais solidez o mérito da causa. Mesmo nos conflitos que venham a resultar na propositura de uma ação judicial, a disponibilização e a inspeção prévias dos documentos terão sido úteis, por abreviarem, em medida proporcional, o tempo, os esforços e as despesas em que as partes incorreriam na etapa subsequente.

²³² Conforme as regras 31.5 e 31.6 das CPR. Além dos documentos que se encaixam no teste-padrão, o juiz deve ordenar a *disclosure* também em relação àqueles referidos nas petições das partes, em depoimentos de testemunhas e no laudo pericial (CPR, regra 31.1). Estão a salvo da *disclosure* os documentos que prejudiquem o interesse público, aqueles sobre os quais incida sigilo legal (CPR, regras 31.3 e 31.19), como as discussões entre advogado e o cliente (*legal advice privilege*), e aqueles cuja inspeção seja desproporcional às questões do caso. A própria parte pode limitar a busca de documentos conforme a data de sua elaboração, ao lugar em que se encontram ou a sua categoria, segundo a regra da proporcionalidade constante da *Practice Direction* 31A, 2.

²³³ CPR, regras 31.5 e 31.12.

²³⁴ Em seu relatório para a revisão das custas processuais, Rupert Jackson notou que os valores envolvidos na realização da *disclosure*-padrão (ou seja, na tarefa de os advogados selecionarem os documentos que se encaixam no teste) continuavam bastante altos, cogitando, *a priori*, a possibilidade de restringi-la ainda mais. Ao cabo de suas pesquisas, entretanto, concluiu que a questão era controversa: grande parte da comunidade jurídica considera a *disclosure* fundamental para o sistema de justiça civil inglês e admite ser necessária a existência de um teste de aplicação geral, como um referencial claro e tangível para medir a dimensão daquela obrigação; e, em contrapartida, há quem defenda a abolição do procedimento, por conta de seu elevado ônus financeiro (JACKSON, L. J. *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, cit., p. 370-372).

Houve algum consenso somente quanto às grandes demandas comerciais, por isso o procedimento *multi track* foi o único alterado pelas reformas *Jackson*. Previu-se a realização de uma reunião, presencial ou por telefone, para que as partes e o juiz discutam sobre a amplitude da *disclosure* apropriada para o litígio, que pode obedecer a uma vasta gama de possibilidades: a inexistência de *disclosure*; a sua restrição aos documentos em que a parte baseia a sua demanda, facultando-lhe pedidos suplementares de documentos específicos; a *disclosure* item a item; a determinação de que cada parte disponibilize documentos cujas informações lhe permitam avançar no processo ou prejudicar o oponente; ou qualquer outra ordem que a corte considere conveniente (CPR, regra 31.5A). Reforçou-se, assim, a adoção do “teste-padrão” como um ponto de partida, passível de adaptação conforme o caso, mediante a gestão do juiz.

²³⁵ O’HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*, cit., p. 492.

A *disclosure* da fase preliminar guarda, porém, algumas diferenças relevantes em relação àquela realizada no curso do processo.²³⁶ Prescinde-se, a princípio, da concessão de uma ordem judicial. Os protocolos tencionam, afinal, tornar automático o procedimento, dispensando requerimentos ao tribunal para a sua obtenção.

Outra distinção fundamental concerne ao objeto da *disclosure*, mais escasso no estágio anterior ao processo do que em seu itinerário. Exigem as normas gerais de conduta, como visto, que tanto a carta prévia do autor quanto a resposta do réu contenham cópia dos documentos essenciais em que se baseiam. A par dessa obrigação, as partes têm a faculdade de solicitar ao oponente outros que lhes interessem. Alguns protocolos oferecem, ademais, uma relação de documentos específicos cuja disponibilização se impõe, como o de indenização por danos pessoais. Contudo, não se requer às partes que noticiem de antemão a existência de todos os materiais que lhes sejam contrários e possam fundamentar a defesa do adversário,²³⁷ como na ordem-padrão usualmente determinada em juízo.

2.3.2.3.1 Ordens judiciais de *disclosure*

Não obstante os protocolos tenham sido desenhados para prescindir da interferência judicial, mediante obrigações autoexecutáveis, as suas normas podem não ser atendidas voluntariamente pelos litigantes. O Código de Processo Civil inglês estatui, por essa razão, o poder de a corte emitir ordens judiciais de *disclosure*, anteriores à instauração do processo. Tais ordens, na sistemática anterior, eram aceitáveis tão somente em conflitos de danos pessoais e de negligência médica. Lord Woolf reputou conveniente estendê-las a todos os tipos de litígio, como mais um meio de permitir às partes coligir informações para propor ou aceitar um acordo.

Encontra-se, assim, uma norma geral (ao lado de algumas disposições específicas)²³⁸ que confere ao tribunal poderes para determinar a disponibilização de um determinado documento, mediante requerimento fundamentado e lastreado em

²³⁶ Antes da edição das CPR, a *disclosure* se intitulava *discovery*, tal como nos Estados Unidos da América. Encontram-se mais informações históricas na completa obra de MATTHEWS, Paul; MALEK, Hodge M. *Disclosure*, cit., p. 7-10.

²³⁷ O'HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*, cit., p. 483.

²³⁸ As CPR preveem ordens específicas, por exemplo, para a preservação de propriedade e de busca e apreensão, a fim de impedir o réu em potencial de destruir provas importantes. CPR, regra 25.1 (1) (h).

provas,²³⁹ desde que (i) o autor e o réu sejam partes prováveis em eventual processo; (ii) o material buscado integre o conjunto que seria objeto de uma ordem de *disclosure* “padrão”; e (iii) seja desejável a concessão do pedido com um dos seguintes propósitos: (a) dispor de forma justa do processo; (b) ajudar na resolução do conflito sem a via judicial; ou (c) economizar despesas.²⁴⁰

Quando implementada, no final da década de 90, a *disclosure* pré-processual por ordem judicial parecia estar se expandindo progressivamente. Em 2002, porém, no emblemático caso *Black v Sumitomo*,²⁴¹ a *Court of Appeal* reformou a decisão de primeira instância que concedera ampla divulgação em litígio comercial, sob o fundamento de que o autor buscava “pescar” informações (*fishing expedition*), isto é, tentava obter, de forma genérica e infundada, algum material de prova para provocar uma ação judicial. Na sequência dessa decisão, as cortes têm preferido conceder ordens de *disclosure* em conflitos que envolvam danos pessoais ou físicos, enquanto no contexto empresarial se mostram mais cautelosas, em face do perigo de estimular demandas especulativas.²⁴²

Constata-se grande discricionariedade judicial quanto à concessão (ou não) desse tipo de ordem.²⁴³ O grande desafio da *disclosure* é justamente o de fixar a extensão legítima da obrigação de se revelarem informações antes do início do processo, sem compactuar com tentativas de *fishing expedition*.²⁴⁴ À parte resta a difícil tarefa de demonstrar que existe fundamentação razoável para a propositura de uma ação e, em simultâneo, que há carência de material suficiente para a sua formulação adequada.²⁴⁵ O requerente deve, mais do que identificar o documento pretendido, indicar a natureza da

²³⁹ CPR, regra 33.2.

²⁴⁰ CPR, regra 31.16. Os termos da previsão legal, considerados imprecisos (MALEK, Hodge M. Proportionality and Suitability of the Disclosure Regime under the CPR. In: DWYER, Déirdre (Ed.). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, cit., p. 288), foram esclarecidos por diversas decisões judiciais ulteriores – por exemplo, no caso *Black v Sumitomo Corporation* (2001) EWCA Civ 1818, (2002) 1 WLR 1562. Quanto aos requisitos pessoais, entendeu-se que o réu não precisa ser uma parte “provável” da demanda, mas tão somente “possível”. Já os requisitos objetivos foram interpretados no sentido de que os documentos pretendidos devem integrar o rol da *disclosure*-padrão e de que basta a existência de uma “real expectativa” de que a ordem seja justa para as partes caso iniciado o processo, contribua para evitar a sua instauração ou ajude a reduzir as custas de qualquer ato.

²⁴¹ *Black v. Sumitomo Corporation* (2001) EWCA Civ 1818, (2002) 1 WLR 1562.

²⁴² ANDREWS, Neil. *The Modern Civil Process*, cit., p. 107.

²⁴³ Conforme MATTHEWS, Paul; MALEK, Hodge M. *Disclosure*, cit., item 3.35. Entende-se que há discricionariedade judicial sempre que uma regra estipula que o juiz “pode” dar uma determinada ordem, ainda que sujeita a certas condições (KAY, (Ed.). *Blackstone’s Civil Practice*, cit., p. 44).

²⁴⁴ Ou, em uma linguagem mais informal, “jogar a rede para ver o que sai do mar”.

²⁴⁵ MALEK, Hodge M. Proportionality and Suitability of the Disclosure Regime under the CPR, cit., p. 289.

demanda a ser ajuizada e a utilidade do material para provar determinado fato. Quanto mais limitado e objetivo o pedido de *disclosure*, maior é a chance de a corte concedê-lo.

Outro ponto delicado diz respeito à *disclosure* contra terceiros. No direito inglês, vige a máxima de que terceiros somente podem ser obrigados a produzir prova mediante uma ordem do tribunal no âmbito do processo judicial (*mere witness rule*).²⁴⁶ Alguns precedentes, porém, abriram exceções a essa regra²⁴⁷ e o Código houve por bem autorizar a *disclosure* contra quem não é parte potencial na demanda, quando os documentos pretendidos “provavelmente” sustentam o pedido do autor ou afetam negativamente alguma das partes; e a *disclosure* se faz necessária de maneira a “dispor de modo justo da causa” ou economizar despesas. Ao terceiro cabe cumprir a ordem ou, se for o caso, indicar os documentos que não estejam mais em seu poder e aqueles cuja inspeção, por direito, pode obstar.²⁴⁸

Neil Andrews explica que os tribunais, ao decidirem sobre as ordens de *disclosure* contra terceiros, tentam encontrar o equilíbrio entre valores diversos: de um lado, a importância das questões objeto de prova e a perspectiva de o autor ser vencedor na causa; de outro, os interesses de terceiros, que devem ser privados de intromissão injustificada na sua privacidade e confidencialidade.²⁴⁹ A jurisprudência já asseverou, a esse respeito, que terceiros não podem ser obrigados a fornecer informações, a menos que haja justificativa para o pedido e não exista nenhuma outra fonte para obtê-las.²⁵⁰

Em regra, os custos da ordem judicial de *disclosure* serão suportados pela parte requerente, o que decerto arrefece a formulação de pedidos com propósitos exclusivamente táticos. No entanto, o ônus do pagamento pode ser revertido ao requerido, quando a obrigação de disponibilizar o documento exsurgir de algum protocolo e for imotivada a sua retenção.²⁵¹ Na prática, a visão preponderante dos advogados é a de que é preferível a *disclosure* dos protocolos ao requerimento judicial,

²⁴⁶ O'HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*, cit., p. 485.

²⁴⁷ Em *Norwich Pharmacal Co v. Commissioners for Customs and Excise* (1974) AC 133, 203, HL, admitiu-se ordem contra terceiro para identificar o infrator principal, quando o terceiro estivesse envolvido, ainda que de forma inocente, nos fatos em questão. Outros precedentes posteriores abriram novas exceções, como a possibilidade de ordem contra terceiro para aferir localização, natureza e valor dos bens materiais do réu em potencial (*Mercantile Group (Europe) AG v Ayele* (1994) QB 366, CA).

²⁴⁸ CPR, regra 31.17.

²⁴⁹ ANDREWS, Neil. *The Modern Civil Process*, cit., p. 104-108.

²⁵⁰ *Mitsui & Co Ltd v. Nexen Petroleum UK Ltd* (2005) EWH 625 (Ch); (2005) 3 All ER 511.

²⁵¹ CPR, regra 48.1.

que consome mais tempo e mais recursos financeiros, além de exigir uma fundamentação razoável para a sua formulação.²⁵²

2.3.2.4 Incentivos ao acordo

A carta prévia e a resposta devem necessariamente especificar o método extrajudicial de resolução de conflitos a que as partes estejam dispostas a se submeter, entre os quais a negociação, a mediação, a avaliação neutra de terceiro e a arbitragem.²⁵³

É de se notar que a obrigação de considerar os ADRs permanece inclusive após a instauração de eventual processo judicial. No questionário de alocação processual,²⁵⁴ a ser respondido pelas partes após o contraditório inicial, junto às informações a respeito do valor da causa, dos meios de prova e do tempo estimado para duração do julgamento, dá-se especial ênfase à busca do acordo. Já na primeira seção do questionário uma nota introdutória alerta que as partes devem fazer todos os esforços para alcançá-lo antes da audiência, por meio de discussão ou negociação, “ou de um procedimento mais formal, como a mediação”, e que o juiz deverá ser oportunamente cientificado de todos os passos das partes nesse sentido. Dos representantes legais exige-se a confirmação de que explicaram aos seus clientes a necessidade de tentar previamente o acordo, as opções disponíveis e as sanções de custas a que estão sujeitas em caso de recusa.²⁵⁵ Requer-se dos litigantes, ainda, que elucidem se desejam nesse momento a suspensão do processo por um mês, para eventuais tratativas.²⁵⁶

²⁵² PARKERS, Tim. The Civil Procedure Rules Ten Years On: The Practitioner’s Perspective. In: DWYER, Déirdre (Ed.). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, cit., p. 440.

²⁵³ Por exemplo, *Practice Direction for Personal Injury*, regras 2.16-2.19; da *Practice Protocol for Clinical Disputes*, regras 5.1-5.4; e da *Practice Direction for Professional Negligence*, regra B6.1-6.4.

²⁵⁴ Com as reformas *Jackson*, o *allocation questionnaire* será substituído por um *directions questionnaire*, cujas elaboração e divulgação ainda se aguardam.

²⁵⁵ “Under the Civil Procedure Rules parties should make every effort to settle their case before the hearing. This could be by discussion or negotiation (such as a roundtable meeting or settlement conference) or by a more formal process such as mediation. The court will want to know what steps have been taken. Settling the case early can save costs, including court hearing fees.

For legal representatives only: I confirm that I have explained to my client the need to try to settle; the options available; and the possibility of costs sanctions if they refuse to try to settle. [...]” (*Allocation Questionnaire*. Disponível em: <www.justice.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013).

²⁵⁶ *Allocation Questionnaire, Section A*, cit.

2.3.2.4.1 Negociação e oferta de acordo com repercussão nas custas

Cada protocolo costuma estipular um prazo para a negociação entre as partes, decerto porque o tempo de discussão está condicionado às peculiaridades de cada demanda. No protocolo sobre casos de negligência profissional, alude-se a um período de seis meses para as tratativas, prorrogável pelas partes, desde que o réu não tenha rejeitado, em sua resposta, todos os termos da carta do autor.²⁵⁷

As eventuais propostas de acordo podem ser formuladas de várias formas. Uma oferta verbal, de que não se tenha registro, não compromete a defesa do proponente em ulterior processo judicial. Por sua vez, uma oferta por escrito, sem qualquer ressalva (*open correspondence*), está sujeita de ao risco de ser invocada nos autos, como prova de assunção parcial ou integral de responsabilidade. Se gravada com a expressão “sem prejuízo” (*without prejudice*), porém resta inibida a sua utilização em juízo para fins de responsabilização do ofertante.

Coube ao Código de Processo Civil de 1999 aperfeiçoar uma terceira opção: a de formular uma proposta “sem prejuízo, salvo em relação às custas” (*without prejudice as to costs*).²⁵⁸ Nesse caso, o documento não será admissível como meio de prova, mas poderá repercutir na fixação das custas processuais, quanto ao valor e ao ônus de seu pagamento – se a parte a quem foi feita a proposta recusá-la, a lide prosseguir até ulterior julgamento, e a decisão proferida lhe for menos favorável do que a oferta anterior. O mecanismo é cabível mesmo em demandas que não envolvam obrigação de pagar; nesse caso, o juiz terá de comparar os termos da oferta e do julgamento, avaliando qual foi o mais favorável à parte ofertante.

Tal proposta de acordo com repercussão sobre as custas²⁵⁹, ou oferta “da Parte 36” (como alcunhada pelos ingleses, porque disposta naquela seção do código), foi

²⁵⁷ *Practice Direction for Professional Negligence*, regra B5.6.

²⁵⁸ As *Rules of the Supreme Court* concediam exclusivamente ao réu a possibilidade de fazer proposta de acordo com repercussão nas custas, mediante o depósito do valor ofertado perante a corte. Se não aceito o pagamento, o montante continuava retido até o julgamento da demanda. As CPR criaram a oferta de acordo sem depósito em juízo, para questões não monetárias e estenderam também ao autor a faculdade de formulá-las. A “Parte 36” das CPR, dedicada à regulamentação da matéria, sofreu ainda alterações substanciais em reforma legislativa de abril de 2007, quando, após consecutivas decisões nesse sentido, foi enfim extinta a criticada obrigação de o réu depositar em juízo o valor de sua oferta monetária. V. mais em SIME, Stuart. *Offers to Settle: Incentive, Coercion, Clarity*, cit., p. 182.

²⁵⁹ Há alguns requisitos mínimos formais a que o proponente deve obedecer. A oferta deve ser feita por escrito, enunciar a intenção de ter as consequências da Parte 36, indicar o seu objeto (se envolve toda a demanda ou parte dela) e especificar o prazo de aceitação, não inferior a vinte e um dias. Esse período, dito “relevante” (*relevant period*), fixa tão somente a data a partir da qual a outra parte sofrerá os efeitos

concebida como um mecanismo estratégico para que a parte possa persuadir o oponente a aceitar um acordo, ante o risco de lhe serem imputadas – ou agravadas – as custas processuais.²⁶⁰ Embora tenha sido idealizada, a princípio, para uso no procedimento judicial, pode ser também utilizada na fase preliminar,²⁶¹ tanto pelo réu quanto pelo autor.

No caso da proposta formulada pelo réu e rejeitada pelo autor, se instaurado o processo judicial e nele for proferida sentença que seja menos vantajosa ao autor do que a oferta por ele recusada, ainda que vitorioso quanto ao mérito, ele será condenado a pagar as custas²⁶² em que incorreu o réu, acrescidas de juros, desde o último dia do prazo em que poderia ter aceitado a proposta.²⁶³

Observe-se que, sendo a proposta formulada no curso do processo, haverá a repartição das custas (*split order*): o réu será responsável pelas despesas até a data em que o autor poderia ter anuído com o acordo, e este arcará com os custos posteriores, ainda que os seus pedidos tenham sido julgados procedentes. Logo, o quanto antes o réu apresentar uma boa proposta, maior será a parcela das custas transferidas ao autor.²⁶⁴

Já no caso de ser oferecida na fase preliminar, após o recebimento da carta prévia à demanda, o autor acabará por suportar todos os custos do processo, conquanto

em relação às custas, em caso de não concordância, eis que é possível anuir com uma oferta mesmo após findo o prazo indicado. Todavia, se decorrido sem concordância manifesta, o ofertante fica livre para renunciar à oferta ou mudar os seus termos, de forma a torná-la menos (ou mais) vantajosa à outra parte. Aceito o ajuste, a qualquer tempo, cabe ao réu proceder ao pagamento do valor devido dentro de quatorze dias, sob pena de execução judicial (Regra 36 do CPC inglês).

²⁶⁰ O'HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*, cit., p. 455.

²⁶¹ Segundo a regra 36.3 (2) "a", das CPR.

²⁶² Até a edição das reformas *Jackson*, em vigor desde abril de 2013, sempre vigeu a regra geral de que a parte perdedora deveria reembolsar à parte vencedora todos os gastos em que esta tivesse incorrido no curso do processo, incluídos os honorários advocatícios, por hora e/ou por êxito, e as despesas com seguro legal (frequentemente contratado pelos litigantes). Como se pode imaginar, por abarcar tantos tipos de despesas, o montante imputado à parte perdedora podia ser muito alto, superando a própria condenação. Não obstante, a corte tinha – e ainda tem – liberdade para decidir de forma diversa em relação ao ônus de pagar as custas e quanto ao seu valor, com base nos critérios previstos em lei, tais como a conduta das partes antes e durante o procedimento, o sucesso quanto aos seus pleitos, o valor da causa, a importância, complexidade, dificuldade ou caráter de novidade da demanda, a habilidade, esforço, responsabilidade e conhecimentos específicos envolvidos, e o tempo despendido no processo (CPR, regras 44.3 e 44.5). Com as reformas *Jackson*, houve expressivas mudanças: abolição do regresso dos honorários de êxito; limitação da recuperação do seguro legal aos casos de negligência médica; e instituição, nos casos de danos pessoais e de negligência, da regra de transferência unilateral de custos ("one-way cost shifting"). Segundo essa norma, em caso de procedência do pedido, o réu deverá pagar ao autor todos os custos do processo; mas, se improcedente, o autor não terá o ônus correspondente (de ressarcir o réu em todos os valores despendidos), salvo em três hipóteses: se a ação for inadmitida, se fraudulenta, ou se o autor tiver deixado de aceitar uma proposta de acordo com efeitos somente em relação às custas, de que ora se trata.

²⁶³ CPR, regras 36.14 (2). Esse prazo para aceitação, a ser informado na própria oferta, não pode ser inferior a vinte e um dias, conforme a regra 36.2.

²⁶⁴ O'HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*, cit., p. 455.

vencedor da ação. Por isso afirma-se que se deve ter especial cautela ao ignorar ou rejeitar ofertas “da Parte 36”.²⁶⁵

Outrossim, na hipótese de proposta apresentada pelo próprio autor (na qual admita, por exemplo, receber uma quantia inferior ao que entende devido) e rejeitada pelo réu, se a parte ingressar com a ação judicial e obtiver, ao final, uma sentença que lhe seja, no mínimo, tão vantajosa quanto aquela por ela ofertada, a corte poderá fixar juros até 10% acima da taxa-base, sobre todo ou parte do valor acordado, a partir do último dia do prazo para aceitação (*enhanced interest*); e/ou determinar o pagamento das custas em bases indenizatórias, a partir da mesma data, também com incidência de juros agravados. Quanto às custas incorridas antes desse dia, o réu normalmente será condenado a ressarcir-las acrescidas de juros conforme a taxa-base.²⁶⁶

Com as reformas *Jacksons*, instituiu-se, além das custas indenizatórias e dos juros agravados, um prêmio adicional (*additional reward*) consistente em um aumento de até 10% do valor das perdas e danos ou 10% do valor das custas,²⁶⁷ para o autor cuja proposta de acordo não seja aceita pelo réu e, no julgamento final da causa, seja superada pela sentença.²⁶⁸ Conforme Stuart Sime, o agravamento se justifica pelo fato de que os benefícios concedidos ao autor, em geral, não são tão proveitosos quanto a inversão do ônus de pagar as custas, garantida ao réu quando é ele o ofertante.²⁶⁹

Nesse sistema, enfim, ambas as partes têm estímulo não somente para aceitar, mas também para propor um acordo: o autor para receber custas indenizatórias, juros mais altos e prêmio adicional, e o réu para evitar a responsabilidade de pagar as custas

²⁶⁵ SIME, Stuart. *A Practical Approach to Civil Procedure*, cit., p. 62.

²⁶⁶ CPR, regra 36.14 (3). Segundo a Rule 36.14 (4), a oferta terá as consequências previstas na lei apenas em relação aos custos do processo de primeira instância, sem compreender eventuais recursos contra a decisão final. Isso significa que, “se um autor que recebeu *enhanced interests* e *enhanced costs* em relação a uma sentença, não receberá as mesmas vantagens em relação a um recurso desprovido contra aquela sentença, a não ser que faça nova proposta de acordo quanto ao recurso” (O’HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*, cit., p. 479).

²⁶⁷ Há um teto correspondente a £75.000 e uma variação do percentual aplicável, em casos de maior vulto financeiro, que será de 10% nas causas de até £500.000; e nas causas de £500.000 a £1.000.000, de 10% em relação aos primeiros £500.000 e de 5% sobre o restante, segundo as *Offers to Settle in Civil Proceedings Order 2013, SI 2031/93*. Para Stuart Sime, assim se garante que o prêmio mantenha-se razoável e proporcional ao valor da demanda (*Offers to Settle: Incentive, Coercion, Clarity*, cit., p. 197).

²⁶⁸ CPR, regra 36.14 (3). Segundo a Rule 36.14 (4), a oferta terá as consequências previstas na lei apenas em relação aos custos do processo de primeira instância, sem compreender eventuais recursos contra a decisão final. Isso significa que, “se um autor que recebeu *enhanced interests* e *enhanced costs* em relação a uma sentença não receberá as mesmas vantagens em relação a um recurso desprovido contra aquela sentença, a não ser que faça nova proposta de acordo quanto ao recurso” (O’HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*, cit., p. 479).

²⁶⁹ SIME, Stuart. *Offers to Settle: Incentive, Coercion, Clarity*, cit., p. 188.

processuais do autor, além de ser ressarcido nas próprias despesas relativas ao mesmo período.

É de se ressaltar que a lei autoriza à corte afastar as consequências legais, se entendê-las “injustas”. Cuida-se, mais uma vez, de decisão posta à relativa discricção do julgador, de quem se exige apenas que tome em consideração as seguintes circunstâncias: (i) os termos da proposta de acordo; (ii) o momento em que formulada; (iii) as informações então disponíveis às partes; e (iv) a conduta dos litigantes em relação à prestação de informações para permitir a concepção e a apreciação da oferta.²⁷⁰

2.3.2.4.2 Desenvolvimento da mediação

Antes mesmo das reformas de Lord Woolf, já se desenvolviam políticas públicas para o desenvolvimento da mediação e de outros ADRs na Inglaterra,²⁷¹ a partir da influência norte-americana e, posteriormente, dos estímulos advindos da União Europeia.²⁷² A edição do Código de Processo Civil representou, porém, um verdadeiro “divisor de águas”, eis que baseado na premissa fundamental do processo como a derradeira alternativa à solução dos conflitos.²⁷³ Além de prescrever a obrigação de as partes considerarem a adoção da mediação previamente ao processo judicial, atribuiu-se

²⁷⁰ CPR, regra 36.14 (4). A jurisprudência já consignou, por exemplo, que não produz efeitos em relação às custas, em caso de não aceitação, uma oferta de valor insignificante, formulada com o exclusivo intuito de usufruir dos benefícios previstos na lei. *AB v CD & Ors* [2011] EWHC 602 (Ch). Nesse particular, O’Hare e Browne contam que os advogados do réu têm por prática oferecer um valor baixo apenas para exercer pressão no autor, contando com a alternativa de refinar depois a sua oferta (O’HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*, cit., p. 455).

Do mesmo modo que a corte pode afastar os efeitos da “parte 36” quando o proponente que não agiu de forma razoável, ainda que tenha seguido as regras procedimentais, permite-se-lhe também, de outro lado, considerar eficaz a proposta para o fim de repercutir nas custas quando constatadas pequenas falhas formais, que não causem prejuízo à outra parte (O’HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*, cit., p. 465).

²⁷¹ Um dos marcos foi a criação, em 1990, do CEDR, *Centre for Effective Dispute Resolution*.

²⁷² Sabe-se que a União Europeia também já estimulava o desenvolvimento do método, com a publicação de normas destinadas a promover a sua introdução e o seu eficiente funcionamento nos Estados-Membros, em diversas áreas. Podem-se citar, por exemplo, em matéria consumerista, as Recomendações n.º 98/257/EC, de 30.03.1998 (*Principles Applicable to the Bodies responsible for Out-of-Court Settlement of Consumer Disputes*), e n.º 2001/310/EC, de 04.04.2001 (*Principles for Out-of-Court Bodies involved in the consensual Resolution of Consumer Disputes*), ambas sobre os princípios aplicáveis aos órgãos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios do consumidor. Teve especial importância o Código de Conduta para Mediadores (*European Code of Conduct for Mediators*), de julho de 2004. Mais recentemente, publicou-se a Diretiva n.º 2008/52/EC, de 21.05.2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre aspectos da mediação em questões civis e comerciais (*Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters*).

²⁷³ GENN, Hazel. *Judging Civil Justice*, cit., p. 92-93.

ao juiz, na qualidade de *case manager*, o poder de determiná-la, quando apropriada às circunstâncias do litígio.²⁷⁴

Já no final da década de 90 houve diversos programas-piloto de mediação em inúmeras cortes na Inglaterra, com resultados eloquentes.²⁷⁵ Em 2003, fundou-se o *Civil Mediation Council*, ligado ao Ministério da Justiça, responsável pelo credenciamento das instituições de mediação, como meio de garantir a sua boa prática junto ao Judiciário.²⁷⁶ As sessões de mediação judicial nos procedimentos *fast track* e *multi track* realizam-se ainda hoje nos próprios tribunais, conduzidas por mediadores privados vinculados às organizações registradas.

Contudo, a mudança legislativa, os investimentos públicos e o entusiasmo dos juízes em recomendar o método não foram capazes de fazer com que as partes por ele optassem espontaneamente, antes mesmo de ingressar em juízo. Para incentivá-las, foi essencial a prolação de uma série de decisões marcantes²⁷⁷ pela *High Court* e pela *Court of Appeal*, na qual se consolidou o manejo das custas – sempre elas – como um meio de sanção àquele que se recusa de forma injustificada a participar da mediação,²⁷⁸ tenha sido esta sugerida pela outra parte ou recomendada pelo juiz.²⁷⁹

O fato de o litigante vencer a demanda, portanto, não significa que não possa ser punido, restando suscetível à emissão de uma “ordem de custas adversas” (*adverse costs order*). No entanto, é mais comum infligir a pena àquele que não somente se negou a mediar, como não teve êxito no processo judicial, hipótese em que haverá o agravamento dos valores que já seriam devidos por conta da sucumbência.²⁸⁰

²⁷⁴ CPR, regras 3.1 (2) (f) e 26.4.

²⁷⁵ GENN, Hazel. *Twisting Arms: Court Referred and Court Limited Mediation Under Judicial Pressure*, cit.; PRINCE, Sue; BELCHER, Sohpie. *An Evaluation of the Effectiveness of Court-Based Mediation Processes in Non-Family Civil Proceedings at Exeter and Guildford County Court*. Department for Constitutional Affairs, London, 2006.

²⁷⁶ Disponível em: <www.civilmediation.org>. Acesso em: 27 abr. 2013.

²⁷⁷ Uma das mais representativas decisões foi proferida pela *Court of Appeal* em 2003, no caso *Dunnet v. Railtrack plc*, em que a autora pedia indenização pelo atropelamento dos seus cavalos por um trem da companhia ferroviária ré. O juiz sugeriu a mediação e a ré a recusou, por acreditar na força de seu direito. Não obstante tenha realmente saído vitoriosa, ante a improcedência integral dos pedidos, a companhia não pôde ser ressarcida nas despesas processuais e ainda foi condenada ao pagamento de todas as custas processuais suportadas pela autora, por ter rejeitado a mediação (*Dunnet v. Railtrack plc* (2002) EWCA Civ 2003).

²⁷⁸ Em *Hurst v. Leeming* (2001) EWHC 1051 Ch, asseverou-se que cabia ao juiz decidir quando uma recusa para mediar seria ou não justificada, e que a falha injustificada da parte em considerar a mediação atrairia consequências adversas.

²⁷⁹ A recomendação judicial somente é possível no curso do processo judicial, por isso não será objeto de análise.

²⁸⁰ SHIPMAN, Shirley. *Alternative Dispute Resolution, the Threat of Adverse Costs and the Right of Access to Court*. In: DWYER, Déirdre (Ed.). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, cit., p. 347.

No julgamento do caso *Royal Bank of Canada Trust Corporation v Secretary of State for Defence*, a *Court of Appeal* manifestou entendimento bastante restritivo sobre as situações em que uma parte poderia rejeitar a mediação, sem sofrer qualquer sanção de custas.²⁸¹ Mais tarde, em *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust*, em 2004, definiram-se com maior clareza os critérios indicadores de quando uma recusa à mediação poderia ser tida por “razoável”: (i) a natureza da controvérsia (é razoável a recusa se houver uma questão de direito que exija a criação de precedente); o mérito do caso (se a parte tiver razões fundamentadas para acreditar fortemente na sua vitória); a extensão em que houve tentativa prévia de resolução por ADR (se já restou evidente a impossibilidade de acordo, em razão de tentativas prévias); os custos e o tempo a ser despendido na realização da mediação (se os altos gastos e os atrasos puderem ser prejudiciais); e as chances de sucesso do procedimento. No tocante ao último aspecto, não cabe à parte que rejeitou o convite o ônus de demonstrar que a mediação fracassaria, mas àquela que a sugeriu o de provar que o mecanismo teria perspectiva suficiente de êxito.²⁸² Assim, a partir de *Halsey*, a jurisprudência inglesa consolidou uma interpretação mais flexível e racional acerca do que se reputaria uma recusa “razoável”, capaz de afastar a sanção de custas.

É de se pontuar que a aceitação da mediação pressupõe, mais do que a presença à sessão, o engajamento e a participação de boa-fé. Conforme decidido em *Earl of Malmesbury v Strut and Parker*, “uma parte que concorda com a mediação, mas a leva ao fracasso por adotar uma posição desarrazoada, tem, na realidade, a mesma postura daquela que recusa desarrazoadamente a mediação”, ficando, portanto, também sujeita à punição.²⁸³

Conquanto os parâmetros definidos em *Halsey* tenham levado à aplicação mais moderada das sanções,²⁸⁴ reconhece-se que não chegou a haver um retrocesso no uso da

²⁸¹ Na hipótese, o convite para participar do procedimento foi feito pelo banco autor ao réu, Ministro da Defesa, que o negou sob a alegação de que a controvérsia envolveria uma questão de direito, a requerer uma resposta do Judiciário. A sentença deu ganho de causa ao réu quanto à questão, mas ainda assim o juiz lhe obstou a recuperação das custas, porque considerou que aquela circunstância não bastaria para tornar o conflito impróprio para a mediação (*Royal Bank of Canada Trust Corporation v. Secretary of State for Defence* (2003) EWHC 1479 (Ch)).

²⁸² *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* (2004) EWCA (Civ) 576.

²⁸³ No caso, a postura não colaborativa do autor foi punida com uma redução de 80% das custas que lhe seriam devidas se não houvesse sido sancionado (*Earl of Malmesbury v Strut and Parker* EWHC 424 (QB), trad. livre da autora).

²⁸⁴ Conforme WOODS, Thomas S. Cost Sanctions for Unreasonable Refusal to Mediate: Coming to a Courthouse near you?, cit., p. 421. Em *Askey v. Wood* (2005) EWCA Civ. 574, considerou-se a possibilidade de sanção, mas decidiu-se pela não imposição da ordem de custas adversas, porque os

mediação. Os profissionais legais incorporaram, em boa medida, o hábito de discutir sobre os ADRs com seus clientes.²⁸⁵ Contribuíram para esse fim as decisões que admitiram a validade e a eficácia das cláusulas de mediação nos contratos comerciais.²⁸⁶

Há, por último, um fator menos nobre a influenciar a busca pelos ADRs, qual seja a perspectiva de desembolso de valores substanciais perante o Judiciário, que afugenta os litigantes e atua como inegável fator de pressão à participação na mediação e à conclusão de acordos.²⁸⁷

A Corte Europeia de Direitos Humanos ainda não teve a oportunidade de julgar se a ameaça da ordem de custas adversas pela rejeição infundada de um ADR infringiria o direito fundamental de acesso à justiça, insculpido no art. 6.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Essa discussão tomou importância no julgamento de *Halsey*, quando a *Court of Appeal* registrou que, embora fosse função das cortes incentivar a mediação, “inclusive de modo intenso”, seria inadmissível atentar contra a vontade das partes, sob pena de se criar um obstáculo ao acesso à justiça.²⁸⁸

De acordo com a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, devem ser respeitados os mecanismos instituídos por cada Estado, desde que compreendidos dentro de sua “margem de apreciação”, persecutórios de um fim legítimo e proporcionais a esse desiderato.²⁸⁹

Apesar de o estímulo à mediação contribuir inequivocamente para a eficiente administração da justiça e interesse às partes envolvidas, a Corte já considerou

valores dos danos não foram identificados desde o início pelo autor, o que dificultaria ao réu ter uma visão geral do litígio, de modo a julgar o *quantum* apropriado para um acordo.

²⁸⁵ CLARKE, Lara. Mediation in the Post-Halsey Era. *IBA Legal Practice Division Mediation Committee Newsletter*, p. 19, Aug. 2005.

²⁸⁶ Como a de *Cable & Wireless v. IBM United Kingdom Ltd*, em que a corte determinou a suspensão do processo para que as partes se submetessem ao procedimento, conforme acordado em sede contratual. *Cable & Wireless v. IBM United Kingdom Ltd* (2002) EWHC 2059 (Comm); (2002) 2 All ER (Comm) 1041; (2002) CLC 1319; (2003) BLR 89. Contudo, segundo se asseverou recentemente em *Sulamerica Cia Nacional de Seguros S.A. v. Enesa Engenharia S.A.*, a cláusula somente será passível de cumprimento forçado se fizer referência a uma instituição ou à adoção de um determinado modelo de normas procedimentais (*Sulamerica Cia Nacional de Seguros SA v. Enesa Engenharia AS* (2012) EWCA Civ 638).

²⁸⁷ ANDREWS, Neil. *The Modern Civil Process*, cit., p. 193.

²⁸⁸ “We heard argument on the question whether the Court has power to order parties to submit their disputes to mediation against their will. It is one thing to encourage the parties to agree to mediation, even to encourage in the most strongest terms. It is another to order them to do so. It seems to us that to oblige truly unwilling parties to refer their disputes to mediation would be to oppose an unacceptable obstruction on their right of access to the court” (DYSON, Lord Justice. *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* (2004), p. 920-924).

²⁸⁹ *Ashingdane v. United Kingdom Series A*, n 93 (1985) 7 EHRR 528 [57].

desproporcionais alguns tipos de restrições financeiras.²⁹⁰ Verificam-se, porém, relevantes diferenças entre as hipóteses precedentes, nas quais a ameaça financeira foi tida como um óbice ao acesso à justiça, e o caso inglês, visto que, neste, a sanção não é imediata nem automática, mas casuística e excepcional;²⁹¹ não visa a persuadir as partes para fecharem um acordo, mas tão somente a se submeterem a um ADR; e as custas não são impostas para gerar receita para o Estado, mas para proteger o interesse da outra parte, que foi obrigada a litigar quando poderia ter participado de um procedimento mais célere e econômico.²⁹²

É de se pontuar que, no âmbito da União Europeia, a Corte de Justiça se posicionou recentemente no sentido de que nem mesmo os procedimentos extrajudiciais mandatórios, sejam prévios ou incidentes ao processo judicial, são contrários ao art. 6.º –, contanto que não resultem na imposição de uma decisão, não causem atraso substancial, não excluam a competência da corte e não sejam excessivamente custosos.²⁹³

A Diretiva n.º 52, de 21.05.2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre aspectos da mediação em questões civis e comerciais, demonstra também aceitar a validade da mediação obrigatória, ao deixar os Estados livres para decidirem quanto à obrigatoriedade ou facultatividade e instituição de sanções ou incentivos econômicos, desde que não lese o direito de ação das partes.²⁹⁴

Na Inglaterra, não se chegou a instituir a mediação mandatória automática nos tribunais, a despeito de algumas tentativas isoladas e em geral malsucedidas.²⁹⁵ Rupert Jackson, ao analisar o tema em seu relatório, endossa a visão de que mediação não deve

²⁹⁰ Já há duas décadas, em *Deweer v. Belgium* (1980) 2 EHRR 439, considerou-se que não deveria haver nenhum tipo de coação para o acordo, sob pena de ofensa ao acesso à justiça, e que uma ameaça financeira constituiria uma coação. Em *Stankov v. Bulgaria App* n 68490/01 (ECtHR, 12 July 2007), entendeu-se que a multa de 4% sobre o valor da demanda, em caso de derrota, ofenderia o art. 6.º. A corte julgou que, embora compatível com os interesses da administração da justiça, a medida era desproporcional porque a demanda não era abusiva e o autor não poderia ser penalizado simplesmente pelo ajuizamento da ação.

²⁹¹ CLARKE, Anthony. *The Future of Civil Mediation*, cit.

²⁹² Na opinião de SHIPMAN, Shirley. *Alternative Dispute Resolution, the Threat of Adverse Costs and the Right of Access to Court*, cit., p. 345.

²⁹³ *Rosalba Alassini v. Telecom Italia SpA* (C-317/08), j. 18.03.2010.

²⁹⁴ *Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters*, n.º 2008/52/EC, de 21.05.2008. itens 3 e 5 (2). Sobre a questão, v. HANKS, Melissa. *Perspectives on Mandatory Mediation*. 35. *University of New South Wales Law Journal*, n. 929, p. 935, 2012.

²⁹⁵ V. PARTINGTON, Martin. *Speech on Automatic Referral to Mediation Scheme*. Disponível em: <www.docstoc.com/docs/25372469/Automatic-Referral-to-Mediation-Scheme>. Acesso em: 27 abr. 2013. Vale destacar a existência de uma nova tentativa em curso, como se vê em *New Pilot to Show Mediation Can Work for the Court of Appeal*, de 30.03.2012. Disponível em: <www.judiciary.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013.

ser obrigatória em todos os casos porque “não é uma panaceia universal”. No momento mais breve possível, no curso do processo judicial, a corte deve perquirir as demandas em que a mediação pareça o método mais adequado, em vista das particularidades do objeto e da relação das partes em conflito. Caber-lhe-á, então, destacar aos litigantes as suas vantagens e encorajá-los a discutir a alternativa; requerer uma explicação quando houver recusa de uma das partes; e aplicar sanção sobre as custas, ao final do processo, ao litigante que a houver rejeitado sem motivo razoável.²⁹⁶ Na fase preliminar, contudo, em que vige a obrigação genérica de tentar um ADR, não se dispõe dessa análise judicial quanto ao método resolutório mais apropriado ao conflito, de modo que a incumbência transfere-se aos advogados e às próprias partes.²⁹⁷

2.3.3 Sanções em caso de descumprimento das previsões protocolares

Exploraram-se anteriormente as consequências de algumas falhas no cumprimento dos protocolos, como a recusa injustificada de um convite para participação em um ADR, que pode dar ensejo à atribuição ou majoração das custas devidas ao final do processo, e a falta em disponibilizar um documento cuja *disclosure* foi requerida, que autoriza o pedido de uma ordem judicial com essa finalidade.

Há muitas outras regras igualmente passíveis de desobediência – por exemplo, se o litigante não prover informação suficiente para permitir ao oponente ter ciência das questões discutidas; ou se não agir dentro do prazo previsto no protocolo.

Antes das reformas *Jackson*, com exceção da falha em promover a *disclosure* de um documento, o desatendimento às demais obrigações pré-processuais somente poderia ser constatado quando da propositura de uma ação judicial, a partir das informações prestadas pelos litigantes. Comprovada a quebra material do protocolo, o inadimplente era sancionado em sede de *case management* ou no momento da repartição dos custos, ao final do processo.²⁹⁸

²⁹⁶ JACKSON, L. J. *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, cit., p. 361.

²⁹⁷ Daí a importância da sugestão de *Jackson* de promoverem-se campanhas a fim de que todos os advogados, bem como o público em geral, tenham conhecimento suficiente sobre os diferentes meios de solução dos litígios. Aprovou-se, nesse sentido, a elaboração de um manual, sob a égide do *Civil Justice Council*, que concentre informações claras e concisas sobre o que é a mediação, a que tipo de casos se adéqua e quais as instituições a provêm, a ser publicado anualmente (JACKSON, L. J. *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, cit., p. 362-363).

²⁹⁸ *Practice Direction on Pre-Action Conduct*, regras 3.1 (4), (5), 3.9 (1) (e) e 44.3 (5) (a).

O conjunto de reformas introduziu a novidade de se permitir à parte recorrer de imediato à corte, quando prejudicada por descumprimento grave ou pela utilização abusiva do protocolo pela parte adversa, de maneira análoga ao que já se lhe legitimava fazer quanto à obrigação de *disclosure*. De acordo com a redação da regra 25.1 do Código de Processo Civil, o requerimento poderá ser feito na forma escrita ou oral (por meio de uma audiência) e, entre as medidas a serem concedidas pelo juiz, constam as seguintes: liberar a parte de cumprir uma determinada prescrição, ou tolerar que seja postergada a sua realização; determinar a execução de alguma providência conforme o protocolo; ordenar o pagamento de custas a serem fixadas pela corte como compensação pelos danos causados; e determinar que a parte em falta renuncie aos valores eventualmente fixados em uma ordem favorável de custas.²⁹⁹

Ressalvando que tais pedidos podem provocar o incremento de ações judiciais acessórias (*satellite litigation*) e gerar mais gastos, a não ser que estritamente controlados, o relatório *Jackson* recomenda que as cortes sejam rígidas quanto à sua admissibilidade, a fim de desestimular a formulação de requerimentos frívolos.

Já dentro do curso do processo são inúmeras as possíveis sanções.³⁰⁰ No âmbito da gestão do procedimento, as ordens judiciais podem incluir a suspensão do procedimento até que a parte tome as providências que lhe incumbiam,³⁰¹ a negativa de eventual pedido de extensão de prazo pela parte faltosa; a recusa a ouvir um *expert* que foi instruído sem prévio atendimento ao protocolo; ou o depósito de uma soma em dinheiro, como garantia de crédito ou das despesas processuais.³⁰² A jurisprudência entende, porém, que esta última espécie de exigência deve ser usada com cautela, para não incidir na violação do direito de acesso à justiça.³⁰³

Se descumpridas as normas que preveem a *disclosure* preliminar, o tribunal também pode extrair inferências fáticas contrárias à parte faltosa. Os princípios do

²⁹⁹ Ou ainda, se eventual processo vier a seguir o procedimento de *fast track*, pode o juiz deixar de aplicar o regime de custos fixos. Regra 25.1, das CPR.

³⁰⁰ A lista trazida pela *Practice Direction* não é exaustiva, segundo KAY, Maurice (Ed.). *Blackstone's Civil Practice*, cit., p. 135.

³⁰¹ *Cundall Johnson & Partners LLP v. Whipps Cross Universal Hospital NHS Trust* (2007) EWHC 2178 (Tcc); 2007 BLR 520; (2008) TCL).

³⁰² Conforme a regra 3.1 (5) da *Practice Direction on Pre-Action Conduct*.

³⁰³ Conforme decidido em *Olatawura v. Abiloye* (2002) All. ER, 909, CA; e *Ali v. Hudson* (2003) EWCA Civ 1793.

American Law Institute/Unidroit (*International Institute for the Unification of Private Law*) reconhecem essa espécie de punição branda.³⁰⁴

No que diz respeito às custas processuais, as sanções compreendem a sua fixação em bases indenizatórias, se a parte faltosa houver sucumbido; ou a inversão do ônus do seu pagamento, se houver vencido. Em caso de condenação ao pagamento de soma em dinheiro, pode ainda a corte determinar que a parte faltosa, quando autora e vitoriosa em sua demanda, seja privada dos juros legais, em todo o montante ou parte dele (ou reduzida a taxa de juros aplicável); ou ordenar a utilização de uma taxa de juros mais alta, em até 10%, sobre toda a soma ou parte dela, se a parte relapsa for o réu sucumbente. A ordem de custas punitiva consiste na mais poderosa sanção aos inadimplentes, mas o seu emprego, segundo noticiam os estudiosos, não é muito frequente.³⁰⁵

Entende-se que o envio da carta prévia pelo autor ao réu constitui o ato mínimo necessário antes do ajuizamento de qualquer demanda. Antes mesmo do advento da lei, aliás, a jurisprudência já punia, mediante a redistribuição do ônus de pagar as custas, um autor que ingressasse na Justiça sem notificar o seu oponente.³⁰⁶ No mesmo sentido, em *Phoenix Finance Ltd v. Fédération Internationale de l'Automobile*,³⁰⁷ julgado em 2002, o autor foi condenado ao pagamento de custas em bases indenizatórias, depois de ajuizar a ação judicial sem encaminhar a missiva ao réu, e de ter todos os seus pedidos julgados improcedentes pelo Judiciário. As cortes mostram-se um pouco mais comedidas se o autor sai vencedor na demanda: já se afastou a sanção por constatar-se que a remessa da carta não teria evitado a propositura da ação, nem modificado a situação entre as partes.³⁰⁸ De forma simétrica, é comum também que a falta do réu em responder à carta do autor (ou a elaboração de uma resposta evasiva) reflita nas custas a lhe serem impostas.³⁰⁹

³⁰⁴ Adotados em 2004, os princípios de processo civil transnacional do ALI/Unidroit servem de referência para a adjudicação de disputas comerciais e civis transnacionais e de base para reformas dos processos civis nacionais (*ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure*. Disponível em: <www.unidroit.org>. Acesso em: 27 abr. 2013).

³⁰⁵ AHMED, Masood. An Alternative Approach to Repealing the General Pre-Action Protocol, cit., p. 267. A sanção de custas foi utilizada, por exemplo, em *Charles Church Development Ltd v. Stent Foundations Ltd* (2007) EWHC 855 (TCC).

³⁰⁶ AHMED, Masood. An Alternative Approach to Repealing the General Pre-Action Protocol, cit., p. 264.

³⁰⁷ *Phoenix Finance Ltd v. Fédération Internationale de l'Automobile* (2002) EWHC 1242 (Ch).

³⁰⁸ *Merial Ltd v. Sankyo Co Ltd* [2004] EWHC 3077 and *Digicel (St Lucia) Ltd v. Cable & Wireless Plc* [2010] EWHC 888.

³⁰⁹ *Fox Gregory Ltd v. Hampton Group Ltd* (2006) EWCA Civ 1544.

A preocupação das cortes concerne à obediência aos princípios básicos dos formulários antecedentes à ação, e não ao estrito cumprimento das formalidades técnicas. Ao aplicar-se qualquer sanção, devem-se levar em conta todos os passos tomados pelas partes (ou seja, a extensão em que foram cumpridas as obrigações); a sua proporcionalidade, em comparação ao tamanho e importância da matéria em discussão; a urgência da questão; e os efeitos totais do descumprimento.³¹⁰

O litigante constrangido pela imposição de uma punição pode insurgir-se mediante um requerimento de liberação da medida, que tem a inconveniência de originar um incidente processual.

Uma observação relevante e imprescindível a respeito do sistema de protocolos é a de que eles não constituem uma condição prévia à propositura da ação judicial, tampouco um pressuposto de existência ou validade do processo.

Entre as formas de extinção sumária do processo existentes no ordenamento inglês existe uma – o *striking out* – cujas causas são próximas àquelas que, na *civil law*, levam ao indeferimento da inicial ou determinam a extinção do processo sem julgamento de mérito, pela ausência de uma das condições da ação (em especial a falta de interesse de agir).³¹¹ O *striking out* consiste na rejeição *ab initio* e *in status assertionis* da demanda ou da defesa,³¹² quando estas não dispuserem de fundamentação razoável,³¹³ incidirem em abuso processual ou forem prejudiciais à ordem legítima do procedimento;³¹⁴ ou ainda quando a parte houver descumprido uma regra processual, instrução prática ou norma da corte. Trata-se, portanto, de um meio de combate à litigância de má-fé e ao abuso do direito de ação, surgido a partir da evolução do

³¹⁰ *Practice Direction*, regras 3.1, 4.3 e 4.5. V., ainda, KAY, Maurice (Ed.). *Blackstone's Civil Practice*, cit., p. 135; e a decisão de *Straker v. Tudor Rose (A Firm)* [2007] EWCA Civ 368, na qual o tribunal de segundo grau reformou a decisão do juiz de primeira instância, que reduzira as custas devidas ao autor, vitorioso mas faltoso em relação às suas obrigações protocolares.

³¹¹ JOLOWICZ, J. A., *On Civil Procedure*. Cambridge: University Press, 2000, p. 63.

³¹² Nas hipóteses da regra 3.4 (2), das CPR.

³¹³ Segundo a *Practice Direction 3A*, regras 1.4 e 1.6, são exemplos de demandas e defesas infundadas as petições incoerentes, as que não exponham os fatos em que se baseiam, ou aquelas que contenham fatos que, mesmo verdadeiros, não dão ensejo a um direito de ação ou de defesa legalmente reconhecidos. A falta de fundamentação razoável autoriza também outra forma de extinção sumária, o *summary judgment*, conforme explica a mesma PD na regra 1.2.

³¹⁴ Conforme a *Practice Direction 3A*, regra 1.5, é o caso da demanda vexatória, indecente ou manifestamente infundada.

sistema inglês, que carece de uma cláusula geral de responsabilidade pelo exercício abusivo de situações jurídicas processuais.³¹⁵

Com base na última hipótese, seria viável, ao menos em tese, admitir o *striking out* de uma demanda como sanção à parte que desrespeitou uma obrigação protocolar. Contudo, verifica-se da jurisprudência que essa severa punição é reservada aos casos em que há desrespeito contumaz às ordens judiciais dadas no curso do processo judicial.³¹⁶ E, ainda assim, o *striking out* somente se justifica caso advenha, da conduta da parte faltosa, um efetivo prejuízo para o processo.³¹⁷ Nos demais casos, dá-se preferência à aplicação de sanções menos gravosas, ou à concessão de novas oportunidades para que se atendam as prescrições legais, “sob pena de *strike out*”.³¹⁸

É evidente que as cortes são relutantes em rejeitar dessa forma as ações para não incorrer em qualquer tipo de privação ao direito de acesso à justiça. Em 1998, a Corte Europeia de Direitos Humanos puniu os tribunais ingleses pela utilização do *striking out* para descartar petições infundadas, considerando que violaria o art. 6.º da Convenção Europeia.³¹⁹ Em 2001, contudo, em outro julgamento, estabeleceu-se que a rejeição de uma demanda ou defesa, a depender das circunstâncias de cada caso, pode ser um filtro admissível.³²⁰

2.4 Efeitos da adoção dos protocolos

É assente na doutrina o sucesso da pretendida transformação na cultura processual inglesa, que deixou de ser essencialmente privatista e contendora, dando lugar aos novos paradigmas da cooperação entre as partes, de um juiz mais ativo e do

³¹⁵ No lugar de um tipo geral de abuso de processo, existem causas de imputação de danos em situações restritas, como a *action for abuse of process* (ANDREWS, Neil. *Abuse of process in English Civil Litigation*. London: Kluwer Law International, 1999. p. 79).

³¹⁶ Por exemplo, em *UCB Corporate Services Ltd v. Halifax (SW) Ltd* (1999) CPLR 691, houve total desrespeito às ordens emanadas pela Corte. Já a falha em apresentar *pre-trial checklist* e se atrasar para audiência de *case management* não constituiu um descumprimento grave, para fins de determinação do *striking out*, em *Lambeth London Borough Council v. Onayomake* (2007) The Times, 2 november 2007.

³¹⁷ Em *Taylor v. Anderson* (2003) RTR 2005, houve procrastinação, mas entendeu-se que a conduta da parte não impediu o julgamento justo, por isso o tribunal considerou que o *striking out* foi uma medida exagerada e que a corte deveria ter imposto uma sanção menos agressiva.

³¹⁸ SIME, Stuart. *A Practical Approach to Civil Procedure*, cit., p. 333; O'HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*, cit., p. 10.

³¹⁹ *Osman v. United Kingdom* (1998) EHRR 101.

³²⁰ *Z v. UK* (2001) 34 ECHR 97.

fomento ao acordo.³²¹ Seria ingênuo, porém, imputar a incorporação de uma ideologia diversa somente às alterações normativas: foi imprescindível, em paralelo, a receptividade dos profissionais legais, em particular a dos juízes, que aos poucos a legitimaram em suas decisões.³²²

Não são dissonantes as conclusões a que chegaram os estudos baseados em entrevistas.³²³ As estatísticas corroboram tais impressões, ao exprimirem uma diminuição considerável no volume de ações propostas desde o advento do Código,³²⁴ acompanhada do incremento no uso dos meios alternativos de solução de controvérsias, graças à adoção do acordo como política pública e à previsão legal de consecutivas oportunidades e incentivos financeiros para a composição amigável da lide.³²⁵ Ainda

³²¹ Nesse sentido, CLARKE, Anthony. *The Woolf Reforms: a Singular Event or an Ongoing Process?*; TURNER, Robert. *Actively: The Word that Changed the Civil Courts*; PEYSNER, John, *A blot on the landscape*; e PRINCE, Susan. *ADR after the CPR: Have ADR Initiatives Now Assured Mediation an Integral Role in the Civil Justice System in England and Wales?*, todos em DWYER, Déirdre (Ed.). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, cit., p. 34, 82, 157 e 327, respectivamente.

Adrian Zuckerman, professor da Universidade de Oxford, afirma que o cânone da cooperação transmutou a natureza dos litígios na Inglaterra (ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure: Principles of Practice*, cit., p. 43).

Mesmo um dos maiores opositores do Código, Michael Zander, professor da *London School of Economics and Political Sciences*, assenta ter havido notável e bem-vinda melhoria na índole adversarial do processo inglês: “I was sceptical whether it would be possible to change the deeply ingrained culture. It seems that on this I was too pessimistic and that there has been a distinct and welcome change” (ZANDER, Michael. *The Woolf Reforms: what’s the verdict?* In: DWYER, Déirdre (Ed.). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, cit., p. 431).

³²² Houve grande investimento no treinamento e atualização dos juízes, como relata ELLIOT, Catherine; QUINN, Frances. *English Legal System*, cit., p. 528.

³²³ Já em 2001 o departamento do *Lord Chancellor* realizou uma pesquisa para monitorar os efeitos iniciais das inovações legislativas, cujos resultados foram bastante satisfatórios, especialmente quanto aos protocolos pré-processuais e a oferta da “Parte 36” (*Emerging Findings* e *Further Findings*, ambos publicados em 2001 e disponíveis em: <www.dca.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013). Michael Zander, contudo, põe em xeque a relevância das pesquisas, por terem sido feitas sem dados empíricos, em um universo restrito e de forma não randômica (*The Woolf Reforms: what’s the verdict?*, cit., p. 422).

Em uma pesquisa mais extensa feita em 2005, John Peysner e Mary Seneviratne puderam também inferir que o sentimento comum de magistrados, servidores e advogados era o de que teria havido um aperfeiçoamento em relação ao sistema anterior: “The overall view was that the culture had changed for the better. The general feeling, shared by judges, court staff and practitioners, was that the reforms had achieved the objective in this respect, and that this is was an improvement on the previous system. There was a general feeling that co-operation between parties and the court was significantly better” (PEYSNER, John; SENEVIRATNE, Mary. *The Managing of Civil Cases: The Courts and the Post-Woolf Landscape*, cit., p. 413).

³²⁴ Em 1995, foram ajuizadas perante a *High Court* mais de 150.000 demandas; em 2007, esse número caiu para 64.000. Essa tendência se mantém, embora obviamente mais sutil, como ilustram os dados mais recentes: em 2011, contabilizaram-se cerca de 35.000 novas ações na *Chancery Division* e um pouco menos de 14.000 na *Queen’s Bench Division*, em uma redução de 23% e 25%, respectivamente, em relação a 2009 (*Judicial and Court Statistics* (annual). Disponível em: <www.gov.uk/government/publications/judicial-and-court-statistics-annual>. Acesso em: 27 abr. 2013).

³²⁵ Segundo o relatório *Jackson*, o número de mediações, que já vinha se expandindo, aumentou em 181% entre 2007 e 2009 (JACKSON, L. J., *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, cit., p. 356).

assim, acredita-se que exista espaço considerável para maior desenvolvimento do instituto.

O sucesso das mudanças no padrão de comportamento é atribuído, principalmente, aos protocolos pré-processuais.³²⁶ Prevalece a visão de que os protocolos, conquanto tenham representado um “ousado ingresso em uma arena eminentemente de contenda e historicamente legada a negociações particulares”,³²⁷ corresponderam a “um grande passo à frente na administração da justiça”.³²⁸ Eles triunfaram em estreitar o caminho para o consenso, ao anteciparem a identificação das questões controversas.³²⁹ Ao mesmo tempo, quando inevitável o processo, favoreceram a *disclosure* judicial, facilitaram a preparação da causa, ensejaram uma postura mais prestativa das partes e contribuíram para o maior uso do *single joint expert*, de acordo com a doutrina e com as pesquisas iniciais.³³⁰

É verdade que, desde o início, as pesquisas já apontavam um inconveniente das atividades preliminares: a possível exacerbação dos custos totais de enfrentamento dos litígios.³³¹ Nas recentes reformas *Jackson*, quando se examinaram mais profundamente as vantagens e as desvantagens dos protocolos, confirmou-se a utilidade dos protocolos específicos, desde que não muito detalhados, o que elevaria os seus respectivos custos.³³²

Destaca-se também a adequada punição aos inadimplentes, a garantir a efetividade dos protocolos. A possibilidade de um requerimento judicial para a aplicação de sanção à parte faltosa, introduzida pelas reformas *Jackson*, veio atender ao pleito da doutrina, que, diante da complacência das cortes com o descumprimento das obrigações prévias,³³³ já pugnava pelo maior rigor na penalização.³³⁴

³²⁶ WALLER, Lord Justice; SCOTT, I. R. (Ed.). *Civil Procedure: The White Book Service*, cit., p. 34.

³²⁷ ANDREWS, Neil. *English Civil Procedure*, cit., p. 7-8.

³²⁸ BROOKE, LJ. In *Carlson v Townsend* [2001] EWCA Civ 511, [2001] 3 All ER 663.

³²⁹ ZANDER, Michael. *Cases and Materials on the English Legal System*, cit., p. 62 e 132-133.

³³⁰ PEYSNER, John; SENEVIRATNE, Mary. *The Managing of Civil Cases: The Courts and the Post-Woolf Landscape*, cit., p. 13.

³³¹ Um estudo da *Law Society* e do *Civil Justice Council* de 2002, baseado em entrevistas com dezenas de advogados e seguradoras e no estudo de trezentos casos, inferiu significativa melhoria na qualidade da troca pré-processual de informações entre os advogados das partes adversárias e na sua predisposição à negociação, mas apontou, por outro lado, a majoração dos gastos incorridos pelas partes quando frustrada a tentativa de acordo e ajuizado o processo judicial (GORIELY, T.; MOORHEAD, R.; ABRAMS, P. *More Civil Justice?*, cit., p. 165 e ss.).

³³² JACKSON, L. J. *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, cit., p. 345.

³³³ JACKSON, L. J., *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, cit., p. 397. Tim Parkes explica que a falta de sanções é mais recorrente nos casos submetidos ao protocolo geral, porque mais difícil comprovar

A relevância do estudo do sistema inglês repousa, em síntese, no fato de ser um dos raros países a consagrar todo um conjunto de normas à regulamentação de um estágio obrigatório preliminar ao processo, com rara interveniência do Judiciário, orientado pela comunicação entre as partes e pela busca de outras formas de enfrentamento do litígio, contando com potentes meios sancionatórios àqueles que desrespeitam os deveres de conduta.

No capítulo seguinte, noticiam-se, já de modo mais perfunctório e ilustrativo, algumas iniciativas de outros ordenamentos, que não compõem propriamente uma “fase pré-processual” ordenada e coesa como aquela derivada dos protocolos ingleses, mas interessam a esta pesquisa porque se destinam igualmente ao diálogo, à produção de provas ou à tentativa de composição do conflito, em momento anterior à instauração do processo.

o seu descumprimento do que o das normas de um protocolo específico (PARKES, Tim. *The Civil Procedure Rules Ten Years On: The Practitioner’s Perspective*, cit., p. 437).

³³⁴ ELLIOT, Catherine; QUINN, Frances. *English Legal System*, cit., p. 532.

3. ATOS ANTECEDENTES AO PROCESSO EM OUTROS ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS

3.1 Estados Unidos da América

A excepcionalidade do direito processual civil norte-americano repousa, em uma análise sintética, na existência de um julgamento final por um júri (*trial*) e na realização de uma fase preparatória prévia ao julgamento (*pre-trial*), na qual a investigação é controlada pelas próprias partes.³³⁵ É bem verdade que essa imagem de um processo bifásico frequentemente não corresponde à realidade, na medida em que grande parte dos processos se resolve na fase dita preparatória, por meio do uso de algum método consensual de solução de conflitos.³³⁶ Todavia, a existência do júri, da forma concebida pela *common law*,³³⁷ constituiu fator determinante na construção daquele modelo processual³³⁸ e, ainda hoje, diferentemente do que se dá na Inglaterra, está presente na maioria dos casos que chegam a julgamento final.

A atual estrutura judicial norte-americana foi concebida a partir da *Code-Pleading Reform*, iniciada pelo Estado de Nova Iorque em 1848 e seguida por vários outros, que marcou a fusão entre as cortes da *common law* e os tribunais de equidade.³³⁹ O mesmo ocorreu em âmbito federal³⁴⁰ em 1938, quando da adoção da Lei Federal de

³³⁵ CHASE, Oscar G. A excepcionalidade americana e o direito processual comparado. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, ano 28, v. 110, p. 126, abr.-jun. 2003. Consiste o júri na reunião de cidadãos leigos com o poder de deliberar sobre as provas e definir a responsabilidade de cada uma das partes em um processo civil, além de definir o montante dos eventuais danos a serem pagos pelo réu. Uma vez valorados os fatos, toca exclusivamente ao juiz a decisão sobre as questões de direito (FLETCHER, George P.; SHEPPARD, Steve. *American Law in a global context: the basics*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 243). Nem todos os processos, porém, são submetidos ao júri, por diversas razões: (i) há causas em que não incide o direito constitucional ao júri, como nas de valor inferior ao mínimo estabelecido; (ii) as partes podem renunciar a esse direito; ou, ainda, (iii) podem as partes, de comum acordo, optar por não remeter o caso ao júri.

³³⁶ TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, ano 28, v. 110, p. 148, abr.-jun. 2003.

³³⁷ O texto da Sétima Emenda prevê esse direito especificamente “nas demandas da *common law*”, porque, àquela época, o sistema legal norte-americano era dividido entre as cortes de *common Law* e as de equidade (*equity*), nas quais o júri não era utilizado.

³³⁸ A existência do júri explica, por exemplo, os fatos de o órgão judicial não se envolver na fase *pretrial*, porque não seria possível que todos os jurados dela participassem, e de a apresentação de provas ser feita de uma única vez, de forma concentrada, na audiência final (STÜRNER, Rolf; KERN, Cristoph. *Processo civil comparado: tendências recentes e fundamentais*. *Revista de Processo*, n. 200, v. 36, p. 214, 2011). No mesmo sentido, VERVEK, Remme. *Fact Finding in Civil Litigation. A Comparative Perspective*. *Intersentia*, p. 296, 2010.

³³⁹ FLETCHER, George P.; SHEPPARD, Steve. *American Law in a global context*, cit., p. 338-339.

³⁴⁰ O sistema jurídico americano, tal qual o inglês, está sujeito à unidade de jurisdição, embora conte com órgãos colegiados administrativos (*Courts, Boards e Comissions*) instituídos para apreciar determinadas

Processo Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*). Apesar de a Lei Federal ser hierarquicamente superior à estadual, são mais raros os casos em que ela se aplica,³⁴¹ de modo que a maior parte dos litígios privados é regulada pelas legislações processuais de algum dos cinquenta Estados,³⁴² que têm absoluta independência para elaborá-las. Embora os diversos diplomas normativos sejam bastante similares em relação aos seus princípios gerais, podem ostentar algumas importantes particularidades em relação a determinados aspectos.

A fase preparatória processual, voltada ao accertamento dos fatos e à colheita de provas, opera-se, em geral, por mecanismos de *disclosure* e de *discovery*,³⁴³ por meio dos quais as partes e seus advogados disponibilizam e se põem em busca de informações e elementos probatórios, podendo exigir, com o apoio do Judiciário, a cooperação de seus adversários e de terceiros. Esse estágio atende aos interesses dos próprios litigantes, a fim de que consigam amearhar as provas para fundamentar as suas teses em juízo, ou simplesmente avaliar a força e a fraqueza de seu direito, para fins de acordo.³⁴⁴ Eles contam, para tanto, com um rol de instrumentos abrangentes para a apuração dos fatos e a preparação do caso, com intervenção rara do juiz.³⁴⁵ Em

espécies de conflitos em que a Administração Pública é parte. As decisões proferidas por esses órgãos colegiados, no entanto, não são consideradas definitivas tampouco possuem força de coisa julgada, razão pela qual podem ser submetidas à revisão judicial. Essa revisão está condicionada ao exaurimento de todas as vias administrativas, e o seu escopo é limitado ao que foi apresentado naquele âmbito. DICKINSON, John. *Administrative Justice and the Supremacy of Law in the United States*. Nova Jersey: The Lawbook Exchange, 2003. p. 39-56; GOODNOW, Frank J. *The Principles of the Administrative Law of the United States*. Nova Jersey: The Lawbook Exchange, 2003. p. 17-33.

³⁴¹ CHASE, Oscar. Reflections on civil procedure reform in the United States: what has been learned? What has been accomplished?. In: TROCKER, Nicòlo; VARANO, Vincenzo (Ed.). *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*. Torino: G. Giappichelli, 2005. p. 163.

³⁴² O sistema judiciário norte-americano compreende, de um lado, a Justiça Federal, cuja competência encontra-se prevista na Constituição Federal e abarca, em resumo, (i) os casos que envolvem questão federal; (ii) os litígios entre cidadãos de diferentes Estados; (iii) os processos em que forem parte os EUA, governos estrangeiros ou cidadãos estrangeiros; além de (iii) os casos relativos à Marinha (recentemente, o Congresso criou nova exigência, no sentido de que o valor discutido na controvérsia seja superior a um determinado montante). De outro lado, há a Justiça dos Estados-Membros, de competência residual. A Suprema Corte é o ápice da pirâmide recursal e tem suas atribuições também definidas segundo a Constituição Federal, que consagra ainda a total e absoluta independência dos Estados-Membros. Isso significa que, a par da legislação federal, cada Estado tem a sua própria legislação processual.

³⁴³ A *discovery* designa, em síntese, o método pelo qual a parte pode requerer a obtenção de informações e provas a respeito de uma demanda judicial em que esteja ou possa vir a estar envolvida (FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. 4. ed. St. Paul: Thompson West, 2005. p. 397).

³⁴⁴ CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen et al. *Civil Litigation in comparative context*. St. Paul: Thomson West, 2007. p. 30. Para aprofundamento sobre o tema, v. ainda PAULA JUNIOR, Aloysio Libano de. *A experiência probatória no direito americano e no brasileiro*. 2008. 326 fls. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

³⁴⁵ BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*. Torino: G. Giappichelli, 2004. p. 125-126.

comparação à *disclosure* inglesa, que abarca apenas documentos relevantes, a *discovery* norte-americana mostra-se bem mais ampla.

Há, de início, um procedimento obrigatório de *disclosure*, para revelação espontânea de informações, previsto na regra 26(a) da Lei Federal e inspirado na sistemática inglesa.³⁴⁶ Antes mesmo do requerimento de *discovery*, independentemente da solicitação de seu adversário, as partes devem fornecer uma relação de dados importantes para o caso, como o nome das pessoas que possuem elementos relevantes para a matéria em discussão, a indicação de eventual assistente técnico, a relação de documentos necessários para a perícia, assinada pelo *expert*, a cópia ou a localização dos documentos de que pretendem se utilizar para suportar as suas alegações, o cálculo de eventual indenização e qualquer informação relevante sobre coberturas de seguro.³⁴⁷ Essa obrigação não se aplica, porém, às hipóteses em que as partes deliberarem de forma diversa, nos casos em que houver determinação em contrário pelo juízo e nos procedimentos especificamente elencados na lei.³⁴⁸

Em seguida, tem lugar a *discovery*, também deflagrada e conduzida pelas partes, sem qualquer aprovação ou requerimento dirigido ao Tribunal. O procedimento se desenvolve por meio dos advogados dos litigantes, mediante a apresentação de requerimentos e respostas,³⁴⁹ começando, habitualmente, com a elaboração de perguntas escritas, enviadas por correspondência, que o oponente deve retorquir em um prazo de trinta dias. Havendo objeção fundamentada às indagações, aquele que as tenha formulado pode requerer ao juiz uma ordem para que sejam respondidas.

³⁴⁶ Com a reforma de 1993 à regra 26 da Lei Federal, introduziu-se a *disclosure* obrigatória relativa a algumas informações, logo no começo do caso, para complementação posterior com a *discovery* (RESKE, Henry. Early discovery adopted; despite a fight, opponents fail to block Rule 26 changes. *ABA Journal* [0747-0088], v. 80, p. 16, 1994).

³⁴⁷ Regra 26 (a) (1) (A) da Lei Federal.

³⁴⁸ Regra 26(a)(1)(B) da Lei Federal: “The following proceedings are exempt from initial disclosure:

- (i) an action for review on an administrative record;
- (ii) a forfeiture action in rem arising from a federal statute;
- (iii) a petition for habeas corpus or any other proceeding to challenge a criminal conviction or sentence;
- (iv) an action brought without an attorney by a person in the custody of the United States, a state, or a state subdivision;
- (v) an action to enforce or quash an administrative summons or subpoena;
- (vi) an action by the United States to recover benefit payments;
- (vii) an action by the United States to collect on a student loan guaranteed by the United States;
- (viii) a proceeding ancillary to a proceeding in another court; and
- (ix) an action to enforce an arbitration award”.

³⁴⁹ HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993. p. 115.

Outra técnica bastante comum é a inquirição oral (*deposition*), feita sob juramento, que pode ter por objeto os depoimentos do oponente e de testemunhas.³⁵⁰ Os depoimentos são tomados extrajudicialmente, geralmente em ambiente privado, com a presença dos advogados de ambas as partes e de um representante do Poder Público, ao qual incumbe fiscalizar o ato e reduzir a termo as declarações prestadas. Os peritos podem ser também convocados a depor, funcionando como verdadeiras testemunhas – escolhidas, preparadas e questionadas pelos advogados que o arrolaram.³⁵¹ Esse formato distinto permite que a prova pericial seja realizada sem intervenção judicial.

É também habitual, entre as medidas de *discovery*, o pedido de produção de documentos e de acesso aos locais de propriedade do oponente para fazer inspeções.³⁵² Por fim, por meio do *request for admission*, um litigante pode solicitar ao outro que reconheça a veracidade de um determinado fato ou documento, admita a aplicabilidade de uma certa lei, ou que concorde com uma determinada opinião. O requerido tem trinta dias para responder ao requerimento, devendo a negativa ser justificada, sob pena de ser considerada admissão implícita, conquanto os juízes sejam complacentes, na prática, permitindo correções ou emendas futuras.³⁵³

Em todos esses casos, o Judiciário somente intervém se a parte se recusar a autorizar determinadas diligências³⁵⁴ ou quando houver a pretensão de submeter-se a parte adversa a exame físico ou psíquico,³⁵⁵ em cujas situações a lei reputa necessária uma ordem judicial.

Desde a promulgação da Lei Federal, em 1938, a *discovery* tem sido objeto de consecutivas reformas ao longo do tempo. A princípio, as mudanças tenderam à sua

³⁵⁰ As *depositions*, para a doutrina, são os mais eficientes instrumentos da *discovery*. Têm, contudo, um custo reconhecidamente elevado e, em muitos casos, os advogados abusam de sua utilização. Enquanto a parte que requer a *deposition* precisa tão somente notificar a contraparte, de forma fundamentada, o que demanda pouco ou nenhum trabalho; a parte notificada deve (i) designar uma ou mais testemunhas; (ii) prepará-las; e (iii) responder de forma completa às perguntas apresentadas. Assim, o abuso na utilização da regra 30(b)(6) da Lei Federal pode desequilibrar a relação processual, onerando demasiadamente uma das partes (HAMILTON, Amy E.; STRAND, Peter E. Corporate depositions in patent infringement cases: rule 30(b)(6) is broken and needs to be fixed. *Intellectual Property & Technology Law Journal*, v. 19, n. 4, p. 1-10, abr. 2007).

³⁵¹ VERVEK, Remme. Fact Finding in Civil Litigation, cit., p. 157.

³⁵² Pode ser requerido qualquer documento que não seja sigiloso, que seja relevante para a demanda e que esteja em posse ou controle de uma das partes. No caso de terceiros, é necessária a intimação do juízo para que apresentem as provas. É bastante comum que uma parte proteste contra a amplitude da solicitação feita pela outra, mas ainda assim há o dever de apresentação dos documentos relevantes para a controvérsia (FOLLE, Francis Perondi. A prova sem urgência no direito norte-americano: um exame do instituto da *discovery*. *Revista de Processo*, n. 204, v. 37, p. 144, 2012).

³⁵³ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*, cit., p. 431.

³⁵⁴ Regra 37 (3), da Lei Federal.

³⁵⁵ Regra 35 (a) (1), da Lei Federal.

ampliação, tanto no âmbito da legislação federal quanto dos Estados. O instituto passou, porém, a dar origem a variados abusos, além de se mostrar caro, lento e ineficiente, o que ensejou fortes críticas³⁵⁶ e fez com que as modificações legislativas direcionassem-se então, em sentido inverso, à limitação do procedimento preparatório.

Na década de 1980, introduziu-se a ideia de proporcionalidade, com a exigência de que a investigação fosse proporcional à matéria envolvida e à relevância das questões investigadas, ao valor da causa e à capacidade econômica das partes,³⁵⁷ cabendo ao juiz, na audiência preparatória (*pretrial conference*), realizar esse controle e fixar, com as partes, os prazos e as providências a serem tomadas.³⁵⁸

Em seguida, na década de 1990, a reforma da legislação³⁵⁹ condicionou a instauração da *discovery* à prévia análise de sua utilidade pelo juiz, além de impor limites às medidas instrutórias.³⁶⁰ A inauguração da investigação deve ser necessariamente precedida da definição de um plano de *discovery*, com o cronograma das diligências para obtenção das provas e a fixação de seu escopo, a ser entregue pelas partes ao juiz antes da audiência preparatória.³⁶¹ Previu-se, ainda, que a *discovery* deve ser antecedida pelo mencionado dever de revelação de informações (*disclosure*). Na esteira das leis que alteraram o sistema federal, muitos Estados também incorporaram as novas regras às suas legislações. Buscou-se, assim, economizar tempo e custos, mas a medida encontrou resistência dos advogados.³⁶²

Por último, em 2000, o critério de relevância dos fatos a serem objeto da *disclosure* e da *discovery* deixou de ser genérico, restringindo-se à prestação de informações e disponibilização de documentos que sustentem especificamente as alegações do autor ou do réu.

³⁵⁶ Conforme nota do Comitê Consultivo da reforma, houve críticas generalizadas relativamente ao abuso da *discovery*. O Comitê, assim, considerou uma série de propostas para eliminar os abusos, incluindo a alteração da Rule 26(b)(1) no que tange ao escopo da *discovery*. Cf. *Federal Rules of Civil Procedure: amendments received to May 15, 2009*. Thomson Reuters business. 209-2010 Educational Edition, p. 162.

³⁵⁷ Regra 26, (b), (1) (b) da Lei Federal.

³⁵⁸ VERVEK, Remme. *Fact Finding in Civil Litigation*, cit., p. 122-124.

³⁵⁹ 1990 *Civil Justice Reform Act* e 1993 *Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure*.

³⁶⁰ O número máximo de *depositions* foi reduzido a dez; e as perguntas dos *interrogatories*, a vinte e cinco, passíveis de aumento apenas mediante permissão da corte ou concordância do oponente, conforme as regras 30 (2) (A) e seguintes da Lei Federal.

³⁶¹ Regra 26 (f) (3) e Regra 16 (c) (2) da Lei Federal.

³⁶² BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*, cit., p. 127.

As sanções para a inobservância da ordem de *discovery*, de que se utilizam significativamente os tribunais,³⁶³ são de natureza bastante diversa e encontram-se dispostas na regra 37 da Lei Federal: (i) presunção de veracidade dos fatos objeto da ordem de *discovery* que não tenha sido atendida; (ii) proibição da parte desobediente de apresentar alegações ou defesas, ou de apresentar provas (preclusão); (iii) suspensão da possibilidade de ajuizamento de demandas até o cumprimento da ordem; (iv) prolação de decisões à revelia da parte desobediente; (v) aplicação das penas de *contempt of court*, exceto na hipótese de se tratar de uma ordem de submissão a exames mentais ou físicos.

É interessante notar que, paralelamente às transformações sofridas pela *discovery*, outros institutos correlatos também acabaram por remodelar-se ao longo do tempo. Exigia-se do autor, na peça introdutória da demanda, que expusesse os fatos constituintes da causa de pedir,³⁶⁴ com a identificação precisa das questões em disputa (*fact pleading*), tal como ocorre no Direito brasileiro. A Lei Federal modificou a técnica de peticionamento,³⁶⁵ transformando as iniciais em meras notícias sobre o ajuizamento da ação (*notice pleading*), que dispensam a descrição minuciosa dos fatos.³⁶⁶

Ocorre que esse sistema de *pleading*, por não individualizar os fatos desde o princípio, levava às partes, na fase preparatória, a investigar questões tangencialmente relevantes à disputa, além de estimular a propositura de ações infundadas. A doutrina passou a pugnar, assim, por um processo mais concentrado desde o seu início,³⁶⁷ conforme já acontecia em alguns Estados, por força de lei ou da interpretação dos tribunais. A partir de uma decisão de 2007, a Suprema Corte também enveredou por esse novo entendimento, de que o autor deve narrar os fatos com um grau de detalhamento suficiente não apenas para dar notícia inequívoca, mas também para demonstrar a probabilidade de sucesso no mérito – cuja aferição, salvo melhor juízo, parece requerer uma análise *in status assertionis* próxima daquela exigida para a

³⁶³ Segundo MEHR, Daniel. Excessive or warranted? The unshackling of discovery sanctions. *Brigham Young University Law Review* [0360-151X], 2012, p. 607-621, a Suprema Corte americana vem estimulando a participação judicial no sentido de aplicar sanção à parte que descumprir ordem de *discovery*, por entender que essa conduta representaria evidência de má-fé.

³⁶⁴ DODSON, Scott. New pleading, new discovery. *Michigan Law Review*, v. 109, p. 53, Oct. 2010.

³⁶⁵ A Regra 8 da Lei Federal exige, nesse sentido, “a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief”.

³⁶⁶ MARCUS, Richard L. The Revival of Fact Pleading Under the Federal Rules of Civil Procedure. *Colum. L. Rev.*, v. 86, p. 433 e 439, 1986.

³⁶⁷ “Fact-based pleading is beneficial, sensitive to and compatible with the need to maintain full access to the court for meritorious claims” (KOURLIS, Rebecca Love; SINGER, Jordan M.; KNOWLTON, Natalie. Reinvigorating Pleadings. *Denver University Law Review*, v. 87:245, p. 3-4, 2010).

verificação do preenchimento das condições da ação, no Direito brasileiro. Com isso, pode-se afirmar que o peticionamento inicial voltou a ser baseado na descrição objetiva dos fatos.³⁶⁸⁻³⁶⁹

A doutrina reconhece que, nesse cenário, assomou a importância de realização da *discovery* previamente ao ajuizamento da ação, de modo a prover aos autores a oportunidade de colher fatos e provas necessários para atender a nova estrutura do *pleading*.³⁷⁰ No entanto, ainda há bastante espaço para a evolução da lei e da jurisprudência norte-americanas nesse quesito: o regime federal autoriza a *discovery* pré-processual apenas com o propósito de preservação de prova sujeito a algum risco,³⁷¹ e, na maior parte dos Estados, como Califórnia e Arizona, existe essa mesma limitação. Alguns poucos, como Texas e Pensilvânia, permitem ao litigante potencial requerer ao órgão judicial medidas probatórias antecipadas como meio de resolver antecipadamente a lide ou evitar os custos de um processo. E outros Estados seguem uma tendência intermediária, permitindo apenas em casos específicos a produção antecipada de prova desvinculada da urgência, como o Colorado.³⁷²

Um aspecto no qual os Estados Unidos têm notório destaque refere-se aos meios alternativos – especialmente os autocompositivos – de resolução de conflitos. A adoção da mediação e de outros meios derivados, pelas cortes locais, as transformou paulatinamente em verdadeiros tribunais “multiportas”. Esse processo foi intensificado a partir da edição de diversos atos normativos, como o *Civil Justice Reform Act* (CJRA), de 1990, que instituiu e encorajou o uso de tais métodos no âmbito da Justiça Federal. Posteriormente, em 1998, foi promulgado o *Alternative Dispute Resolution Act*, que passou a requerer a consideração específica do uso da mediação por todas as cortes federais distritais. Outros atos, como o *Negotiated Rulemaking Procedure Act* e o *Administrative Dispute Resolution Act*, também editados na década de 1990, levaram a

³⁶⁸ DODSON, Scott; KLEBBA, James M. Global Civil Procedure Trends in the Twenty-First Century. *Boston College International and Comparative Law Review*, v. 34, p. 5-6, Jan. 2011.

³⁶⁹ É interessante notar que o sistema norte-americano é bastante flexível em relação à alteração do pedido e da causa de pedir pelo autor (que pode ser feita inclusive antes e até durante a audiência de julgamento, bastando que haja consentimento do oponente ou autorização do juiz, a ser dada sempre que a justiça o impuser, nos termos da regra 15(a)(2) da Lei Federal), além de não impor a adstrição da sentença aos pedidos, conforme a regra 54 (c) Lei Federal.

³⁷⁰ DODSON, Scott. New pleading, new discovery, cit.

³⁷¹ Conforme a Regra 27 das *Federal Rules of Civil Procedure* (GRENIG, Jay. Taking and Using Depositions Before Action or Pending Appeal in Federal Court. *Am. J. Trial Advoc.*, v. 27:451, p. 456, 2003-2004).

³⁷² PULLIAM, Jessica. Tricks and Traps of Pre-Arbitration Discovery. *Rev. Litig.*, The University of Texas School of Law, v. 32, p. 91, 2013.

mediação a outros contextos, ao instituir políticas de resolução de disputas em todas as agências federais, o que marcou de forma definitiva a implementação da mediação no âmbito administrativo.³⁷³

A expansão do uso da mediação foi expressiva tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial. É bem verdade que a existência de defeitos na prestação jurisdicional, como o tempo de espera por uma decisão, os altos custos e a imprevisibilidade de resultado, contribuiu para tornar o acordo mais atrativo do que o julgamento estatal. De qualquer modo, Marc Galanter esclarece que houve mudança ideológica, de cultura jurídica e das práticas institucionais, que alteraram as preferências de juízes, partes e advogados.³⁷⁴

Existem diversas ocasiões nas quais os litigantes são obrigados a se submeter ao procedimento de mediação, em razão de uma cláusula contratual, por determinação judicial ou por força da lei, que em alguns locais impõe a sua tentativa prévia antes do ingresso em juízo. Esse é o caso dos Estados da Califórnia³⁷⁵ e do Texas,³⁷⁶ por exemplo, cuja legislação confere ao juiz amplos poderes para direcionar as partes à mediação, caso se reconheça a utilidade do método na resolução do litígio. Nessas hipóteses, cabe ao julgador proferir uma ordem, determinando data e local para a realização da audiência e requerendo às partes que indiquem um mediador de sua confiança. Os litigantes dispõem do direito de contestar a imposição do procedimento até dez dias antes da data designada para a audiência, devendo o juiz decidir sobre a impugnação de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Caso alguma das partes se recuse a mediar, diversas sanções lhe podem ser aplicadas, tais como a obrigação de pagar a totalidade das custas despendidas com o procedimento ou até mesmo de arcar com os honorários advocatícios contratados pela parte contrária.

No que diz respeito à suspensão do prazo prescricional para o exercício do direito de ação, esta não ocorre de forma automática a partir do convite para mediar ou

³⁷³ KOVACH, Kimberlee K. *Global Trends in Mediation*. 2. ed. The Netherlands: Kluwer Law International, 2006. p. 389-449.

³⁷⁴ GALANTER, Marc. A world without trials?. *Journal of Dispute Resolution*, v. 7, p. 7-33, p. 12 e ss., 2006.

³⁷⁵ Determina o artigo 1775.3 do Código de Processo Civil da Califórnia que todos os “non-exempt unlimited civil cases” devem ser submetidos à mediação, desde que o valor da causa não exceda US\$50,000 para cada demandante. Nos demais casos, é facultado ao juiz decidir, com base nas particularidades de cada litígio, sobre a necessidade de direcionar as partes ao procedimento de mediação, antes de dar início à judicialização do conflito.

³⁷⁶ ABRAMS, Jeffrey S. *Compulsory Mediation: the Texas Experience*. Disponível em: <<http://www.internationalmediator.com/Articles/Compulsory-Mediation-The-Texas-Experience.shtml>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

da primeira reunião entre as partes, sendo necessário convencionar, por escrito, esse efeito.³⁷⁷

Um dos mecanismos de estímulo ao acordo são as ofertas com repercussão nas custas, que operam de modo semelhante à sistemática inglesa. Nada obstante, as *offers of judgment*, reguladas na Rule 68 da Lei Federal, têm escassa utilização porque as custas são tipicamente limitadas a cópias e custos de atos judiciais, raramente incluindo honorários de advogados, de modo que os efeitos de eventual proposta não são significativos. Já entre os Estados há larga disparidade, sendo certo que alguns adotam ofertas robustas; outros, de menor valor.³⁷⁸ Os estudos empíricos comprovam a eficácia dessas ofertas, em regra, para o fim de promover a autocomposição no âmbito dos litígios privados.³⁷⁹ Em geral, porém, essa técnica é restrita à seara processual e não engloba as propostas feitas antes da instauração do processo.

Observa-se, portanto, que a fase pré-processual não dispõe de significativo prestígio na sistemática do direito norte-americano. Ainda assim, é possível vislumbrar aspectos relevantes em sua experiência, especialmente concernentes ao protagonismo das partes na etapa preparatória inicial, à diversidade de mecanismos existentes para a apuração dos fatos, às inconveniências que podem estar associadas à *discovery*, às sanções eventualmente admissíveis para garantir o cumprimento dessas obrigações e aos incentivos para a persecução de acordos.

3.2 Alemanha

Embora datado de 1877, o Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung- ZPO*) – tido como um dos grandes “monumentos legislativos” de seu tempo³⁸⁰ – reinventou-se ao longo dos anos, conforme o seu momento histórico,

³⁷⁷ ALEXANDER, Nadja. *International and Comparative Mediation: Legal Perspectives*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009. p. 294-299.

³⁷⁸ Em Connecticut, Nova Jersey e Wisconsin, a Corte pode adicionar montante substancial de juros, além da condenação. No Alasca, Flórida e Texas, o juiz pode realocar os honorários de advogados. Outros Estados restringem a aplicação da regra a certos tipos de causas (em Marilândia, apenas para danos médicos) ou a certos valores (na Geórgia, a decisão da Corte deve ser ao menos 25% mais favorável, para que sejam pagos os honorários do ofertante). CORTÉS, Pablo. An Analysis of Offers to Settle in Common Law Courts: are they relevant in civil law countries? *Electronic Journal of Comparative Law*, v. 13, n. 3, p. 1-12, 2009.

³⁷⁹ YOON, A.; BAKER, T. Offer of Judgment Rules and Civil Litigation: An Empirical Study of Automobile Insurance Litigation in the East.) *Vanderbilt Law Review*, v. 59(1), p. 155, 2006.

³⁸⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. *Revista de Processo*, v. 111, p. 103, jul.-set. 2003.

graças às consecutivas reformas legislativas que o alteraram. A versão original, ilustrativa de uma concepção mais liberal do processo, no qual as partes gozavam de amplos poderes, foi mitigada com as modificações havidas sob a influência do Código austríaco de 1895, no sentido de incrementar os poderes do juiz.³⁸¹ Outrossim, as mudanças legislativas subsequentes à Segunda Guerra tiveram o escopo de aliviar o volume de processos nas cortes, facilitar a realização de acordos e simplificar os procedimentos.³⁸²

A mais recente e mais importante reforma do processo civil alemão, porém, foi promovida por meio do *Zivilprozessreformgesetz*, de 27.07.01 (ZPO-Reform 2002), orientado pela ideia de um processo mais acessível e eficiente. Com esses escopos, a par do fortalecimento dos procedimentos de primeira instância e do remodelamento do sistema recursal, enrobusteceu-se a autocomposição e alargou-se a revelação de fatos e exibição de documentos dentro do processo.³⁸³

No que tange aos métodos autocompositivos, a legislação prevê a sua adoção no curso do processo, por recomendação judicial, ou em momento prévio, quando podem ser impostos como pré-requisito para a propositura de uma demanda.

Desde 1999, a lei processual civil federal já enunciava a possibilidade de os estados alemães, *de per se*, condicionarem a admissibilidade de algumas ações³⁸⁴ à tentativa de conciliação ou mediação perante um órgão reconhecido pelas autoridades de administração da justiça estaduais.³⁸⁵ Embora a doutrina em geral critique essa

³⁸¹ A influência entre os diplomas alemão e austríaco foi recíproca, conforme relata BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão, cit., p. 104.

³⁸² WALTER, Gerhard. The German Civil Procedure Reform Act 2002: Much ado about nothing?. In: TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo (Ed.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino: G. Giappichelli, 2003. p. 67-72. Podem-se citar, ainda, as reformas de 1976, conhecida como *Vereinfachungsnovelle* a operada pela *Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz* de 1990. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão, cit., p. 104-105.

³⁸³ WALTER, Gerhard. The German Civil Procedure Reform Act 2002: Much ado about nothing?, cit., p. 72-74.

³⁸⁴ Os casos em que os Estados podem impor a mediação ou conciliação prévias ao processo limitam-se, segundo a própria lei, às causas que versem sobre quantias ou bens de menor valor, conflitos entre vizinhos, danos à honra pessoal, à dignidade ou à reputação, e certas demandas contra discriminação.

³⁸⁵ § 15, *Introductory Act of the ZPO (EGZPO)*, introduzido pelo *Act of December 15, 1999*.

obrigatoriedade,³⁸⁶ a Corte Constitucional alemã a considerou legítima, em decisão de 2007.³⁸⁷

À tal previsão legal acresceu a redação atual do § 278 da ZPO que, iniciada qualquer ação, independentemente de ter havido ou não a tentativa obrigatória de acordo, deve haver uma audiência com essa finalidade, antes da audiência oral (salvo se evidente a inviabilidade de alcançar uma solução consensual). Nessa oportunidade, a partir de uma análise do caso, cabe ao juiz propor às partes os termos de um acordo ou sugerir que se submetam a um método extrajudicial para resolução do conflito.³⁸⁸

A doutrina registra que o papel da mediação é crescente na Alemanha, conquanto ainda não muito significativo,³⁸⁹ cujo fato é atribuído à eficiência do processo judicial, de custos e duração bastante razoáveis.³⁹⁰ Curiosamente, porém, menos de um terço das ações propostas alcançam julgamento final; a maioria é extinta sem julgamento de mérito,³⁹¹ decorrente de ausência ou de falha na defesa do réu, ou do seu não comparecimento à audiência oral.³⁹²

É comum a inserção de cláusula de mediação (facultativa ou obrigatória) nos contratos. A não ser que se prevejam penas contratuais, não há sanção financeira à parte que declina da mediação; contudo, a propositura de uma demanda em desrespeito à cláusula obrigatória de mediação implica a sua inadmissão pela corte. À parte que pretenda recorrer ao Judiciário sem participar da mediação obrigatória resta requerer a rescisão da cláusula – o que se permite, unilateralmente, apenas por uma “boa razão”, como a falta de recursos financeiros para arcar com o procedimento.³⁹³ Caso contrário, a

³⁸⁶ BACH, Ivo; GRUBER, Urs Peter. Germany. In: ESPLUGUES, Carlos; IGLESIAS, José Luis; PALAO, Guillermo (Ed.). *Civil and Commercial Mediation in Europe*. Cambridge: Intersentia, 2013. p. 164.

³⁸⁷ BVerfG, decisão de 14 de fevereiro de 2007 – 1 BvR 1351/01, NJW-RR 2007, 1073 e ss., conforme noticiado pelo Prof. Michael Stoeber, em palestra no Seminário Internacional “Meios Alternativos de Solução de Controvérsias no Processo Civil Contemporâneo”, ocorrido em 12.02.2015 na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e coordenado pelo Prof. Antonio Cabral, do qual tive também a honra de participar.

³⁸⁸ § 278 e ss., ZPO.

³⁸⁹ Diz-se que não há, ainda, uma “cultura” da mediação, que a faça ser levada seriamente em conta pelas potenciais litigantes (BACH, Ivo; GRUBER, Urs Peter. Germany, cit., p. 185).

³⁹⁰ Isso se deve, segundo os autores, não apenas às regras processuais, que focam e limitam os fatos apresentados à corte e não permitem dilações indevidas, como também ao profissionalismo e capacitação dos juízes (RÜTZEL, Stefan; WEGEN, Gerhard; WILSKE, Stephan. *Commercial Dispute Resolution in Germany*. München: Verlag C.H. Beck, 2005. p. 8 e 160).

³⁹¹ RÜTZEL, Stefan; WEGEN, Gerhard; WILSKE, Stephan. *Commercial Dispute Resolution in Germany*, cit., p. 80-81.

³⁹² Title 3, § 330 e ss., ZPO.

³⁹³ RÜTZEL, Stefan; WEGEN, Gerhard; WILSKE, Stephan. *Commercial Dispute Resolution in Germany*, cit., p. 162-163.

parte terá de comparecer à sessão de mediação ao menos para ouvir o mediador e/ou a proposta de acordo do oponente.³⁹⁴

Constata-se que os incentivos ao acordo também decorrem de razões de natureza diversa. Os advogados, por exemplo, têm particular interesse em buscá-los, na medida em que, compondo-se as partes, recebem honorários adicionais.³⁹⁵ Além disso, há uma série de normas legais que determinam a suspensão da prescrição para o ajuizamento de ação, enquanto pendente a mediação ou mesmo a negociação dos direitos em discussão.³⁹⁶

Outra mudança encampada pela profunda reforma de 2002, dita “revolucionária”,³⁹⁷ consistiu na ampliação do dever de revelar os fatos e disponibilizar os documentos relevantes ao deslinde do caso, no curso do processo. Em geral, a produção das provas deve ser feita perante a Corte, na presença das partes e de seus advogados. A iniciativa probatória incumbe prioritariamente aos litigantes, mas os §§ 142 e seguintes permitem a produção de prova de ofício pelo juiz, que pode determinar a apresentação dos documentos que estejam na posse do autor e do réu. Com a reforma de 2002, essa obrigação foi estendida: as partes têm hoje também o dever de produzir as provas às quais o seu oponente fez referência.³⁹⁸ A Corte pode, ainda, direcionar a ordem a um terceiro, desde que não haja sigilo legal sobre o documento pretendido. Condenam-se, porém, as ordens genéricas de revelação de categorias de informações, que não correspondam à causa de pedir.³⁹⁹ A jurisprudência também afastou o dever de um litigante fornecer ao seu oponente material probatório do qual não disponha.⁴⁰⁰

A colheita de provas antes da propositura da ação é limitada. O sistema alemão conhece um procedimento judicial autônomo prévio, destinado à realização de inspeção,

³⁹⁴ BACH, Ivo; GRUBER, Urs Peter. Germany, cit., p. 166. Informam os autores que cabe, em teoria, a responsabilidade por danos à parte que descumpriu a cláusula, embora admitam que é difícil imaginar a existência de dano significativo e calculável advindo do desatendimento à prescrição contratual de mediação prévia obrigatória.

³⁹⁵ BACH, Ivo; GRUBER, Urs Peter. Germany, cit., p. 161.

³⁹⁶ BACH, Ivo; GRUBER, Urs Peter. Germany, cit., p. 171. Por exemplo, segundo o § 203 do Código Civil alemão (BGB), se credor e devedor estão negociando uma demanda ou os fatos que lhe dão origem, a prescrição da ação fica suspensa até que as partes recusem a continuar a negociação. A demanda permanece com a prescrição suspensa por no mínimo três meses após o término das negociações.

³⁹⁷ WALTER, Gerhard. The German Civil Procedure Reform Act 2002: Much ado about nothing?, cit., p. 75-76.

³⁹⁸ § 142 (1), ZPO.

³⁹⁹ WALTER, Gerhard. The German Civil Procedure Reform Act 2002: Much ado about nothing?, cit., p. 75-76.

⁴⁰⁰ BENEDUZI, Renato Resende. *Substantiierung, notice-pleading e fact-pleading* – a relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês, cit., p. 449.

à oitiva de testemunha ou à obtenção da opinião de um *expert*, a ser ajuizado perante a corte que teria competência para julgar eventual demanda entre as partes. Requer-se, contudo, que haja o consentimento do oponente a respeito da colheita da prova ou o risco de sua perda. O pedido deve especificar a prova a ser produzida e conter a descrição crível e fundamentada dos fatos a serem demonstrados por meio do elemento indicado, sob pena de inadmissibilidade da ação.⁴⁰¹

A opinião do perito pode versar sobre as condições de uma pessoa ou do valor de uma coisa, sobre a causa do dano ou defeito, ou sobre as despesas necessárias para reparar o dano. Acrescenta a lei que também há interesse legítimo da parte na realização da perícia se a determinação de tais fatos servirem para evitar um futuro processo judicial,⁴⁰² hipótese em que despicienda a demonstração do risco de perda da prova. Segundo relatam os autores alemães, esse procedimento é utilizado com frequência no direito empresarial.⁴⁰³ Considerando que o laudo pericial pode ser usado em processo judicial subsequente como prova,⁴⁰⁴ e que a corte tende a seguir a opinião do *expert*, as partes geralmente fazem um acordo baseado na opinião do perito, antes do ajuizamento de ação.

Há a possibilidade de o contrato entre as partes prever o ajuizamento de ação para a obtenção de informações da parte adversa, mas tais cláusulas são pouco frequentes na prática. Em algumas leis especiais, estipulam-se procedimentos sumários para essa finalidade – na lei comercial, por exemplo, se a administração não responder às questões ou não prover as informações solicitadas pelos acionistas, eles podem requerê-lo mediante o ajuizamento de um procedimento judicial específico.⁴⁰⁵

Os estudiosos salientam a importância da produção prévia dos elementos de prova no processo alemão em razão da exigência de que a parte deve desde logo, em sua inicial, fazer uma indicação extensa e detalhada dos fatos, acompanhada de todos os documentos disponíveis e com a propositura dos meios de prova hábeis a demonstrar os fatos alegados (inclusive o fornecimento de uma relação com os nomes das

⁴⁰¹ § 493, ZPO.

⁴⁰² ZPO, § 485 e § 486.

⁴⁰³ RÜTZEL, Stefan; WEGEN, Gerhard; WILSKE, Stephan. *Commercial Dispute Resolution in Germany*, cit., p. 34.

⁴⁰⁴ § 493, ZPO: “If a party invokes, in the legal proceedings, facts in relation to which evidence has been taken in an independent procedure, such independent taking of evidence shall be equivalent to the taking of evidence before the court hearing the case”.

⁴⁰⁵ RÜTZEL, Stefan; WEGEN, Gerhard; WILSKE, Stephan. *Commercial Dispute Resolution in Germany*, cit., p. 30.

testemunhas), sob pena de inadmissão da demanda.⁴⁰⁶ Desse modo – afirma-se – eliminam-se as possíveis surpresas às partes, pois todos os detalhes devem ser revelados de início,⁴⁰⁷ e o juiz pode ter um panorama completo da demanda, lidando com o processo de forma mais eficiente.⁴⁰⁸

No entanto, a lei prevê a possibilidade de alteração da demanda mediante autorização judicial, mesmo depois dos atos postulatórios e contra a vontade da parte adversa, o que decerto ameniza as injustiças causadas pelo déficit de informação em relação ao acervo probatório útil para a construção da demanda e da defesa.⁴⁰⁹

Vê-se, enfim, que não existe na Alemanha uma fase estruturada que anteceda o ajuizamento da ação,⁴¹⁰ sendo restrita até mesmo a possibilidade de produção de provas previamente ao ingresso em juízo. Merece destaque, todavia, a exigência de que as partes submetam-se a um método autocompositivo antes da propositura de determinadas ações.

3.3 Itália

O sistema judicial italiano em muito se assemelha ao brasileiro, formado sobre a confluência das tradições romana e germânica e oprimido por deficiências crônicas.⁴¹¹

⁴⁰⁶ Nesse sentido, a petição inicial, assim como a contestação, deve atender ao requisito da “conclusividade” (*Schlüssigkeit*) (RÜTZEL, Stefan; WEGEN, Gerhard; WILSKE, Stephan. *Commercial Dispute Resolution in Germany*, cit., p. 21).

⁴⁰⁷ BASTUCK, Burkhard; GOPFERT, Burkard. Admission and Presentation of Evidence in Germany. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 16:609, p. 4, Jun. 1994.

⁴⁰⁸ MURRAY, Peter; STÜRNER, Rolf. *German Civil Justice*. Durham: Carolina Academic Press, 2004. p. 198.

⁴⁰⁹ BENEDUZI, Renato Resende. *Substantiierung, notice-pleading e fact-pleading* – a relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês, cit., p. 450.

⁴¹⁰ Destaque-se, porém, que o sistema jurisdicional alemão é bipartido como o francês e o italiano, sendo certo que, para ingresso em juízo, exige-se, em regra, recurso administrativo prévio. A justiça administrativa alemã tem ainda outras características marcantes, como a participação de juízes leigos; a limitação da impugnação às decisões administrativas finais; o efeito suspensivo automático do recurso judicial, a subordinação da contagem do prazo à comunicação escrita ao cidadão da existência desse direito, bem como do tribunal perante o qual deve ser exercido; a inexistência de patrocínio obrigatório; o princípio da investigação de ofício; a possibilidade de alteração da demanda por anuência do demandado se o tribunal considerar pertinente; o dever da Administração de fornecer ao juiz todos os documentos em seu poder; a previsão de multa coercitiva contra a autoridade que descumprir ordem judicial e a possibilidade de penhora de bens públicos (MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter (Coord.). *Código de Jurisdição Administrativa* (O modelo alemão). *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGo), Introdução e tradução. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 55 e 74-75).

⁴¹¹ O sistema italiano difere do brasileiro, contudo, por dispor de uma Justiça Administrativa, competente para decidir as causas em que a administração pública é parte, que visem à anulação de ato, provimento ou omissão administrativos, ou à compensação de danos decorrentes de atividade administrativa ilegal, imiscuindo-se, inclusive, no juízo de conveniência e oportunidade da Administração. É necessária a

A Itália, contudo, não pôde escapar à implacabilidade do controle da Corte Europeia de Direitos Humanos, que desde 1987⁴¹² já condenou o país ao pagamento de bilhões de euros em indenizações a cidadãos italianos, por violação à garantia de duração razoável do processo.⁴¹³

Datado de 1940, o Código de Processo Civil italiano sofreu incontáveis reformas ao longo do tempo,⁴¹⁴ as quais se intensificaram a partir da década de 1990, na tentativa de remediar os problemas que assolavam a Justiça. Significativas alterações advieram, por exemplo, com a Lei n.º 353, de 26.11.1990,⁴¹⁵ que generalizou o juízo monocrático⁴¹⁶ em substituição ao julgamento colegiado e reimplantou o sistema de preclusões, instando-se as partes a apresentarem as suas alegações em um único momento processual.⁴¹⁷

Houve também importantes mudanças em 2005-2006,⁴¹⁸ operadas, entre outras, pela Lei n.º 80, de 14.05.2005 que, além de concentrar os atos processuais,⁴¹⁹ criou a “perícia preventiva com o fim de compor a lide” (*consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*).⁴²⁰ Sempre existiram, na lei italiana, diversos procedimentos judiciais visando à instrução antecipada do processo, como o *sequestro*

interposição de recurso administrativo previamente ao ingresso em juízo, mas a ausência de resposta abre também a via judicial (SAITTA, Nazareno. *Sistema di Giustizia Amministrativa*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2011. p. 35-43).

⁴¹² Capuanov Itália. Sentença datada de 25.06.1987. Disponível em HUDOC, European Court of Human Rights, <<http://hudoc.echr.coe.int>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

⁴¹³ A Itália sofreu 93 condenações em 2003; 17 em 2004; 3 em 2005; 6 em 2006 e nenhuma entre os anos 2007 e 2011. Dados disponíveis em HUDOC, European Court of Human Rights, <<http://hudoc.echr.coe.int>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

⁴¹⁴ Sobre os aspectos públicos e privados na história do direito processual italiano, v. PROTO PISANI, Andrea. Público e privado no processo civil na Itália. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro: Emerj, v. 4, n. 16, 2001; GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo. Con motivo de la traducción de la obra del Profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006; e GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 33, v. 164, out. 2008.

⁴¹⁵ TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, ano 22, n. 65, p. 74, nov. 1995; COMOGLIO, Luigi Paulo. L’udienza di prima comparizione ex art. 180 CPC. *Revista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 339-340, 1997.

⁴¹⁶ Antes da reforma predominava, inclusive em primeiro grau de jurisdição, o julgamento por um órgão colegiado, delegadas as demais fases à condução por um juiz instrutor.

⁴¹⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Atuais reformas do processo civil italiano e brasileiro (contrastes e confrontos). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996. p. 844.

⁴¹⁸ BALENA, Giampiero. La nuova pseudo-riforma della giustizia civile. Disponível em: <<http://allegati.unina.it>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

⁴¹⁹ Transformando, por exemplo, em um único ato processual as audiências para comparecimento das partes, saneamento do processo e conciliação, conforme arts. 183 e 185 do CPC italiano.

⁴²⁰ Art. 696-*bis* do CPC italiano.

giudiziario di prove, para a obtenção de uma ordem de exibição de documento,⁴²¹ e o *procedimenti de instruzione preventiva*, por meio do qual se podem produzir prova testemunhal (*testimonianza*),⁴²² inspeção judicial (*ispezione giudiziaria*) e perícia (*consulenza técnica*).⁴²³ Trata-se, porém, de instrumentos de natureza cautelar, subordinados ao requisito da urgência.⁴²⁴ Aquela reforma inaugurou a possibilidade de se propor uma ação autônoma para a realização de perícia, desvinculada do pressuposto do *periculum in mora*, com caráter tanto probatório como conciliativo,⁴²⁵ semelhante à trazida pelo CPC/2015 no Brasil.

O cabimento dessa espécie de perícia preventiva é, no entanto, bastante restrito: o art. 696-bis do CPC italiano estatui que deve ter por fim o accertamento e a determinação dos créditos derivados de inadimplementos contratuais ou atos ilícitos. Conciliadas as partes, o juiz pode atribuir eficácia de título executivo ao acordo, ainda que verbal. Por outro lado, desde a edição da Lei n.º 69, de 08.06.2009,⁴²⁶ a rejeição injustificada de uma proposta de conciliação formulada em sede preventiva pode induzir o juiz da causa, futuramente, a aplicar o art. 91 do CPC, segundo o qual, em caso de demanda acolhida em valor superior ao da proposta de acordo, a parte que a refutou sem motivo deve ser condenada ao pagamento das despesas do processo desde a data em que formulada a oferta.⁴²⁷

A Lei n.º 69/2009 reintroduziu também no ordenamento italiano a prova testemunhal por escrito,⁴²⁸ que já existira na história do direito romano-canônico.⁴²⁹ No

⁴²¹ Art. 670 (2) do CPC italiano.

⁴²² Art. 692 do CPC italiano.

⁴²³ Art. 696 do CPC italiano.

⁴²⁴ O CPC italiano contempla também procedimentos instrutórios antecipados que atuam por meio da cognição plena, como o *giudizio di verifica della scrittura privata* (art. 216, § 2.º) e a *querela di falso proposti* (art. 221, § 1.º).

⁴²⁵ TEDOLDI, Alberto. La consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis CPC. *Rivista di Diritto Processuale*, ano LXV, n. 4, p. 807-808, jul.-ago. 2010.

⁴²⁶ Voltada à “redução e simplificação do processo de conhecimento”.

⁴²⁷ Sobre a matéria, TEDOLDI, Alberto. La consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis CPC, cit., p. 823.

⁴²⁸ Art. 257-bis do CPC italiano.

⁴²⁹ No processo romano da idade clássica, precipuamente oral, havia a possibilidade de produção de prova testemunhal por escrito, antes do processo. Caso ajuizada a ação, ocorria a sua aquisição processual, por meio da leitura do depoimento pelo advogado da parte. O valor probatório da declaração extrajudicial era, porém, nitidamente inferior ao do depoimento colhido em juízo. No direito romano pós-clássico, quando advêm profundas modificações no processo, os atos processuais passam a ser escritos e o documento assume relevância determinante. Desenvolve-se, então, a prática segundo a qual era possível, sem a pendência de um processo, recolher declarações testemunhais tomadas por um funcionário imperial munido de poder jurisdicional, ou o parecer de um perito, sobre o objeto de interesse do requerente. Finalmente, na era medieval, com o direito canônico, o procedimento torna-se integralmente escrito, inclusive a preparação da causa. A prova testemunhal volta a ter figura proeminente na formação do

formato atual, estando ambas as partes de acordo, o juiz pode admitir que a declaração da testemunha seja fornecida por escrito, com base em um modelo de formulário disponibilizado pelo Ministério da Justiça. Como não poderia deixar de ser, reserva-se ao juiz a faculdade de chamar o depoente para falar em juízo, após examinar a sua declaração. A doutrina afirma a viabilidade de utilização da prova testemunhal escrita inclusive nos procedimentos de instrução preventiva.⁴³⁰

Tanto a perícia preventiva para o fim de composição da lide quanto a prova testemunhal por escrito representam mudanças tímidas, a se considerar a ambiciosa proposta na qual foram inspiradas: o projeto Vaccarella⁴³¹ de novo Código de Processo Civil, de 2002. Entre as suas ideias encontravam-se a possibilidade de utilização do procedimento de instrução preventiva, na ausência de *periculum in mora*, para produzir qualquer tipo de prova (e não somente a prova pericial em casos originários de contratos e atos ilícitos, conforme adotado pela Lei n.º 80/2005) e de produção extrajudicial de provas, antes do processo ou durante o seu curso, como as declarações testemunhais escritas e a atestação de fatos por um funcionário público, a serem livremente valoradas pelo juiz em caso de ação posterior.⁴³²

Existe grande debate, contudo, acerca da validade das provas pré-constituídas. Parte da doutrina defende que o princípio do contraditório deveria ser observado não somente na fase de produção da prova dentro do processo, mas também no momento de sua formação; por sua vez, outro grupo a admite, desde que as partes possam influir na valoração a ser feita pelo juiz.⁴³³

A mediação eclodiu na Itália, de modo bastante conturbado, igualmente como um suposto meio para reduzir o número de demandas e conter a crise.⁴³⁴ Embora já estivesse prevista no CPC, que estipula, em seu art. 183, I, a tentativa de mediação no

convencimento do julgador, mas a função de sua colheita passa ao notário. Encontram-se dois institutos interessantes para colheita de depoimento de testemunha perante o juiz: a *publicatio ad perpetuam rei memoriam*, para provar tema relativo ao direito da parte, que possa ser invocado em futura ação judicial; e a *probatio ad futuram memoriam*, para controvérsias atuais, nas quais o temor da perda da prova pelo decurso do tempo justifica a sua produção antecipada (BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*, cit., p. 29-30).

⁴³⁰ PICOZZA, Eliza. La prova per testimoni, tra deposizione orale e testimonianza scritta, a seguito della Riforma del 2009. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 869-890, 2010.

⁴³¹ Elaborado por comissão presidida por Romano Vaccarella.

⁴³² BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*, cit., p. 10-20.

⁴³³ A discussão opõe, por exemplo, Giuseppe Tarzia e Michelle Taruffo, respectivamente, como conta BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*, cit., p. 21-22.

⁴³⁴ VIGORITI, Vincenzo. Europa e Mediazione. Problemi e Soluzione. *Revista de Processo*, ano 26, v. 197, p. 339-359, jul. 2011.

curso do processo, e em diversas outras leis,⁴³⁵ seu desenvolvimento era incipiente, ante o reconhecido apreço pela via judicial.

Em atenção à Diretiva n.º 52, de 21.05.2008, do Parlamento e Conselho Europeu, a Lei n.º 69/2009 delegou ao governo a instituição de um decreto para regulamentar a conciliação e a mediação⁴³⁶ em matéria civil e comercial. Na sequência, foi editado o Decreto Legislativo n.º 28, de 04.03.2010, que dispôs sobre os diferentes os modelos de mediação, quais sejam a voluntária, a contratual,⁴³⁷ a recomendada pela corte e a obrigatória, esta a mais controversa, ao tornar a tentativa de autocomposição um requisito indispensável à propositura de ação judicial, quando versar a respeito de uma vasta gama de matérias.⁴³⁸

Em caso submetido à sua Corte de Justiça,⁴³⁹ a Comissão Europeia teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que a mediação obrigatória prevista no ordenamento italiano não ofendia o direito comunitário, não implicava significativo retardo na prestação jurisdicional e não importava, *a priori* e em tese, custos desproporcionais às partes. Contudo, revelou ser cética quanto ao seu mecanismo e ponderou que não deveria restringir excessivamente a liberdade de as partes recorrerem ao Judiciário.⁴⁴⁰

⁴³⁵ Diversas outras normas, como as que disciplinam os setores de energia elétrica e gás (Lei n.º 481/1995), terceirização de serviços (Lei n.º 281/1998), turismo (Lei n.º 135/2001), direito societário (Decreto Legislativo n.º 5/2003), comércio eletrônico (Lei n.º 70/2003) e *franchising* (Lei n.º 129/2004), por exemplo, também fazem referência expressa à mediação.

⁴³⁶ Na legislação italiana, entende-se por “mediação” também a atividade de o mediador sugerir ou propor uma solução para o conflito, e por conciliação o resultado efetivo da mediação (art. 1.º do Decreto-lei n.º 28/2010).

⁴³⁷ Segundo o art. 5.º, § 5.º, do Decreto-lei n.º 28/2010, quando houver, no contrato firmado entre as partes, cláusula de mediação ou conciliação e a parte ingressar com a ação sem antes tentar a autocomposição, o juiz concederá às partes o prazo de quinze dias para dar início ao procedimento, fixando a audiência em juízo após o decurso do prazo de três meses previsto na lei para a duração da mediação.

⁴³⁸ LUPOLI, Michele Angelo. Recent Developments in Italian Civil Procedure Law. *Civil Justice Review*, v. 3, n. 1, p. 25-51, p. 43, jan.-abr. 2011. Nos termos do art. 5.º, § 1.º-bis do Decreto-lei n.º 28/2010, a tentativa de mediação e conciliação é “condição de procedibilidade” para o ajuizamento de ação judicial quando a controvérsia envolver as seguintes matérias: (i) condomínio; (ii) direitos reais; (iii) divisão; (iv) sucessões hereditárias; (v) acordos de família; (vi) locações; (vii) comodato; (viii) arrendamento de empresas; (x) responsabilidade médica; (xi) difamação por meio de imprensa escrita ou outro meio de divulgação; (xii) contratos de seguro, bancários e financeiros. O desenvolvimento da mediação, porém, não prejudica a concessão de medidas urgentes e cautelares (art. 5.º, § 3.º, do Decreto-lei n.º 28/2010). A mediação obrigatória não se aplica a alguns tipos de procedimentos indicados no art. 5.º, § 3.º, do Decreto-lei n.º 28/2010, como as ações possessórias.

⁴³⁹ *Di Donà v. SIMSA*, C-492/11. Opinião disponível na página da *Court of Justice of the European Union* na Internet, em: <www.curia.europa.eu>. Acesso em: 23 fev. 2015.

⁴⁴⁰ Michele Paumgarten critica também o fato de que a mediação obrigatória em tantos tipos de litígio não considera a possibilidade de que esse mecanismo não seja a melhor solução, ainda que se trate da solução imposta pela lei (PAUMGARTTEN, Michele. O futuro da mediação na Itália após a decisão da

Grande parte da doutrina pugnava pela inconstitucionalidade do decreto⁴⁴¹ quando, em dezembro de 2012, a Corte Constitucional italiana a declarou. Entretanto, a justificativa foi essencialmente formal, no sentido de que o governo teria excedido a sua esfera de competência ao instituir a obrigatoriedade da mediação. Poucos meses depois, a partir da edição de um decreto pelo Executivo,⁴⁴² modificou-se o Decreto Legislativo n.º 28/2010, sanando-se as suas irregularidades formais, e assim foi restabelecida, por um período de quatro anos, a imposição de se tentar a mediação previamente ao ingresso em juízo.

Em relação à primeira versão da lei, as diferenças são basicamente a necessidade de assistência de advogados e a redução no tempo de duração do procedimento, que passou de quatro para três meses.⁴⁴³ De resto, a sistemática funciona da mesma forma anteriormente delineada: antes do ajuizamento de qualquer ação judicial que verse sobre as matérias indicadas, o autor deve entrar em contato com um dos organismos inscritos junto ao Ministério da Justiça que oferecem os métodos consensuais.⁴⁴⁴ O requerimento de mediação interrompe a prescrição.⁴⁴⁵ Haverá, então, um encontro preliminar entre as partes e seus advogados, no qual lhes cabe decidir se prosseguirão ou não no procedimento. Caso decidam interrompê-lo, as partes não devem nenhuma remuneração ao órgão.

Há sanções de duas espécies para aqueles que desatendem à prescrição legal. Da falta de participação sem motivo justificado ao procedimento, o juiz pode deduzir argumentos de prova no processo, além de condenar a parte ao pagamento de multa a ser revertida ao Estado.⁴⁴⁶ A lei ainda autoriza ao mediador fazer uma proposta de conciliação às partes, que pode ou não ser aceita; todavia, se o caso for à justiça, a parte

Corte Constitucional da República. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. XI, p. 416, 2013).

⁴⁴¹ V., por exemplo, SCARSELLI, Giuliano. La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno. *Revista Judicium*. Disponível em: <www.judicium.it>, p. 2; ANDREONI, M. M.; BATTAGLIA, G.; GIAVARRINI, S.; ROMANO, S. In: CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (Org.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Milano: Cedam, 2012, p. 83.

⁴⁴² Decreto Legislativo n.º 69, de 21.06.2013, depois convertido na Lei n.º 98, de 09.08.2013.

⁴⁴³ MATTEUCCI, Giovanni. Decreto del Fare e Mediazione. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. XII, p. 208-216, jul.-dez. 2013.

⁴⁴⁴ Art. 16 do Decreto-lei n.º 28/2010. Se o autor ingressar diretamente com a ação, cabe ao juiz suspender o processo e encaminhar as partes à mediação.

⁴⁴⁵ Art. 5.º, § 6.º, do Decreto-lei n.º 28/2010. V. ainda MORICONI, Massimo. La mediazione – profili operativi e problematiche operative. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. XI, p. 360, 2013.

⁴⁴⁶ Art. 6, § 4.º-bis, do Decreto-lei n.º 28/2010.

vencedora que não aceitou oferta maior do que o resultado do julgamento poderá ser sancionada com efeitos sobre custas.⁴⁴⁷

Os efeitos práticos da imposição da mediação como requisito prévio à ação são razoavelmente satisfatórios, como demonstram as estatísticas do Ministério da Justiça italiano.⁴⁴⁸ Nada obstante, a confusa história de seu surgimento depauperou um pouco a credibilidade do instituto no país.

Mais recentemente, o Decreto-lei n.º 132, de 10.11.2014, trouxe outras medidas para a declarada “desjudicialização” dos litígios, entre elas a interessante instituição de um procedimento de negociação prévia assistida pelos advogados das partes. O procedimento começa com a iniciativa do litigante, que por seu advogado convida a outra parte para firmar uma convenção de negociação, comprometendo-se a cooperar de boa-fé para tentar resolver amigavelmente a disputa, com a assistência dos respectivos advogados. Na convenção, as partes devem estipular a duração prevista para o procedimento, de até três meses, prorrogáveis por mais trinta dias por mútuo consentimento.

Os prazos de prescrição e decadência são interrompidos na data da remessa do convite para a convenção de negociação. No entanto, se o convite for recusado, se não for respondido em trinta dias, ou se não for obtido acordo no procedimento de negociação, o prazo volta a correr, respectivamente, do dia da recusa, da data em que esgotados o prazo de resposta ou da certificação da não existência de acordo.

As grandes novidades desse procedimento, segundo a doutrina italiana, consistem na atribuição de eficácia de título executivo ao acordo originado das negociações, quando assinado pelas partes e por seus advogados;⁴⁴⁹ e na previsão de que a sua realização é condição de procedibilidade da demanda,⁴⁵⁰ nos casos de danos

⁴⁴⁷ Art. 11, § 1.º, do Decreto-lei n.º 28/2010.

⁴⁴⁸ Nos primeiros três trimestres de 2013, quando ainda não vigia a lei que reintroduziu a mediação obrigatória, foram iniciadas em média 1.700 mediações por mês; no último, quando já em vigor, 8.700. Em 32% dos casos ambas as partes compareceram, e nesse universo houve acordo em 42%. Embora a imposição do procedimento reduza a taxa geral de sucesso na mediação, a quantidade de procedimentos bem-sucedidos, em números absolutos, é maior na vigência da obrigatoriedade do que na sua ausência. Dados disponíveis em: <www.webstat.giustizia.it>. Acesso em: 23 fev. 2015.

⁴⁴⁹ Michele Lupoi explica que, pela primeira vez, os advogados têm um papel mais ativo na solução de disputas, podendo negociar os casos e promover acordos com eficácia de títulos executivos. Antes da mudança legislativa, era preciso uma decisão judicial para atribuir-lhes eficácia, ou – desde 2005 – exigia-se ao menos a autenticação pública da assinatura (LUPOI, Michele Angelo. *Facing the Crisis: New Italian Provisions to keep Disputes out of the Courtroom*, cit.).

⁴⁵⁰ “In other words, with the introduction of preliminary assisted negotiations, today, in Italy, most civil cases concerning a right of which the parties may freely dispose of fall under one form of *condizione di procedibilità* or the other. From this point of view, decreto legge n. 132 has somehow closed the circle

resultantes da circulação de veículos e barcos, e em quaisquer disputas não sujeitas à mediação obrigatória, salvo em alguns casos especificados em lei – como procedimentos para obtenção de medidas de urgência e na *consulenza tecnica* preventiva, por exemplo.⁴⁵¹

É de se destacar que os mais recentes aperfeiçoamentos do sistema processual italiano não repousam na reforma da legislação pelo Parlamento, senão nos protocolos locais elaborados pelos próprios operadores da justiça.

Os protocolos são instrumentos normativos que reúnem regras comuns de boa conduta, úteis à melhor organização judicial e à eficiência processual, desenvolvidos segundo as exigências e especificidades locais⁴⁵² por centros de agregação espontânea de advogados, juízes, docentes e pessoal administrativo – os chamados “observatórios da justiça”, hoje existentes em um grande número de tribunais.⁴⁵³

Regulando o desenvolvimento das atividades processuais nos espaços deixados pelas normas legais, os protocolos atribuem deveres às partes e ao juiz, em relação a diversos atos do procedimento, como o calendário processual, as audiências, os introdutórios e defensivos, a produção de provas etc. Alguns preveem, inclusive, a busca da conciliação extrajudicial antes de se propor uma ação.⁴⁵⁴ Existem também

which was originally traced by decreto n. 28 of 2010” (LUPOLI, Michele Angelo. Facing the Crisis: New Italian Provisions to keep Disputes out of the Courtroom, cit. p. 95).

⁴⁵¹ Nos termos do art. 3.º (1) do Decreto-lei n.º 132, de 10.11.2014, “L’esperimento del procedimento di negoziazione assistita é condizione di procedibilità dela domanda giudiziale”.

⁴⁵² Giovanni Maria Flick designa “federalismo jurídico” (mesmo reconhecendo ser este termo atécnico, figurado e provocativo) ao estímulo de se cuidar dos problemas da justiça e das perspectivas de solução com base na experiência local e concreta, e não apenas em uma lógica central e abstrata (VELI, Giovanni Berti (Ed.). *Gli Osservatori sulla Giustizia Civile e i Protocolli d’Udienza*. Bologna: Il Mulino, 2011. Prefácio, p. 11).

⁴⁵³ O primeiro observatório ocorreu em Milão em 1993, idealizado pelo juiz Carlo Verardi, e depois estendeu-se a outras cidades. Desde 1997, há convenções nacionais que reúnem os observatórios e, em 2006, realizou-se uma assembleia nacional (em Florença) composta pelos representantes dos observatórios, que trabalha em plenário. A maioria dos 80 protocolos hoje existentes foi feita nos últimos anos, depois da Assembleia Nacional de Florença (VELI, Giovanni Berti (Ed.). *Gli Osservatori sulla Giustizia Civile e i Protocolli d’Udienza*, cit., introdução). Os objetivos dos observatórios são os seguintes: (i) pesquisa de práticas virtuosas; (ii) conhecimento e difusão das orientações das seções judiciárias; (iii) responsabilização dos atores; (iv) atualização e formação dos atores; (v) difusão de uma cultura baseada na colaboração voluntária entre juízes e advogados (composto principalmente por juízes e advogados, estes em maior número; alguns incluem também professores); (vi) busca de soluções para problemas organizacionais e processuais da lide; (vii) criação dos protocolos de audiência (VERZELLONI, Luca. *Gli Osservatori sulla Giustizia Civile e i Protocolli D’Udienza: una lettura organizzativa*. In: VELI, Giovanni Berti (Ed.). *Gli Osservatori sulla Giustizia Civile e i Protocolli d’Udienza*, cit., p. 114-115).

⁴⁵⁴ Atualmente existem mais de 80 protocolos, cujo texto pode ser encontrado em: <<http://www.osservatorigiustiziaticivile.it>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

protocolos específicos para determinados procedimentos, como nas causas de direito de família e trabalhista.

Segundo o preâmbulo do “Protocolo para Audiências Cíveis do Tribunal de Veneza”, as suas normas têm o escopo de “individualizar práticas virtuosas que, em um processo inflacionado de normas e ritos, favoreçam, segundo o princípio constitucional do justo processo, a colaboração entre as partes, e entre estas e o juiz, e introduzam elementos de eficiência, em um contexto de carência crônica de meios e de pessoal”.⁴⁵⁵ E, referindo-se à natureza meramente persuasiva⁴⁵⁶ dos protocolos – que os distingue, por exemplo, daqueles que precedem o ajuizamento da ação no ordenamento inglês – continua o protocolo do tribunal de Veneza a enunciar que o seu texto “não prescreve, não impõe, não vincula. Não apenas porque juridicamente não pode, mas antes porque não o quer. A adesão ao observatório é espontânea e voluntária”.⁴⁵⁷ A doutrina é enfática ao afirmar o sucesso e a fecundidade dos protocolos na Itália,⁴⁵⁸ que mereceram a atenção do poder público e chegaram a provocar mudanças na legislação processual.⁴⁵⁹

É essa, sem dúvida, uma das mais profícuas experiências do ordenamento italiano. Ressaem também, embora com menor relevo, a possibilidade de produção de prova testemunhal por escrito, por flexibilizar o dogma da colheita judicial de depoimentos orais, e a sanção financeira à parte que rejeita injustificadamente uma proposta de acordo, por adotar, de forma inédita, um mecanismo semelhante à “oferta com repercussão nas custas”, existente na Inglaterra e nos Estados Unidos. Quanto aos procedimentos prévios extrajudiciais, em que pesem o acanhamento das iniciativas para

⁴⁵⁵ “Il presente Protocollo è stato elaborato da un gruppo di operatori della giustizia (magistrati, avvocati, personale giudiziario, C.T.U.) con lo scopo di individuare alcune prassi virtuose che, in un processo civile sempre più inflazionato da norme e riti, favoriscano, secondo il principio costituzionale del giusto processo, la collaborazione fra le parti, e tra queste e il giudice, e d'introducano, in un contesto di crônica carenza di mezzi e personale, elementi di efficienza” (*Protocollo per le Udienze Civili del Tribunale de Venezia*. Disponível em: <<http://www.osservatorigiustiziaticivile.it>>. Acesso em: 23 mar. 2015, tradução livre da autora).

⁴⁵⁶ CAPONI, Remo. L'attività degli Osservatori sulla Giustizia Civile nel Sistema delle Fonti del Diritto. In: VELI, Giovanni Berti (Ed.). *Gli Osservatori sulla Giustizia Civile e i Protocolli d'Udienza*, cit., p. 62.

⁴⁵⁷ “Il testo non poteva non avere una struttura normativa, ma il Protocollo non prescrive, non impone, non vincola. Non solo perché giuridicamente non può ma ancor prima perché non lo vuole. L'adesione all'Osservatorio è spontanea e volontaria. Chi vorrà seguire il Protocollo farà per convinzione razionale e ideale, non per dovere o obbligo. [...] Quanto più il protocollo sarà diffuso e seguito, tanto più sarà possibile, con il contributo di tutti, migliorarlo ed aggiornarlo” (Disponível em: <<http://www.osservatorigiustiziaticivile.it>>. Acesso em: 23 mar. 2015).

⁴⁵⁸ D'ASCOLA, Pasquale. Quattro Interventi per gli Osservatori sulla Giustizia Civile. In: VELI, Giovanni Berti (Ed.). *Gli Osservatori sulla Giustizia Civile e i Protocolli d'Udienza*, cit., p. 101.

⁴⁵⁹ Como nos artigos 81-bis e 195 do CPC italiano.

produção de provas e a existência de certa desconfiança a envolver a mediação obrigatória, merece elogio o procedimento de negociação assistida, ao promover a efetiva participação dos advogados na administração da justiça, contribuindo para uma mudança cultural.⁴⁶⁰

3.4 França

Nos seus quarenta anos de vigência, o Código de Processo Civil francês foi objeto de mais de quatro dezenas de reformas, que otimizaram a estrutura processual,⁴⁶¹ mas não foram capazes de impedir a condenação do país pela Corte Europeia de Direitos Humanos, em razão das ineficiências remanescentes do sistema judicial.⁴⁶² Entre as mudanças mais expressivas⁴⁶³ incluem-se a simplificação dos procedimentos, o alargamento dos poderes de gerenciamento do juiz, a possibilidade de as partes convencionarem sobre o processo, o reforço aos meios autocompositivos e a obrigação de as partes exporem, desde a inicial, todos os seus argumentos e as provas em que se baseiam seus pedidos. É de se notar que tais normas processuais são aplicáveis apenas à jurisdição civil, e não à administrativa, cujos órgãos existem paralelamente aos tribunais judiciais,⁴⁶⁴ com competência para julgar as causas nas quais é parte a administração pública.⁴⁶⁵

⁴⁶⁰ Nas palavras de Michele Lupoi, “slowly things appear to be moving ahead. A new road has been laid down and, though a few holes appear in the tarmac, it appears worth travelling upon” (LUPOI, Michele Angelo. *Facing the Crisis: New Italian Provisions to keep Disputes out of the Courtroom*, cit., p. 100).

⁴⁶¹ Em grande parte, o desenvolvimento do processo civil francês se deveu às exigências dos tratados internacionais europeus (FERRAND, Frederique. *The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France*. In: TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo (Ed.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino: G. Giappichelli, 2003. p. 7-8).

⁴⁶² No Relatório Estatístico anual de 2012 da Corte Europeia de Direitos Humanos, do qual constam condenações da França por ofensa ao direito à duração razoável do processo e a um processo equitativo. Dados disponíveis em: <www.echr.coe.int>. Acesso em: 25 abr. 2015.

⁴⁶³ Promovidas, entre outros, pelos Decretos n.º 652, de 22.07.1996; n.º 2.509, de 18.12.1998; n.º 1.165, de 1.º.10.2010; n.º 1.678, de 28.12.2005; n.º 66, de 20.01. 2012; e n.º 282, de 11.03.2015.

⁴⁶⁴ A França tem modelo de jurisdição bipartido, originariamente concebido na Revolução Francesa de 1789. Ao lado da Justiça comum, existe a administrativa, incumbida de conhecer e julgar, em caráter definitivo, as demandas em que a Administração Pública figura como parte. A Justiça administrativa, cujos membros têm formação específica, distinta da dos juízes comuns, divide-se entre os tribunais administrativos e o Conselho de Estado, este com funções não apenas atribuições de julgar, mas também de prestar consultoria ao governo e expedir atos normativos. As ações administrativas cabíveis, seja para anulação de ato administrativo ou para responsabilização do Estado, têm por requisito a existência de uma decisão prévia da Administração. Assim, o interessado deve provocar o agente público antes de ir a juízo e, havendo meio de impugnação cabível, recorrer de eventual decisão contrária. A ausência de resposta por dois meses é considerada rejeição implícita, autorizando o ingresso na via judicial. A decisão prévia da administração tem o efeito de definir o objeto da ação do recurso a ser julgado na Justiça administrativa, que não poderá ser modificado pelo requerente. Os juízes têm, porém, amplo controle dos

Originariamente caracterizado por conceder amplos poderes às partes, o processo civil francês foi temperado com o progressivo fortalecimento do papel do juiz, a ponto de ser possível sustentar que representa hoje um equilíbrio entre os sistemas adversarial e inquisitivo, prezando pela cooperação entre todos os sujeitos processuais.⁴⁶⁶ Aos litigantes incumbe “conduzir o processo” e ao juiz “supervisionar o seu adequado desenvolvimento”, nos termos da lei.⁴⁶⁷ Nos processos mais complexos, há a figura do *juge de la mise en état*, juiz encarregado especificamente do controle da fase preparatória, que depois integra o órgão colegiado competente para o julgamento de mérito em primeira instância.

No que diz respeito à produção antecipada de prova, o CPC francês a permite desde que haja um motivo legítimo para conservar ou produzir “a prova de fatos dos quais possa depender a solução do litígio” (*référéprobatoire*).⁴⁶⁸ Todos os meios de prova legalmente admissíveis poderão ser produzidos por meio desse procedimento prévio.⁴⁶⁹

Segundo relata a doutrina francesa, a jurisprudência evoluiu bastante ao longo dos anos no que tange à utilização de tais medidas. As primeiras decisões sobre a matéria mostravam-se excessivamente rigorosas com a interpretação do conceito de “motivo legítimo”, exigindo a demonstração de que a prova antecipada serviria necessariamente à instrução de um futuro processo.⁴⁷⁰ Aos poucos, essa exegese restritiva deu lugar a uma mais ampla, que autoriza o emprego do *référé* como

atos administrativos, inclusive quanto ao seu mérito (BAILLEUL, David. *Le procès administratif*. L’extenso éditions. Paris: LGDJ, 2014. p. 61-62).

⁴⁶⁵ Historicamente, a jurisdição administrativa surgiu como uma forma de oposição ao antigo regime. O legislador revolucionário, aplicando de forma radical o princípio da separação dos poderes, voltou-se contra os juízes supostamente suspeitos e subtraiu-lhes o poder jurisdicional relativo aos atos da administração pública, por meio de uma lei editada em 1790. Depois, em 1872, com a transformação do Conselho de Estado em um órgão essencialmente jurisdicional, a jurisdição administrativa separou-se de forma definitiva da administração pública ativa (VINCENT, Jean; GUINCHARD, Serge; MONTAGNIER, Gabriel; VARINARD; André. *La justice et ses institutions*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 417).

⁴⁶⁶ CADIET, Loïc. L’avenement du nouveau Code de procédure Civile. *Le Nouveau Code de Procédure Civile*: vingt ans après. Paris: La Documentation Française, 1998. p. 63.

⁴⁶⁷ Arts. 2.º e 3.º do CPC francês, na tradução livre da autora.

⁴⁶⁸ Art. 145 do CPC francês, na tradução livre da autora.

⁴⁶⁹ “S’il exist un motive legitime de conserver ou d’établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d’un litige, les mesures d’instruction légalement admissible peuvent être ordonnés à la demande de toute intéressé sur requête ou en référé” (GUINCHARD, Serge; CHANAIS, Cécile; FERRAND, Frédéric. *Procédure Civile*: Droit interne et droit de l’Union européenne. 30. ed. Paris: Dalloz, 2010. p. 1407).

⁴⁷⁰ GUINCHARD, Serge; CHANAIS, Cécile; FERRAND, Frédéric. *Procédure Civile*, cit., p. 1408.

mecanismo para a avaliação das chances de êxito da parte em um eventual processo.⁴⁷¹ Assim, entende-se que o requisito da urgência, necessário nas demais hipóteses de *référé*,⁴⁷² não é aplicável às medidas exclusivamente destinadas à produção de prova.⁴⁷³

Ainda no âmbito do direito probatório, vale destacar que a lei francesa faculta às partes realizar a colheita das declarações testemunhais por escrito, extrajudicialmente (*attestations*). Quando tomadas antes do ajuizamento de uma ação judicial, os depoimentos possibilitam que os litigantes analisem os riscos e as chances de eventual demanda. Outrossim, embora tais provas estejam submetidas ao contraditório *a posteriori*, apenas quando de sua juntada ao processo⁴⁷⁴ têm eficácia equivalente àquela atribuída às declarações orais prestadas em audiência.⁴⁷⁵

O movimento de reformas voltado ao enfrentamento das mazelas da justiça, na década de 1980, contou também com a notável concepção do *contrat de procédure*. O termo surgiu, a princípio, para designar uma espécie de acordo particular entre advogados para a fixação de um calendário processual. Depois, a mesma expressão veio a intitular os acordos institucionais estabelecidos entre a ordem dos advogados e os tribunais para disciplinar alguns aspectos do procedimento,⁴⁷⁶ atuando como verdadeiros protocolos para gestão coletiva⁴⁷⁷ de processos semelhantes, de forma bastante análoga aos protocolos italianos.

⁴⁷¹ “Progressivement, un glissement s’opéré dans l’utilization de ce type de référé (ou de requête) : l’idée classique qu’exprime, implicitement au moins, la rédaction de l’article 145, d’une possibilité de réunir des preuves en vue d’un procès, laisse place à une autre conception, plus moderne, d’une recherche de l’opportunité d’engager un procès” (GUINCHARD, Serge; CHANAIS, Cécile; FERRAND, Frédéric. *Procédure Civile*, cit., p. 1409).

⁴⁷² Art. 808 do CPC francês.

⁴⁷³ “Historiquement, les mesures d’instruction *in futurum* sont nées, de fait, des situations où il est urgent de conserver une preuve afin de la soustraire aux manoeuvres d’un adversaire. Toutefois, cela ne signifie pas que la notion de motif légitime se réduise à l’urgence” (GUINCHARD, Serge; CHANAIS, Cécile; FERRAND, Frédéric. *Procédure Civile*, cit., p. 1410).

⁴⁷⁴ BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*, cit., p. 473.

⁴⁷⁵ BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*, cit., p. 83-84.

⁴⁷⁶ CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. Paris: Presses Universitaires de France, 2010. p. 542-543.

⁴⁷⁷ Loïc Cadiet considera esses acordos institucionais uma forma de gestão coletiva de processos: “Le contrat est également devenu, à la fois, un instrument de gestion collective des procès, avec les protocoles de procédure conclu entre les juridictions et les professions judiciaires, sortes de convention collective de procédure civile, ainsi qu’un outil de politique publique, qu’il s’agisse de promouvoir la communication électronique des actes du procès, l’accès au droit ou d’améliorer les performances des juridictions” (CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès em droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. Accordi di parte e processo. *Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 28, 2008).

Mais recentemente, intitularam-se *contrat de procédure* os negócios jurídicos entabulados entre as partes para modular processos futuros ou já instaurados.⁴⁷⁸ Prescinde-se, em regra, da concordância do juiz,⁴⁷⁹ na medida em que esses negócios traduzem a vontade dos contratantes de aprimorar a forma de resolução de um conflito específico. É possível, por exemplo, prever a tentativa de mediação ou conciliação prévia obrigatória, hipótese em que as cortes deixarão de receber as ações propostas caso as partes não tenham antes tentado dirimir a controvérsia de modo consensual.⁴⁸⁰ Os litigantes podem também dispor sobre as regras do próprio procedimento judicial, redistribuindo o ônus da prova ou elegendo um perito comum, por exemplo.⁴⁸¹

As convenções processuais francesas – nas quais decerto inspirou-se o legislador brasileiro ao criar o art. 190 do CPC/2015⁴⁸² – fundamentam-se na lógica de que as partes podem dispor livremente sobre o direito de ação, por isso admite-se que negociem sobre os principais aspectos relativos ao seu exercício, ainda que limitadas pelo que Loïc Cadiet chama de “ordem pública processual”.⁴⁸³ No entendimento do

⁴⁷⁸ CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès em droit français sur la contractualisation du règlement des litiges, cit., p. 73.

⁴⁷⁹ Salvo se versar sobre alguma das prerrogativas do magistrado (CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès em droit français sur la contractualisation du règlement des litiges, cit., p. 73-74).

⁴⁸⁰ CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès em droit français sur la contractualisation du règlement des litiges, cit., p. 68: “Il est d’ailleurs remarquable que la justice étatique prête main forte à l’autorité de ces clauses en jugeant irrecevable l’action en justice qui serait exercée par l’une des parties en violation d’une clause de conciliation ou de médiation. Cette solution est parfaitement logique car ce type de clause crée une interdiction provisoire d’agir en justice et, pour assurer le respect de cette interdiction, une fin de non-recevoir conventionnelle”.

⁴⁸¹ CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. III, p. 3-35.

⁴⁸² “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

⁴⁸³ “Les clauses relatives à l’action, bien que fortement limitées par l’ordre public judiciaire, sont assez bien admises car le droit d’agir est une prérogative juridique dont les parties peuvent en principe disposer librement. La convention des parties peut alors porter sur les deux principaux aspects de l’exercice de l’action en justice. Elle peut tout d’abord porter sur son exercice dans le temps: c’est alors la matière des clauses de prescription, nulles si elles allongent le délai légal de prescription mais valables dans la mesure où elles abrègent raisonnablement le délai de prescription” (CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès em droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 33, n. 160, p. 69, p. 61-82, 2008. Inúmeras foram as tentativas de definir o conceito aberto de ordem pública. No entanto, como bem observa Diogo Rezende A. de Almeida, todos os conceitos apresentados, ainda que aparentemente divergentes, quando pensados sob o prisma do seu escopo, convergem para enxergar as regras de ordem pública como meios de preservação de interesses gerais, essenciais ao Estado e à coletividade e que estabelecem as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica e moral da sociedade. Assim, conclui o autor que a “expressão ordem pública processual é utilizada para identificar, dentro da relação jurídica processual, interesses públicos inafastáveis, seja pela vontade do juiz, seja pela vontade das partes”

autor, um dos grandes estudiosos do tema, o fenômeno da contratualização democratiza a justiça e contribui para facilitar a aceitação social da atividade jurisdicional.⁴⁸⁴

No que tange aos meios autocompositivos de resolução de conflitos, destacam-se na França a conciliação e a mediação. A figura do conciliador extrajudicial, criada pelo Decreto n.º 78.381, de 20.03.1978, foi bem recebida para a resolução de pequenos litígios, como os que envolvem direito do consumidor e de vizinhança.⁴⁸⁵

Por sua vez, a mediação extrajudicial pode decorrer da livre vontade manifestada pelas partes, mediante a inclusão de uma cláusula contratual que preveja a solução de eventual litígio pela mediação,⁴⁸⁶ ou encontrar previsão em leis esparsas, que regulam certas categorias de conflitos, como é o caso do Código do Cinema.⁴⁸⁷

No âmbito judicial, o CPC francês dispõe de diversas regras sobre mediação e conciliação, graças às alterações havidas por uma sequência de decretos.⁴⁸⁸ A conciliação pode ser realizada pelo próprio juiz⁴⁸⁹ ou por um terceiro, por ele indicado. Nessa última hipótese, a tentativa de acordo será realizada por tempo determinado de até dois meses, renovável a critério do magistrado.⁴⁹⁰

A lei prevê, ainda, a hipótese de mediação incidental, na qual o juiz, se as partes estiverem de acordo, designará um mediador para escutar e confrontar os seus pontos de

(ALMEIDA, Diogo Rezende de. *As convenções processuais no processo civil*. 2014. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 138-145).

⁴⁸⁴ CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès em droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*, cit., p. 82.

⁴⁸⁵ “La conciliation extrajudiciaire ainsi organisée par ce décret du 20 mars 1978 est bien adaptée aux petits litiges civils, comme ceux du contentieux de la consommation, du voisinage ou des rapports locatifs. Au 1er janvier 2010, les conciliateurs de justice étaient au nombre de 1 777, exerçant bénévolement leurs fonctions, sous réserve de leur défraiement pour certaines dépenses exposées en raison de leurs fonctions. En 2008, les conciliateurs de justice ont été saisis de 112 828 affaires, qu’il convient de rapporter aux 493 939 affaires portées devant les 475 tribunaux d’instance, et le taux de conciliation a été de 59,6 %41, ce qui est loin d’être négligeable et mérite donc d’être pris au sérieux” (CADIET, Loïc. Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français. *Ritsumeikan Law Review*, n. 28, p. 156, 2011. Disponível em: <<http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr28/CADIET2.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2015).

⁴⁸⁶ Se as partes chegarem a um acordo, este poderá ser homologado judicialmente, a fim de adquirir força executória, na forma do artigo 1441-4 do CPC francês.

⁴⁸⁷ O Código do Cinema instituiu o “mediador do cinema” para resolver litígios entre distribuidoras de filmes, conforme o art. 92 da Lei n.º 82.652, de 29.07.1982.

⁴⁸⁸ Decreto n.º 652, de 22.07.1996; Decreto n.º 1.165, de 01.10.2010; Decreto n.º 66, de 20.01.2012; e Decreto n.º 282, de 11.03.2015.

⁴⁸⁹ Arts. 127 a 129-1 do CPC francês. Na França, o juiz é dotado de poderes conciliatórios, devendo, inclusive, dar preferência à solução conciliatória à imposição de uma decisão (CADIET, Loïc. I modi alternativi di Regolamento dei Conflitti in Francia tra tradizione e modernità. *Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile*, v. 60, 2006).

⁴⁹⁰ Arts. 129-2 a 129-6 do CPC francês.

vistas e ajudá-las a encontrar uma solução para o conflito.⁴⁹¹ Chama a atenção a amplitude da intervenção judicial: permite-se, por exemplo, que o juiz encerre o procedimento, a requerimento das partes ou mesmo de ofício;⁴⁹² impõe-se ao mediador que o mantenha informado de todas as dificuldades que encontrar;⁴⁹³ e outorga-se-lhe, inclusive, a responsabilidade de fixar a remuneração do terceiro imparcial.⁴⁹⁴ O Código fixa um prazo de três meses para a realização da mediação, que pode ser prorrogado por igual período, a requerimento do mediador.⁴⁹⁵

Recentemente, o Decreto n.º 282, de 11.03.2015, consagrou a preferência pelos meios autocompositivos, ao alterar os arts. 56 e 58 do CPC para dispor que a parte, quando do ajuizamento de uma demanda, deverá provar que tentou previamente solucionar o litígio por um método consensual. Afasta-se a exigência apenas quando houver “motivo legítimo”, relacionado à urgência ou à matéria em discussão, particularmente aquelas de ordem pública.⁴⁹⁶ A ausência de comprovação de que as partes tentaram uma composição amigável, contudo, não lhes acarreta consequências nefastas, limitando-se à possibilidade de o juiz propor-lhes a conciliação ou a mediação incidental.⁴⁹⁷

⁴⁹¹ Com base na definição do papel do conciliador judicial prevista no art. 1.º do Decreto n.º 78.381, de 20.03.1978, e na definição do papel do mediador prevista no art. 131-1 do CPC francês, observa-se que a diferença entre eles se aproxima daquela prevista nos §§ 2.º e 3.º do art. 165 do novo CPC brasileiro, uma vez que a função exercida pelo mediador é a de fazer com que as partes restabeleçam a comunicação e cheguem por si próprias a uma solução que lhes seja adequada, ao passo que o conciliador, que na forma da lei francesa deve atuar como um facilitador do acordo, possui um papel mais ativo, podendo sugerir soluções para o conflito. A figura do mediador da República (*Le Médiateur de la République*), criada pela Lei n.º 19, de 03.01.1973, não se confunde com o mediador judicial. O mediador da República, nomeado para um mandato de seis anos a partir da indicação de um conselho de ministros, possui a função precípua de resolver os conflitos entre os cidadãos e os órgãos da administração pública, analisando as reclamações dos cidadãos, lutando contra a inexecução das decisões judiciais e fazendo propostas de reforma (GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; DELICOSTOPOULOS, Constantin S. et al. *Droit processuel: droit fondamentaux du procès*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2011. p. 1275).

⁴⁹² Art. 131-10 do CPC francês.

⁴⁹³ Art. 131-9 do CPC francês.

⁴⁹⁴ Art. 131-13 do CPC francês.

⁴⁹⁵ Art. 131-3 do CPC francês.

⁴⁹⁶ Art. 56. L'assignation contient à peine de nullité, outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice. [...] Sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige.

⁴⁹⁷ Art. 127. S'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation.

O CPC francês disciplina, ainda, um “procedimento participativo”,⁴⁹⁸ destinado à negociação entre as partes mediante a assistência de seus advogados e sem a intervenção de um terceiro, nos termos e condições previstos em um contrato anteriormente celebrado entre elas. Durante o tempo determinado pelo qual tiver curso o procedimento, o prazo prescricional para o ajuizamento de ação fica suspenso.⁴⁹⁹ É nítida a semelhança entre o procedimento de negociação assistida italiano e o procedimento participativo francês, no qual o primeiro decerto se inspirou.

Apesar de o sistema francês não contar com um procedimento extrajudicial prévio estruturado como o inglês, entreveem-se alguns elementos em seu arcabouço processual que contribuem de forma virtuosa para que os litigantes possam, antes da propositura de uma ação judicial, coligir informações e provas sobre os fatos, analisar as perspectivas de sucesso em eventual demanda e buscar um acordo.

Nesse particular, destacam-se o direito à produção de prova antes do processo, sem a necessidade de demonstração do *periculum in mora*, e o incentivo aos métodos consensuais. Conquanto não estabeleça sanções relevantes para aqueles que descumpram a exigência de tentativa prévia de acordo, a novel mudança na lei reafirmou o princípio de que, diante do advento de um litígio, a justiça estatal deve ser o último recurso a ser buscado pelos cidadãos. É igualmente louvável o poder conferido às partes para modular o processo de modo individualizado, bem como a correlata prática dos protocolos institucionais para a gestão coletiva de processos.

3.5 Japão

Em função das diversas contribuições a que esteve sujeito durante sua história, o processo civil japonês têm caráter híbrido, congregando traços da *civil law* e da *common*

⁴⁹⁸ Arts. 1.528 e 1.529 do NCPC. As convenções de processo participativo já encontravam previsão legal no Código Civil francês desde 2010, a partir da Lei 2010-1609 (artigos 2.062 a 2.068). No entanto, tendo em vista que o artigo 268 do Código Civil francês determina que o processo participativo será regido pelo Código de Processo Civil, fez-se necessária a alteração do diploma processual para a efetiva aplicação das convenções.

⁴⁹⁹ “Exposée dans l’er apport Guinchard, elle prend le nom de procédure participative de négociation assistée par un avocat. Inspirée du droit collaboratif nord américain, elle se déroule sans l’intervention d’un tiers, à la différence d’une médiation ou d’une conciliation. Aux termes d’une convention de participation, signée des parties et de leur conseil, ceux-ci définissent un processus de négociation au cours duquel les parties s’interdisent d’agir en justice” (GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; DELICOSTOPOULOS, Constantin S. et al. *Droit processuel: droit fondamentaux du procès*, cit., p. 1273).

law. Originariamente baseado no modelo chinês,⁵⁰⁰ sofreu influência germânica até 1945,⁵⁰¹ quando passou ao domínio norte-americano, sob o qual permaneceu até a década de 1950.⁵⁰²

Embora breve, a ingerência norte-americana no processo mostrou-se marcante, com a implementação de um sistema adversarial que atribuiu amplos poderes às partes. Uma vez, porém, que os advogados não estavam adaptados a essa idiosincrasia, e que muitos procedimentos judiciais sequer previam a sua participação,⁵⁰³ preservaram-se os poderes do juiz, em especial o de produzir provas de ofício.⁵⁰⁴

Vale pontuar que o Japão sempre contou com poucos juízes e advogados, em comparação ao número de habitantes, e que a relação entre eles era marcadamente conflituosa. No entanto, com a reforma do sistema de educação,⁵⁰⁵ aliada ao incremento da demanda causado pela internacionalização do comércio, houve um aumento na quantidade de profissionais e na qualidade de sua formação, além de uma melhora no próprio trato entre os magistrados e os advogados, segundo registra a doutrina.⁵⁰⁶

Não por outra razão, o aclamado Código de Processo Civil de 1996, ainda hoje vigente no Japão, foi o primeiro cuja elaboração contou com a participação de representantes da advocacia.⁵⁰⁷ Conquanto tenha preservado a estrutura básica do processo civil japonês, trouxe relevantes mudanças, como a distinção entre as fases postulatória e probatória (após algumas tímidas reformas legislativas anteriores no mesmo sentido), com a instituição da obrigatoriedade de exaurir-se o debate acerca dos fatos, atribuindo-se ao juiz a incumbência de fixar as questões a serem provadas, ao

⁵⁰⁰ GOODMAN, Carl F. *Justice and Civil Procedure in Japan*. New York: Ocean Publications, 2004. p. 12.

⁵⁰¹ O primeiro Código de Processo Civil japonês, de 1890, foi inspirado pelo Código alemão (ZPO) de 1877.

⁵⁰² TANIGUCHI, Yasuhei. O Código de Processo Civil japonês de 1996 – Um processo para o próximo século?. *Revista de Processo*, v. 99, p. 50-51, jul.-set. 2000.

⁵⁰³ Até hoje, 1/5 das causas ainda dispensa a participação de advogados (TANIGUCHI, Yasuhei. Japan's recent civil procedure reform: its seeming success and left problems. In: TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo (Ed.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino: G. Giappichelli, 2003. p. 98).

⁵⁰⁴ GOODMAN, Carl F. *Justice and Civil Procedure in Japan*, cit., p. 94.

⁵⁰⁵ A partir da década de 1980, os operadores do Direito passaram a realizar um exame final unificado e a exercer dois anos de prática comum.

⁵⁰⁶ TANIGUCHI, Yasuhei. *Japan's recent civil procedure reform: its seeming success and left problems*, cit., p. 97.

⁵⁰⁷ TANIGUCHI, Yasuhei. *Japan's recent civil procedure reform: its seeming success and left problems*, cit., p. 103.

cabo daquela etapa.⁵⁰⁸ Contribuiu para o sucesso dessa fase preparatória processual a superação do antagonismo ideológico entre advogados e juízes, ao promover a cooperação na colheita de provas.

O CPC de 1996 também expandiu ainda mais os poderes das partes para colher informações e produzir provas no curso do processo judicial. Apesar de não encampar plenamente a ideia do *discovery* norte-americano, ampliou o escopo da ordem de produção de documentos a ser determinada pelo juiz, incluindo qualquer documento que não seja autoincriminatório, sigiloso ou feito para uso exclusivo de quem o detém.⁵⁰⁹ A recusa da parte contrária em apresentar o documento (ou a sua perda ou destruição intencionais) permite que a corte reconheça a veracidade dos fatos que o requerente queria provar.⁵¹⁰ Caso a ordem tenha sido expedida contra terceiro, ele fica sujeito à multa pelo descumprimento.⁵¹¹

Outra inovação foi a admissão de declaração escrita da testemunha, em vez de sua inquirição na sala da audiência, salvo objeção da parte.⁵¹² A mudança é surpreendente ao se considerar que os documentos escritos não têm, no Japão, o mesmo valor que usualmente lhes atribuem os países ocidentais. Contratos orais, por exemplo, são executáveis perante a Justiça japonesa.⁵¹³

Previu-se, ainda, um interrogatório entre as partes (*inter-party inquiry*), permitindo a cada uma requerer informações relevantes do adversário. Esse procedimento, contudo, não se revelou muito eficaz, segundo a doutrina, em função da inexistência de sanções à parte recalcitrante.⁵¹⁴

⁵⁰⁸ Uma reforma legislativa de 1926 já previa uma fase preparatória processual com esse escopo, mas não de forma obrigatória, de modo que os advogados frequentemente a desprezavam, em função de seu despreparo, ignorância e falta de iniciativa (TANIGUCHI, Yasuhei. *Japan's recent civil procedure reform: its seeming success and left problems*, cit., p. 98-100).

⁵⁰⁹ Além de (i) documento em que se baseie alegação da parte contrária; (ii) documento que o requerente possa exigir segundo as regras de direito material; e (iii) documento feito em proveito do requerente (como um recibo) e a propósito de relação jurídica entre o requerente e o detentor (como um contrato), o CPC/1996 acrescentou (iv) todos os outros documentos, exceto aqueles que sejam autoincriminatórios, sigilosos ou feitos para uso exclusivo de quem o detém (art. 220 do CPC japonês). Exige-se, porém, que o requerente indique os fatos a serem provados por meio do documento pretendido (art. 221).

⁵¹⁰ Art. 224 (1) do CPC japonês, segundo versão traduzida para o inglês, disponível em: <www.japaneselawtranslations.go.jp>. Acesso em: 30 jan. 2015.

⁵¹¹ Art. 225 (1) do CPC japonês.

⁵¹² Art. 205 do CPC japonês. É sempre possível, todavia, a reinquirição da testemunha cuja declaração tenha sido apresentada.

⁵¹³ TANIGUCHI, Yasuhei. *Japan's recent civil procedure reform: its seeming success and left problems*, cit., p. 104.

⁵¹⁴ KOJIMA, Takeshi. *Japanese Civil Procedure in Comparative Law Perspective*. 46 *U. Kan. L. Rev.* 687 1997-1998.

Em 2003, houve nova e importante reforma legislativa, na qual, entre outras alterações – como a possibilidade de as partes e o juiz fixarem um calendário para a prática dos atos processuais, em processos complexos⁵¹⁵ –, adotou-se também um procedimento voluntário de investigação pré-processual (*pre-filling inquiry process*), que possibilita às partes requerer informações e provas de um adversário potencial e de terceiros, antes de propor a ação, visando à adequada formulação da demanda.

Em regra, o processo civil japonês inicia-se com a apresentação de uma petição inicial escrita, que deve identificar as partes e expor os fundamentos da demanda, com a descrição dos fatos relevantes, sob pena de inadmissibilidade, à semelhança do sistema brasileiro. Há norma legal no sentido de que os documentos em que o autor baseia a sua demanda precisam ser juntados desde logo à inicial; na prática, contudo, o juiz autoriza a sua produção posterior, no curso do processo.⁵¹⁶

Para obter as informações necessárias ao ajuizamento da ação, o autor e seus advogados podem se valer (i) de pedido de ordem judicial para a produção antecipada de prova, limitado, porém, àquelas que estejam em risco; (ii) de requerimentos para a obtenção de documentos ou oitiva de testemunhas por intermédio da Associação de Advogados; e (iii) do procedimento de investigação pré-processual (*pre-filling inquiry process*) instituído pela reforma de 2003.

Os arts. 234-242 do CPC Civil japonês tratam da produção de provas que necessitam ser preservadas, o que pode incluir a oitiva de testemunha, exibição de documento detido por terceiro, a busca da opinião de um *expert* sobre matéria específica ou a verificação de um determinado fato. Cabe ao autor ou ao réu em potencial, previamente à instauração de um processo para discutir a titularidade do direito material em litígio, requerer em juízo a produção da prova pretendida, desde que demonstre o perigo de desaparecimento desta e indique especificamente os fatos a serem por ela atestados. No entanto, a medida é pouco utilizada em razão da exigência de demonstração do risco e da inexistência de sanção para aquele que não cumprir a ordem judicial.⁵¹⁷

⁵¹⁵ Trata-se do “planning of proceeding”: se um caso for considerado complicado, a Corte deve estabelecer, com auxílio das partes, um calendário para a realização dos futuros atos processuais, como o procedimento preparatório, o exame de testemunhas, a audiência e a prolação de sentença (TANIGUCHI, Yasuhei. *Japan's recent civil procedure reform: its seeming success and left problems*, cit., p. 107).

⁵¹⁶ Conforme o art. 137 do CPC japonês. A lei ressalva, porém, a possibilidade de o juiz conceder prazo ao autor para emendar a inicial, caso os fatos não estejam adequadamente expostos.

⁵¹⁷ GOODMAN, Carl F. *Justice and Civil Procedure in Japan*, cit., p. 260-261 e 272.

Da Lei dos Advogados (Law n.º 221 de 1951, art. 23-2) consta a previsão de pedido de oitiva de testemunha ou exibição de documento à Associação dos Advogados, que pode, por sua discricionariedade, rejeitar o pedido ou encaminhá-lo à pessoa/entidade da qual se busca a realização da prova. Não há, porém, também nessa hipótese, a aplicação de nenhuma penalidade caso o terceiro não queira colaborar.

Por fim, o procedimento de investigação pré-processual está disposto no art. 132-2 do CPC japonês. Cabe ao autor em potencial enviar ao possível réu uma notificação, informando-lhe que pretende ingressar com ação em quatro meses e dando-lhe ciência da natureza da demanda e dos fatos a ela relacionados. O autor pode fazer um questionário ao réu, fixando prazo razoável para a sua resposta. A inquirição está sujeita às mesmas regras aplicáveis à *inter-party inquiry* processual, isto é, não pode ter por objeto toda e qualquer matéria, devendo versar tão somente a respeito dos fatos cujo ônus da prova incumbe ao autor ou eventual matéria de defesa; as perguntas devem ser particulares e específicas, e não genéricas; não podem insultar ou embaraçar a parte a quem são endereçadas; devem ser relativas a fatos, e não opiniões; não devem se imiscuir em matéria sigilosa; nem exigir resposta custosa ou que exija muito tempo para sua elaboração ou obtenção.

Caso o oponente não responda, o autor pode requerer uma ordem judicial mediante procedimento autônomo com esse fim, cabendo-lhe arcar com as respectivas custas.

A maior crítica que se faz ao procedimento de investigação pré-processual é justamente a ausência de uma obrigação da parte contrária em responder ao questionário, ou de fazê-lo de forma acurada, do que decorre a sua parca utilização ou a obtenção de poucas respostas efetivas, mesmo que dele se valha o autor.⁵¹⁸

Existe, ademais, um *pre-filing document request process*, para fins de exibição de documentos, limitado àqueles previstos em lei. Esse requerimento pode ser também endereçado a terceiro detentor do documento. Se o terceiro se recusar a fornecer o documento, a parte pode pedir ordem à corte, mas não há sanção em caso de descumprimento.⁵¹⁹

⁵¹⁸ GOODMAN, Carl F. *The Rule of Law in Japan: a comparative analysis*. 3. ed. London: Kluwer Law International, 2012. p. 347.

⁵¹⁹ GOODMAN, Carl F. *The Rule of Law in Japan: a comparative analysis*, cit., p. 265.

É sabido que o Japão tem um apreço histórico pela resolução consensual dos conflitos, sendo conhecido, ainda hoje, tradicionalmente, como uma sociedade não litigiosa.

De fato, a jurisdição não era sequer conhecida no período feudal japonês, até ser introduzida pelos países ocidentais. Embora a inclinação aos acordos seja frequentemente atribuída à ênfase da cultura oriental na harmonia social,⁵²⁰ os estudiosos apresentam outros motivos menos nobres que concorreram para esse fenômeno.

Durante o governo *Tokugawa* (findo em 1867), o preconceito com a jurisdição era tão grande que, mesmo que o autor buscasse uma medida judicial legítima, ela poderia lhe ser negada pela insistência em levar a matéria ao Judiciário.⁵²¹ Já no curso do processo judicial o juiz podia se utilizar, inclusive, de ameaças para pressionar as partes chegarem a um acordo.⁵²² E, se necessária a imposição de uma solução, as cortes usualmente preteriam uma decisão legal em favor das normas comunitárias ou consuetudinárias, mais condizentes com os valores sociais. Mais recentemente, nas décadas de 1920 e 1930, os altos custos do processo desencorajavam o acesso à Justiça, o que reforçava a crença geral de que esse não seria o comportamento adequado.⁵²³ Oscar Chase chega a afirmar, por isso, que a visão dos japoneses como um povo culturalmente não litigioso seria um “mito”.⁵²⁴

De todo modo, na prática, a conciliação ainda é tida como o meio mais apropriado para se resolver qualquer disputa. No curso do processo, a qualquer momento o juiz pode tentar conciliar ou mediar as partes⁵²⁵ e, com essa finalidade, permite-se-lhe, inclusive, que antecipe aos litigantes a sua provável decisão, para influenciá-las na composição do litígio.⁵²⁶

Recorre-se ao Judiciário, em geral, quando fracassados todos os esforços para uma tentativa de acordo, razão pela qual costumam chegar a juízo somente os casos

⁵²⁰ Um antigo provérbio chinês já dizia “it is better to die of starvation than to become a thief; it is better to be vexed to death than to bring a lawsuit” (COHEN, J. Chinese Mediation on the Eve of Modernization. *California Law Review*, n. 54, p. 1201, 1966).

⁵²¹ GOODMAN, Carl F. *Justice and Civil Procedure in Japan*, cit., p. 18.

⁵²² GOODMAN, Carl F. *Justice and Civil Procedure in Japan*, cit., p. 198.

⁵²³ CHASE, Oscar. Some Observations on the Cultural Dimension in Civil Procedure Reform Symposium: Civil Procedure Reform in Comparative Context. *American Journal of Comparative Law*, v. 45, p. 868, 1997.

⁵²⁴ CHASE, Oscar. Some Observations on the Cultural Dimension in Civil Procedure Reform Symposium, cit., p. 868-869.

⁵²⁵ Art. 89 do CPC japonês.

⁵²⁶ GOODMAN, Carl F. *Justice and Civil Procedure in Japan*, cit., p. 198 e 205.

mais complexos.⁵²⁷ Em alguns tipos de demandas, os litigantes devem necessariamente buscar a autocomposição previamente ao ingresso na Justiça (como em matérias de família) ou esgotar as vias administrativas (como em conflitos que versem sobre responsabilidade por produto).⁵²⁸ Nos casos de acidente de automóveis, há grupos de conciliação não judicial, fundados pelas companhias de seguro: se a vítima aceitar a proposta da companhia, a companhia de seguro em geral cumpre o acordado.⁵²⁹ A mediação já se desenvolve desde a década de 1920, em diversas áreas.

A prática dos ADRs, já comum no Japão, foi reforçada com a edição, em 2007, do *Act for Promotion of Use of Alternative Dispute Resolution* (Ato n.º 151, de 1.º.12.2004) voltado ao estímulo do uso das entidades privadas que oferecem mecanismos adequados para a resolução das controvérsias. Previu-se, com esse fim, a interrupção da prescrição em caso de requerimento às instituições credenciadas conforme a lei, que já somam hoje mais de uma centena.⁵³⁰ São também frequentes e executáveis as cláusulas contratuais que impõem aos contratantes a tentativa de autocomposição antes de dar início à arbitragem ou ao processo judicial.⁵³¹

Elegeu-se o ordenamento japonês como objeto deste estudo na expectativa de que pudesse ser especialmente útil quanto ao desenvolvimento dos métodos consensuais, em cujo aspecto, porém, não se distinguiram avanços tão notáveis. Das lições japonesas sobressaem aquelas relativas aos mecanismos de investigação pré-processual – por meio dos quais o requerente pode dar ciência à parte adversa das suas pretensões, instá-la a responder perguntas sobre os fatos (estando as indagações, porém, sujeitas a importantes restrições, para evitar inquirições genéricas e despropositadas) e requerer a exibição de documentos. Releva, nesse aspecto, a constatação da pouca

⁵²⁷ TANIGUCHI, Yasuhei. *Japan's recent civil procedure reform: its seeming success and left problems*, cit., p. 110.

⁵²⁸ O Japão não possui uma Justiça administrativa propriamente dita, de modo que as demandas em que são parte órgãos públicos estão sujeitas ao controle judicial pelas cortes ordinárias. Contudo, em muitos tribunais há seções exclusivamente dedicadas ao julgamento de questões administrativas, cujo processo é também regido por lei especial. Em regra, os interessados não estão obrigados a exaurir as instâncias administrativas para recorrerem ao Judiciário, salvo em alguns casos, expressamente previstos em lei (GOODMAN, Carl F. *Justice and Civil Procedure in Japan*, cit., p. 200, 251, 460 e 477).

⁵²⁹ Apenas 1% dos casos chega ao Judiciário, segundo informa GOODMAN, Carl F. *Justice and Civil Procedure in Japan*, cit., p. 200.

⁵³⁰ Ministry of Justice. *Dispute Resolution Support*. Disponível em: <<http://www.moj.go.jp/KANBOU/ADR/>>. Tradução automática do Google e acesso em: 30 jun. 2014.

⁵³¹ FREEHILLS, Herbert Smith; GODWIN, Peter. The rise of ADR in Japan. *Association of Corporate Council*. Disponível em: <www.lexology.com>. Acesso em: 10 abr. 2014.

eficiência desses mecanismos na prática, porque sujeitos unicamente à vontade das partes, tanto para movê-los quanto para cumpri-los.

3.6 Esclarecimentos conclusivos

Ainda que já se soubesse que nenhum dos ordenamentos estrangeiros tratados neste capítulo conta com uma fase pré-processual estruturada como a inglesa, alguns aspectos específicos motivaram a sua investigação, por exemplo, o (supostamente) avançado desenvolvimento da autocomposição no Japão; o difundido uso dos métodos consensuais e de eficientes instrumentos de *discovery* nos Estados Unidos; e os pioneiros institutos do contrato de procedimento e dos protocolos institucionais na França, como possíveis fontes para a idealização de uma fase preliminar. Na Alemanha, buscou-se descobrir eventuais mecanismos prévios ao processo que pudessem ser determinantes para a notória excelência daquele sistema jurisdicional. Já no caso da Itália imaginou-se que seria proveitoso perquirir sobre a forma de tratamento pré-processual do litígio pelo fato de a sua Justiça encontrar-se em situação dramaticamente semelhante à brasileira. Outro critério decisivo na seleção dos países foi o de privilegiar fontes diretas de autores nacionais, o que foi possível fazer, em grande parte, mesmo em relação aos ordenamentos japonês e alemão, conquanto não se dominem as respectivas línguas maternas, graças à variedade de textos publicados em inglês por estudiosos nativos.

Como sói acontecer em pesquisas de direito estrangeiro, porém, a análise mais aprofundada de cada sistema acabou por revelar outros aspectos interessantes de que não se cogitara de início, sensivelmente úteis para repudiar e/ou justificar possíveis escolhas na concepção de uma fase prévia ao processo no Direito brasileiro, de que são exemplos os protocolos italianos, as inconveniências associadas à ampla *discovery* nos EUA, os diferentes mecanismos de investigação pré-processual no Japão e os diversos meios de incentivo à autocomposição na Itália. Puderam-se constatar, ademais, tendências comuns como a de priorizar o protagonismo das partes e de seus advogados, inclusive antes do ajuizamento de uma ação, e a de privilegiar, principalmente em momento antecedente ao processo, os métodos consensuais de solução de conflitos.

4. FUNDAMENTOS DA FASE PRÉ-PROCESSUAL

Antes de aventarem-se possíveis arquétipos para uma fase prévia ao processo no Brasil, é imprescindível estabelecer as bases ideológicas capazes de fundamentar a sua existência. Como se demonstra a seguir, a adoção de um estágio pré-processual, muito além de atender às conveniências imediatistas relacionadas à amenização das deficiências do sistema judicial, conjuga diversas tendências e concretiza importantes valores do processo civil contemporâneo, em sua maioria comuns aos ordenamentos estrangeiros estudados.

4.1 O desenvolvimento dos meios autocompositivos como vias complementares e preferencialmente anteriores ao processo judicial

Nem sempre coube ao Estado, na história da humanidade, o protagonismo na pacificação dos conflitos inerentes à vida em comunidade. Nas sociedades primitivas, os litígios eram solucionados por métodos informais e rudimentares, mediante o uso da força física (autotutela);⁵³² por meio da realização de acordo entre os litigantes, com sacrifício total ou parcial de seus interesses (autocomposição); ou pela eleição de terceiros de mútua confiança, em geral sacerdotes ou anciãos, para julgar os conflitos (heterocomposição ou arbitragem).

Remonta ao processo civil romano a absorção da jurisdição pelo Poder Público, entendida como a atividade pela qual se satisfazem pretensões por meio da imposição de uma solução legal.⁵³³ No período arcaico (das *legis actiones*), que perdurou da fundação de Roma ao século II a.C., o processo desenvolvia-se oralmente, em duas etapas: na fase *in iure*, instaurada mediante a comunicação ao réu (*iusvocatio*), os

⁵³² Diz-se que a atividade jurisdicional tem natureza substitutiva justamente porque se sobrepõe à autotutela, ou seja, à força dos próprios litigantes para dirimir o conflito: “Num ordenamento jurídico, se irrompe contenda entre dois indivíduos acerca da atribuição de um bem da vida, não se admite que os litigantes provejam com suas próprias forças a dirimi-la. Tal acontecia nas origens. Com o tempo, entretanto, até nos povos primitivos o poder público, a que impende assegurar a paz social e eliminar os conflitos que a perturbam, intervém, já simplesmente para regular-lhes as formas exteriores, já para verificar se os bens, a que o promotor do conflito aspira, de fato lhe pertencem” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2, p. 37).

⁵³³ “En sentido estricto, la jurisdicción se entente de la función pública de administrar justicia, emanda de la soberanía del Estado, y ejercida por un órgano especial. Tiene por fin la realización o declaración Del derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, para obtener la armonía y la paz sociales” (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984. t. I, p. 73).

litigantes compareciam perante o magistrado (*pretor*) e firmavam um compromisso fixando o objeto do litígio e comprometendo-se a aceitar o que fosse decidido (*litis contestatio*); em seguida, na fase *apud iudicem*, escolhiam um árbitro privado de sua confiança, que recebia do magistrado o encargo de decidir a causa. No período seguinte, que vigeu do século II a.C. ao século III d.C e dito “formular” porque essencialmente escrito, ainda se incumbia ao árbitro o julgamento da causa, mas a sua indicação já era então feita pelo *pretor*. Finalmente, na terceira fase do Império romano, correspondente à *cognitio extraordinaria*, o próprio pretor passou a resolver os conflitos, em vez de nomear um julgador privado.⁵³⁴ Ocorreu, assim, a assunção do monopólio da jurisdição pelos seus governantes.

Esse modelo manteve-se durante a Idade Média e solidificou-se ao longo da Idade Moderna,⁵³⁵ com a formação dos Estados, a Revolução Francesa e o Código Napoleônico, no final do século XVIII, que difundiu a ideia da completa monopolização da jurisdição pelo Estado como atributo emanado da soberania,⁵³⁶ consagrou a divisão de Poderes e conferiu ao Poder Judiciário o poder-dever de prestá-la com exclusividade.

Contudo, desde o final da II Guerra Mundial, com os acontecimentos geopolíticos e socioeconômicos que a sucederam, o conceito de jurisdição dissociou-se da concepção de soberania. Diante de poderes supranacionais como a União Europeia, cuja Corte de Justiça também exerce inequívoca atividade jurisdicional, não mais se pode sustentar que o Estado seja fonte primeira e última do direito, e que não existam autoridades superiores às quais tenha de se submeter.⁵³⁷

Outra evidência do colapso do modelo da jurisdição estatal emergiu da revalorização dos métodos diversos de resolução de disputas. Embora não se tenha

⁵³⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 1. ed. 2.ª tiragem. São Paulo: RT, 2001. p. 54 e ss.

⁵³⁵ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. I, p. 65.

⁵³⁶ PICARDI, Nicola. *La Giurisdizione all'Alba del Terzo Millennio*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 151. Também reconhecendo a indissociabilidade entre a jurisdição e a soberania estatal: “Jurisdição é uma função da soberania do Estado. É o poder de declarar o direito aplicável aos fatos. No regime da legalidade, é missão precípua do Estado manter o prestígio e a autoridade da lei” (REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1952. v. I, p. 989). “Dissemos antes de tudo que a jurisdição é exclusivamente uma função do Estado, isto é, uma função da soberania do Estado” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 4).

⁵³⁷ “A partire dalla fine del secondo conflitto mondiale e, ancor più, a seguito dei fenomeni geopolitici e socioeconomici successivi al 1989, *sovranità, territorio e giurisdizione* non sono più quelli su cui ha lavorato la cultura giuridica del XIX e XX secolo. Oggi non è più possibile sostenere che lo Stato è fonte prima ed ultima del diritto e non riconosce poteri superiori, perché trova in se stesso la própria legittimazione” (PICARDI, Nicola. *La Giurisdizione all'Alba del Terzo Millennio*, cit., p. 175).

jamais deixado de realizar-se a autocomposição, nem de admitir-se a autotutela em situações excepcionais (como na hipótese de direito de retenção de bem imóvel), o Poder Judiciário foi, por muito tempo, o legítimo destinatário para lidar com todos os tipos de controvérsias. Ocorre que, como já demonstrado anteriormente, a multiplicação das demandas, havida como efeito deletério conjugado ao desenvolvimento social e econômico, determinou o intumescimento do Judiciário, em prejuízo da adequada prestação da atividade jurisdicional. A crescente perda de credibilidade da sociedade na justiça e nos juízes levou, enfim, à crise de legitimidade do poder jurisdicional.⁵³⁸

Nesse cenário aflorou o movimento de acesso à justiça capitaneado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth,⁵³⁹ baseado em uma concepção “tridimensional” do direito que leva em conta também a perspectiva dos jurisdicionados.⁵⁴⁰ Os estudiosos revelaram, a partir de suas pesquisas, os obstáculos ao acesso a uma ordem jurídica justa, tempestiva e eficaz,⁵⁴¹ e lançaram as famosas “ondas renovatórias do processo” para enfrentá-los, das quais sobreveio o ressurgimento e o progressivo incremento, por quase todo o território mundial, dos meios “alternativos” de resolução de conflitos. Em que pese o significado literal do termo com o qual foram alcunhados, não implicam, em

⁵³⁸ A crise de legitimidade do poder jurisdicional também decorreu da elevação da consciência jurídica da população e do seu grau de exigência em relação ao desempenho do judiciário, segundo, Leonardo Greco (*Instituições de processo civil*, cit., p. 3).

⁵³⁹ A conhecida pesquisa realizada por Mauro Cappelletti, da Universidade de Florença, e Bryant Garth, da Universidade de Stanford, na década de 1970, diagnosticou com precisão as causas da ineficiência do sistema processual, ao identificar os obstáculos ao acesso à justiça no mundo, quais sejam os elevados custos do processo; a existência de direitos difusos e coletivos, próprios das sociedades de massa, cujas peculiaridades não se adéquam à defesa por meio de um processo tradicional; e a deficiência do processo judicial, na forma rígida como concebido, para a defesa de determinados direitos. Frustrados com este cenário, os pesquisadores propuseram as famosas “ondas renovatórias” do processo, que viriam a nortear todas as mudanças por que passou o processo civil mundial nas últimas décadas. Em síntese, as três ondas renovatórias idealizadas por Cappelletti e Garth dizem respeito: (i) à assistência judiciária integral e gratuita aos necessitados; (ii) à tutela dos interesses metaindividuais; e (iii) ao aperfeiçoamento dos instrumentos processuais e à utilização de novos mecanismos, dentro e fora da jurisdição. No âmbito jurisdicional, propôs-se a simplificação dos procedimentos em geral, o enxugamento das vias recursais e o desenvolvimento da tutela de urgência. Já fora dos limites do processo judicial, encontra-se justamente a criação de formas “alternativas” de justiça, como a negociação, a mediação e a arbitragem. Os resultados dessa pesquisa foram publicados na obra *Acesso à Justiça*, cujo original possui seis volumes e teve uma parte traduzida para o português, em GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

⁵⁴⁰ “Em vez de uma concepção unidimensional, pela qual o direito e a ciência jurídica se limitam à declaração das normas, afirma-se uma concepção tridimensional: uma primeira dimensão reflete o problema, necessidade ou exigência social que induz à criação de um instituto jurídico; a segunda dimensão reflete a resposta ou solução jurídica, por sinal uma resposta que, além das normas, inclui as instituições e processos destinados a tratar daquela necessidade, problema ou exigência social; enfim, uma terceira dimensão encara os resultados, ou o impacto, dessa resposta jurídica sobre a necessidade, problema ou exigência social” (CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, ano 19, n. 74, p. 83, 1994).

⁵⁴¹ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: _____; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.

hipótese alguma, a exclusão do Poder Judiciário; ao contrário, funcionam como um verdadeiro e eficiente complemento à atividade jurisdicional estatal. Trata-se, em síntese, de procedimentos nos quais não há a intervenção do juiz para impor às partes uma decisão, pautados pela celeridade, informalidade, economia, busca de soluções criativas e, no caso das espécies autocompositivas (que interessam particularmente a este estudo), também mutuamente satisfatórias.⁵⁴²

Conquanto o ressurgimento dos meios adequados tenha sido despertado pela declarada disfuncionalidade⁵⁴³ da justiça estatal, a sua importância ultrapassa em muito a de contribuir para o seu aperfeiçoamento. As muitas conveniências associadas à solução conciliatória justificam o resgate da autocomposição como forma primária para a resolução dos conflitos. Entre os seus benefícios, Marc Galanter cita o protagonismo e a autonomia das partes; a sua maior satisfação em função da participação e controle do procedimento; o maior atendimento de suas necessidades e interesses; o menor dispêndio de tempo e de dinheiro (das partes e das cortes); a criatividade e a flexibilidade das soluções; a maior propensão em cumprir com as disposições do acordo; o desencorajamento de futuros processos e a educação das partes para evitar comportamentos indesejáveis e lidar com novas controvérsias.⁵⁴⁴ Barbosa Moreira igualmente considera que a pacificação tem melhores possibilidades de produzir efeitos duradouros, ao conduzir a uma solução reputada aceitável por ambos os litigantes, “do que a imposição de um resultado que não deixa de traduzir, ao menos para um deles, a amargura da derrota”.⁵⁴⁵ Enfim, não há razão lógica para invocar o Judiciário quando as partes ainda não tenham ao menos tentado a resolução pacífica e consensual da controvérsia, preferencialmente com a participação de um terceiro imparcial para conduzir o diálogo ou mesmo propor soluções, e essa tentativa tenha restado frustrada.

Os métodos consensuais não importam uma ruptura total com o paradigma jurisdicional, na medida em que as soluções obtidas por seu intermédio são passíveis de controle judicial em certas circunstâncias, além de admitir, na hipótese de eventual

⁵⁴² Os benefícios de se tratar dos litígios fora da jurisdição incluem, ainda, a possibilidade de se abarcarem também as questões periféricas e de se permitir a inserção da rede social das partes.

⁵⁴³ Michele Taruffo pondera que o incentivo aos métodos alternativos revela, na verdade, uma fuga à jurisdição, a partir da constatação da disfuncionalidade da justiça estatal (TARUFFO, Michele. Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos. *Páginas sobre Justicia Civil*. Tradução de Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 115-116).

⁵⁴⁴ GALANTER, Marc; CAHILL, Mia. Most Cases Settle: Judicial Promotion and Regulation of Settlements. *Stanford Law Review*, v. 46, n. 6, p. 1342 e ss., jul. 1994.

⁵⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve noticia sobre la conciliación en el proceso civil brasileño, cit., p. 102.

descumprimento, a evocação do poder de coerção, exclusivo do juiz, para executá-las. Por outro lado, a promoção desses mecanismos sequer se distanciou do contexto estatal, ante a inserção da autocomposição no interior do próprio estrado processual, como se verifica no Brasil e no estrangeiro. Tais circunstâncias refletem, em ulterior análise, a inexistência de uma segmentação radical que exija uma opção apriorística e exclusiva entre o processo judicial e um método dito “alternativo”.

É inegável, porém, que o desenvolvimento de novas formas resolutivas provocou a relevante quebra do protagonismo judicial, na medida em que a composição de um conflito de modo justo, tempestivo e eficiente passou a incumbir também a órgãos que não integram o Poder Público. Esse autêntico “policentrismo processual”⁵⁴⁶ inclui igualmente a legitimação da atuação de órgãos administrativos ou disciplinares em primeira instância.⁵⁴⁷

José Renato Nalini já defendia, há quase duas décadas, que “a realização do justo não é monopólio do Judiciário”, havendo lugar para outras modalidades de solução dos conflitos, como a mediação, a negociação e a arbitragem.⁵⁴⁸ Rodolfo de Camargo Mancuso, por sua vez, também atentava para o fato de que a jurisdição, em seu sentido contemporâneo, é desconectada (ou ao menos não é necessariamente ligada) à noção de Estado, “mas antes sinaliza para um plano mais largo e abrangente, onde se hão de desenvolver esforços para (i) prevenir formação de lides, ou (ii) resolver em tempo razoável e com justiça aquelas já convertidas em processo judiciais”.⁵⁴⁹

A partir da premissa de que a jurisdição não está atrelada ao Poder Judiciário, é possível reconhecer legitimidade tanto aos procedimentos desjudicializados de solução de conflitos, referidos no primeiro capítulo, quantos aos métodos de obtenção de consenso judiciais e extrajudiciais.

E, nesse contexto plural, em que o acesso à justiça não mais se restringe ao acesso ao Judiciário, este não deve ser chamado a atuar, invariavelmente e em primeiro

⁵⁴⁶ OLIVEIRA, Daniela Olimpio de. Uma releitura do princípio do acesso à justiça e a ideia da desjudicialização. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. XI, p. 92, jan.-jun. 2013.

⁵⁴⁷ A Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte de Justiça da Comunidade Europeia admitem que procedimentos cíveis e penais desenvolvam-se perante órgãos administrativos ou disciplinares que não integram a estrutura jurisdicional, desde que preenchidas uma das seguintes condições: (i) sejam respeitadas as exigências de um processo justo (art. 6.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos); ou (ii) haja controle posterior de um órgão jurisdicional com “jurisdição plena” sobre a decisão (GUINCHARD, Serge et al. *Droit processuel: droits fondamentaux du procès*, cit., p. 640 e ss.).

⁵⁴⁸ NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 100.

⁵⁴⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009. p. 52.

lugar, como foro natural de qualquer interesse resistido ou desatendido. De acordo com as precisas lições de Rodolfo de Camargo Mancuso, a resposta jurisdicional do Estado deve ser ofertada “sob um registro subsidiário e residual”, isto é, somente para aqueles conflitos “onde a crise jurídica se afigure complexa, reclamando cognição técnica plena e exauriente, e bem assim para aqueles casos que, por singularidade de matéria ou de pessoa (ou ainda porque não tenham sido dirimidos de outro modo), efetivamente reclamem passagem judiciária”, como nos casos de ação rescisória, anulação de casamento ou ação de controle direto de constitucionalidade, por exemplo.⁵⁵⁰ Em outras palavras, para evitar a banalização do processo judicial, o Judiciário deve ser “uma espécie de cláusula de reserva”, conforme a expressão de Humberto Dalla Bernardina de Pinho.⁵⁵¹ De nada adianta melhorar a lei processual, conclui Moniz de Aragão, se as partes não se conscientizarem de que esse deve ser o último estágio.⁵⁵²

A prática da autocomposição já mereceu conhecidas e incisivas críticas, tais como aquelas evocadas por Owen Fiss, um de seus grandes opositores. O argumento central do professor da Universidade de Yale é o de que o acordo não deveria ser institucionalizado de forma extensa e ilimitada, sob pena de usurpar a função fundamental dos tribunais no sistema constitucional, consistente em dar significado e garantir a implementação dos valores da Constituição.⁵⁵³ A discussão perpassa necessariamente pelos fins que se atribui à jurisdição, cujo tema se aborda mais detidamente no item subsequente. Vale, porém, a essa altura, fazer algumas brevíssimas considerações.

Ao Judiciário decerto cabe o papel de desenvolver o direito por meio de suas decisões;⁵⁵⁴ entretanto, esse é tão somente o objetivo mediato da jurisdição, cujo principal propósito é o de tutelar os direitos subjetivos ou satisfazer as pretensões dos litigantes. Não fosse assim, o direito de ação deveria ser exercido de ofício pelo juiz.⁵⁵⁵

Acresça-se que a subordinação direta de toda e qualquer controvérsia ao processo adjudicatório estatal é nociva ao sistema judicial, porque obstrui a sua

⁵⁵⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*, cit., p. 9, 32 e 162.

⁵⁵¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e o Código de Processo Civil projetado, jun. 2012. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 30 jan. 2016.

⁵⁵² MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Procedimento: formalismo e burocracia*, cit., p. 58.

⁵⁵³ FISS, Owen (Coord.). *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. Tradução de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004.

⁵⁵⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Neoprivatismo no processo civil. Temas de direito processual*. 9.^a série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 87-101 e 99.

⁵⁵⁵ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, cit., p. 72-73.

capacidade de produzir respostas satisfatórias e eficazes para a tutela dos direitos das partes no caso concreto e, ainda que de forma mediata, para o desenvolvimento das normas legais. Obviamente não se pode tomar a patologia como argumento, mas não se deve tampouco perder de vista que (i) o meio mais natural para lidar com qualquer impasse provocado pela convivência humana é o entendimento mútuo, com ou sem auxílio externo; e que (ii) outras formas de resolução podem ser mais adequadas do que a jurisdição estatal na busca pela realização da justiça.⁵⁵⁶

Por exemplo, ao limitar-se a uma solução dogmática, prevista numa norma jurídica preestabelecida, a jurisdição estatal é inapta a resolver questões interdisciplinares intrínsecas à relação entre as partes ou pontos conflitivos periféricos, arriscando-se a frustrar a resolução do litígio.⁵⁵⁷ O Direito pós-moderno vem nos mostrando que a lide pode conter vários “pontos conflitivos periféricos”, isto é, questões secundárias que integram a disputa e não se resumem a questões de ordem jurídica.

A verdade é que, no amplo espectro de causas levadas ao Judiciário, uma proporção muito pequena envolve interesses que reclamam necessariamente a intervenção do Estado.⁵⁵⁸ E, mesmo que fracasse a tentativa de compor o litígio, terá cabido aos mecanismos “alternativos” o relevante papel de depurar os conflitos e maturá-los, facilitando o trâmite judicial ulterior.⁵⁵⁹

Por fim, é preciso contextualizar as afirmações de Owen Fiss, pronunciadas ante uma realidade na qual poucos processos chegam ao Judiciário e, entre os que o alcançam, bem mais da metade encerra-se mediante a realização de um acordo, por força dos diversos incentivos (e desincentivos) existentes no ordenamento norte-americano. Esclarecidos esses pontos, parece injustificável, no contexto brasileiro, o

⁵⁵⁶ BENETI, Sidnei Agostinho. Resolução alternativa de conflitos (ADR) e constitucionalidade. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 9, p. 104-105, jan.-jul. 2002.

⁵⁵⁷ SANTANNA, Ana Carolina Squadri. *Proposta de releitura do princípio da inafastabilidade de jurisdição: introdução de métodos autocompositivos e fim do monopólio judicial de solução de conflito*. 2014. 200 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 54.

⁵⁵⁸ OST, François. Jupter, Hercules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 14, p. 169-194, 1993.

⁵⁵⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*, cit., p. 264.

temor de uma supervalorização da via consensual em total detrimento da jurisdicional,⁵⁶⁰ a que se referiu Loïc Cadiet.

Com o advento do novo Código de Processo Civil, o ordenamento pátrio abraçou expressamente o princípio da primazia da solução por autocomposição,⁵⁶¹ ao acrescer, ao *caput* do art. 3.º, que enuncia a inafastabilidade da jurisdição, a previsão de que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (§ 2.º). Há de reconhecer, portanto, a definitiva mudança de paradigma na cultura jurisdicional brasileira, que já se desenhava desde a edição da Resolução n.º 125/2010 do CNJ.

Em percuciente análise do princípio da inafastabilidade da jurisdição no CPC/2015, Humberto Dalla Bernardina de Pinho nota que o teor da lei processual revela sutil diferença em relação ao texto constitucional correspondente,⁵⁶² a sugerir uma garantia mais ampla, não restrita à estrutura do Poder Judiciário:

Quando o art. 3.º do NCPC se refere à apreciação jurisdicional, vai além do Poder Judiciário e sua forma imperiosa de resolver o conflito. Na verdade, ele abre as portas para outras formas positivas de composição, buscando o dever de cooperação das partes e envolvendo outros atores.⁵⁶³

O ordenamento brasileiro alinha-se definitivamente, assim, a um movimento recorrente nos países estrangeiros.

O sistema inglês, especificamente, foi projetado a partir da fundamental convicção de que a justiça civil não comporta unicamente a via judicial para uma

⁵⁶⁰ Segundo Cadiet, pode ocorrer a supervalorização quando se fundamenta a necessidade de sua adoção no reconhecimento do absoluto declínio do Estado e na manifestação de paradigmas sociais revolucionários: “La mia impressione è che i MARC non debbano essere analizzati come la manifestazione di un nuovo paradigma sociale, caratterizzato da un declinio definitivo dello Stato in favore di un diritto spontaneamente negoziabile nell’ambito della società civile, un diritto dal basso che sostituisce ad un diritto dall’alto” (CADIET, Loïc. *I modi alternativi di Regolamento dei Conflitti in Francia tra tradizione e modernità*, cit., p. 1192).

⁵⁶¹ “Os §§ 2.º e 3.º [do art. 3.º do CPC/2015] consubstanciam o cerne da mudança de paradigma do processo civil brasileiro. Os métodos consensuais saíram daquela situação subalterna, aviltada, intuitiva, estigmatizada como eram praticados sob o paradigma formalista do CPC anterior, para a condição de instrumentos do princípio da promoção da paz, ou da pacificação, tal como lhes reserva, implicitamente, a Constituição Federal de 1988” (VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 86).

⁵⁶² Segundo o art. 3.º do CPC, “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, enquanto o art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁵⁶³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. *A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3.º do Código de Processo Civil de 2015*, cit., p. 5-6.

resposta adequada à tipologia heterogênea dos conflitos.⁵⁶⁴ Na apresentação do código, lê-se que “nenhum resultado poderá ser atingido sem vigoroso esforço tendente a reeducar a população a fim de fazê-la compreender que o acesso à justiça estatal não deve ser, jamais, o primeiro e sim o último passo a dar na tentativa de resolver conflitos de interesses”. É preciso, ainda segundo aquela lei, renovar o “velho e surrado modelo burocrático-formalista” e estimular a oferta de fórmulas diferenciadas de resolução de disputas, sob pena de o crescimento populacional e de o agravamento da complexidade das relações sociais multiplicarem os litígios, de modo que, “ao final deste novo século, estaremos a discutir ainda os mesmíssimos problemas”.⁵⁶⁵

Notou-se, nos ordenamentos jurídicos analisados, a concepção de formatos diversos para o encorajamento da autocomposição, que incluem a exequibilidade da cláusula de paz, a previsão de tentativa (obrigatória ou não) prévia ao juízo e a sua oportunização no curso do processo, geralmente mediante recomendação judicial.

É bem verdade que a nova legislação processual brasileira cuida de disciplinar, em seu texto, mais especificamente a mediação e a conciliação incidentais, praticadas por mediadores e conciliadores judiciais, como se conclui das normas que regulamentam os Centros Judiciários de Resolução de Conflitos (em conformidade com a Resolução n.º 125, de 29.11.2010, do CNJ) e alçam os mediadores e conciliadores à condição de auxiliares da justiça.

No entanto, a norma do art. 3.º, § 3.º – segundo a qual a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual deverão ser encorajados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, “inclusive no curso do processo judicial” –, dá azo à interpretação de que não somente no curso do processo, mas principalmente antes de sua instauração, os operadores do Direito estão sujeitos ao dever de estimular a resolução por autocomposição. A Lei de Mediação (n.º 13.140, de 26.06.2015) corrobora esse entendimento, ao prever diversos incentivos à mediação extrajudicial, como a efetividade da previsão contratual de mediação, ainda que lacunosa, e a suspensão do prazo prescricional para a propositura de ação judicial, enquanto transcorrer o procedimento.

⁵⁶⁴ FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatória del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 99.

⁵⁶⁵ Trecho citado e traduzido por MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Procedimento: formalismo e burocracia, cit., p. 57.

É certamente preferível que a conciliação e a mediação realizem-se em campo extrajudicial e previamente à procura pela adjudicação,⁵⁶⁶ como acontece preponderantemente na Inglaterra, nos Estados Unidos, na Itália, na França e, em menor medida e por influência de fatores diversos, também na Alemanha e no Japão.

A autocomposição deflagrada a partir da existência de um processo judicial incita a nefasta percepção de que é um meio “servil e instrumental” à demanda.⁵⁶⁷ Parece também difícil dissociá-la do estado de beligerância que caracteriza o processo, claramente danoso à busca de uma solução consensual. No caso particular da mediação, a lógica relacional⁵⁶⁸ que pauta todo o procedimento acaba desprezada, quando se institui a sua prática de forma anexa aos tribunais, como mero instrumento para o alcance de um acordo.

Outrossim, por mais desejável que seja a composição do litígio, dar início a um processo judicial e sobrestá-lo para a realização da mediação revela-se um verdadeiro *bis in idem* processual, com gastos e esforços dobrados. O CPC/2015 não estabelece sequer um prazo máximo para a fixação da data da audiência de conciliação ou sessão de mediação, a contar da propositura da ação, mas apenas um prazo mínimo de trinta dias,⁵⁶⁹ o que sujeita o processo já instaurado à inevitável delonga.

Pontue-se, ainda, que o oferecimento da conciliação e da mediação dentro da estrutura judiciária – por órgãos sob controle, fiscalização e normatização do próprio Estado – desserve à administração da Justiça ao representar mais um encargo ao Poder Público. Em síntese, o modelo albergado pelo CPC rende-se ao paternalismo estatal do qual a sociedade brasileira, em variados setores, não consegue se desvencilhar.

O deslocamento da audiência de conciliação ou sessão de mediação ao começo do processo, tal como adotado, afigura-se de algum modo profícuo, eis que, sendo bem-sucedida a autocomposição, encerra-se de forma breve a incursão processual,

⁵⁶⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, n. 11, v. XI, p. 191-192, 2013.

⁵⁶⁷ GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. 2011. Tese (Doutorado) – USP, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 14.

⁵⁶⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação, cit., p. 192.

⁵⁶⁹ Prevê-se também que as sessões subsequentes de mediação ou conciliação não poderão exceder em dois meses a data da primeira (art. 334 do novo CPC).

assegurando-se que as partes sejam minimamente molestadas com os conhecidos ônus decorrentes do prosseguimento da ação.⁵⁷⁰

Todavia, em um momento tão precoce (isto é, antes da contestação do réu), as partes não estão suficientemente informadas sobre a sua situação e a do *ex adverso*, cujos elementos objetivos são relevantes para a composição do conflito. As pesquisas demonstram que a ocasião mais propícia à realização de um acordo tende a estar próxima ao final do processo – quando “as cartas já estão na mesa”, conforme a expressão britânica – mais do que ao seu exórdio,⁵⁷¹ ainda que, ao longo do trajeto, possa acontecer que à parte menos resistente faltem meios para prosseguir no pleito, “e ela tenderá a aceitar um acordo que recusaria em condições normais”.⁵⁷² Justamente desses fatores exsurtem a utilidade e o mérito de uma fase pré-processual, que permita às partes, antes mesmo da instauração do processo, ter conhecimento mais detalhado de suas condições em face da disputa.

De acordo com o que se expôs, a primeira premissa em que se respalda a presente tese é a de que, no novo ordenamento processual brasileiro, o acesso à justiça deve compreender diferentes meios de solução de conflitos e o processo judicial não pode ser concebido genericamente como a primeira e principal via resolutive. Antes de o Estado ser chamado a atuar para impor uma decisão com fundamento legal que coloque fim ao litígio, cabe às partes, em âmbito extrajudicial, esmerar-se na tentativa de composição do conflito, com ou sem o auxílio de um terceiro imparcial.

4.2 O equilíbrio dos componentes público e privado no processo e a reconhecida importância da participação das partes junto à do juiz

4.2.1 Os escopos da jurisdição e a construção dos modelos processuais com ênfase no aspecto público ou privado

⁵⁷⁰ Ao enunciar os passos para o que chama de uma “terapia de choque” para a melhora do processo civil nos países mediterrâneos, Alan Uzelac cita a fixação da audiência no início do procedimento, que tem as vantagens de evitar atos processuais inúteis e de satisfazer o desejo das partes de serem ouvidas (UZELAC, Alan. *Reforming Mediterranean Civil Procedure: is there a need for shock therapy?*, cit., p. 71-99).

⁵⁷¹ Pesquisa *Demandas judiciais e morosidade da Justiça Civil* (PUC/RS, 2011), cit.

⁵⁷² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre la conciliación en el proceso civil brasileño, cit., p. 98.

É sabido que, no processo civil contemporâneo, convivem normas de caráter privado e outras de caráter essencialmente público. Influenciadas pelo viés ideológico do respectivo Estado em um determinado momento histórico, as legislações processuais sempre refletiram a prevalência de um desses aspectos,⁵⁷³ conforme o escopo atribuído à função jurisdicional – situado no interesse privado de satisfazer as pretensões dos litigantes ou no interesse público de aplicar o direito objetivo.

Na fase do Estado absolutista, entre os séculos XVI e XVIII, o processo era caracterizado pelo domínio dos interesses dos soberanos, chegando-se a subordinar o direito de ação à aprovação dos magistrados.⁵⁷⁴ No decorrer do século XIX, os ideais do Estado liberal, baseado na limitação da intervenção estatal na atividade privada, reverberaram também no processo, que passou a ser entendido como “coisas das partes”, em função da natureza privada dos interesses em jogo. Todas as legislações europeias elaboradas àquela época, obedecendo à lógica liberal individualista, restringiram os poderes do juiz sobre o procedimento, reforçando os dos litigantes,⁵⁷⁵ de que são exemplos o Código Napoleônico e o CPC italiano de 1865.⁵⁷⁶

A visão publicista ou social do processo despontou no final do século XIX, quando a ideologia do Estado-Providência, de absoluta supremacia do interesse público sobre o individual, manifestou-se também no processo civil. Fixou-se a noção de que o processo não pertence às partes, mas ao Estado, na qualidade de titular da função jurisdicional, como instrumento para garantir a efetiva prestação da justiça.⁵⁷⁷ Assim, ao incremento dos poderes estatais corresponderam o aumento dos poderes do juiz e a

⁵⁷³ Segundo Andrea Proto Pisani, “a história do processo é a história dos diferentes pontos de equilíbrio alcançados entre os dois componentes em eterno conflito”. Esses elementos, explica o jurista, refletem a eterna contraposição entre a liberdade e a autoridade; a certeza e a justiça. Neste sentido, a prevalência do componente privado induzirá a atribuir natureza privada ao direito de ação; a colocar na tutela dos direitos subjetivos o escopo imediato do processo ou da jurisdição; a afirmar o monopólio das partes no que concerne aos fatos a serem alegados e aos meios de prova a serem produzidos em juízo; a estruturar o juízo de apelação como *novum iudicium*; a dar prioridade ao *ius litigatoris* no juízo da Suprema Corte; e a limitar as hipóteses de rescisão da sentença. Por outro lado, prevalecendo-se o componente público, cada uma destas questões terá solução em grande parte oposta às apontadas (PROTO PISANI, Andrea. Público e privado no processo civil na Itália, cit., p. 27-29).

⁵⁷⁴ TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideológica del vigente código italiano di procedura civile. In: _____. *Dottrine del Processo Civile: Studi Storici Sulla Sormazione del Processuale Civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 11-13.

⁵⁷⁵ TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo, cit., p. 14-15.

⁵⁷⁶ No CPC italiano de 1865, as partes detinham o monopólio em relação à proposição da demanda e aos meios de prova, podendo inclusive renová-los durante todo o curso de processo, ante a ausência de preclusão (PROTO PISANI, Andrea. Público e privado no processo civil na Itália, cit., p. 29).

⁵⁷⁷ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil, cit., p. 40.

consecutiva limitação dos direitos dos litigantes. O Código austríaco de 1895, idealizado por Franz Klein,⁵⁷⁸ foi o primeiro grande diploma legislativo orientado pelos valores sociais, tendo influenciado os demais ordenamentos europeus, especialmente o italiano, o que garantiu a repercussão da ideologia publicista também para os países latino-americanos.⁵⁷⁹

Na Itália, as ideias foram ao encontro da teoria de Giuseppe Chiovenda, que afirmava não servir a jurisdição a interesses privados, cabendo-lhe a finalidade de fazer *atuar a vontade concreta da lei*.⁵⁸⁰ Toda a doutrina italiana inspirou-se, então, a partir do pensamento publicista,⁵⁸¹ que viria a consolidar-se naquele ordenamento com a edição do Código Processual Civil de 1940,⁵⁸² responsável pela implementação de um processo oral, concentrado, imediato, com atribuição de amplos poderes ao juiz e um rígido sistema de preclusões.⁵⁸³

A partir do exemplo italiano, perfilhou-se igualmente no Brasil o modelo publicista, refletido no CPC/1939 e, com maior vigor, no CPC/1973, o qual concede significativos poderes ao juiz e pouca liberdade às partes. Também na doutrina nacional sempre predominou a atribuição de um fim público à jurisdição, o de assegurar a eficácia das normas legais, sobreposto ao propósito privado de os litigantes obterem a satisfação de seus direitos.⁵⁸⁴ É possível antever objetivos claramente públicos, por

⁵⁷⁸ TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo, cit., p. 37.

⁵⁷⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo, as partes e a sociedade. *Temas de direito processual*. 8.ª série. São Paulo: Saraiva 2004. p. 34.

⁵⁸⁰ “Ora, o processo civil, que se encaminha por demanda de uma parte (autor) em frente a outra (réu), serve justamente, [...] não mais a tornar concreta a vontade da lei, pois essa vontade já se formou como vontade concreta anteriormente ao processo, mas a certificar qual seja a vontade concreta da lei afirmada pelo autor, a qual, se existente, é efetivada com o recebimento da demanda, ou em caso contrário a vontade negativa da lei, efetivada com a recusa” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1, p. 19).

⁵⁸¹ Entre eles, por exemplo, Francesco Carnelutti. Embora defenda que o processo constitui meio para a justa composição da lide, Carnelutti também nega qualquer escopo privatista à jurisdição, que não se desenvolve visando aos anseios das partes, mas tão somente em função da sua provocação inicial (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. 1, p. 215-216).

⁵⁸² Segundo consta, “um dos maiores monumentos jurídicos do século” (MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976. p. 105).

⁵⁸³ A legislação chegou a ser rotulada de fascista e autoritária, sofrendo mudanças por meio da Lei n.º 581, de 14.07.1950, que retomou o viés privado do Código anterior; entretanto, com as reformas das décadas de 1970 e 1990, houve o retorno a uma concepção de processo com ênfase no aspecto público (PROTO PISANI, Andrea. Público e privado no processo civil na Itália, cit., p. 34-35).

⁵⁸⁴ Gabriel Rezende Filho, por exemplo, na década de 1950, afirmava ser a “atuação do direito objetivo” a finalidade precípua do processo (REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 19). Mais recentemente, José Roberto Bedaque assevera que o “processo não é coisa das partes” e que são múltiplos os interesses públicos envolvidos em uma demanda judicial: “Além

exemplo, na enunciação dos conhecidos escopos outorgados à jurisdição por Cândido Rangel Dinamarco, ligados não apenas à atuação da vontade concreta da lei, mas ainda à pacificação social por meio de critérios justos, à educação do povo, à afirmação da capacidade estatal de decidir imperativamente, à autolimitação do Estado e à concretização da garantia de participação democrática dos cidadãos.⁵⁸⁵ Barbosa Moreira, mesmo reconhecendo que o processo interessa aos litigantes, explica que a mera submissão do conflito ao Judiciário investe-o de interesse público⁵⁸⁶, na medida em que surtirá inevitáveis efeitos para além das partes.⁵⁸⁷

Não obstante, nas últimas décadas, as crescentes deficiências na prestação da jurisdição pelos tribunais fizeram aflorar novamente a discussão quanto ao caráter público ou privado do processo civil. Em decorrência da publicação de estudos históricos do processualista Franco Cipriani,⁵⁸⁸ formou-se na Itália uma pequena corrente doutrinária dita neoliberal, que defende o abandono do princípio da hegemonia do interesse público⁵⁸⁹ e a recomposição do sistema processual com foco na autonomia privada dos cidadãos, e não mais na autoridade suprema do juiz. Atentam os neoliberais para outro relevante fenômeno ocorrido em um passado relativamente recente, a

do aspecto econômico – afinal de contas, a jurisdição é mantida com os impostos pagos por todos –, as soluções podem transformar-se em orientação jurisprudencial sobre determinado tema, o que acaba influenciando na própria segurança das relações jurídicas” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 70).

⁵⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 181-272.

⁵⁸⁶ “Litígio submetido ao exame e decisão do juiz deixa de ser, *ipso facto*, litígio cuja repercussão fique restrita ao âmbito puramente privado” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Neoprivatismo no processo civil, cit., p. 99).

⁵⁸⁷ “Creio não exagerar se disser que o juiz, quando lhe cabe julgar uma causa, é impossível prever a extensão integral do terreno que sua sentença direta ou indiretamente afetará, assim como o menino que atira uma pedrinha ao lago é incapaz de adivinhar até onde chegarão os círculos concêntricos que seu gesto simples desenha na superfície da água. Que bola de cristal mostrará de antemão ao julgador, por exemplo, a totalidade dos efeitos que pode produzir a eventual decretação de falência de uma grande empresa? Extraio sem hesitar a conclusão: a rigor, não há processo que interesse exclusivamente às partes e não ecoe na paisagem da sociedade” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo, as partes e a sociedade, cit., p. 32).

⁵⁸⁸ CIPRIANI, Franco. *Storie di processualisti e di oligarchi*. Milano: Giuffrè, 1991; *Il Codice di Procedura Civile tra gerarchi e processualisti*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992; *Ideologie e modelli del Processo Civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997; *Scritti in onore dei Patres*. Milano: Giuffrè, 2006 (apud GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil, cit., p. 29).

⁵⁸⁹ Segundo os neoliberais, a concepção publicista seria a suposta causa de todos os males da justiça civil no país, como informa Ignacio Díez-Picazo Giménez (Con motivo de la traducción de la obra del Profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español, cit., p. 41).

constitucionalização das garantias processuais das partes,⁵⁹⁰ pelas quais defendem que deve primordialmente zelar o processo.

4.2.2 A interferência recíproca entre os sistemas da *civil law* e da *common law*: balanceamento dos interesses públicos e privados no processo

A contraposição entre os modelos publicista e privatista também pode ser divisada, historicamente, na distinção entre os sistemas da *civil law* e da *common law*. Enquanto a concepção social de processo está alinhada, em regra, à tradição da família romano-germânica, que vislumbra na justiça a função de atuação do direito, a ideologia liberal identifica-se com os ordenamentos formados sobre a base do direito anglo-saxão, que imputam ao processo o primordial desígnio de resolver o litígio, seja por meio de uma solução legal ou da aplicação de outro critério considerado mais adequado ao caso concreto.⁵⁹¹

Das diferenças ideológicas entre os dois sistemas, de acordo com Mirjan Damaška, decorrem as distintas estruturas processuais e de administração da justiça.⁵⁹² Nos países da *common law*, a justiça organiza-se de forma coordenada, atribuída a julgadores leigos, cuja autoridade se distribui de forma horizontal e cujas decisões não obedecem a parâmetros técnicos. Justamente em função da adoção do júri, o processo é caracterizado por uma fase preparatória prévia ao julgamento,⁵⁹³ na qual a investigação é controlada pelas próprias partes, restando ao juiz uma posição relativamente passiva no júri e nas audiências.⁵⁹⁴ Por sua vez, nos ordenamentos da *civil law*, o sistema judiciário apresenta-se no formato hierárquico, em função da existência de juízes de carreira, que se pautam pelas normas legais na tomada de suas decisões. O procedimento conta, geralmente, com uma etapa preparatória subdividida nas fases

⁵⁹⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso civil e ideología*: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, cit., p. 111.

⁵⁹¹ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, cit., p. 2.

⁵⁹² 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.

⁵⁹³ Pontue-se, porém, que essa imagem de um processo bifásico frequentemente não corresponde à realidade, na medida em que grande parte dos litígios resolve-se na fase dita “preparatória”, sem sequer chegar ao júri, por algum meio alternativo de solução de conflitos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem (TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*, cit., p. 148).

⁵⁹⁴ CHASE, Oscar G. A excepcionalidade americana e o direito processual comparado, cit., p. 126.

postulatória, saneatória e probatória, desenvolvidas preferencialmente sob a direção do mesmo juiz que julgará o processo.

Contudo, já há algum tempo os sistemas vêm se aproximando, tornando-se cada vez mais tênues as diferenças entre eles.⁵⁹⁵ Trata-se, inicialmente, de efeito do fenômeno da “globalização”, ou seja, da tendência à uniformização cultural que se manifesta indiscriminadamente por todas as áreas do conhecimento e, como não poderia deixar de ser, acomete também a ciência jurídica. Nesse particular, a superação das diversidades é impositiva para o aperfeiçoamento do processo transnacional.⁵⁹⁶

Outrossim, o progressivo intercâmbio é motivado também pela já abordada “crise da justiça”, que leva estudiosos e legisladores a recorrer às experiências alienígenas na tentativa de encontrar soluções para problemas comuns.

É possível identificar alguns elementos universais emersos dessa dinâmica de interferência recíproca, como a paulatina condensação das normas em códigos, os quais sempre constituíram a principal fonte de direito dos países de tradição romano-germânica; a concessão de eficácia vinculativa às decisões judiciais, que remonta ao princípio do *stare decisis*, originário dos países de *common law*; e a circulação e a difusão, por entre os países de *civil law*, de institutos como os juizados especiais e as ações coletivas, idealizados originalmente no direito norte-americano.

Ainda dentro desse movimento de mútuo influxo entre a *common law* e a *civil law*, descortina-se, de um lado, a inclinação mundial à designação de poderes gerenciais ao juiz, ao qual cabe o papel de organizador e gestor ativo do processo,⁵⁹⁷ bem como à tonificação das exigências da boa-fé e da cooperação das partes com o juiz. De outro, verifica-se a tendência à priorização das garantias fundamentais das partes, ao reforço de sua participação no processo e à promoção da solução consensual dos litígios.⁵⁹⁸

O estudo dos ordenamentos estrangeiros pôde comprovar o abrandamento da antinomia público-privado, a determinar a dificuldade – senão a própria inviabilidade – de atribuição de um caráter unívoco ao processo. Veja-se, por exemplo, o caso inglês, cujo processo civil sofreu significativas modificações nas últimas décadas, rendendo-se,

⁵⁹⁵ RHEE, C.H. van; UZELAC, Allan (Ed). *Truth and Efficiency in Civil Litigation*. Fundamental Aspects of Fact-Finding and Evidence-taking in a Comparative Context. Antuérpia: Intersentia, 2012. p. 5.

⁵⁹⁶ TROCKER, Nicolò. *La formazione del diritto processuale europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2011. p. 349-350. Nesse particular, em 2004, foram formulados os *Princípios de Processo Civil Transnacional*, fruto do trabalho conjunto do Unidroit (International Institute for the Unification of Private Law) e do ALI (American Law Institute). Disponível em: <<http://www.unidroit.org>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

⁵⁹⁷ RESNIK, Judith. Managerial Judges. *Harvard Law Review*, v. 96/374, p. 376-380, 1982.

⁵⁹⁸ TROCKER, Nicolò. *La formazione del diritto processuale europeo*, cit.

entre outros tantos fatores, à edição de um código processual nacional, ao desenvolvimento vigoroso dos ADRs e ao incremento dos poderes do juiz, ao lado do protagonismo das partes. Naquele país, as escolhas legislativas conjugaram traços publicistas à sua raiz privatista. O ativismo judicial não abate por completo a atuação dominante que antes assistia às partes, ainda incitadas a cooperar na gestão processual, mas sem dúvida denuncia a concepção da jurisdição também sob a ótica do Estado. Corrobora essa impressão a intromissão estatal na seara pré-processual, na elaboração dos protocolos. Ao mesmo tempo, contudo, o destaque dado aos ADRs sinaliza que o escopo imediato da jurisdição não deixa de repousar, como sempre o fez, na salvaguarda dos direitos subjetivos individuais.

4.2.3 O alcance de um equilíbrio entre o papel do juiz e das partes no processo cooperativo

O modelo processual contemporâneo é construído justamente a partir da influência híbrida dos paradigmas social e liberal e da recomposição dos sistemas da *civil law* e da *common law*. Em verdadeira síntese hegeliana, agregam-se de forma mais equilibrada os componentes privatistas e publicistas no processo, a ponto de revelar-se uma tarefa ingrata e vã a de tentar definir o seu matiz político-ideológico sobressalente.

É evidente que o processo dispõe de relevantes feições públicas, porquanto o Estado, ao avocar para si a atividade jurisdicional, realiza os objetivos políticos de assegurar a paz social e atuar a vontade da lei. Todavia, a pacificação social, a formação de precedentes e a educação da sociedade apresentam-se como fins mediatos ou remotos da jurisdição; e a atuação do direito objetivo é antes um instrumento para o exercício dessa função do que propriamente um fundamento para a sua existência. Como pondera Leonardo Greco, a cujo pensamento nos referimos há pouco, se o propósito da jurisdição fosse o de assegurar a eficácia da lei, “ela deveria ser exercida de ofício, para que todas as violações daquelas normas fossem devidamente coibidas e reparadas pelos juízes”. A subordinação da sua prestação à iniciativa de algum interessado, conclui o autor, “deixa claro que a sua finalidade não é a tutela do direito objetivo, mas que essa é apenas o meio através do qual os juízes tutelam direitos e interesses subjetivos”.⁵⁹⁹

⁵⁹⁹ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, cit., p. 72-73.

Há de reconhecer, assim, que o principal escopo da jurisdição é o de promover a justa tutela dos direitos dos jurisdicionados, o que empresta, sem sombra de dúvida, um caráter fortemente privado ao processo. Jaime Guasp já asseverava que, ainda que ao Estado interesse eliminar os conflitos, dar efetividade aos direitos subjetivos que a lei reconhece e, em maior grau, realizar praticamente as normas que pôs em vigor, a função jurisdicional visa preponderantemente à “satisfação das pretensões levadas a juízo”.⁶⁰⁰ Essa visão de que são as partes as “destinatárias da tutela jurisdicional”, na expressão de Greco,⁶⁰¹ é corroborada pela soberana proteção constitucional outorgada às garantias processuais individuais.⁶⁰²

Sobre tais bases, repita-se, o modelo processual contemporâneo transita harmonicamente entre o sistema social e o liberal, entre interesses públicos e privados, garantismo e eficácia, autonomia das partes e controle judicial.

Como expõe Robson Godinho, ultrapassada a *summa divisio* entre o privatismo e o publicismo, “deve ser buscado um processo efetivamente democrático, em que convivam os poderes do juiz e a autonomia das partes, sempre balizados pela conformação constitucional dos direitos fundamentais”. Segundo o autor, o reconhecimento da autonomia das partes do processo não significa propriamente privatizá-lo, mas apenas conformá-lo à Constituição; e a mesma perspectiva constitucional impõe, de outra ponta, certas limitações à autonomia privada.⁶⁰³

⁶⁰⁰ “Así, aunque al Estado interesa indudablemente eliminar los conflictos sociales y dar efectividad a los derechos subjetivos que la ley reconoce, o, aún en mayor grado, realizar prácticamente las normas que él mismo ha puesto en vigor, ninguna de las funciones que ineditamente se dirigen a este fin se basa en supuestos de estricto carácter jurisdiccional. Por el contrario, el fundamento de la Jurisdicción se halla en la idea de que, por el peligro que supone para la paz y la justicia de la comunidad una abstención en este punto, se ha de concebir como función del Estado la de la satisfacción de las pretensiones que las partes pueden formular ante él” (GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962. v. I, p. 106-107).

⁶⁰¹ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008. p. 2.

⁶⁰² À luz dessas garantias, alcança-se uma harmonização entre o caráter privado do objeto litigioso e a natureza indisponível do processo, segundo PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho procesal entre garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, cit., p. 125.

⁶⁰³ “[...] a evolução cultural da teoria processual brasileira permite a convivência democrática da autonomia das partes com os poderes do juiz. [...] As conquistas que advieram com a publicização do processo tornam a cena madura para a convivência natural com a efetiva participação dos litigantes, que, embora desiguais, não devem ser tratados como inimputáveis e muito menos o juiz deve agir como se estivesse municiado com uma espécie de ‘poder geral de curatela’. Entre o privatismo (ou garantismo) e o publicismo do processo, não há mais espaço para o paternalismo judicial” (GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 3, 11 e 36).

Enxerga-se, assim, a existência de uma nova forma de organização do processo, baseada na cooperação e na divisão de poderes entre as partes e o juiz, em superação à dicotomia tradicional entre os tipos publicista e privatista, nos quais a maior parte da atividade processual incumbe exclusivamente ao julgador ou aos litigantes, respectivamente.⁶⁰⁴ Essa perspectiva de um processo “comparticipativo” e “policêntrico”, baseado em uma concepção dinâmica de contraditório, mostra-se adequada ao sistema democrático instituído pela Constituição Federal de 1988.⁶⁰⁵ Como pontua Daniel Mitidiero, as características do Estado Constitucional, marcado pela submissão ao direito e pela participação social em sua gestão, acabaram repercutindo também no processo.⁶⁰⁶

A nova legislação processual brasileira encampa de modo bastante ilustrativo tais noções, ao adotar o sistema cooperativo de processo, com a valorização da vontade das partes e um maior equilíbrio na repartição de funções entre os sujeitos processuais, em verdadeira consagração do princípio democrático.

Ao julgador conferem-se relevantes poderes de direção do processo – entre os quais incluem-se os de assegurar a isonomia entre as partes, velar pela duração razoável do processo, prevenir ou reprimir atos contrários à dignidade da justiça, garantir o cumprimento das ordens judiciais, promover a autocomposição, dilatar os prazos e alterar a ordem de produção dos meios de prova, exercer poder de polícia, determinar o comparecimento pessoal das partes, ordenar o saneamento de vícios processuais e provocar os legitimados para a propositura de ação coletiva.⁶⁰⁷ O juiz também dispõe de poderes instrutórios, conquanto sejam em geral⁶⁰⁸ (mas não sempre)⁶⁰⁹ subsidiários em relação aos que cabem às partes. Sobre estas recai, assim, a iniciativa primordial de

⁶⁰⁴ Na doutrina estrangeira, v. CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia, cit., p. 18. Disponível em: <www.civilprocedurereview.com>. Acesso em: 20 fev. 2015. Na doutrina nacional, v. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1. ed. 4.ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012.

⁶⁰⁵ “O sistema processual não trabalha mais com um único centro, um único protagonista. Em verdade, far-se-á necessária a percepção do policentrismo processual e da necessária participação de todos os sujeitos processuais. [...] A base normativa dessa perspectiva encontra-se nos princípios da democracia e do contraditório, que vão garantir o exercício do discurso, da ótica da consideração entre os sujeitos processuais, da influência dos argumentos normativos e da não surpresa” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, cit., p. 258).

⁶⁰⁶ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. In MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Coleção Temas atuais de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2009. v. 14, p. 72.

⁶⁰⁷ Art. 139 do CPC/2015.

⁶⁰⁸ À parte cabe requerer depoimento pessoal da outra parte, mas o juiz pode ordená-la de ofício, conforme o art. 385 do CPC/2015.

⁶⁰⁹ Dispõe o art. 396 que o juiz pode determinar a exibição de coisa ou documento, à parte ou a terceiro.

produzir as provas para demonstrar o seu direito, como evidenciam as regras do ônus da prova.

Por seu turno, as partes detêm significativa autonomia, o que já levou Fredie Didier a referir-se ao “princípio do respeito ao autorregramento da vontade”, que torna o processo um espaço propício ao exercício da liberdade.⁶¹⁰ Nesse sentido, o CPC prevê a possibilidade de celebração de diversos negócios processuais típicos, como a elaboração de um calendário processual,⁶¹¹ a realização do saneamento consensual⁶¹² e a eleição de um perito pelas partes, de comum acordo, cujo laudo substituirá aquele que seria executado por um *expert* nomeado pelo juízo.⁶¹³

No entanto, a principal novidade da legislação, ilustrativa da outorga de amplos poderes às partes, é a introdução de uma cláusula geral que autoriza a realização 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 seu curso.⁶¹⁴ Ao juiz incumbe tão somente o controle da validade do negócio, cuja aplicação pode ser recusada em caso de nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou manifesta situação de vulnerabilidade de uma das partes.⁶¹⁵

A lei processual cuida também, detidamente, das garantias processuais dos litigantes. Por exemplo, salvo raras exceções, impõe-se que sejam previamente ouvidos antes de qualquer decisão judicial, mesmo que verse sobre matéria cognoscível de ofício pelo julgador,⁶¹⁶ em homenagem ao princípio do contraditório, este reconstruído sob a ótica participativa.⁶¹⁷

⁶¹⁰ DIDIER JR., 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.

⁶¹¹ Art. 191 do CPC/2015.

⁶¹² Art. 357, § 2.º, do CPC/2015.

⁶¹³ Art. 471 do CPC/2015.

⁶¹⁴ Art. 190 do CPC/2015.

⁶¹⁵ Art. 190, parágrafo único, do CPC/2015.

⁶¹⁶ Arts. 9.º e 10 do CPC/2015.

⁶¹⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral); CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*, cit., p. 46.

Por fim, a produção antecipada de prova para evitar ajuizamento de ação ou para viabilizar a autocomposição⁶¹⁸ claramente foge à percepção da jurisdição como meio estrito de aplicação das normas legais, acomodando-se, de forma diversa, à compreensão de que os litigantes são os verdadeiros destinatários do processo, ao atender aos seus direitos subjetivos de ter conhecimento prévio dos fatos ou de satisfazerem os seus interesses mediante a utilização de mecanismo distinto de solução de conflitos. É de registrar que o ordenamento brasileiro mostra-se na vanguarda nessa matéria: como visto, não há direito genérico à investigação dos fatos pelas partes, por exemplo, na Alemanha, na Itália ou no Japão, limitando-se a produção de prova antecipada, sem o requisito da urgência, somente a poucas hipóteses restritas.

A idealização de uma fase pré-processual ao processo, conduzida pelos litigantes, parece, a princípio, ter mais afinidade com a *common law* – em que as partes e os seus advogados são investidos de amplos poderes, inclusive instrutórios – do que com a *civil law*, cuja estrutura é historicamente inquisitorial. Os protocolos ingleses, afinal, simplesmente adiantaram a atividade de instrução que já incumbiria precipuamente aos próprios litigantes no curso do processo.

No entanto, como constatado, o sistema processual pátrio, na forma desenhada pelo CPC/2015, apresenta-se como um protótipo misto, que evoluiu a partir do entrelaçamento dos diferentes modelos, e hoje confere também às partes relevantes poderes e significativa liberdade, em contrapeso à autoridade do juiz. Nesse pano de fundo, não há como questionar a viabilidade e a pertinência de conceber uma fase pré-processual, de menor ou maior extensão, composta de diligências imputáveis aos litigantes, que possam ser realizadas sem a necessidade de intervenção judicial, sob o prioritário manejo das próprias partes.

4.2.4 Aporte interdisciplinar da psicologia social

O robustecimento da atuação das partes no âmbito de uma fase preliminar ao processo também atende às exigências da justiça procedimental subjetiva, entendida como a capacidade de cada procedimento (ou seu resultado) ser percebido como justo por aqueles que a ele se submetem.⁶¹⁹

⁶¹⁸ Art. 381, II e III, do CPC/2015.

⁶¹⁹ TYLER, T.R. *Why people obey the Law?*. New Haven: Yale University Press, 1990. p. 286.

John Thibaut e Laurens Walker⁶²⁰ foram os primeiros a estudar a justiça processual como um ramo da psicologia social, quando analisaram a influência dos fatores processuais na percepção das pessoas quanto à justiça do método de resolução do conflito e de seus resultados. Suas principais conclusões foram a de que a satisfação e a percepção de justiça são substancialmente afetadas por outras circunstâncias, além da vitória ou derrota da parte no processo; que os procedimentos que oportunizam maior participação são vistos como mais justos do que aqueles controlados pelo juiz ou por terceiros; e que, nos mecanismos heterocompositivos, as decisões dos terceiros são mais propensas a ser aceitas se o procedimento que as gerou permitiu a efetiva participação daqueles por ela afetados.

O seu pioneiro estudo inspirou várias pesquisas posteriores, especialmente baseadas na questão do controle do processo pelas partes, em vários cenários além do ambiente das cortes, nos quais igualmente se demonstrou tratar-se de um elemento essencial na justiça processual subjetiva.⁶²¹

É claro que nenhum procedimento deve ser adotado unicamente com o objetivo de corresponder às preferências dos litigantes, mas não se podem ignorá-las quando se cogitam de inovações em seu formato. Isso porque a justiça percebida pelas partes ultrapassa a sua mera satisfação pessoal, afetando a sua avaliação a respeito dos institutos, atitudes e comportamentos.⁶²²

Vale pontuar que eventual participação dos advogados não sobrepuja o controle das partes, visto que o patrono figura como a própria extensão da pessoa a quem representa em juízo. A ampliação dos poderes do advogado no processo civil implica, em última análise, uma maior atuação da vontade do próprio particular na condução do procedimento em que este é o maior interessado.⁶²³

Outro aspecto fundamental de conceber um modelo de fase pré-processual deixada a cargo principal das partes (ou de seus advogados) é o de fazê-los, ainda nas lições da psicologia social, moldar o seu comportamento em resposta à experiência.

⁶²⁰ THIBAUT, John; WALKER, Laurens. *Procedural Justice: a psychological analysis*. Hillsdale, N.J.: Lawrence Erlbaum Associates, 1975.

⁶²¹ A metodologia utilizada por Thibault e Walker, basicamente laboratorial, foi objeto de críticas por alguns estudiosos, como Mirjan Damaška. No entanto, as pesquisas de campo realizadas posteriormente puderam confirmar os resultados obtidos, como informam LIND, E. Allan; TYLER, Tom R. *The Social Psychology of Procedural Justice*. New York and London: Plenum Press, 1988. p. 61.

⁶²² LIND, E. Allan; TYLER, Tom R. *The Social Psychology of Procedural Justice*, cit., p. 209-216.

⁶²³ MATTOS, Ricardo Nemes de. *O poder do advogado na condução do processo civil: propostas para ampliação*. 2009. Tese (Doutorado) – USP, São Paulo.

Segundo a abalizada teoria do “condicionamento operante”, desenvolvida por Frederic Skinner,⁶²⁴ o aprendizado acontece a partir da interação com o ambiente: a recompensa incita a repetição do ato, e a sanção desestimula a sua prática.⁶²⁵ Assim, a previsão de uma conduta que se pretende seja internalizada pelos cidadãos requer, para a sua eficácia, a fixação de um sistema de prêmios e punições – isto é, de consequências vantajosas e desvantajosas – seja para reforçar o comportamento adequado, tornando-o mais frequente, seja para inibir atitudes inapropriadas. Considerando, porém, que a sanção ensina apenas as respostas indesejáveis, mostra-se mais efetiva a curto prazo do que a longo prazo,⁶²⁶ a sugerir a conveniência de se estabelecerem consequências negativas para o descumprimento apenas por um determinado período de tempo. Explica-se, por isso, o fato de haver fixado um prazo de quatro anos para a vigência da mediação obrigatória na Itália.

Há que reconhecer, assim, a importância de conceber uma fase prévia ao processo que atribua às partes o significativo controle do procedimento, de forma que o entendam como justo, e que seja apoiada por um sistema eficiente de punição e recompensa para influenciar os litigantes em suas condutas individuais. Tais fatores, como visto, podem concorrer decisivamente para que as partes venham a atender as normas de conduta pré-processual. A formalização de protocolos por entidades representativas, a exemplo das experiências francesa e italiana, pode atuar, ainda, como um fator adicional de estímulo ao cumprimento das regras e ao fortalecimento de seus preceitos.⁶²⁷

4.2.5 *Superação das limitações culturais*

É interessante notar que a reforma processual é usualmente motivada por movimentos políticos decorrentes da crise da jurisdição, mas é paradoxalmente limitada

⁶²⁴ O condicionamento operante promove a associação entre um estímulo e a sua consequência, enquanto o condicionamento clássico (concebida por Ivan Pavlov) implica a correlação entre um estímulo e outro. Em seu experimento inicial, Pavlov tocava uma campainha quando mostrava um pedaço de carne a um cachorro; logo o cachorro passou a associar a carne com a campainha, salivando sempre que esta era tocada. O condicionamento clássico independe das ações do sujeito, enquanto o operante depende; e influi na mudança de opiniões, ao passo que o condicionamento operante influi nas mudanças de comportamento. Sobre a matéria, SKINNER, Frederic B. *Ciência e comportamento humano*. Brasília: Ed. UnB/Funbec, 1970.

⁶²⁵ MARTIN, Neil M. *Psychology. A beginner's guide*. Oxford: Oneworld Publications, 2008. p. 70.

⁶²⁶ MARTIN, Neil M. *Psychology*, cit., p. 71.

⁶²⁷ LIND, E. Allan; TYLER, Tom R. *The Social Psychology of Procedural Justice*, cit., p. 81-83.

pelas características da sociedade na qual ela é promovida.⁶²⁸ Não obstante, ainda que se afigure árdua a profunda transformação do processo e de seus valores, porquanto enraizados à cultura de um determinado ordenamento,⁶²⁹ modificações substanciais e bem-sucedidas têm a aptidão de ressonar pela sociedade onde introduzidas, promovendo efetiva mudança, como reconhece Oscar Chase.⁶³⁰ Nesse particular, demonstrou-se que o sistema de protocolos teve grande importância na reconstrução da ideologia processual do sistema inglês, superando a sua característica de adversarialidade, ao funcionar como um código de orientação da conduta das partes, em momento anterior ao ajuizamento de um processo judicial.

Chase vislumbra algumas barreiras à efetiva implementação de alterações que impliquem a adoção de um instituto culturalmente diverso, como a falta de sua aceitação (ou a sua aceitação na teoria, mas a subversão na prática); a introdução colateral de algum valor indesejável; e o prejuízo à legitimidade do sistema processual segundo os litigantes, quando o modelo é distante do sistema público.⁶³¹

Não se pode negar que a atribuição de determinadas condutas aos litigantes, que configurem uma fase pré-processual conduzida precipuamente por eles próprios, é insólita ao ordenamento processual brasileiro, que, por tradição, frequentemente rende a autonomia privada ao intervencionismo estatal. Contudo, os princípios sobre os quais está fundamentado o novo modelo de processo civil, que valoriza o papel das partes e prioriza as vias não judiciais para a resolução dos conflitos, entreabre a porta para

⁶²⁸ CHASE, Oscar. The Paradox of Procedural Reform. *St. John's Law Review*, v. 62, p. 453, 1987-1988.

⁶²⁹ “Se no processo se fazem sentir a vontade e o pensamento do grupo, expresso 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 cultural” (LACERDA, Galeno. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, v. 3, p. 75, jan.-jun. 1961). “La manière dont le conflit social est reconfiguré par le droit processuel, la mise en scène du différend qui s’y accomplit, la conception de la vérité qui s’y manifeste, les finalités politiques du litige qu’autorise la procédure, le rôle attribué aux juges, aux avocats et aux parties, la conception même de l’État qui en émerge : tous ces aspects du droit processuel ne peuvent faire autrement que d’exposer les caracteres culturels propres à un ordre juridique ou son rattachement à une tradition culturelle plus vaste” (JUTRAS, Daniel. Culture et droit processuel: le cas du Québec. *McGill L. J.*, v. 54/273, p. 142, abr.-jun. 2003). “Una ley o código, sea cual fuere la materia que regula, es siempre expresión de la concepción ideológica propia de la sociedad en que se hace y de la sostenida por los responsables políticos que lo hacen” (AROCA, Juan montero. Prólogo. *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 134).

⁶³⁰ “While I would never claim that cultures are entirely static or that new procedures cannot be borrowed from one to another, even sometimes successfully, there is overwhelming evidence that cultural values and procedural arrangements tend to persist over time.” Continua o autor: “the procedures we adopt will affect the culture as surely as they are affected by it” (CHASE, Oscar. Culture and Disputing. *Tul. J. Int'l & Comp. L.*, v. 7/81, p. 88, 1999).

⁶³¹ CHASE, Oscar. Legal Processes and National Culture. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, v. 5, p. 19-21, 1997.

mudanças como a que ora se aventa. Ademais, não se pode desprezar a possível atuação suplementar do Judiciário, a fortalecer a legitimidade dos procedimentos prévios sob a visão dos jurisdicionados. Por sua vez, o protagonismo das partes, por força da sua percepção da justiça subjetiva, contribui para positivar o desejável comportamento de que as partes busquem solucionar a lide em um momento prévio ao ingresso em juízo.

Enfim, a instituição de uma fase pré-processual – seja ela constituída por meras diligências, seja formada por um procedimento mais ordenado e detalhado – é uma proposta absolutamente idônea a se conformar ao novo substrato processual brasileiro, além de ser capaz de remoldar a cultura demandista, ao instigar a consolidação de novas atitudes quando do surgimento de um litígio ou em face da possibilidade de seu advento.

4.3 Adequada leitura dos requisitos da petição inicial e do interesse de agir como condição para o exercício da ação

Já se mencionou que, conforme a teoria eclética da ação, desenvolvida por Liebman e acolhida pelo ordenamento processual brasileiro, o exercício do direito de ação está condicionado à demonstração da legitimidade das partes e do interesse de agir do demandante. Em outras palavras, embora a prestação da tutela jurisdicional seja garantida pela Constituição Federal, o direito à sua obtenção não é ilimitado, nem poderia sê-lo, porque o exercício da ação traduz-se em claros ônus tanto para o Estado quanto para a parte demandada em juízo.

A orientação clássica do interesse de agir é baseada no critério da necessidade da atividade jurisdicional no caso concreto.⁶³² É verdade que, ao lado dessa noção, costuma-se vincular o interesse também à utilidade do provimento de tutela

⁶³² “O interesse de agir consiste em que sem a intervenção dos órgãos jurisdicionais o autor sofreria um dano” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho civil*. Madrid: Reus, 1922. v. I, p. 200). “Interesse é a relação que se estabelece entre uma necessidade e o bem que pode satisfazê-la” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, cit., p. 275). “O interesse de agir é um interesse secundário, instrumental, subsidiário, de natureza processual, consistente no interesse ou necessidade de obter uma providência jurisdicional quanto ao interesse substancial contido na pretensão” (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., p. 204). É “a necessidade de requerer, ao Estado-juiz, a prestação da tutela jurisdicional com vistas à obtenção de uma posição de vantagem [...] que, de outro modo, não seria possível alcançar” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 409).

jurisdicional pretendido.⁶³³ Há de reconhecer, contudo, que a utilidade está agasalhada pela própria ideia de necessidade, eis que, conforme a lição de Celso Agrícola Barbi, “tudo o que é necessário é útil, mas nem tudo que é útil é necessário”.⁶³⁴

Encontra-se quem defenda, ainda, que a presença do interesse do agir estaria condicionada à verificação cumulativa da adequação do meio procedimental.⁶³⁵ Por sinal, alguns doutrinadores que se referem à utilidade como critério para a configuração do interesse explicam o seu conceito justamente a partir da adequação, isto é, da pertinência do procedimento eleito.⁶³⁶ No entanto, também essa concepção parece equivocada, pois a impropriedade do meio escolhido diz respeito à questão meramente processual e, à luz do princípio da instrumentalidade das formas, importa que o ato atinja o seu escopo independentemente de seu talhe, cabendo ao juiz suprir eventual

⁶³³ Segundo Liebman, a análise do interesse de agir perpassa pela verificação da “relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 207). Barbosa Moreira faz referência ao “binômio utilidade + necessidade” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ação declaratória e interesse. Direito processual civil* (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 17). Já Rodrigo da Cunha Lima Freire relaciona a utilidade à necessidade, ao dispor que “a utilidade potencial da jurisdição exige que esta seja imprescindível, conforme a situação concreta trazida a juízo pelo autor, segundo as suas afirmações, bem como os documentos que acompanham a inicial” (FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2001). Em sentido análogo, para Bedaque, “a utilidade da tutela jurisdicional para a solução da controvérsia revela a existência de interesse, situação a ser aferida objetivamente, mediante a verificação de determinado fato que faz nascer a necessidade da tutela jurisdicional, que deverá ser adequada à eliminação da crise de direito material” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 3).

⁶³⁴ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. 7. ed. 1.ª tiragem, rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 49. No mesmo sentido, GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil*, 3. ed., cit., p. 197; e COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 2011. v. I, p. 279, para quem o interesse de agir é o “interesse strumentale ad ottenere in giudizio il tipo di provvedimento (o la forma di tutela) cui aspira chi ha proposto la domanda; è índice del bisogno di tutela giurisdizionale, cui si commisurano il grado di necessità e l’idoneità tecnica dell’intervento del giudice; esprime, quindi, un adeguato rapporto di utilità fra il tipo di lesione del diritto, la cui attuale esistenza viene affermata in giudizio, e quel tipo di provvedimento giurisdizionale che specificamente si richiede per la sua tutela”.

⁶³⁵ “É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada. Repousa a necessidade da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial [...]. Adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 289).

⁶³⁶ “Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade, do ponto de vista prático. Movendo a ação errada ou utilizando-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta inexistência do interesse processual” (NERY JUNIOR, Nelson. *Condições da ação. Revista de Processo*, São Paulo, v. 64, p. 33, out. 1991).

deficiência.⁶³⁷ Finalmente, para um último grupo, o interesse de agir seria resultado do trinômio necessidade, utilidade e adequação.⁶³⁸

Depreende-se, portanto, que o principal elemento para a caracterização do interesse repousa na imprescindibilidade do processo judicial, ou seja, na impossibilidade de o demandante obter a satisfação de seu interesse direto sem a intervenção estatal, seja porque a parte contrária se recusou a satisfazê-lo e ao autor é sabidamente vedado o uso da autotutela,⁶³⁹ seja porque determinados direitos, por força de lei, exigem prévia declaração judicial para o seu exercício.⁶⁴⁰

Ocorre que, na prática, como exposto no primeiro capítulo, o Judiciário entende o direito de ação como um direito absoluto, e não condicionado. Essa módica relevância conferida às condições da ação deve-se decerto ao (superado) pressuposto de que o monopólio da jurisdição cabe ao Estado. O raciocínio é o de que, “sendo o Estado-juiz o meio principal de resolução de litígios, não seria possível impedir o ingresso ao Judiciário, sob pena de inviabilizar o acesso do cidadão ao próprio direito”.⁶⁴¹

Todavia, demonstrado que o acesso à justiça não está necessariamente vinculado à função judicial, nem ao monopólio estatal da justiça, o predicativo da necessidade não se pode considerar atendido quando a controvérsia seja ainda passível de resolução entre os litigantes, com ou sem o auxílio de um terceiro imparcial.

⁶³⁷ “No que se refere ao interesse-adequação parece-nos evidente que a adequação do procedimento não pode ser indicativa de interesse. O equívoco já foi apontado pela doutrina: se um sujeito usou o meio inadequado, isso não significa que não tenha interesse; pode até ter atuado com excesso, mas, pelo tão só fato de ter manejado um instrumento mais custoso, demorado ou incisivo, não podemos afirmar que atuou sem interesse processual. Aliás, o conceito de interesse-adequação parece estar na ‘contramão da história’ quanto à instrumentalidade das formas” (CABRAL, Antonio do Passo. *Despolarização e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. Revista Forense*, ano 105, v. 404, p. 27, jul.-ago. 2009). No mesmo sentido: “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 o autor 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 concreto” (GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 36-37).

⁶³⁸ Conforme ensinamentos de Eduardo Arruda Alvim, “o interesse processual é aferível, mediante a verificação da utilidade, necessidade e adequação do provimento jurisdicional pleiteado” (ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1998. v. 1, p. 160-161).

⁶³⁹ Deve-se indagar “se o efeito pretendido pode ser produzido pelo autor, de mão própria, independentemente do recurso ao Poder Judiciário, ou se somente poderá ser alcançado pela via judicial” (BOTELHO DE MESQUITA, José Inácio et al. *O colapso das condições da ação? Um breve ensaio sobre os efeitos da carência de ação. Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 88, p. 120, nov. 2006).

⁶⁴⁰ Conforme as lições de CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 217-218.

⁶⁴¹ SANTANNA, Ana Carolina Squadri. *Proposta de releitura do princípio da inafastabilidade de jurisdição*, cit., p. 54.

As condições da ação, sob esse viés, são capazes de impedir que o réu seja molestado por uma demanda inviável ou que poderia ter sido resolvida por meios menos onerosos. O direito de acesso à justiça compreende, afinal, o direito dos cidadãos de não serem incluídos desnecessariamente em um processo, com todas as implicações daí decorrentes.

Em justa crítica a essa leitura equivocada que o direito de ação tem recebido, que subestima a efetiva observação das condicionantes, Rodolfo de Camargo Mancuso propõe a “densificação” do interesse de agir, no sentido de impor o esgotamento de outros meios auto e heterocompositivos como *prius* à judicialização da demanda.⁶⁴² Humberto Dalla Bernardina de Pinho defende igualmente a ampliação dessa condição da ação para que as partes demonstrem que tentaram de alguma forma buscar uma solução antes de ingressar no Judiciário.⁶⁴³ Do mesmo modo, Luiz Fux, presidente da Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto do CPC/2015, pugna por uma maior rigidez na análise da presença das condições da ação, em especial da necessidade da tutela jurisdicional, ante o reconhecido “caráter secundário da jurisdição”.⁶⁴⁴

Veja-se que não se trata de prestigiar o formalismo processual ou de defender o emprego de barreiras ilegítimas pelo Judiciário para impedir o assoberbamento dos tribunais, senão de proceder a uma releitura constitucional do interesse de agir ou à

⁶⁴² Nas suas palavras, “é justo que se promova um enriquecimento conceitual do interesse de agir, agregando-se-lhe a exigência do prévio esgotamento de outros meios auto e heterocompositivos, à exceção, naturalmente, dos casos e situações envolvendo crise jurídica especialmente complexa ou cujas peculiaridades de matéria ou de pessoa reclamem necessária passagem judiciária da controvérsia [...]” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*, cit., p. 223).

⁶⁴³ Humberto Dalla propõe “uma ampliação no conceito processual de interesse em agir, dentro do binômio necessidade-utilidade, como forma de racionalizar a prestação jurisdicional e evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário”. Destaca que bastaria algum tipo de comunicação, como carta ou *e-mail*, reunião entre advogados, contato com *callcenter* de uma empresa, enfim, alguma demonstração de que o ajuizamento da ação foi a última alternativa (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação e a necessidade de sua sistematização*. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 4, v. V, p. 83, jan.-jul. 2010).

⁶⁴⁴ “Quanto à necessidade da tutela jurisdicional formulada, é importante que os juízes sejam bastante rígidos na análise da presença desta condição da ação. Assistimos atualmente a uma litigiosidade sem fim. Pede-se exibição de documentos sem nunca tê-los pedido diretamente ao réu. Cobra-se o seguro avençado sem nunca ter se dirigido à seguradora para tentar receber a quantia. Como nunca, as pessoas têm procurado abrigo debaixo da toga dos juízes, sem ao menos se dar ao trabalho de pleitear a natural efetivação do direito. Essa pretensa garantia de acesso amplo e irrestrito à jurisdição acirra os ânimos dos sujeitos e, ao invés de evitar os conflitos, os potencializa. Como consequência, temos um demandismo desenfreado, uma verdadeira corrida ao Judiciário, que abarrotas as prateleiras principalmente dos juízes de primeira instância, tornando ainda mais morosa a pretensão da tutela jurisdicional àquelas situações que realmente necessitam da intervenção do Estado-juízo. Penso, por isso, que deveríamos caminhar no sentido do maior condicionamento para o acesso ao judiciário, preservando o caráter secundário da jurisdição” (FUX, Luiz. *Propostas do Presidente da comissão de Elaboração do Anteprojeto do Novo CPC*. Disponível em: <www.cenajus.org.br>. Acesso em: 30 jan. 2016).

reassignificação desse requisito, diante das novas ferramentas postas à disposição das partes e do próprio aumento das hipóteses de convenções processuais. Essa revisitação às condições da ação justifica-se, ainda, pela constatação de que o instituto não vem cumprindo com o seu escopo, que é o de filtrar a demanda inviável ou desnecessária.

Em síntese, uma interpretação teleológica da lei – baseada na concepção das condições da ação como filtro para as demandas viáveis e que realmente reclamam atuação judicial, bem como do reverenciamento da solução consensual dos conflitos – aponta para que a jurisdição seja buscada somente após o fracasso inequívoco da tentativa de resolução extrajudicial. E desses axiomas exsurge a indispensabilidade de projetar uma fase preliminar ao processo que viabilize a autocomposição e impeça a movimentação inútil do Judiciário. A própria noção de interesse de agir compreende a exigência de que as partes tenham exaurido as possibilidades de resolução do litígio antes de ir a juízo.

Pode-se também extrair a conveniência de conceber uma fase pré-processual a partir de uma análise apropriada da disciplina dos requisitos da petição inicial.

A partir do estudo dos ordenamentos estrangeiros, observou-se que o modelo de peticionamento inaugural de cada país atende à sua estrutura processual,⁶⁴⁵ sendo possível identificar, ao menos originariamente, dois formatos distintos.

De um lado, no sistema norte-americano, as regras federais de processo civil preveem a instauração de uma fase postulatória mediante a apresentação de uma simples notícia, que dispensa a descrição minuciosa dos fatos e do pedido. Isso se explica porque, no estágio de preparação da demanda, cumpre às partes, por meio dos mecanismos de *discovery*, a descoberta dos fatos relevantes e dos meios disponíveis para prová-los, restando ao Judiciário atuar precipuamente na fase final, quando se expõe o caso ao júri para julgamento. Ocorre que, como demonstrado, esse formato estimulou a propositura de ações infundadas e tornou a *discovery* bastante onerosa, por versar sobre fatos não essenciais à disputa. Tais circunstâncias determinaram, assim, uma mudança na interpretação da Suprema Corte a respeito daquela regra, no sentido de requerer uma narração mais detalhada dos fatos, suficiente não apenas para dar notícia à parte adversa, mas também para demonstrar a probabilidade de sucesso da demanda.

⁶⁴⁵ Rolf Stürner e Cristoph Kern distinguem os modelos norte-americano, ítalo-canônico e alemão, diferenciando-os conforme as suas fases (postulatória, preparatória e decisória) (Processo civil comparado: tendências recentes e fundamentais, cit., p. 203-234).

De outro lado, nos ordenamentos de origem romano-canônica, como o italiano,⁶⁴⁶ o alemão e o brasileiro, requer-se no ato inaugural uma descrição mais minudente dos fatos e dos pedidos, de modo que tanto o réu quanto o órgão judicial já conheçam, logo de início, os contornos do caso. A etapa preparatória subsequente compõe-se da colheita de provas e de sua exibição perante o juiz e, no estágio final, apresentam-se os fatos e as provas conforme emersos da fase anterior, para julgamento (em regra) pelo mesmo juiz que instruiu o processo. Essa é basicamente a configuração arquitetada nos princípios de processo civil transnacional Unidroit, segundo os quais, em uma primeira fase processual, as partes apresentam suas demandas e defesas e identificam os fatos relevantes para subsidiá-las; depois se servem dos mecanismos de *discovery* e de audiências para colher informações e provas; e, por fim, expõem as suas provas e as suas alegações finais em uma audiência final concentrada.

Notou-se, inclusive, que o processo japonês igualmente exige, na peça exordial, a identificação dos fundamentos do pedido, a descrição dos fatos principais e a juntada dos documentos pertinentes, sob pena de inadmissibilidade.

É possível afirmar, destarte, que a estrutura da petição inicial segue atualmente uma tendência comum, que ultrapassa a natureza de mera notificação do réu acerca da existência da lide, ensejando uma preparação minimamente fundamentada para o ajuizamento da ação.⁶⁴⁷

Na realidade brasileira, porém, de acordo com o que se expôs no primeiro capítulo, a exigência de uma fundamentação suficiente é completamente distorcida. As peças iniciais – distantes de atender aos parâmetros legais – constituem, em geral, arrazoados extensos, pouco objetivos, não raramente munidos de uma grande quantidade de documentos e invariavelmente encerrados com uma fórmula genérica de protesto “por todas as provas em direito admitidas”.

Diante de tal cenário, a fase pré-processual advém como uma possibilidade de incrementar o rendimento do ato postulatório inaugural. O autor poderá tomar conhecimento dos fatos controvertidos e saber quais as provas úteis para demonstrá-los, indicando-as com mais especificidade, quando não tenha sido possível produzi-las na

⁶⁴⁶ Como se viu, porém, o modelo italiano, historicamente, distinguia as figuras do juiz instrutor, que controlava o processo de descoberta da verdade dos fatos, do órgão julgador (que consistia, inclusive, em um colegiado).

⁶⁴⁷ Pontue-se que esse sistema viabiliza, na França, na Itália e no Brasil, a análise das condições da ação. Já na Alemanha, conforme mencionado, tais requisitos são concebidos, de forma genérica, como pressupostos processuais.

seara extrajudicial. Isso não significa priorizar uma interpretação formalista, mas sim conferir a “máxima utilidade”⁶⁴⁸ aos requisitos relacionados pelo legislador. Como ressalta Lenio Luiz Streck, um exame mais criterioso das petições iniciais evitaria a formação de inúmeros processos que restam “fadados à acumulação de despachos e decisões burocráticas”.⁶⁴⁹

Leonardo Greco exalta a importância da consistência fática e probatória dos atos postulatórios iniciais, explicando os perniciosos efeitos que a má definição dos fatos e a proposição genérica de provas causam sobre o processo: há maior resistência das partes à eventual conciliação, “porque, não podendo efetuar um exame prévio do possível conteúdo dos atos probatórios subsequentes, especialmente dos que vão ser produzidos pelo adversário, têm dificuldade de avaliar as suas próprias probabilidades de êxito”; e, relativamente ao juiz, perturba-se-lhe a tarefa de deferir provas e de avaliar a sua utilidade para a demonstração dos fatos controvertidos, o que ocasiona a ampla admissão de provas orais e documentais supervenientes, nem sempre proveitosas à demanda. Assim, “chegam o juiz e as partes às cegas à audiência final, sem ter a menor previsibilidade do que vai acontecer, sem conhecer as testemunhas arroladas e sem saber sobre que fatos vão elas depor”.⁶⁵⁰

Nada obstante, contando com uma fase pré-processual, as partes serão capazes de descrever com exatidão os elementos individualizados da demanda, os fatos em que fundamentam as suas alegações e de apontar, desde logo, as provas já existentes e aquelas que se pretende produzir, correlacionando-as aos fatos probandos, de modo a cumprir apropriadamente as prescrições legais atinentes aos requisitos da inicial. Garante-se, assim, a propositura fundamentada da demanda, o que contribui inequivocamente para a qualidade da prestação jurisdicional.⁶⁵¹

Lembre-se, ainda, que o CPC/2015 mantém a rigidez do CPC/1973 em relação à estabilização da demanda, o que avulta a importância das revelações pré-processuais

⁶⁴⁸ Conforme o termo usado por CARMONA, Carlos Alberto. Em torno da petição inicial. *Revista de Processo*, ano 30, n. 119, p. 34, jan. 2005.

⁶⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. As súmulas vinculantes em face da hermenêutica filosófica e da jurisdição constitucional. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (Coord.). *Acesso à Justiça e efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 153.

⁶⁵⁰ GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro – anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, n. 13, v. XIII, p. 320-321, 2014.

⁶⁵¹ DODSON, Scott. Pursuit Discovery in a comparative context. *Journal of Comparative Law*, n. 51, p. 52, 2012.

para o julgamento da causa, na medida em que o pedido e a causa de pedir não serão modificáveis durante o processo, como ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos.

Portanto, a partir de uma interpretação adequada do interesse de agir e dos requisitos da petição inicial, atenta aos escopos fundamentais desses institutos – voltados a evitar a movimentação desnecessária da máquina judicial e otimizar a atividade processual –, resta evidente a legitimidade da construção de uma fase antecedente ao processo no Direito brasileiro.

5. NORTEADORES PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA FASE PRÉ-PROCESSUAL NO DIREITO BRASILEIRO

Nos capítulos anteriores, fixaram-se os fundamentos lógicos e dogmáticos para a instituição de uma fase preliminar ao processo civil brasileiro, como forma de manejo do conflito e das relações entre os litigantes antes da provocação da via judicial.

Sob o aspecto material, a fase pré-processual consiste na previsão de providências cujo encargo se atribui às partes. Entende-se por “protocolo” justamente o veículo que dispõe sobre essas regras de conduta, a serem seguidas pelos litigantes previamente ao seu ingresso em juízo. Embora o detalhamento do protocolo possa variar conforme o instrumento que o institui, os seus objetivos são, essencialmente, os de possibilitar a troca de informações e a eventual produção de provas acerca do conflito que se inicia, estimular a busca de um acordo e contribuir para a eficiente gestão do processo quando ele não puder ser evitado.

5.1 Natureza da fase preliminar

É possível afirmar, a partir de uma concepção abrangente de “processo”, que a fase prévia está revestida dessa natureza – em que pese o fato de ser realizada prioritariamente na seara extrajudicial e o aparente paradoxo de denominar-se “pré-processual” (o que provoca, de plano, uma *contraditio in terminis*).

A razão de ser dos protocolos, afinal, está subsumida na ideia de processo como um mecanismo voltado à satisfação das pretensões das partes, cujo intento se pode obter não apenas por meio de uma decisão impositiva, como também mediante a autocomposição. De acordo com essa acepção, que justifica a existência do processo pelos escopos que ele visa a alcançar, é inegável que também a fase prévia destina-se à “eliminação da crise de direito material”.⁶⁵² Por outro lado, se não for capaz de impedir a propositura de uma ação judicial, o protocolo pode ter relevante repercussão nas

⁶⁵² Nesse ínterim, Eduardo Lamy define processo como o “ato jurídico complexo resultante da operação de um núcleo de direitos fundamentais – tais como contraditório, ampla defesa e devido processo legal – que atuam sobre uma base procedimental, não apenas com o objetivo de declarar, mas principalmente o fim de satisfazer os direitos no mundo dos fatos, na vida dos litigantes” (LAMY, Eduardo. *Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais. Revista de Processo*, São Paulo, v. 173, p. 101, jul. 2009). Daí afirmar a existência de processo externamente à jurisdição, como no caso do processo administrativo. Diga-se, aliás, que a doutrina chega a enxergar como “processo” até mesmo a relação obrigacional, dinamicamente composta por um “conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor” (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006. p. 10).

situações subjetivas das partes dentro do processo, o que igualmente justifica o seu estudo sob essa perspectiva. Acode-se, assim, ao alargamento do objeto da ciência processual, nele incluídas todas as ferramentas cabíveis para a consecução das finalidades e escopos da jurisdição.

Isso não quer dizer, porém, que a fase pré-processual se identifica com o processo em seu sentido estrito. Sabe-se que a doutrina jamais deixou de perscrutar o significado de “processo” e, de tempos em tempos, surge uma nova teoria trazendo-lhe um elemento diverso ou propondo um enfoque inédito sobre os seus já conhecidos componentes.⁶⁵³

Reconhece-se na noção estrita de processo um aspecto formal e um substancial. O primeiro, sugerido pela sua própria etimologia,⁶⁵⁴ está ligado à sequência de atos concatenados que visam culminar em uma sentença. Já o aspecto substancial concerne à existência de uma relação processual, distinta da relação de direito material de que se originou a lide,⁶⁵⁵ e que se desenvolve por meio do exercício de direitos, deveres e ônus pelos sujeitos do processo,⁶⁵⁶ animada pelo contraditório.⁶⁵⁷

⁶⁵³ A teoria mais recente, de Elio Fazzalari, afasta-se do que o autor chama de “clichê” da relação jurídica processual, concebendo o processo como “procedimento em contraditório”, porque, em seu entender, a relação jurídica seria algo estático, incompatível com a complexidade do processo (FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 141). As ideias de Fazzalari foram acolhidas, entre outros, por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2010) e Daniel Mitidiero (*Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005).

⁶⁵⁴ O termo “processo”, cunhado ainda na Idade Média, deriva do latim *procedere* (“seguir adiante”) e do grego *prosek* (“vir de trás pra diante”) (SATTA, Salvatore. Dalla procedura al diritto processual civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 18, p. 28-36, mar. 1964).

⁶⁵⁵ Como ensinou Oskar von Bülow em 1848 (*La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964).

⁶⁵⁶ Em sua clássica definição de processo, Liebman o enuncia como uma sequência de atos jurídicos que se sucedem, unidos por uma finalidade comum (a sentença), alcançada por meio do exercício de direitos, deveres e ônus entre os sujeitos do processo (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1, p. 33). Ele é acompanhado por Pontes de Miranda (*Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1970. t. 1, p. 287) e Moacyr Amaral dos Santos (*Primeiras linhas do direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 12).

⁶⁵⁷ Desenvolvido prioritariamente por Oskar von Bülow, como mencionado, o conceito de processo fundado na existência de uma relação jurídica processual ainda é majoritário na doutrina (v., por exemplo, DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1, p. 32-33; e BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 67) e não nos parece incompatível com a ideia de Fazzalari, na medida em que o procedimento em contraditório se concretiza justamente a partir da atribuição de situações ativas e passivas aos atores processuais, criando um vínculo dinâmico (a relação processual). Em sentido análogo, admitindo o dinamismo da relação processual, TESHEINER, José Maria Rosa. Situações subjetivas e processo. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 107, p. 22, jul.-set. 2002. Vale destacar que há uma terceira corrente, que se assenta na ideia de posição jurídica, sustentada, entre outros, no Brasil, por Luiz Guilherme Marinoni et al.: “A relação jurídica processual, por ser um conceito neutro – próprio à pandectística alemã –, pode servir a qualquer Estado e fim. Daí a sua impropriedade quando se pretende explicar o processo em face do Estado

Ora, sob essa perspectiva mais precisa, que vincula o complexo instituto do processo à necessária produção de uma sentença⁶⁵⁸ e à instituição da tríade autor-réu-juiz,⁶⁵⁹ não há como admitir, de modo algum, que a fase pré-processual disponha dessa específica natureza.

Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Nogueira, em substancioso estudo sobre a teoria dos fatos jurídicos processuais, reconhecem que o desígnio de ato processual abarca aquele que tenha sido praticado fora do processo ou do procedimento, desde que interfira de algum modo no desenvolvimento da relação jurídica processual.⁶⁶⁰ Não se caracterizam como “processuais”, assim, atos que tenham apenas a potencialidade – em caso de eventual propositura de uma ação judicial – de surtir efeitos no processo.

Em outras palavras, os protocolos dão ensejo a providências (ou a um conjunto de providências, designado procedimento) que não têm típica essência processual. A fase prévia pode ter curso perante um órgão público, ou ocorrer em sede privada, nesse caso sem ou com a intermediação de alguma entidade, como sói acontecer, analogamente, aos ritos previstos em regimentos internos de condomínios, associações ou câmaras de resolução de conflitos por meios não judiciais. Não se trata, por isso, *a priori*, de matéria cuja competência esteja adstrita à lei federal, sobre a qual dispõe o art. 108 da Constituição Federal.

constitucional e dos direitos fundamentais. O Estado tutela jurisdicional, de efetivamente tutelar os demais direitos. O vínculo que se pode estabelecer entre o autor e o dever estatal de tutela dos direitos se assenta na ideia de posição jurídica” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 162).

⁶⁵⁸ “Proceso procesal es el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del organo judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción” (ECHANDÍA, Devis. *Teoría general del proceso*, cit., t. I, p. 153).

⁶⁵⁹ “Processo é o método de trabalho responsável pela coordenação do exercício das atividades jurisdicionais pelo juiz, da ação pelo autor e da defesa pelo réu. [...] O poder estatal exerce-se sempre mediante um procedimento estabelecido, sob pena de ilegitimidade desse exercício – e o procedimento caracteriza-se como processo quando for realizado em contraditório e com a outorga de poderes, deveres, faculdades e ônus aos seus sujeitos, ou seja, com a presença de uma relação jurídica processual” (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016).

⁶⁶⁰ Ao decompor os termos da definição, pontuam os autores 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)” (DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 33-34).

Contudo, é certo que, a depender da extensão e dos tipos de mecanismos estabelecidos nos protocolos, bem como do seu caráter impositivo ou facultativo às partes, é possível que se mostre necessária a edição de uma lei para discipliná-lo. Antes, porém, de se cogitar da instituição de uma fase pré-processual *de lege ferenda*, estudaremos as possibilidades *de lege lata* disponíveis no ordenamento brasileiro, analisando a sua extensão subjetiva e representatividade democrática.

5.2 Possíveis instrumentos normativos

5.2.1 Protocolo por decisão judicial

É perfeitamente admissível a concepção de alguma espécie de fase pré-processual a partir da jurisprudência, mediante a exigência de medidas anteriores ao ajuizamento da ação em determinadas situações, com base no enrobustecimento do interesse de agir.

Foi esse o caso, por exemplo, das recentes decisões dos Tribunais Superiores, que voltaram a impor ao interessado a comprovação de prévio requerimento administrativo, seguido da rejeição do pedido ou de ausência de resposta por um determinado prazo, nas demandas destinadas à obtenção de benefício previdenciário.⁶⁶¹

Como visto, resgatou-se um entendimento remoto do ordenamento brasileiro, e que é prevacente em muitos países na atualidade (não somente naqueles que dispõem de uma Justiça administrativa), conforme se teve a oportunidade de constatar. Ora, se nos países em que existe a dualidade de jurisdições requer-se em geral a postulação administrativa prévia, mais ainda se justifica essa exigência em sistemas como o brasileiro, nos quais os conflitos com a Administração Pública são levados à Justiça comum; seja porque, em tais sistemas, o juiz comum fica mais tolhido quanto à revisão da conveniência e da discricionariedade dos atos administrativos; seja porque se movimentam o Judiciário quando o pedido poderia decerto ter sido analisado, pelo próprio órgão público, de modo mais econômico e igualmente seguro.

⁶⁶¹ Parece delicado exigir, no ordenamento pátrio, o exaurimento prévio das instâncias administrativas, quando a Administração Pública tem clara tendência a indeferir a maior parte dos requerimentos que lhe são encaminhados. Assim o constatou Cristiane Rodrigues Iwacura, ao analisar o Programa de Redução de Demandas da Procuradoria Especializada do INSS, em Ribeirão Preto (IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Conciliação na Administração Pública. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisalDetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=195724>, p. 41-42).

Nessas hipóteses em que há necessidade de prévia provocação do ente administrativo, é forçoso reconhecer que a jurisprudência originou um verdadeiro protocolo pré-processual, cujo cumprimento é imprescindível à instauração da ação.

De modo semelhante, é possível que, a partir de algum questionamento sobre a constitucionalidade ou a legalidade de normas de resolução extrajudicial de disputas, o Judiciário interprete tais disposições no sentido de conferir-lhe os efeitos de um protocolo.

Imaginem-se, por exemplo, precedentes que, sob uma interpretação ampla e adequada do interesse de agir, reconheçam a necessidade de que determinados conflitos sejam levados à agência reguladora competente, antes do ajuizamento de uma ação judicial, quando existente um procedimento extrajudicial de resolução de conflitos perante a autarquia. Conforme se aborda adiante de forma mais detida, as agências reguladoras também têm a função de compor litígios⁶⁶² e, na maioria dos casos, dispõem de procedimentos talhados para esse escopo. As decisões dessas autarquias são passíveis de reexame, inclusive quanto ao mérito, pelo Poder Judiciário, mas não se requer aos interessados que as provoquem antes de propor uma ação judicial.

O foro do incidente de resolução de demandas repetitivas – tendo em vista a sua ampla legitimidade ativa,⁶⁶³ inegável abertura democrática⁶⁶⁴ e extensa e vinculativa eficácia⁶⁶⁵ – poderia funcionar como um interessante mecanismo formador de protocolos. Todavia, há alguns inconvenientes: em primeiro lugar, um precedente judicial, mesmo em um incidente de natureza peculiar como o de resolução de demandas repetitivas, não terá decerto o condão de disciplinar todo um procedimento, mas apenas prever diligências mais pontuais, como pressuposto do interesse de agir. Além disso, ao

⁶⁶² À Agência Nacional de Energia Elétrica, por exemplo, cabe “dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores”, conforme art. 3.º, V, da Lei n.º 9.427, de 26.12.1996. No mesmo sentido, a Lei n.º 9.472, de 16.07.1997, dispõe que à Agência Nacional de Telecomunicações compete “compor administrativamente conflitos de interesse entre prestadoras de serviço de telecomunicações” (art. 19, XVII) e resolver demandas do consumidor contra a prestadora do serviço, encaminhados ao órgão regulador (art. 3.º, XI).

⁶⁶³ Em relação ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), de acordo com o art. 977 do CPC/2015, têm ampla legitimidade ativa o juiz, as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública, mesmo que não participem do processo.

⁶⁶⁴ O incidente é democrático porque comporta participação das partes e de todos os interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que terão prazo comum de 15 dias para postular juntada de documentos e requerer diligências para elucidação da questão de direito controvertida (arts. 983 e 984 do CPC/2015).

⁶⁶⁵ A decisão do IRDR tem eficácia vinculativa para todo o território nacional (art. 987, § 2.º). Há doutrina no sentido de que vincula, inclusive, a administração pública direta e indireta (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários as alterações do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015. p. 997).

exigir, para o seu cabimento, múltiplas ações individuais ou coletivas sobre questões comuns de direito e a existência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, o incidente não será um meio facilmente suscetível para a elaboração de normas pré-processuais.

Por essas razões, conquanto admissível a criação de normas de conduta prévia por decisão judicial, como se demonstrou, trata-se de uma espécie de fonte meramente acidental e que, por suas feições, é capaz de dar origem apenas a protocolos mais restritos e específicos. Não obstante, os precedentes podem servir, sem dúvida, como um instrumento catalisador de procedimentos extrajudiciais já regulamentados em lei, ao interpretá-los como inseridos dentro do interesse de agir, condicionando o exercício do direito de ação.

5.2.2 *Protocolo por convenção*

Outra via factível à consecução de protocolos são as convenções entre as partes. Segundo o art. 190 do CPC/2015, que dá os contornos do inédito⁶⁶⁶ instituto do “negócio processual”, as partes podem estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. O negócio pode ser firmado, por expressa dicção legal, antes⁶⁶⁷ ou durante o processo, e do mesmo modo, por consequência, disciplinar as relações entre os litigantes antes do ingresso em juízo. Trata-se, afinal, de negócios jurídicos em sentido amplo, que devem observar a capacidade das partes, a licitude do objeto e a

⁶⁶⁶ Como já se expôs, inédita é a previsão de uma cláusula geral de negócios atípicos no Direito brasileiro, pois há muito já se reconhece a existência do negócio processual, inclusive na doutrina estrangeira: “[...] debe reconocerse el carácter de negocio procesal a aquellos actos cuyos efectos se hallan ligados por la ley a la voluntad de las partes; tales son, em general, las declaraciones de voluntades unilaterales o bilaterales que están a producir, modificar o extinuir derechos procesales” (ECHANDÍA, Devis. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1985. t. II, p. 457-458).

⁶⁶⁷ Aliás, a celebração de negócios processuais é decerto mais provável em momento prévio à instauração do processo: “[...] o ânimo das partes contratantes ao celebrar um determinado negócio jurídico, normalmente está despido de beligerância ou animosidades, desnudando terreno fértil para a inserção e transação quanto às regras processuais, futuras e eventuais, de um litígio ainda não existente. Diferentemente se dá após a instauração da demanda judicial, em que as partes passam a ocupar o lugar de opositoras, litigantes, cujos interesses são antagônicos, na qual a vitória de uma importará, necessariamente, na derrota da outra” (SANTOS, Tatiana Simões dos. *O processo civil modulado pelas partes: ampliação da autonomia privada em matéria processual*. 2009. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 93).

validade de forma⁶⁶⁸ e que produzem efeitos imediatamente após a sua celebração.⁶⁶⁹ Diogo Rezende de Almeida explica que o papel do juiz não é o de “homologador”, mas o de mero fiscalizador” desses requisitos, sendo certo que, no caso dos contratos voltados à regulamentação da fase prévia, essa função será inevitavelmente subsidiária e eventual.

A primeira grande vantagem do protocolo convencional é a de preservar a legitimidade e a autonomia das partes. Explica-se: são os próprios litigantes, orientados por sua livre manifestação de vontade, que definem as regras de conduta pré-processual,⁶⁷⁰ diferentemente do que se dá, por exemplo, com os protocolos legais, institucionais ou decorrentes de decisão judicial.

Outro benefício decorrente dessa mesma autonomia é o de permitir a estruturação de um procedimento abrangente, com normas variadas, conforme o interesse das partes. É possível, assim, desenhar disposições ajustadas à especificidade do conflito, em observância ao princípio da adequação, segundo o qual a construção de cada procedimento deve ter necessariamente em vista a natureza e as idiossincrasias do direito material em litígio.⁶⁷¹

Não há grandes controvérsias acerca da possibilidade de realização do negócio quando estejam envolvidos tão somente os legitimados ordinários. Pode-se pensar, por exemplo, sob inspiração do referido Projeto do novo Código Comercial, na previsão

⁶⁶⁸ ALMEIDA, Diogo Rezende de. *A contratualização do processo*. Das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015. p. 224-225.

⁶⁶⁹ Nesse sentido, NOGUEIRA, Pedro Henrique. É possível a resilição unilateral em negócios jurídicos bilaterais processuais?. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte: Fórum, n. 921, p. 260, out.-dez. 2015; e CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 231. Em sentido contrário, Calmon de Passos já escreveu que a eficácia do negócio jurídico processual estaria condicionada ao pronunciamento judicial (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 70). Não se pode concordar com essa posição, sob pena de reputar ineficaz um negócio sobre condutas pré-processuais, sem a intervenção judicial. Os negócios são regidos, em última análise, pelo princípio da livre autonomia de vontade das partes.

⁶⁷⁰ Resguardados os limites da ordem pública processual, que corresponde aos “interesses públicos inafastáveis, seja pela vontade do juiz, seja pela vontade das partes”, tais como o contraditório e a ampla defesa, o devido processo legal, o princípio do juiz natural, a independência e a imparcialidade do julgador, a fundamentação das decisões judiciais, a busca da verdade, a celeridade e a coisa julgada material (ALMEIDA, Diogo Rezende de. *A contratualização do processo*, cit., p. 226).

⁶⁷¹ DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista Diálogo Jurídico*, v. I, n. 7, out. 2001. No mesmo sentido, de acordo com Diogo Rezende de Almeida, “a escolha do mais eficiente e apropriado método de composição observa, pois, um princípio, aqui denominado de princípio da adequação, cuja observância leva os dispartantes a elegerem o mecanismo que representa o mais adequado instrumento para a solução do conflito surgido entre eles” (ALMEIDA, Diogo Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*, ano 36, v. 195, p. 199, maio 2011).

contratual de um procedimento prévio a litígios comerciais, que inclua a notificação do oponente, a medida de permuta de documentos e a tentativa de autocomposição, dentro de um prazo máximo de tempo.⁶⁷²

Em um contrato de construção, por sua vez, pode convir às partes fixar as normas de um procedimento voltado à realização de uma perícia extrajudicial, no qual disponham também sobre a sua futura utilização em caso de processo judicial e estabeleçam sanções em caso de desatendimento aos preceitos entabulados. Ainda que já exista algum protocolo a instituir um procedimento prévio aplicável a um determinado litígio, as partes poderão, a princípio, moldá-lo conforme lhes importe, por meio do negócio pré-processual.

Especificamente nesse âmbito dos conflitos de construção, vale destacar a existência do método do “dispute resolution board” (DRB), cuja utilização é cada vez mais frequente para fins de monitoramento e prevenção de demandas judiciais. O DRB consiste em um conselho de três revisores experientes e imparciais, sendo um escolhido por cada parte e o terceiro indicado por aqueles dois membros, aos quais são previamente fornecidos todos os documentos relacionados ao contrato e os quais são informados *pari passu* do progresso das obras. Caso haja alguma controvérsia que as partes não consigam resolver, podem remetê-la ao conselho, que após uma audiência para ouvir os argumentos de ambas as partes emitirá uma recomendação escrita, fundamentada e não vinculante para solucionar a questão. Dessa forma, esclarecem-se pequenas questões antes de os problemas escalonarem e se tornarem uma grande disputa. As partes em geral aceitam a recomendação por sua confiança nos *experts*, por seu conhecimento sobre o projeto e pelo fato de terem a oportunidade de serem ouvidas. Embora não seja vinculante, o procedimento normalmente é previsto em contratos, de forma prévia ao processo judicial e à arbitragem.⁶⁷³

É de se pontuar que, em certos casos, a própria lei exige que os contratos prevejam regras de solução extrajudicial de controvérsias relacionadas à avença e à sua execução, como nas hipóteses dos contratos de concessão celebrados pela Agência

⁶⁷² Sob a inspiração do Projeto de novo Código Comercial (Projeto de Lei n.º 1.572, de 2011, Rel. Dep. Paes Landim), a que já se referiu.

⁶⁷³ O DRB já foi utilizado em grandes obras na Inglaterra (Channel Tunnel Rail Link, UK), Dinamarca (City and County of Copenhagen), França (Eurotunnel) e EUA (Los Angeles Co. Metro Transit Auth., Lesotho Highlands Development Auth., Massachusetts Highway Dept., Port of Seattle, University of Washington). Informações disponíveis na página da Dispute Resolution Board Foundation, em: <www.drb.org>. Acesso em: 30 jan. 2016.

Nacional de Telecomunicações (Anatel),⁶⁷⁴ Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq).⁶⁷⁵ Assim, por meio de tais cláusulas, as partes podem engendrar um procedimento organizado e coeso, prevendo, ainda, a necessidade de seu cumprimento previamente ao ajuizamento de ação.

É também admissível a realização de convenções coletivas celebradas por órgãos públicos com legitimação extraordinária.⁶⁷⁶ Por exemplo, o Ministério Público, representando os consumidores de um determinado segmento, pode firmar um negócio pré-processual coletivo com uma ou mais empresas daquele ramo, definindo normas de conduta prévia. A legitimidade do Ministério Público para celebrar tais convenções decorre da sua própria legitimidade para negociar sobre direito material, por exemplo, nos termos de ajustamento de conduta nas ações coletivas⁶⁷⁷ e nas ações de improbidade administrativa. Se há possibilidade de convencionar sobre matéria substancial, mais ainda há sobre matéria processual.⁶⁷⁸ Justamente nesse cenário, aliás, foi editada a Resolução n.º 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, que incrementa os instrumentos de atuação do *Parquet*, ao incumbi-lo de “implementar e adotar mecanismos de autocomposição” (art. 1.º) e autorizá-lo expressamente a celebrar acordos de natureza processual (art. 16), prévia ou incidentalmente ao processo.⁶⁷⁹

⁶⁷⁴ Art. 93 da Lei n.º 9.472, de 16.07.1997.

⁶⁷⁵ Arts. 35. XIV, e 39, XI, da Lei n.º 10.233, de 05.06.2001.

⁶⁷⁶ No mesmo sentido, Fredie Didier Jr.: “Para que tais convenções processuais coletivas sejam celebradas, é preciso que haja legitimação negocial coletiva por parte do ente que a celebre. Aplica-se, aqui, por analogia, o regramento das convenções coletivas de trabalho e convenções coletivas de consumo (art. 107, CDC)” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 393).

⁶⁷⁷ Embora uma parte da doutrina insista em defender que tais compromissos não têm natureza de transação, mas de simples “ato administrativo negocial”, por não haver concessão do Poder Público, e sim a submissão do responsável pela lesão ao cumprimento de certas normas para proteção dos direitos e interesses coletivos (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 246). De forma diversa, entendemos que, apesar de não ser titular do direito alegado, o legitimado extraordinário tem disponibilidade sobre o direito material e por isso pode negociá-lo.

⁶⁷⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*, cit. Já dizia Carnelutti que “il potere di disposizione delle parti nel processo si coordina al potere di disposizione delle parti sulla lite, poichè e finchè è concesso alle parti di comporsi da sè la loro lite con una transazione, non può essere a loro negato di regolare con i loro accordi i risultati del processo. Il vantaggio, che ne deriva, è sempre quello, in ultima analisi, di eliminare o di agevolare il processo” (Idem, p. 753).

⁶⁷⁹ Segundo Antonio Cabral, o Ministério Público pode, por exemplo, firmar convenção para fixar foro competente que seja mais eficiente para a colheita da prova. Há hipóteses possíveis mesmo em processos que envolvam direitos com alguma indisponibilidade, conforme Enunciado 135 do FPPC (“a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio processual”). (CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n.º 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as

Também é possível a participação de outros legitimados extraordinários, embora essa alternativa possa afigurar-se, a princípio, um pouco mais controversa. As associações, por exemplo, não estão indicadas dentre os entes com capacidade para firmar termo de ajustamento, no rol da Lei n.º 7.347 de 24.07.1985 (“Lei da Ação Civil Pública”). Com efeito, a legislação refere-se apenas aos “órgãos públicos legitimados” e, quando se trata especificamente de matéria de consumo, às “entidades e órgãos da Administração Pública destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor”, exposto no art. 6.º do Decreto Federal n.º 2.181, de 20.03.1997.

Não obstante, parte da doutrina já defende, de forma fundamentada, a possibilidade de as associações celebrarem o compromisso – e bem assim fundações e sindicatos –, desde que a matéria em questão seja pertinente ao ente.⁶⁸⁰ Esse parece ser o entendimento mais adequado, na medida em que as entidades associativas, mediante autorização expressa, têm legitimidade para representar os seus filiados também na esfera extrajudicial (art. 5.º, XXI, da Constituição Federal). A validade dos compromissos celebrados por entes que não configuram propriamente órgãos públicos pode ser também extraída a partir de uma interpretação sistemática do art. 107 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que prevê a possibilidade de realização de acordo coletivo entre entidades consumeristas e associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica, para regular “relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo”.⁶⁸¹

É preciso reconhecer que os protocolos por convenção individual, firmados exclusivamente pelos titulares do direito material, terão alcance bastante restrito, por dizerem respeito a partes e causas de pedir específicas. Já os protocolos por convenção coletiva, celebrados por legitimados extraordinários, são capazes de dispor de maior

Convenções Processuais. In: _____; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 551-553.

⁶⁸⁰ VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: MILLARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública*. Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 270-271.

⁶⁸¹ Rodolfo de Camargo Mancuso reconhece que o art. 107 do CDC “ameniza a vedação à celebração de compromissos de ajustamento de conduta por parte de entidades que não configuram propriamente órgãos públicos”, como associações civis, fundações privadas e sindicatos, apesar de serem colegitimados à propositura de ação civil pública (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, cit., p. 244).

eficácia subjetiva, principalmente se avençados com um grupo ou classe de litigantes, e não apenas com uma empresa em particular.

5.2.3 *Protocolo institucional*

Os protocolos dito “institucionais” são aqueles originários de convênios entre duas ou mais instituições, como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), os Tribunais de Justiça, o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério Público, a Defensoria Pública, entre outros.⁶⁸²

Viu-se que a criação de protocolos institucionais, para disciplinar atos extraprocessuais, é um fenômeno comum na linha evolutiva dos ordenamentos jurídicos.⁶⁸³ Trata-se de instrumentos normativos produzidos a partir do debate coletivo, por meio dos quais se estabelecem padrões de conduta para os sujeitos processuais, conforme as especificidades dos gêneros de conflitos.

Além de privilegiarem a adequação dos procedimentos ao direito material em discussão, os protocolos institucionais têm a virtude de ilustrar um experimento de democracia participativa,⁶⁸⁴ entendida como a ordenação política na qual os cidadãos se envolvem na resolução dos problemas comuns, por meio de discussão pública.⁶⁸⁵ Essa feição assegura-lhes, além de inequívoca legitimidade, a aptidão de repercutir na cultura do processo,⁶⁸⁶ na medida em que os atores são induzidos a atuar de forma ética e cooperativa a partir das normas que, em alguma medida, eles mesmo criaram.⁶⁸⁷ Propõem, ademais, uma abordagem de caráter pragmático aos problemas judiciais,

⁶⁸² Fredie Didier Jr. entende que o art. 190 do CPC/2015, que institui o negócio processual, autorizaria também a convenção coletiva entre a OAB e os órgãos do Judiciário para, por exemplo, estipular um calendário de implementação do processo eletrônico ou outros instrumentos de administração da Justiça, o que, conforme seu conteúdo normativo, poderia configurar um protocolo institucional. “Também não parece haver impedimento para convenções processuais envolvendo a Ordem dos Advogados do Brasil e órgãos do Poder judiciário para, por exemplo, estipular um calendário de implantação de processo eletrônico ou outros instrumentos de gestão da administração da justiça. Na medida em que interfiram no andamento de um processo, esses negócios serão processuais” (DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 393).

⁶⁸³ CAPONI, Remo. L’attività degli Osservatori sulla Giustizia Civile nel Sistema delle Fonti del Diritto, cit., p. 59-60.

⁶⁸⁴ MINNITI, Luca. L’Esperienza degli Osservatori nel Corso di un Decennio Tumultuoso per La Giustizia. Lavori in Corso per l’Autoriforma della Giustizia Civile. In: VELI, Giovanni Berti (Ed.). *Gli Osservatori sulla Giustizia Civile e i Protocolli d’Udienza*, cit., p. 97.

⁶⁸⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Os efeitos processuais da audiência pública. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 13, p. 1-2, fev.-mar.-abr. 2008.

⁶⁸⁶ MINNITI, Luca. L’Esperienza degli Osservatori nel Corso di un Decennio Tumultuoso per La Giustizia. Lavori in Corso per l’Autoriforma della Giustizia Civile, cit., p. 95.

⁶⁸⁷ Não obstante entendamos ser necessária a imposição de sanções, como adiante se discorre.

baseada nas ideias de que o processo é um foro de diálogo e colaboração,⁶⁸⁸ e de que a justiça se realiza também antes e fora dele.⁶⁸⁹

Os protocolos institucionais franceses e italianos são similares entre si, distinguindo-se dos protocolos ingleses porque dedicam-se mais à fase processual, cuidam de orientar também o comportamento do juiz e são estipulados pelo presidente do tribunal de um lado e pela Ordem dos Advogados de outro.

Os protocolos ingleses, por sua vez, são destinados a pautar especificamente a conduta das partes na etapa pré-processual e contam, na sua elaboração, com a participação plural de entes representativos de cada envolvido no litígio. Uma diferença relevante, porém, frustra a possibilidade de adoção do eficiente sistema inglês de protocolos institucionais no ordenamento pátrio: o fato de que tais espécies de normas não legais, no Brasil, não teriam o condão de vincular e obrigar as partes, como se dá na Inglaterra.

De todo modo, mesmo sem o caráter impositivo aos interessados, tem-se notícia de práticas pré-processuais institucionais bem-sucedidas em território nacional.

Por exemplo, em 2009, o Juizado Especial Cível da Comarca de Bauru (São Paulo) fez uma parceria com o Procon, possibilitando que uma reclamação administrativa iniciada no órgão de proteção e defesa do consumidor fosse distribuída na Vara do JEC sem a necessidade de qualquer providência do jurisdicionado, para homologação do acordo realizado na via extrajudicial ou para direto prosseguimento da ação judicial.⁶⁹⁰ O inédito projeto teve o mérito de articular, de forma coesa e eficiente, o procedimento prévio ao processual.

⁶⁸⁸ GILARDI, Gianfranco. Dialogo Procesuale e Buone Relazioni tra Giudici e Avvocati. In: VELI, Giovanni Berti (Ed.). *Gli Osservatori sulla Giustizia Civile e i Protocolli d'Udienza*, cit., p. 72.

⁶⁸⁹ VELI, Giovanni Berti (Ed.). *Gli Osservatori sulla Giustizia Civile e i Protocolli d'Udienza*, cit., introdução, p. 43.

⁶⁹⁰ O projeto, idealizado pelo Juiz José Cláudio Domingues Moreira, funciona da seguinte forma: o consumidor comparece ao Procon e faz uma reclamação fundamentada. Havendo acordo em audiência e o não cumprimento desse acordo, a reclamação será encaminhada à Vara do Juizado Especial Cível de Bauru para a homologação e conseqüente execução, sendo desnecessária qualquer providência do consumidor/jurisdicionado, nem mesmo levar qualquer documento àquele Juizado.

Caso a empresa não compareça ou não celebre acordo no Procon, imediatamente será designada uma audiência UNA no Juizado Especial da Comarca de Bauru. Salienta-se que a pauta de audiência do magistrado permanece no Procon. Com isso, a empresa e o consumidor já saem notificados da data da audiência UNA lá mesmo no Procon. No ofício judicial, a reclamação originada no Procon é distribuída, gerando um processo judicial no Juizado.

A prática foi tão bem-sucedida na cidade de Bauru que foi objeto de Provimento publicado no Diário da Justiça Eletrônico, de 17.09.2009, para ser utilizada nas demais Comarcas do Estado de São Paulo pelo Tribunal de Justiça, tendo em vista a celeridade proporcionada, a economia processual e a diminuição de

Em litígios de saúde, dois recentes experimentos no Rio de Janeiro (RJ) e em Natal (RN) envolveram a criação de câmaras de resolução de conflitos para endereçar as pretensões dos assistidos, sem a necessidade de ingresso em juízo. No Rio de Janeiro, a “Câmara de Resolução de Litígios de Saúde” foi formada em 2012 por meio de um Convênio de Cooperação que reúne Procuradores do Estado, Procuradores do Município, Defensores Públicos do Estado e da União e representantes da Secretaria de Estado de Saúde e da Secretaria Municipal de Saúde.⁶⁹¹ Em Natal, o “Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (Cirads)” foi concebido em 2015 mediante a celebração de um Acordo de Cooperação Técnica entre a Procuradoria da União no Estado do Rio Grande do Norte, a Defensoria Pública da União, a Procuradoria-Geral do Estado, a Procuradoria-Geral do Município de Natal, a Secretaria de Estado da Saúde Pública e a Secretaria Municipal de Saúde de Natal, com apoio do Ministério da Saúde.⁶⁹²

No Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça oferece aos consumidores um sistema de pré-conciliação, de que fazem parte as grandes empresas mais demandadas do Estado, por meio do qual o consumidor envia um *e-mail* à empresa para iniciar um procedimento prévio de negociação, direta ou assistida.⁶⁹³ Em iniciativa que não chegou a ser concretizada, o Nupemec do TJRJ planejou uma plataforma de mediação e conciliação *on-line* para litígios de consumo, na qual os interessados poderiam

custos para a Justiça, que pode utilizar esses recursos com outras despesas necessárias da respectiva Comarca.

No ano seguinte, o projeto (intitulado “Juizados Especiais e Fundação Procon: a concretização do princípio constitucional do prazo razoável do processo e a efetividade”) foi vencedor da sétima edição do Prêmio Innovare, em 2010, apresentada pelo Juiz José Cláudio Domingues Moreira. Disponível em: <<http://premioinnovare.com.br>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

⁶⁹¹ Os núcleos de primeiro atendimento em matéria de saúde, das Defensorias do Estado e da União, firmaram-se nesse novo espaço, em que todos os atores estão reunidos, potencializando o intercâmbio de informações e tornando mais eficiente o atendimento dos pacientes que tiveram suas demandas desatendidas nas esferas ordinárias do Sistema Único de Saúde. “Os pacientes/assistidos passaram a contar com uma nova via para solução dos conflitos, em que estão presentes profissionais de saúde das Secretarias estadual e municipal, procuradores e mediadores do Tribunal de Justiça, todos engajados na solução extrajudicial e célere de conflitos de saúde pública”. Desde o início da CRLS já foram atendidas mais de 4.000 mil pessoas, com a resolução administrativa de 39,52% das demandas. A Prática “Câmara de Resolução de Litígios de Saúde – CRLS”, inscrita por Ciro Grynberg, mereceu menção honrosa na categoria Advocacia, em 2014. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

⁶⁹² A prática, inscrita pelo advogado Thiago Pereira Pinheiro, de Natal – RN, obteve a menção honrosa do Prêmio Innovare de 2010, categoria Advocacia. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

⁶⁹³ Não há necessidade de advogados, dispensa petições e a solução não virará um processo judicial, com as custas processuais sendo inexistentes e tornando a solução mais barata. O acordo, uma vez formalizado, tem força de título executivo extrajudicial. Informações disponíveis em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

cadastrar-se, fazer uma reclamação contra a empresa e juntar, inclusive, provas, com intimação da empresa para respondê-la, a fim entabular uma negociação direta, ou submeter-se à conciliação ou mediação em ambiente virtual interativo, por *chat* ou por videoconferência.

Por seu turno, o Programa de Indenização para os familiares das vítimas da queda do Voo 447 da Air France consistiu em um sistema de resolução prévia de disputas, customizado para um evento específico. Determinadas situações, como os acidentes que envolvem um grande número de vítimas, possuem o potencial de gerar diversos casos extremamente semelhantes, ainda que consideradas as particularidades de cada um. Assim, a possibilidade de se desenhar, diante da situação concreta, um modelo customizado para cuidar desses conflitos – acolhendo as necessidades das partes, reduzindo os seus custos e garantindo-lhes autonomia – deu origem à concepção do Desenho de Sistemas de Resolução de Disputas (“Dispute System Design” ou “DSD”), que objetiva a solução sistemática de litígios de forte similitude, em vez de se tentar resolver cada um separadamente.⁶⁹⁴ No caso em questão, o DSD foi idealizado pelo Ministério da Justiça e contou com a participação dos familiares das vítimas, da companhia aérea, da seguradora, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e do Procon do Estado do Rio de Janeiro.⁶⁹⁵

Como se vê, há interessantes exemplos de parcerias que, ao regulamentarem procedimentos prévios extrajudiciais para determinados tipos de litígios, de forma pontual ou permanente, têm a qualidade de verdadeiros protocolos pré-processuais.

Diga-se que o Conselho Nacional de Justiça pode exsurgir, nesse panorama, como um fomentador de protocolos institucionais de âmbito nacional. Como sabido, o CNJ é órgão vinculado ao Poder Judiciário com poderes administrativos,⁶⁹⁶ cuja

⁶⁹⁴ RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. Technology and the Future of Dispute Systems Design. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 17, p. 151. Disponível em: <<http://www.hnlr.org/wp-content/uploads/2012/09/151-200.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

⁶⁹⁵ Inspirado no September 11th Compensation Found in 2001 (EUA) na Câmara de Indenização do Voo TAM 3054, o PI 447 correspondeu a uma opção não vinculante e não excludente de outras vias, para mensuração de reparação de danos, tanto morais quanto materiais, aos familiares das vítimas brasileiras e estrangeiras residentes no Brasil. O cálculo das indenizações seguiu parâmetros objetivos, extraídos da jurisprudência dos Tribunais Superiores. O Programa durou de 2009 a 2011, tendo promovido a indenização de cerca de 80 beneficiários de 19 vítimas do acidente (o que equivale a precisos 1/3 das vítimas brasileiras ou estrangeiras residentes no Brasil), em uma média de 3 a 4 meses contados do ingresso no Programa. O índice de acordos realizados no âmbito do PI foi de 98,8% (ARAÚJO, Nádia de; FURST, Olívia. Um exemplo brasileiro do uso da mediação em eventos de grande impacto: o Programa de Indenização do Voo 447. Disponível em: <www.nadiadearaujo.com>. Acesso em: 30 jan. 2016).

⁶⁹⁶ No julgamento da ADI n.º 3.367/2005, o Supremo Tribunal Federal reputou constitucionais as normas que instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, destacando a sua natureza meramente

competência está prevista no art. 103-B, § 4.º, da Constituição Federal,⁶⁹⁷ e é complementada pelas Resoluções e Metas Nacionais de Nivelamento, as primeiras editadas pelo próprio órgão e as últimas definidas em encontros anuais com os Tribunais de Justiça. Alinhado com tais metas, o CPC/2015 conferiu ao CNJ múltiplas e diversas funções, atribuindo-lhe um papel de destaque no aperfeiçoamento do sistema judiciário brasileiro.⁶⁹⁸

Duas resoluções do CNJ, em especial, parecem mais afetas à questão dos protocolos. A Resolução n.º 138, de 21.07.2011, criou o “Fórum Nacional das Ações Coletivas”, destinado não apenas ao monitoramento das demandas de massa, como também, de modo mais genérico, à resolução das “questões relativas aos direitos e interesses coletivos, que ponham em risco a funcionalidade do Sistema de Justiça ou exijam ações concretas para assegurar estabilidade jurídica e efetividade dos direitos”.⁶⁹⁹ Para alcançar seus objetivos, competem ao fórum o estudo e a proposição de medidas para solução e prevenção de conflitos,⁷⁰⁰ podendo firmar parcerias, termos de acordo de cooperação técnica ou convênios com órgãos e entidades públicas e privadas.⁷⁰¹ As medidas para prevenção de conflitos de massa decerto podem abarcar protocolos institucionais, com a vantagem de o fórum destinado à sua elaboração contar com a necessária participação de outros segmentos do poder público, da sociedade civil, da universidade e de comunidades interessadas, para contribuir com o debate.⁷⁰²

administrativa, como “órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura” (STF, ADI n.º 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 22.09.2006).

⁶⁹⁷ Para consecução de seus escopos, o CNJ pode celebrar convênios e contratos, além de dispor de um Departamento de Pesquisas Judiciárias, cujos objetivos, entre outros, são os de realizar análise e diagnóstico dos problemas estruturais e conjunturais dos diversos segmentos do Poder Judiciário e fornecer subsídios técnicos para a formulação de políticas judiciárias (Regimento Interno, arts. 6.º, XXXI e XXXIV, e 37).

⁶⁹⁸ Entre as funções atribuídas ao CNJ pelo CPC/2015, encontram-se, por exemplo, as de (i) definir tabela com valor dos honorários periciais para caso de alocação de recursos do Estado (União, Estado, se o particular for beneficiário da gratuidade de justiça (art. 95, § 3.º, II); (ii) definir composição e organização dos Cejuscs, currículo para capacitação dos mediadores/conciliadores com Ministério da Justiça e tabela de honorários (art. 165, § 1.º); (iii) regulamentar prática e comunicação oficial por meio eletrônico e velar pela compatibilidade dos sistemas (art. 196); (iv) dispor de plataforma para publicação de editais (arts. 257, II, e 745); (v) desenvolver e disponibilizar programas de atualização financeira para liquidação de quantia (art. 509, § 3.º); (vi) estabelecer normas de segurança para penhora de dinheiro e averbações de penhoras (art. 837); (vii) regulamentar alienação judicial por meio eletrônico (art. 882, § 1.º); (viii) promover registro dos IRDRs (art. 979); (ix) realizar pesquisas estatísticas para avaliar efetividade das normas processuais (art. 1.069).

⁶⁹⁹ Art. 1.º da Resolução n.º 138/2011 do CNJ.

⁷⁰⁰ Art. 2.º, II, da Resolução n.º 138/2011 do CNJ.

⁷⁰¹ Art. 6.º, da Resolução n.º 138/2011 do CNJ.

⁷⁰² Arts. 4.º, IV, e 5.º da Resolução n.º 138/2011 do CNJ.

Por sua vez, lembre-se que a citada Resolução n.º 125, de 29.11.2010, do CNJ, responsável pela criação dos Centros Judiciários de Solução Consensual dos Conflitos, incumbiu o CNJ de organizar programas com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição e de auxiliar os tribunais na promoção desses serviços, também na esfera pré-processual.⁷⁰³ O art. 6.º, VII, atribui ao CNJ, ainda, a função de realizar gestão com as empresas, públicas e privadas, bem como com as agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e de realizar convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins da Resolução. Descortinam-se, assim, fecundas possibilidades para a elaboração de protocolos pré-processuais.

5.2.4 Protocolo legal

No capítulo anterior, demonstraram-se a legitimidade e a conveniência da concepção de uma fase antecedente ao processo no novo modelo processual brasileiro, que se conforma a uma concepção mais ampla de acesso à justiça e à adequada interpretação do interesse de agir.

Postas essas premissas, a melhor maneira de se estruturar essa fase, visando a atender aos seus escopos e a otimizar os seus resultados, parece ser a criação de um procedimento sistematizado e pragmático, prévio ao ajuizamento de qualquer ação judicial, tal como ocorre na Inglaterra. Por procedimento entende-se a atribuição de posições ativas e passivas aos litigantes, a serem exercidas com algum dinamismo na prática, tais como os deveres de informar o oponente previamente sobre as suas pretensões e de tentar a resolução consensual do litígio, além de possibilitar às partes a produção de provas na via extrajudicial.

É recomendável que as normas de conduta prévia disponham de caráter obrigatório, o que significa que o litigante que propuser uma ação judicial sem observá-las há de ficar sujeito aos efeitos negativos de sua falta. Não é decerto suficiente, afinal, instituir uma fase prévia meramente facultativa para a devida transformação do quadro exibido no primeiro capítulo, de uma sociedade marcada pelo excessivo demandismo. Essa é uma profunda mudança cultural a ser promovida, para a qual não bastam mecanismos de incentivo, sendo também necessário prever instrumentos eficazes de

⁷⁰³ Art. 4.º da Resolução n.º 125/2010 do CNJ.

sanção pelo descumprimento, capazes de persuadir as partes a atenderem as prescrições dos protocolos, como se mostrou no quarto capítulo.

À exceção do ordenamento inglês, nos demais países estudados existem apenas mecanismos estanques dedicados ao accertamento dos fatos e à produção de prova desvinculada do requisito da urgência, e, em alguns casos, exige-se que as partes busquem a resolução consensual do conflito antes do ajuizamento de ação. Contudo, não se identifica uma verdadeira fase pré-processual, caracterizada pela sequência ordenada de situações ativas e passivas às partes.

A ideia de construção de uma fase pré-processual nesses moldes esbarra, porém, em um fator complicador: a necessária edição de lei para regulamentá-la. Não é razoável, de fato, supor que a constituição de um complexo arranjo, integrado por uma multiplicidade de ônus, poderes e deveres, estaria abarcada sob a simples condição do interesse de agir – mesmo desenvolvendo-se prioritariamente em sede privada.

As vantagens da previsão legal do protocolo são aquelas concernentes, de modo geral, a qualquer norma jurídica, quais sejam a sua eficácia *erga omnes* e a sua imperatividade, que lhe outorgam maior alcance e eficiência, em relação aos demais veículos de normatização dos protocolos.

Todavia, é inegável que a generalidade e a abstração da lei atrapalham a adesão do procedimento extrajudicial à realidade e às necessidades do direito material. Nesse particular, a experiência inglesa demonstrou a ineficácia da adoção de um protótipo genérico, conquanto não estejam os litigantes dispensados, na falta de um protocolo específico, de cumprir com algumas obrigações essenciais.

Para abrandar as inconveniências envolvidas na elaboração de uma lei nacional, poder-se-ia cogitar da previsão da fase pré-processual por meio de leis estaduais.

Sabe-se que, segundo os arts. 22, I, e 24, XI, da Constituição Federal, compete à União legislar privativamente sobre direito processual; e compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual.⁷⁰⁴ No exercício de sua competência suplementar, o Estado deve observar as normas gerais estabelecidas pela União, mas, na ausência de lei federal sobre a matéria,

⁷⁰⁴ De acordo com o art. 72, “o Estado exerce todas as competências que não lhe sejam vedadas pela Constituição da República”, competindo-lhe legislar, concorrentemente com a União, sobre procedimentos em matéria processual (art. 74, XI, da Constituição Federal).

o Estado desempenhará a competência legislativa plena, para atender às suas peculiaridades.⁷⁰⁵

Na distinção entre normas processuais e procedimentais, o Supremo Tribunal Federal tem uma interpretação bastante restritiva quanto ao âmbito de atuação legislativa dos Estados. A Corte Suprema considerou matéria processual, julgando inconstitucionais as normas estaduais que os disciplinavam, por exemplo, a exigência de depósito recursal prévio (STF, ADI 4161, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ* 25.02.2015); a criação de recurso (STF, AI 253.518-AgR, Rel. Celso de Mello, *DJ* 17.12.2004); e a previsão do interrogatório de réu por videoconferência (STF, HC 90.900, Rel. Min. Menezes Direito, *DJ* 23.10.2009). Na ADI 1807/MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* 09.02.2015, afirmou-se serem “aspectos típicos do processo”, entre outros, a competência, os prazos, os recursos e as provas.

O entendimento da Suprema Corte é gravoso porque acaba, na prática, por impedir a atuação legislativa dos Estados em matéria de procedimentos, que teria o benefício de adaptá-los às necessidades locais.

Há, sem dúvida, uma ligação ontológica entre processo e procedimento, que dificulta a segmentação peremptória entre um e outro. De fato, não existe nenhuma disposição que seja capaz de reger atos sem definir, ainda que indiretamente, as situações dos sujeitos processuais.⁷⁰⁶ No esforço de distingui-los, Cândido Rangel Dinamarco afirma serem procedimentais as normas que indicam quais atos devem ser realizados, como, onde, quando e em que ordem.⁷⁰⁷ Em perspectiva análoga, Sergio Bermudes defende que os Estados podem legislar sobre matérias a respeito do modo de desenvolvimento da relação jurídica processual.⁷⁰⁸

⁷⁰⁵ Conforme art. 74, §§ 1.º e 2.º, da Constituição Federal, com a ressalva de que “a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrária” (art. 74, § 3.º).

⁷⁰⁶ Como explica Cândido Rangel Dinamarco, “as disposições legais endereçadas diretamente à disciplina de procedimentos, atos, fases, prazos etc., são também portadoras da oferta ou imposição de situações ativas e passivas aos sujeitos do processo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. II, p. 32).

⁷⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 444. Partindo da premissa de que o processo é método de atuação do Estado democrático, conclui Guilherme Lunelli, de forma semelhante, que “o procedimento são os elementos que dão vida e movimento ao processo, definindo os atos e fatos processuais, sua estrutura, ordem, interligação, tempo e lugar” (LUNELLI, Guilherme. Normas processuais e normas procedimentais: uma proposta de diferenciação para fins de competência legislativa. *Revista de Processo*, v. 224, p. 400, out. 2013).

⁷⁰⁸ De acordo com Sergio Bermudes, o procedimento diz respeito “ao modo de postular, como a estrutura da petição inicial e da contestação, a oportunidade das manifestações posteriores, a suscitação de incidentes, tal, por exemplo, a ação declaratória incidental na sua forma e arguição de suspeição ou incompetência relativa, à distribuição, ao modo de citar-se, aos meios de se praticarem atos em outras

Considerando-se o caráter precipuamente procedimental das normas da fase pré-processual, seria admissível, *a priori*, a sua regulamentação por meio de lei estadual, não fosse o óbice da interpretação restritiva consagrada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Partindo-se do pressuposto da inevitabilidade da lei, uma alternativa viável seria que o legislador reservasse para si a competência para o regramento básico, transferindo a competência para a regulamentação técnica, mediante parâmetros previamente enunciados na legislação.⁷⁰⁹ É forçoso reconhecer que a previsão do negócio jurídico processual abrandou a legalidade estrita na definição dos procedimentos.

A lei pode prever, nesse sentido, somente um dever geral de intercâmbio de informações, de disponibilização dos documentos em que se fundamentam a demanda e a defesa, e de tentativa de resolução extrajudicial do conflito, por algum meio autocompositivo, como uma estrutura mínima de normas pré-processuais. De forma complementar, os protocolos institucionais, celebrados por entidades representativas de categorias ou grupos, poderiam regulamentar o procedimento prévio em casos específicos, estabelecendo, por exemplo, prazos, informações e documentos a serem exigidos. Essas convenções poderiam ser estimuladas pelos tribunais e pelo CNJ, com a colaboração da Ordem dos Advogados, Ministério Público e Defensoria Pública,

comarcas, ao lugar dos atos processuais e ao respectivo tempo, inclusive prazos; à maneira de se efetivar o direito de recurso [...], o modo de se colherem as provas que a lei processual admite”. Não podem os Estados legislar, porém, sobre condições da ação, pressupostos processuais, intervenção de terceiros, provas, recursos e coisa julgada, cujos elementos, atinentes às pessoas que reclamam a jurisdição, à prestação jurisdicional, à sua eficácia, são instituições do processo e não do procedimento (BERMUDES, Sergio. Competência legislativa concorrente sobre procedimentos em matéria processual. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 21, p. 48, 1994).

Em perspectiva análoga, Fernando da Fonseca Gajardoni defende a possibilidade de os Estados legislarem, por exemplo, sobre local e horário para prática de atos processuais, serviços de protocolo e recepção de iniciais, procedimentos especiais novos para tutelar de maneira mais adequada situações comuns no Estado; forma de cumprimento de mandados pelos oficiais; novas modalidades de citação e intimação, comunicação dos atos processuais, ampliação de prazos conforme peculiaridades locais, inserção em procedimentos de atos processuais não previstos como audiência de conciliação no início do processo, colheita de depoimento por via telefônica, criação de nova modalidade de liquidação de sentença (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental*. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2007. p. 60-62).

⁷⁰⁹ Trata-se do fenômeno da “deslegalização” a que alude José dos Santos Carvalho Filho: “[...] em virtude da crescente complexidade das atividades técnicas da Administração, passou a aceitar-se nos sistemas normativos, originariamente na França, o fenômeno da deslegalização, pelo qual a competência para regular certas matérias se transfere da lei (ou ato análogo) para outras fontes normativas por autorização do próprio legislador: a normatização sai do domínio da lei (*domaine de la loi*) para o domínio de ato regulamentar (*domaine de l'ordonnance*). Vale, contudo, a ressalva de que, a se considerar que as normas protocolares teriam natureza processual, elas apenas poderiam ser veiculadas por lei, pois o art. 24 da Constituição Federal cuida de competência legislativa, sabidamente indelegável na inexistência de disposição específica.

Advocacia Pública e órgãos da administração em geral. A concepção desses protocolos típicos deveria envolver todos os interessados, à semelhança do que se dá nas audiências públicas, em que “comunidades, associações, universidades, órgãos públicos técnicos, empresários, comerciantes, investigados e potenciais infratores expõem suas ideias e procuram condicionar a decisão administrativa dentro das possibilidades existentes”.⁷¹⁰

5.3 Aspectos relevantes nos protocolos

5.3.1 Princípios aplicáveis à fase prévia

Visto que a natureza da fase prévia não se confunde com a de processo em sentido estrito, não lhe é aplicável a fórmula do processo justo,⁷¹¹ sintetizadora de todas as garantias processuais.⁷¹² Ainda assim, hão de lhe ser aplicáveis alguns princípios, por força da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, segundo a qual a aplicação dos princípios da Constituição Federal deve se estender também ao plano das relações privadas.⁷¹³

⁷¹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. Os efeitos processuais da audiência pública, cit., p. 4.

⁷¹¹ “O justo processo é uma fórmula típica do processo jurisdicional, não se confunde com o justo procedimento que se refere ao processo administrativo e não está coberto por proteção constitucional direta. 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 processuais” (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).

⁷¹² Leonardo Greco aponta, entre esses princípios indisponíveis, impostos de modo absoluto, “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 Constituição pela Emenda Constitucional n.º 45/2004; e uma cognição adequada pelo juiz, pois, esse é um dos objetivos essenciais de toda a atividade processual” (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 Alvaro de Oliveira*. Rio de Janeiro: Atlas, 2012).

⁷¹³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 290-294.

Fredie Didier assevera que o devido processo legal é extensível aos procedimentos em geral, a partir de uma concepção ampla de processo, compreendido como “qualquer modo de produção de normas jurídicas”.⁷¹⁴ Esse é também o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que reconhece pacificamente, por exemplo, a incidência dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa à exclusão de sócio, associado ou condômino de entidade privada.⁷¹⁵

Por isso mesmo, deve haver, na fase pré-processual, uma ritualidade mínima, cujas situações subjetivas atribuídas às partes sejam dispostas de forma isonômica, com alguma flexibilidade e sem formalismos inúteis.⁷¹⁶ O procedimento deve ser realizado em contraditório e ser cercado das garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões e produzir provas, destinadas ao seu próprio convencimento e apenas eventualmente ao do juiz.

É verdade que a noção contemporânea de contraditório não mais se prende simplesmente à ideia de embate dialético entre as partes, na medida em que, com o advento do estado social e a intensificação da atuação do juiz,⁷¹⁷ passou a abranger também a oportunidade de influenciar o julgador.⁷¹⁸ De todo modo, ainda que

⁷¹⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e o processo de conhecimento*, cit., p. 30.

⁷¹⁵ “A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais” (STF, 2.^a Turma, RE 201.819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJe* 27.10.2006. V., ainda, STF, 2.^a Turma, RE 158.215-4/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 07.06.1996; STJ, 4.^a Turma, REsp 1.365.279/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 29.09.2015).

⁷¹⁶ Leonardo Greco explica que o procedimento legal “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 defrontam” (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Quaestio Iuris*, v. 4, n. 1, p. 742, 2011).

⁷¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instauração do processo. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 37, jan. 1985.

⁷¹⁸ “Osserviamo che la comprensione del contraddittorio come diritto di influenza esprime la democrazia deliberativa nel processo: la società può influenzare gli atti decisorii statali con la discussione argomentativa, ed il contraddittorio è il principio processuale che mette in pratica questo procedimento dialogico, aprendo il palco giurisdizionale al dibattito partecipativo e pluralista” (CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del Contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, seconda serie, anno LX, n. 2, apr.-giu. 2005). Carlos Alberto Alvaro de Oliveira também destaca na acepção de contraditório a “participação imprescindível dos interessados no *iter* de formação do procedimento destinado a interferir em sua esfera jurídica” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. Disponível em: <www.alvarodeoliveira.com.br>. Acesso em: 30 jan. 2016, p. 1).

desprovida a fase pré-processual da figura do magistrado, a sua dinâmica deverá ser necessariamente orientada pelo contraditório.

Para assegurar a efetividade do contraditório, mediante a legítima participação e reação das partes envolvidas, o procedimento prévio estará sujeito à publicidade interna, que se dirige aos litigantes e aos seus procuradores,⁷¹⁹ mas não à publicidade externa, voltada àqueles que não integram a relação e informadora dos atos estritamente processuais.⁷²⁰ A não incidência da publicidade externa não quer dizer, por óbvio, que vigeria o princípio da confidencialidade, dado que as partes poderão utilizar-se oportunamente, em eventual processo judicial, dos documentos produzidos na fase pré-processual em juízo, sem necessidade de autorização do oponente.

Do princípio do contraditório decorre o princípio da cooperação,⁷²¹ que não significa tornar a fase prévia “um alegre passeio de jardim que as partes percorrem de mãos dadas”,⁷²² mas sim, tal como se exige após o ajuizamento da ação, impor aos litigantes atuação ética e correta, “sem o emprego de meios fraudulentos, maliciosos e ardis”.⁷²³

A cooperação também é consectário lógico da boa-fé objetiva,⁷²⁴ cujo princípio, ao permear todo o sistema jurídico,⁷²⁵ não poderia deixar de impor, também na fase pré-

⁷¹⁹ ABDON, Helena Najjar. A garantia da publicidade do processo e a divulgação de atos processuais pela mídia: limites e precauções atinentes ao processo civil. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. *Anais de Salvador*, jun. 2008. Disponível em: <www.conpedi.org.br>, p. 2897-2914.

⁷²⁰ Na seara processual, a publicidade volta-se a garantir a imparcialidade do juiz e o controle das decisões judiciais. Sobre o tema, v. COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo”, cit., p. 114.

⁷²¹ Essa relação é reconhecida, por exemplo, por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em: 30 jan. 2016); Guilherme Luis Quaresma Batista Santos (Algumas notas sobre o contraditório no processo civil. *Revista de Processo*, v. 194, p. 69-98, p. 72, abr. 2011); Antonio do Passo Cabral (O contraditório como dever a boa fé processual objetiva. *Revista de Processo*, v. 126, p. 59-81, p. 64, ago. 2005). Há, porém, quem negue à cooperação o *status* principiológico, como Lenio Luiz Streck (Um debate com [e sobre] o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio?. *Revista de Processo*, v. 213, p. 14, nov. 2012).

⁷²² MENDONÇA, Luís Correia. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português. *Processo civil e ideologia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 432.

⁷²³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. XII, p. 305, jul.-dez. 2013. Nas clássicas lições de Habermas, a cooperação implica a adoção de um “procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 283).

⁷²⁴ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 83.

⁷²⁵ “Mais do que um instituto privado, a boa fé exprime um vetor geral de todo o sistema jurídico” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 395); “A boa-fé objetiva, aplicada como princípio jurídico norteador de todas as relações

processual, a observância de padrões de conduta social.⁷²⁶ Além de funcionar como cânone interpretativo, a boa-fé dá ensejo à criação de deveres acessórios à prestação principal e restringe o exercício de determinados direitos.⁷²⁷

5.3.2 Gestão do procedimento

Há a possibilidade de que a fase prévia desenvolva-se perante algum órgão, incumbido de conduzi-la, como os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (Cejuscs), as autarquias estaduais de proteção e defesa do consumidor (Procon) ou as agências reguladoras.

As agências reguladoras são autarquias em regime especial, cuja autonomia é ampliada para viabilizar o cumprimento adequado de suas finalidades e garantir a sua imparcialidade. Podem constituir, assim, um espaço fértil para a resolução de conflitos, na medida em que a sua intervenção regulatória não tem o mesmo caráter autoritário que caracteriza a atividade estatal e seus objetivos identificam-se mais com os interesses da sociedade do que com os do Estado.⁷²⁸

obrigacionais, dominando e tutelando todo o ordenamento, ‘desempenha um papel fundamental, porque é o caminho pelo qual se permite a construção de uma noção substancialista do direito, atuando como um modelo hábil à elaboração de um sistema aberto, que evolui e se perfaz dia a dia pela incorporação dos variados casos apresentados pela prática social, um sistema no qual os chamados ‘operadores’ do direito passam a ser vistos como seus verdadeiros autores, e não meramente como seus aplicadores, recipiendários ou destinatários’ (NOVAIS, Alinne Arquette Leite. O princípio da boa-fé e a execução contratual. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. Rio de Janeiro: RT, 2011. v. III, p. 562); “A par da imposição de limites à liberdade contratual, a boa-fé surgiu também como fonte de direitos e deveres secundários, regedores da conduta das partes antes, durante e depois da vigência do contrato. [...] Nesta ordem de ideias, tem-se a boa-fé objetiva como a regra de conduta que se funda no dever de comportar-se como um bom pai de família, como um homem probo, leal, que respeita os interesses dos demais membros da sociedade” (THEODORO DE MELLO, Adriana Mandim. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). *Doutrinas essenciais: Direito civil – Parte geral*. São Paulo: RT, 2011. v. II, p. 510-511).

⁷²⁶ CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever a boa-fé processual objetiva, cit., p. 77.

⁷²⁷ É essa a “tríplice função” da boa-fé, conforme SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 159.

⁷²⁸ “[...] a intervenção regulatória é muito mais pautada pelo caráter de mediação do que pela imposição de objetivos e comportamentos ditada pela autoridade do Estado, de modo que este exerce sua autoridade não de forma impositiva, mas arbitrando interesses e tutelando hipossuficiências; [...] contrariamente ao que ocorre na intervenção estatal direta, os objetivos se deslocam dos interesses do Estado-nação e passam a se identificar mais com os interesses da sociedade (tanto os interesses dos cidadãos – consumidores efetivos ou potenciais de bens econômicos – quanto os interesses subjacentes às relações econômicas); difere nos instrumentos porque a regulação vai demandar a construção de mecanismos de intervenção estatal que permitam efetivar essa nova forma de relacionamento com os agentes econômicos. Os espaços de exercício da regulação deverão ser aptos ao exercício da mediação e da interlocução com os agentes econômicos envolvidos no setor regulado” (MARQUES NETO, Floriano de

As leis que instituem as agências reguladoras contemplam várias formas de participação do cidadão, como a previsão de ouvidores junto a diversos órgãos públicos, realização de audiências públicas, consultas públicas, coletas de opinião, formação de Conselhos, entre outras.⁷²⁹ Apesar de não ter caráter vinculante, servindo apenas como opinião e sugestão, a participação social proporciona a manifestação institucional de interesses de diversos grupos e pode exercer legítima influência no processo deliberativo.

Além de serem competentes para dirimirem litígios com a Administração Pública, as agências destinam-se também, em geral, a solucionar disputas entre os particulares, acerca da matéria de sua alçada.⁷³⁰ Em diversos setores, a legislação prevê procedimentos extrajudiciais de resolução de conflitos.⁷³¹ É possível, ainda, por expressa previsão legal,⁷³² a delegação das funções das agências reguladoras nacionais a agências estaduais, por meio de convênio de cooperação que especifique as atividades repassadas, as metas a serem atingidas e os recursos para tais fins.⁷³³

Azevedo. Agências reguladoras – Instrumentos de fortalecimento do Estado. Disponível em: <<http://www.abar.org.br>>. Acesso em: 30 jan. 2016).

⁷²⁹ Por exemplo, a Lei n.º 9.427, de 16.07.1997, prevê a exigência de consulta pública prévia às minutas dos atos normativos a serem expedidos pela Anatel (art. 42).

⁷³⁰ A Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), por exemplo, tem a função de “dirimir no âmbito administrativo as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores” (art. 3.º, V, da Lei n.º 9.427, de 26.12.1996).

⁷³¹ O Regimento Interno da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), aprovado pela Resolução n.º 612, de 29.04.2013, prevê a mediação e a arbitragem para solucionar conflitos entre prestadoras de serviços de telecomunicações; e a reclamação administrativa, a ser decidida pela Anatel, que pode ser movida por aquele que tiver seu direito violado, nos casos relativos a legislação de telecomunicações, inclusive consumidor. Há ainda outros procedimentos de resolução de conflitos, previstos em atos normativos diversos, tais como: (i) a resolução de conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo – previsto na Resolução Conjunta n.º 2, de 27.03.2001 (Aneel, Anatel e ANP); (ii) o Procedimento de Arbitragem em Interconexão, previsto no Regulamento Geral de Interconexão (RGI), aprovado pela Resolução n.º 410, de 11.07.2005; (iii) o Procedimento de Resolução de Conflitos quanto à Oferta de EILD, previsto no Regulamento de Exploração Industrial de Linhas Dedicadas (EILD), aprovado pela Resolução n.º 590, de 15.05.2012; e (iv) o Procedimento de Composição de Conflitos do PGMC, previsto no Plano Geral de Metas de Competição, aprovado pela Resolução n.º 600, de 08.11.2012.

⁷³² Por exemplo, art. 20 da Lei n.º 9.427, de 26.12.1996.

⁷³³ Por exemplo, a Arce é a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará, que atua na regulação dos setores de distribuição de energia elétrica, saneamento básico no interior do Estado, gás canalizado e transporte intermunicipal de passageiros. A partir de 2004, realiza audiências de mediação entre usuários do serviço público de distribuição de energia elétrica e a concessionária encarregada do serviço, integrante de fase preliminar do procedimento de resolução do conflito (RABELO, Cilana de Moraes Soares. *Meios democráticos de solução de conflitos no âmbito das Agências Reguladoras – Arce*: um estudo de caso. 2008. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Fortaleza). No Rio de Janeiro, a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado (Agenera), criada pela Lei Estadual n.º 4.556, de 06.06.2005, e regulamentada pelo Decreto Estadual n.º 38.618, de 08.12.2005, dispõe de um procedimento de conciliação (Resolução n.º 005, de 27.09.2011) realizado na sede da agência.

A outorga da gestão do procedimento a entes neutros decerto impele as partes ao cumprimento das normas prévias, bem como contribui para assegurar a isonomia entre elas. Não obstante, tendo em vista a necessidade de desoneração da estrutura estatal, de um lado, e a importância da participação e do empoderamento das partes para os fins de assimilação da mudança cultural, de outro, mostra-se claramente preferível que o procedimento prévio prescindia de órgãos para geri-lo, sendo capaz de transcorrer em sede eminentemente privada, sem intermediação e sob controle exclusivo das próprias partes (salvo, é claro, os casos em que algum ente público figure como litigante, quando cabível procedimento administrativo). Está-se, aqui, diante do enorme desafio de se romper com o paternalismo, a hierarquização e o acanhamento no exercício da autonomia individual, que conhecidamente caracterizam a sociedade brasileira.

5.3.3 *Participação de advogado*

É fundamental a participação dos advogados na fase pré-processual. Qualificados como “indispensáveis à administração da Justiça” pela Constituição Federal (art. 133), os advogados têm, entre os diversos deveres impostos pelo seu Código de Ética e Disciplina,⁷³⁴ os de “estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios” (art. 2.º, VI); “desaconselhar lides temerárias, a partir de um juízo preliminar de viabilidade jurídica” (art. 2.º, VII); e “informar o cliente, de modo claro e inequívoco, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das consequências que poderão advir da demanda” (art. 9.º).

Não é razoável exigir que as partes tenham conhecimento acerca dos protocolos aplicáveis a cada tipo de litígio, de forma que incumbe aos advogados a função de orientá-las e assessorá-las, evitando que incorram no seu descumprimento. Quando o litigante for financeiramente hipossuficiente, deve ser cabível a sua assistência pela Defensoria Pública.⁷³⁵ Registre-se que, embora a participação do advogado seja facultativa na mediação realizada fora do âmbito processual por mediador não

⁷³⁴ Resolução n.º 02, de 19.10.2015, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

⁷³⁵ É também essa a opinião de Susana Silveira, em tese na qual se debruçou sobre o estudo dos protocolos ingleses (SILVEIRA, Susana Amaral. *Acordos incentivados: uma contribuição britânica nos caminhos buscados pelo Judiciário brasileiro*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 120. Disponível em: <www.teses.usp.br>. Acesso em: 30 jan. 2016).

cadastrado no tribunal,⁷³⁶ em muitos procedimentos extrajudiciais é comum a obrigatoriedade de representação por causídico.⁷³⁷

5.3.4 *Espécies de providências ou diligências cabíveis*

Como exposto, a intenção de engendrar um procedimento prévio mais estruturado, que seja obrigatoriamente observado pelos litigantes antes do ingresso na via judicial, demanda previsão legal, ao menos a respeito das suas normas básicas.

Por isso, nos itens subsequentes, inicia-se por traçar os parâmetros fundamentais para esse procedimento organizado, cuja mecânica se apoia em três vetores principais: a troca de informações entre as partes, a tentativa de autocomposição e a produção de provas. Cogita-se, ainda, como não poderia deixar de ser, das diligências e providências específicas, passíveis de serem instituídas nas diferentes espécies de protocolo.

Um dos desafios de planejar tais mecanismos é manter o equilíbrio entre a amplitude da comunicação, da negociação e da instrução preliminares com os inarredáveis ônus decorrentes do atendimento às regras prescritas. Lembre-se que a experiência inglesa ilustra a perniciosidade de protocolos excessivamente detalhados, que podem retardar e encarecer a resolução do conflito. De modo análogo, a *discovery* norte-americana sofreu limitações expressivas nas últimas décadas, também com o intuito de minorar os seus elevados custos.

É certo, porém, que tanto quanto o exagero dos pormenores, a excessiva elasticidade das normas igualmente contribui para o agravamento dos riscos associados ao dispêndio estéril de tempo e de recursos, na tomada das providências antecedentes à ação. Daí por que, conquanto não se justifique o fetichismo das formalidades em sede extrajudicial, e nem se tenha a pretensão de se sugerirem os termos precisos de eventuais protocolos a serem firmados, é preciso estipular limites para o comportamento das partes nessa fase.

O Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais”, coordenado pelo Prof. Leonardo Greco, da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio

⁷³⁶ O art. 10 da Lei n.º 13.140, de 26.06.2015, faculta às partes ser assistidas por advogados ou defensores; a representação passa a ser obrigatória, porém, caso uma das partes compareça à reunião acompanhada de advogado ou defensor público.

⁷³⁷ É necessária a representação por advogado, por exemplo, nos procedimentos de divórcio consensual (art. 733, § 2.º, do CPC/2015), inventário extrajudicial (art. 610, § 2.º, do CPC/2015) e usucapião extrajudicial (art. 216-A da Lei n.º 6.015, de 31.12.1973).

de Janeiro (UERJ),⁷³⁸ sugeriu, dentro de um Anteprojeto de Lei voltado para a reforma do direito probatório no processo civil brasileiro, a concepção de um “procedimento probatório extrajudicial”, que em vários pontos se aproxima do ora proposto, eis que possui natureza pré-processual, é dirigido pelas partes e seus advogados e têm os declarados objetivos de solucionar conflitos fora da esfera do Judiciário, propiciar conhecimento mais célere das alegações e provas detidas pelas partes e permitir melhor preparação do processo, caso venha a ser instaurado. Trata-se, porém, de mecanismo prioritariamente destinado à produção de provas e cuja deflagração é facultativa – salvo se redundar na falta, no processo judicial, de definição precisa dos fatos relevantes ou de identificação e revelação do conteúdo das provas a que correspondam, quando implicará a extinção do processo sem julgamento de mérito.⁷³⁹

5.3.4.1 Atos postulatorios

O principal vetor da fase prévia é a comunicação entre as partes.⁷⁴⁰ O procedimento prévio deve ter início com a remessa de uma carta ou notificação ao(s) requerido(s), conforme o número de sujeitos que integrem a relação jurídica material e que seriam necessariamente afetados por eventual acordo.

⁷³⁸ A autora teve a oportunidade e a honra de participar da pesquisa, por alguns meses, dentro dos dois anos de intenso trabalho do Grupo (GRECO, Leonardo (Coord.). A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro – anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, cit., p. 391-404).

⁷³⁹ “Art. 29. Independentemente de qualquer demanda judicial no seu curso ou antes dela, as partes de qualquer relação jurídica poderão instaurar procedimento probatório extrajudicial para a definição precisa dos fatos, a identificação e a revelação do conteúdo das provas que a eles correspondam, com uma destas finalidades: I – propiciar a tempestiva troca de informações entre as partes para o eventual esclarecimento da controvérsia; II – favorecer a rápida solução amigável das divergências entre as partes, evitando custos e prejuízos em consequência da possível necessidade de submetê-las à apreciação judicial; III – contribuir para uma adequada preparação de demanda futura. § 1.º A instauração deste procedimento independe do requisito da urgência. § 2.º O procedimento será iniciado e conduzido pelas partes, com a eventual cooperação do juiz na forma dos artigos 36, 37, 40, parágrafo único, e 42, § 4.º. § 3.º O procedimento poderá anteceder qualquer ação judicial em que se verifique a conveniência de prévio esclarecimento dos fatos, de identificação e revelação do conteúdo das provas que a eles correspondam, inclusive a ação civil pública, demais ações coletivas e as ações que envolvam interesses de órgãos públicos, não induzindo a prevenção do juízo para qualquer processo futuro. § 4.º A não instauração do procedimento probatório extrajudicial, sem motivo justificado, que redunde na falta, no processo judicial, de definição precisa dos fatos relevantes ou de identificação e revelação do conteúdo das provas que a eles correspondam, implicará extinção do processo sem resolução do mérito. § 5.º Se instaurado para o esclarecimento de fatos ou a revelação de provas que possam vir a ser utilizados em processo em curso, as providências dos artigos 36, 37, 40, parágrafo único, e 42, § 4.º, serão da competência do juízo do processo em curso.”

⁷⁴⁰ “O diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constringe a comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 193).

O envio pelo correio, com aviso de recebimento, deve ser a regra geral. Todavia, em casos nos quais os litigantes habitualmente se utilizem, na relação de direito material, do meio eletrônico de comunicação, é absolutamente razoável admitir que o mesmo veículo continue a ser empregado. Na hipótese de protocolo convencional, será também válido qualquer outro meio acordado pelas partes.

Da carta devem constar a identificação do remetente; a formulação dos seus pedidos, liquidando-os quando possível; a exposição sintética⁷⁴¹ dos fatos que fundamentam as pretensões, de modo a delimitar a controvérsia; a indicação dos principais elementos probatórios que embasam as afirmações do requerente; e um convite ao requerido para participar de um método consensual de resolução de conflitos, a não ser que haja justificada razão para não fazê-lo.⁷⁴²

Na exigência de indicação dos elementos probatórios essenciais que fundamentam as alegações de cada parte, deve-se reconhecer um dever geral de revelação espontânea de informações, tal qual o que existe, em maior grau, nos ordenamentos inglês e norte-americano, aqui especificamente voltado às informações pré-processuais. Não parece conveniente, todavia, exigir a instrução da notificação ou da resposta com os documentos essenciais em que se lastreiam a pretensão e a defesa, como se dá na Inglaterra e nos Estados Unidos, bastando-se o apontamento desses documentos, seja por deferência à oralidade e à economia, seja porque esse material se destina estritamente às partes, e não à constituição de um processo, que requer amplo registro dos atos para subsidiar a decisão de um terceiro. A parte deve ficar ciente, contudo, de que o oponente poderá pugnar pela disponibilização dos documentos mencionados, os quais ainda não tenha, por outros meios, a oportunidade de acessar.

Uma interessante possibilidade, depreendida dos sistemas norte-americano e japonês, é a de formularem-se indagações objetivas ao oponente sobre fatos relevantes, bem como em relação à existência ou disponibilidade de determinada prova. Nos Estados Unidos, prevê-se inclusive que, havendo objeção fundamentada às indagações, aquele que as tenha formulado pode requerer ao juiz uma ordem para que sejam respondidas. Deve haver, porém, necessárias limitações à inquirição – por exemplo, as perguntas não de ficar adstritas aos fatos que fundamentam os pedidos do autor ou constituam eventual matéria de defesa; devem ser particulares e específicas; não podem

⁷⁴¹ Conforme John O'Hare e Kevin Browne, *Civil Litigation*, cit., p. 89-90, a descrição dos fatos deve ser suficiente a permitir à outra parte entender a demanda, sem necessidade de maiores informações.

⁷⁴² Por exemplo, caso as partes já viessem tentando a composição há algum tempo, sem sucesso.

insultar ou embaraçar a parte a quem são endereçadas; devem ser relativas a fatos e não a opiniões; não devem se imiscuir em matéria sigilosa; e não podem demandar muito tempo nem exigir gastos para a sua elaboração ou obtenção.⁷⁴³

Deve ser também possível ao requerente requerer desde logo a produção de uma determinada prova ao requerido, como a exibição de um documento (ou o fornecimento de sua cópia) ou a autorização para a realização de perícia sobre documentos, pessoas, coisas, locais e arquivos, que se encontrem sob o domínio do oponente. O processo de determinação dos fatos na fase pré-processual pode, assim, contar tanto com mecanismos de partilha das informações quanto de requerimento de esclarecimentos e de produção de provas.

Em sua resposta, cabe ao requerido anuir com os pedidos formulados pelo requerente, no todo ou em parte, ou negá-lo mediante justificativa. Neste último caso, deve narrar a sua versão dos fatos, atendo-se especificamente aos pontos em que destoa daquela já exposta pelo requerente e, tal como o requerente, deve descrever as provas em que se baseia; se for de seu interesse, pode fazer pedido contraposto; formular perguntas ao oponente; solicitar a exibição de algum documento ou de sua cópia; e pugnar por alguma diligência probatória, tais quais se admitam ao requerente. Deve, por fim, responder às informações solicitadas pelo oponente ou justificar a impossibilidade de atendê-las, bem como responder ao convite para participação no mecanismo de solução de conflitos, justificando eventual rejeição. Destaque-se que, negado o pedido de produção de prova, o requerente terá sempre a opção de requerê-lo judicialmente, mediante os procedimentos previstos na lei processual civil.

É importante que sejam fixados prazos para os atos postulatórios, dado que a previsão de prazos muito longos ou muito restritos pode estimular a procrastinação ou dificultar o exercício legítimo dos direitos.⁷⁴⁴ Considera-se suficiente um prazo entre quinze e trinta dias, que poderá variar conforme o direito material subjacente ao litígio, com tempo mais exíguo, por exemplo, em casos de relação de consumo com valores reduzidos.

Por configurar um meio de conhecimento inequívoco das pretensões do requerente e representar a sua intenção de efetivar o direito em disputa, é interessante que a notificação tenha o condão de suspender a prescrição, a partir da data em que

⁷⁴³ Tomaram-se como norte, aqui, justamente as limitações previstas na lei processual japonesa.

⁷⁴⁴ BIAVATI, Paolo. I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 751-775, p. 754, 2002.

recebida pelo requerido. É certo, porém, que tal efeito requer, para a sua existência, expressa previsão legal ou convenção entre as partes. E, ao outorgar-se ao procedimento prévio o efeito de obstar temporariamente o decurso do prazo extintivo de direitos, é preciso determinar um prazo máximo para a sua duração.

Na Inglaterra, os protocolos pré-processuais não produzem efeitos sobre o prazo prescricional, que transcorre de forma ininterrupta durante a fase prévia. Os protocolos, porém, costumam estipular um prazo para a negociação entre as partes, que não passa de seis meses. Na Alemanha, há suspensão da prescrição durante as negociações entre credor e devedor, inclusive por mais três meses depois de seu encerramento. No Japão, interrompe a prescrição o requerimento para a resolução consensual de conflito perante uma das instituições cadastradas. Na Itália, suspende a prescrição, pelo prazo de até três meses, o convite feito diretamente de uma parte à outra para participar em uma negociação assistida ou mediação. O prazo prescricional volta a correr, porém, se não respondido o convite em trinta dias.

A Lei de Mediação brasileira determina a suspensão da prescrição a partir da data da primeira reunião entre as partes, pelo tempo em que durar o procedimento, este estimado em dois meses, prorrogáveis por igual período.⁷⁴⁵ O convite considera-se rejeitado, todavia, se não respondido em até trinta dias, contados da data de seu recebimento.⁷⁴⁶ No caso de resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública, a instauração do procedimento administrativo suspende a prescrição e seus efeitos retroagem à data da formalização do pedido.⁷⁴⁷

A partir dessas balizas, pode-se cogitar, no direito pátrio, aplicando-se por analogia o art. 313 do CPC/2015, de um interregno de dois a seis meses durante o qual ficaria suspenso o prazo prescricional, cujo período de tempo parece capaz de contemplar, conforme o tipo de litígio, os atos postulatórios das partes, a produção mínima de provas e a tentativa de acordo. Os efeitos da suspensão devem cessar, contudo, se não houver nenhuma resposta do requerido no prazo inicial estipulado para a sua manifestação, conforme dispõe a Lei de Mediação acerca do convite para a participação no procedimento.

Para que reste superado o inconveniente da protelação em caso de não obtenção de acordo, parece-nos imprescindível garantir que a perquirição dos fatos e a colheita

⁷⁴⁵ Art. 17, parágrafo único, da Lei n.º 13.140, de 26.06.2015.

⁷⁴⁶ Art. 21, parágrafo único, da Lei n.º 13.140, de 26.06.2015.

⁷⁴⁷ Art. 34, § 1.º, da Lei n.º 13.140, de 26.06.2015.

das provas sejam úteis para o processo judicial que suceder a fase prévia. Como já exposto, nessa fase incide, como em todas as relações jurídicas, o princípio da boa-fé objetiva como regra geral de conduta, da qual decorre a proibição do comportamento contraditório. Daí por que, ao manifestarem-se em juízo, ainda que possam definir livremente a narrativa a ser apresentada e juntar as provas que entenderem mais convenientes,⁷⁴⁸ as partes não podem deixar de informar a respeito da existência de uma fase anterior, sendo também inaceitável, por força do princípio da boa-fé, que ignorem ou contradigam, sem justificativa plausível, o que restou afirmado ou provado anteriormente.

É de se notar que, na Inglaterra, a comunicação protocolar entre as partes não as vincula, sendo tolerável a existência de alguma inconsistência entre a carta prévia e a petição inicial, por exemplo, desde que não haja a intenção deliberada de enganar a outra parte. Todavia, a doutrina reconhece que os julgadores acabam inevitavelmente influenciados pelo teor dos atos prévios.⁷⁴⁹

5.3.4.2 Tentativa de acordo

Destacou-se a necessidade de o requerente fazer ao requerido um convite para a participação em método de autocomposição, que pode consistir, por exemplo, em uma reunião de negociação entre as partes e os seus advogados, um procedimento de conciliação ou de mediação. Seja ao darem às partes elementos para melhor avaliação das possibilidades de oferta e de sua aceitação, seja ao propiciarem uma oportunidade específica para discussão, com ou sem intermediadores, os protocolos têm o inegável mérito de estimular a consecução do acordo.

O auxílio de um terceiro imparcial possui, sobre a negociação direta, a vantagem de mostrar aos envolvidos perspectivas que muitas vezes não seriam capazes de vislumbrar por si sós. Quanto aos assessores jurídicos, para que a sua participação seja

⁷⁴⁸ No já referido Anteprojeto de Lei de Direito Probatório da UERJ, igualmente se dispôs que “as partes devem ser motivadas a agir livremente, aproveitando-se no processo subsequente ou em curso das provas produzidas nesta fase de acordo com sua própria vontade, preservando a sua liberdade de processualizar aquilo que considerarem relevante e adequado, que será livremente apreciado pelo juiz” (ARAUJO, José Aurélio de. Procedimento probatório extrajudicial. In: GRECO, Leonardo (Coord.). A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro – anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, cit., p. 398).

⁷⁴⁹ Conforme a já referida doutrina de John O’Hare e Kevin Browne, *Civil Litigation*, cit., p. 90, mencionando as decisões proferidas em *Bell v. London Borough of Havering* (2010) EWCA Civ 689 e *Media C.A.T. Ltd v. Adams* (2011) EWPC 6.

eficaz e profícua, haverá decerto de ser vencida a sua eventual resistência às práticas autocompositivas.⁷⁵⁰

Viu-se que o novo ordenamento processual brasileiro optou pela obrigatoriedade da conciliação e da mediação prioritariamente em sede incidental. Contrariou, assim, a tendência dos sistemas jurídicos estrangeiros, nos quais, quando imposta a autocomposição,⁷⁵¹ ela é necessariamente anterior à propositura da ação, a exemplo da Itália. É certo que, mesmo nesses procedimentos antecedentes, há inequívoca relação de interdependência entre os tribunais e os métodos consensuais, porque o seu desenvolvimento depende da “ameaça” das cortes para que as partes em litígio sejam levadas à mesa de negociação.⁷⁵² Essa ameaça se traduz, nos ordenamentos estrangeiros, ora na inadmissibilidade de uma ação ajuizada sem prévia tentativa de acordo, ora na aplicação de sanções, como a repercussão sobre as custas, prevista no sistema inglês.

A verdade é que o modelo brasileiro é flagrantemente incoerente e ineficiente, porque, apesar de a lei processual autorizar e consagrar, genericamente, a conciliação e a mediação extrajudiciais e prévias ao processo, não se preveem incentivos concretos à sua realização nessa fase.

Contudo, a partir de uma interpretação sistemática e extensiva das normas da nova Lei de Mediação, é possível construir um sistema razoavelmente eficaz para os métodos consensuais, no âmbito dos protocolos. Ali se enuncia que o convite para iniciar o procedimento de mediação poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião (art. 21). São exatamente esses itens, portanto – a data, o objeto e o local da reunião para negociação, conciliação ou mediação –, que devem ser indicados na

⁷⁵⁰ A Pesquisa “Perfil do acesso à justiça nos Juizados Especiais Cíveis”, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça em 2015, sob coordenação de Paulo Eduardo Alves da Silva et al., concluiu que o comportamento processual dos litigantes é afetado conforme estejam ou não acompanhados de advogados e que a celebração de acordos nas audiências é menos comum quando os patronos das partes estão presentes. Daniela Gabbay afirma que, entre os receios dos advogados, estão os de perder mercado, perder a voz dominante na resolução do conflito, sair da “zona de conforto” do foro de resolução a que estão acostumados (o processo judicial), ter que mudar a forma de cobrança de honorários, os riscos de que o cliente se exponha e de que o procedimento autocompositivo postergue desnecessariamente a solução do conflito (GABBAY, Daniela. *Mediação e Judiciário*: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos, cit., p. 216).

⁷⁵¹ Em todos os sistemas em que a autocomposição é obrigatória, porém, existem sempre mecanismos de *opt-out*, seja por manifestação expressa de vontade das partes ou pelo preenchimento de determinados requisitos legais, como expõe SANDER, Frank. Another View of Mandatory Mediation, DISP RESOL. MAG., Winter 2007, at 16.

⁷⁵² “Mediation without the credible threat of judicial determination is the sound of one hand clapping” (GENN, Hazel. *Judging Civil Justice*, cit. p. 124-125).

notificação do requerente ao requerido, na fase pré-processual. Se a carta não for respondida no prazo de trinta dias, contados da data do seu recebimento, considera-se rejeitado o convite, restando autorizado o ingresso em juízo. Nesse caso, deve-se entender, inclusive, que as partes estarão dispensadas da obrigatoriedade de comparecer à audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC/2015.⁷⁵³

Pode-se cogitar da hipótese de o requerente formular desde logo, na própria notificação, quando da reunião entre as partes ou no bojo de outra manifestação posterior, uma oferta de acordo ao requerido – ou vice-versa, isto é, de o requerido, ao responder ao requerente, propor os termos de um ajuste sobre a sua pretensão. Embora não haja, na lei brasileira atual, nenhuma norma que respalde a atribuição de efeitos vinculativos a essa proposta, há inequívoca possibilidade de as partes livremente a pactuarem, por meio de um protocolo convencional. Em outras palavras, os litigantes podem incluir, na convenção que regulamenta o procedimento prévio extrajudicial, que eventual oferta terá algum tipo de repercussão na condenação final, conforme o autor ou o réu tenham rejeitado os termos do acordo. Caberá ao juiz recusar a aplicação nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou de manifesta vulnerabilidade de uma das partes, conforme o art. 190, parágrafo único, do CPC/2015.

Parece-nos, ainda, que a lei processual, ao regulamentar a fase prévia, poderia ser também alterada de forma a conferir efeitos vinculativos à proposta de acordo, cominando algum tipo de repercussão financeira, como agravamento da condenação ou imposição de multa, em função da diferença entre a sentença e a oferta não aceita.⁷⁵⁴ Destaque-se que, conquanto nascido da tradição da *Common Law*, como se depreendeu do estudo dos sistemas inglês e norte-americano, esse mecanismo já mereceu também acolhida no ordenamento italiano, desde o advento da Lei n.º 69, de 08.06.2009. Essa seria uma forma relevante de se estimular o alcance de soluções consensuais, cuja

⁷⁵³ “Se qualquer das partes comprovar a realização de mediação ou conciliação pré-processual nos seis meses antecedentes à propositura da demanda judicial, o magistrado pode dispensar a fase preliminar de mediação ou conciliação do procedimento comum, desde que o objeto e o contexto da controvérsia sejam os mesmos.” Esse foi o teor de um dos enunciados aprovados no Grupo de Trabalho para Diagnóstico dos Impactos do Novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação no Sistema de Justiça e no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (GTCIVMED), do qual a autora participou como representante da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado do Rio de Janeiro, de outubro a dezembro de 2015.

⁷⁵⁴ Em sua tese de doutorado, Susana Amaral Silveira propôs e a introdução, no ordenamento brasileiro, das Ofertas Potencializadas de Acordo, inspirada na oferta inglesa, mas com consequências patrimoniais – multa de 10% a 50% – a ser calculada sobre a diferença apurada entre a oferta e a condenação final no processo, como forma de criar “incentivos suficientes, mas não opressivos” (SILVEIRA, Susana Amaral. *Acordos incentivados: uma contribuição britânica nos caminhos buscados pelo Judiciário brasileiro*, cit. , p. 10).

prática é ainda incipiente no ordenamento brasileiro. Nos casos em que a lei protege uma das partes na relação jurídica, por presumir a sua vulnerabilidade e hipossuficiência, a eficácia vinculativa poderia restringir-se à proposta formulada pelo hipossuficiente – por exemplo, a oferta feita pelo consumidor ao fornecedor, em relação de consumo – como forma de se preservar a isonomia entre os litigantes.

5.3.4.3 Produção de provas

Sabe-se que as provas têm por objeto a investigação dos fatos relevantes ao descobrimento da verdade, cuja definição, em sede extrajudicial, presta-se essencialmente à tomada informada de decisão pelos próprios litigantes, e apenas remotamente à prolação de uma decisão judicial fundamentada, na eventualidade do ajuizamento de um processo. Prescinde-se, por isso, da demonstração de urgência. Nesse particular, verificou-se que o acolhimento da premissa geral, pelo ordenamento brasileiro, de que o fenômeno probatório não está preso ao julgamento estatal, constitui um relevante avanço, seguindo tendência constatada em vários ordenamentos estrangeiros.

Mesmo na fase prévia, portanto, a busca da verdade dos fatos é necessária à tutela efetiva dos direitos, para a qual contribui ao reequilibrar o nível de conhecimento das partes sobre a matéria e fomentar a argumentação sobre os fatos controvertidos. O desafio de um bom procedimento preparatório é justamente o de favorecer a aceleração da apuração dos fatos, possibilitar a autocomposição e oportunizar eventual solução judicial com cognição melhor e mais rápida.⁷⁵⁵

Como já expunha Francesco Carnelutti, não há que distinguir a verdade designada “formal”, recriada no bojo de um procedimento, da verdade dita “real”, pois “a verdade não pode ser mais que uma”.⁷⁵⁶ Do mesmo modo, embora admita que a verdade dos fatos não será jamais absoluta, sendo dada pela hipótese mais provável,

⁷⁵⁵ GRECO, Leonardo (Coord.). A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro – anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, [cit., p. 3.](#)

⁷⁵⁶ “[...] a verdade não pode ser mais que uma, de tal maneira que, ou a verdade formal ou jurídica coincide com a verdade material, e não é mais que verdade, ou discrepa dela, e não é senão uma não verdade [...]” (CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001. p. 48). V., ainda, AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 4. ed. Valencia: Civitas, 2005. p. 26.

sustentada pela maioria de elementos que a confirmem,⁷⁵⁷ Michele Taruffo pondera que essa constatação não pode ser suficiente à criação de um modelo de verdade “relativa”.⁷⁵⁸

Deve-se admitir a produção, no curso da fase pré-processual, de qualquer tipo de prova lícita, como documental, pericial, testemunhal, depoimento pessoal dos próprios litigantes, ou vistoria de pessoas, coisas ou documentos. As partes têm, afinal, o direito de dispor de todos os meios investigatórios ao seu alcance, pois, “se é dos fatos que os direitos se originam, somente a efetiva possibilidade de demonstrá-los é capaz de assegurar o acesso efetivo aos direitos constitucionalmente e legalmente assegurados”.⁷⁵⁹

Os litigantes devem respeitar as regras do ônus da prova, no sentido de apresentarem os elementos que fundamentem as suas postulações, sendo-lhes facultado, porém, em adoção ao princípio da carga dinâmica, requerer ao adversário a produção de prova que se lhes afigure diabólica. No entanto, convém que o pedido de produção de uma prova à parte contrária esteja sujeito a necessárias limitações, como no caso em que o custo para a sua realização seja desproporcional à sua utilidade, o valor da controvérsia, os recursos financeiros das partes e a importância das questões que se pretendem esclarecer.⁷⁶⁰ Em último caso, caberá ao interessado recorrer ao Judiciário

⁷⁵⁷ TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. *Rivista di Diritto Processuale*, v. XLV-2, p. 444, 1990.

⁷⁵⁸ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 25-26.

⁷⁵⁹ GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, n. 9, p. 124, 2006.

⁷⁶⁰ “Art. 41. O requerido poderá solicitar ao juiz, ouvido o requerente, que limite a extensão das informações que lhe forem requeridas nas seguintes hipóteses:

I – se forem manifestamente desnecessárias ou puderem ser obtidas por outra fonte mais acessível ou mais econômica;

II – se o requerente, em procedimento anterior, judicial ou extrajudicial, houver tido ampla oportunidade de obtê-las;

III – se o custo das informações solicitadas superar acentuadamente a sua utilidade, levando em conta as necessidades do caso concreto, o valor da controvérsia, os recursos das partes e a importância das questões que visam a esclarecer;

IV – se contrariar a necessidade de proteção de direitos fundamentais da segurança da sociedade ou do Estado, na forma do disposto no capítulo V deste título;

V – se não puderem ser fornecidas em decorrência da deficiência das informações prestadas pelo requerente na forma do art. 38, I;

VI – em razão da acentuada dificuldade de fornecimento da informação solicitada por força do sistema de tratamento de informação adotado rotineiramente pelo requerido.

Parágrafo único. Esta limitação não se estende a qualquer procedimento judicial subsequente.”

GRECO, Leonardo (Coord.). A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro – anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, cit., p. 100.

para a obtenção de uma ordem judicial com a finalidade de compelir o oponente (ou terceiro) a produzir a prova pleiteada, utilizando-se dos procedimentos previstos em lei.

É sabido que o processo brasileiro caracteriza-se por reunir a instrução probatória em uma única audiência, garantir o contato direto do juiz com as partes e as fontes de prova e vincular o juiz que coletou as provas ao julgamento da causa⁷⁶¹. Nesse contexto, há de se reconhecer que o procedimento prévio extrajudicial, por determinar a formação de prova antes do processo de conhecimento e fora do âmbito estatal, poderia embarçar tais princípios da concentração dos atos processuais, da imediatidade e da identidade física do juiz. A verdade, porém, é que isso acontece, de modo geral, a qualquer tipo de instrução preventiva, mesmo judicial. Chiara Besso acrescenta, a esse respeito, que a formação antecipada da prova, longe de ser incompatível, pode inclusive contribuir para que o processo seja mais concentrado.⁷⁶² A reforçar a sua assertiva, vale recordar que, originariamente, o modelo de um processo concentrado é afeto ao sistema da *Common Law* e, no entanto, existem ali importantes fases preparatórias de produção de provas, nas quais se resolve a maior parte das controvérsias.

Não se pode negar a existência de determinada redundância das atividades processuais, quando a prova é colhida e conhecida em sede preventiva e levada posteriormente ao processo, para análise e valoração judiciais. No entanto, a razão de ser de adiantar-se a produção dos elementos probatórios é exatamente a de permitir que, antes do ajuizamento de qualquer ação judicial, um número substancial de controvérsias seja resolvido, reduzindo o esforço da jurisdição para solucionar as lides remanescentes.⁷⁶³

Entende-se que o princípio do contraditório sob a acepção contemporânea de dialética entre as partes e o juiz operará apenas *a posteriori* e *si opportunum* sobre o resultado da assunção da prova levado ao Judiciário, e não em sua formação extraprocessual. Conforme explica Michele Taruffo, a garantia do contraditório incide sobre os elementos colhidos fora do processo somente na fase de sua utilização dentro dele, quando as partes serão capazes de influir sobre a valoração a ser feita pelo juiz.⁷⁶⁴

⁷⁶¹ DIDIER JR., Fredie. Ações probatórias autônomas – produção antecipada de prova e justificação. *Revista de Processo*, ano 38, v. 218, p. 16, abr. 2013.

⁷⁶² BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*, cit., p. 20.

⁷⁶³ BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*, cit., p. 21.

⁷⁶⁴ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 357.

Uma vez delimitada a possibilidade de verificação, demonstração e registro de fatos fora de um processo estatal, é preciso definir a eficácia de tais elementos, “se e quando submetidos a órgão estatal encarregado de declarar o direito em dado caso concreto”.⁷⁶⁵ É imprescindível que os atos praticados não sejam em vão, caso os protocolos não evitem a propositura de uma ação judicial, devendo ser aproveitadas no processo as provas e as informações já colhidas, sob pena de duplicação de custos, tempo e esforços.⁷⁶⁶ A prova eventualmente juntada em um processo tem o *status* de prova documentada, mantendo os mesmos efeitos da forma com que foi originariamente produzida.

De acordo com o art. 369 do CPC/2015, as partes têm o direito de empregar todos os meios legais e moralmente legítimos de prova, ainda que não especificados na lei. Por deterem o poder de dispor da prova, certamente poderão deixar de utilizar alguma que tenha sido obtida no curso da fase prévia, que lhes seja desfavorável⁷⁶⁷ – a qual poderá, contudo, vir a ser juntada pelo oponente.

Por sua vez, o juiz apreciará livremente as provas trazidas pelas partes, indicando na sua decisão as razões da formação de seu convencimento, conforme o art. 371 do CPC/2015. Ressalte-se que mesmo a prova emprestada, produzida em outro processo, é despida de efeitos vinculantes, devendo ser igualmente avaliada no contexto do princípio do livre convencimento.⁷⁶⁸ Embora prevaleça no sistema pátrio o princípio dispositivo, remanesce a iniciativa oficial subsidiária, de modo que o juiz sempre poderá, considerando necessário ao seu convencimento, determinar *ex officio* a produção de novas provas além daquelas eventualmente apresentadas pelos litigantes.⁷⁶⁹

⁷⁶⁵ YARSHELL, Flavio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 27.

⁷⁶⁶ No mesmo sentido, SILVEIRA, Susana Amaral. *Acordos incentivados: uma contribuição britânica nos caminhos buscados pelo Judiciário brasileiro*, cit., p. 107.

⁷⁶⁷ “Con le intese con le quali i privati se accordano per limitare l’esercizio dei loro poteri probatori non vengono alterati equilibri del sistema che dovrebbero rimanere nel controllo della legge, ma semplicemente si esercita il potere di disponibilità delle prove che l’ordinamento giuridico riconosce a ciascuna parte. Come durante l’istruzione probatoria la parte interessata può decidere di avvalersi di una prova e non anche di un’altra che sarebbe ammissibile, non si vede perché la stessa non possa impegnarsi in via stragiudiziale a tenere lo stesso comportamento” (PEZZANI, Titina Maria. *Il Regime Convenzionale delle prove*. Milano: Giuffrè, 2009. p. 218-219).

⁷⁶⁸ Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

⁷⁶⁹ “Se é indiscutível que ninguém conhece os fatos melhor do que as partes, também o é a circunstância de que nem sempre as partes fornecem ao juiz todos os elementos necessários para a formação de um juízo seguro sobre a realidade dos fatos. Essa deficiência pode resultar de inúmeros fatores: omissão deliberada ou não das partes, desídia ou incompetência dos advogados, incapacidade das partes de

Também as partes terão o direito de requerer a produção de outras provas além das já produzidas extrajudicialmente, mesmo porque o objeto da ação judicial, a cujos limites atende a instrução probatória, pode ser mais amplo, mais restrito ou parcialmente distinto daquele da fase pré-processual. Todavia, esse direito poderá sofrer eventuais limitações, por exemplo, conforme o tipo de protocolo: se houverem convencionado a realização de perícia na forma prévia e extrajudicial, excluindo a possibilidade de fazê-la em eventual processo,⁷⁷⁰ as partes estarão a princípio vinculadas ao seu resultado, salvo se acordarem, posteriormente, de maneira diversa.⁷⁷¹ É de notar que, nessa hipótese, de previsão de perícia extrajudicial vinculativa em protocolo convencional, o juiz poderá convencer-se com o laudo que lhe for apresentado, a expresse teor do art. 472 do CPC/2015, vindo a dispensar a realização de perícia judicial.⁷⁷² Em situação análoga, a lei processual enuncia também que o juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos já provados por documentos (art. 443).

Em regra, a atividade probatória compreende quatro momentos: o de proposição, consistente no requerimento da produção de prova; o de admissão, correspondente ao deferimento de sua produção; o de produção, quando a prova de fato ingressa nos autos; e o de valoração, quando o juiz analisa e valora os elementos probatórios constantes dos autos, sendo esse o momento culminante da prova dentro do processo judicial. Por vezes, algumas dessas fases ocorrem de forma simultânea, por exemplo, na prova documental, em que a sua proposição, admissão e produção acontecem no mesmo ato. Na fase pré-processual, adiantam-se os momentos de proposição e produção da prova, mas não os de sua admissão e valoração pelo juiz, em eventual processo judicial. Assim, no curso do processo, o juiz poderá deixar de admitir uma determinada prova produzida

descobrirem que provas poderiam gerar a certeza dos fatos na mente do juiz etc.” (GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*, cit., p. 46).

⁷⁷⁰ Sobre a liberdade contratual em matéria de prova, já se escreveu que “les contractants sont juridiquement maîtres de leur convention, libres d’en arrêter les termes et les modalités notamment au regard de la preuve” (DIDIER JR., Fredie. *La preuve et le contrat. Mélanges Michel Cabrillac*. Montpellier: Dalloz-Litec, 1999. p. 106).

⁷⁷¹ Ao tratar dos negócios processuais na Alemanha, Christoph Kern pondera que “even if one admits that the party who promised not to use certain means of proof is bound to this promise, it is no doubt that insofar as the court is allowed to take evidence ex officio – i.e., within the boundaries of the facts pleaded by the parties – the contract does not hinder the court to use the means of proof the parties have excluded” (KERN, Christoph A. *Procedural contracts in Germany*. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral); CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique [Coord.]. *Negócios processuais*, cit., p. 184).

⁷⁷² “Art. 472. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.”

previamente, a partir dos critérios da admissibilidade e da relevância,⁷⁷³ e valorá-la como bem entender, desde que motivada a sua decisão.

O juízo de admissibilidade diz respeito à validade jurídica da prova,⁷⁷⁴ isto é, à forma e ao procedimento previsto em lei, bem como à sua legalidade e constitucionalidade.⁷⁷⁵ O juízo de relevância, por sua vez, implica um juízo preliminar de utilidade da prova para o accertamento dos fatos em litígio.⁷⁷⁶ Entende-se, todavia, que o juiz não é livre para rejeitar o pedido de admissão de prova. Sua vontade está submetida à da parte, tendo o dever de permitir a produção da prova requerida sempre que a sua prática for admissível no sistema processual.⁷⁷⁷

É importante que o protocolo estabeleça que as despesas com os atos prévios serão custeadas antecipadamente pela parte que os requerer,⁷⁷⁸ devendo ser imputadas posteriormente ao vencido, em caso de subsequente ajuizamento de ação judicial. A esse respeito, faz-se necessária a alteração da lei no sentido de contemplar também os custos dos atos da fase prévia sob a rubrica “despesas processuais”. Isso porque o art. 84 do CPC/2015, conquanto preveja que as despesas abrangem também os custos de atos extrajudiciais, é taxativo ao referir-se unicamente à indenização de viagem, remuneração de assistente técnico e diária de testemunha. São essas também as regras propostas no procedimento probatório extrajudicial concebido pelo Grupo de Pesquisa da UERJ.⁷⁷⁹

⁷⁷³ Para uma minoria da doutrina, porém, o problema da relevância e da pertinência se colocaria em momento posterior ao da admissibilidade, estando esta ligada unicamente à legalidade da prova. O juiz não poderia, assim, indeferir uma prova produzida extrajudicialmente sob a alegação de que a cognição sobre a matéria já estaria suficiente, porque nesse caso estaria confundindo os planos de admissibilidade e de valoração (CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. São Paulo: RT, 2006. p. 33-34).

⁷⁷⁴ PAULA JUNIOR, Aloysio Libano de. *A experiência probatória no direito americano e no brasileiro*, cit., p. 225 e ss.

⁷⁷⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, 3. ed., cit.

⁷⁷⁶ A relevância de uma prova é condição atinente à relação lógica entre o meio de prova e os fatos da causa que devem ser acertados. “La prova è rilevante se appare idonea a fornire elementi di conoscenza utili per l'accertamento dei fatti della causa; in caso contrario, essa va esclusa preliminarmente per ragioni di economia processuale, poiché frustra probatur quod probatum non relevant” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, 5. ed., cit., p. 472).

⁷⁷⁷ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general del proceso*, cit., t. I, p. 38.

⁷⁷⁸ Deve assumir as despesas quem pede, por exemplo, a exibição de um documento; e, nesse caso, é justo que o requerido possa exigir “que se deposite o que dê para as despesas e segurança dos riscos”, como já afirmava Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. t. XII).

⁷⁷⁹ “Art. 42. As despesas dos atos do procedimento probatório extrajudicial estritamente necessárias à sua prática serão antecipadamente custeadas pela parte que os tiver requerido e serão a final imputadas ao vencido, caso dele decorra demanda judicial.

§ 1.º A cada uma das partes caberá a remuneração dos peritos que designar.

5.3.4.3.1 Confissão extrajudicial

Passando à análise dos meios de prova⁷⁸⁰ passíveis de serem utilizadas na fase prévia, tem-se, em primeiro lugar, a possibilidade de haver uma confissão extrajudicial, no bojo de alguma das peças postulatórias, a respeito de determinado ato ou fato relevante à solução do conflito. A confissão extrajudicial, quando feita por escrito, tem o mesmo valor que a confissão judicial,⁷⁸¹ sendo, portanto, plenamente válida e eficaz em eventual processo posterior.

5.3.4.3.2 Prova documental

As normas gerais de conduta devem exigir que tanto a carta do requerente quanto a resposta do réu informem os documentos essenciais em que se baseiam, sem exigir, contudo, em regra, a juntada de suas cópias. Como exposto, à luz dos princípios da eficiência, oralidade, economia e modicidade dos custos, não é razoável impor às partes que instruem as suas manifestações com a prova documental, sob pena de se transformar a fase prévia em um “processo fora do Judiciário”. Basta, portanto, a indicação dos documentos em que lastreadas a pretensão e a defesa. Devem ficar cientes os litigantes, porém, de que o oponente poderá pugnar pela disponibilização dos documentos, desde que presentes determinados requisitos que a própria lei processual civil já define.

A par dessa obrigação geral de informar ao oponente quais as provas que respaldam a sua posição e do direito de requerer a exibição de documento por ele mencionado, a parte deve ter também a faculdade de solicitar-lhe outros que lhe interessem, de forma justificada.

§ 2.º Se qualquer das partes não tiver condições de arcar com as despesas do parágrafo anterior, poderá solicitar ao juiz a concessão da gratuidade de justiça e a indicação de peritos cadastrados, cuja remuneração será custeada nos termos do artigo 16, parágrafo único.

§ 3.º Sem prejuízo do disposto no artigo 16, parágrafo único, as convenções coletivas de que trata o artigo 32 e a Defensoria Pública poderão constituir fundos para o custeio dos procedimentos preparatórios de interesse dos beneficiários da assistência jurídica, bem como dos que não estiverem obrigados por lei a antecipar o custeio das despesas judiciais.

§ 4.º A parte poderá submeter ao juiz o arbitramento das despesas, caso se mostre excessivo o pedido da outra parte.”

⁷⁸⁰ Conforme a terminologia de Francesco Carnelutti, que chama de meio de prova a atividade mediante a qual se busca a verdade do fato a provar, e fonte de prova ao fato do qual se serve para deduzir a própria verdade (*A prova civil*, cit., p. 99).

⁷⁸¹ Arts. 389-395 do CPC/2015.

É interessante que os protocolos indiquem, conforme o tipo de litígio, documentos específicos cuja disponibilização desde logo se imponha, independentemente de pedido expresso, como os prontuários médicos em conflitos de saúde, relatórios de obra e boletins de medição em conflitos de construção, livros e atas de reuniões em conflitos societários etc.

Viu-se que, nos Estados Unidos, as possibilidades de obtenção de prova do oponente, no curso do processo judicial, compreendem diversos mecanismos além da disponibilização de documentos, os quais integram uma ampla *discovery* – como os de permitir vistorias e interrogar testemunhas. Não convém, contudo, nos protocolos que ora se sugerem, a adoção de um modelo idiossincrático de direito estrangeiro, senão a importação de uma ou outra ideia em particular, sempre com o devido temperamento. A experiência do direito arbitral já sinalizou o repúdio quanto à utilização *ipsis litteris* das normas de *discovery* próprias da *Common Law*, em arbitragens nas quais as partes envolvidas provenham do sistema romano-germânico.⁷⁸²

As *Rules on the Taking of Evidence*, editadas pela International Bar Association (IBA) em 1999, com o fim de harmonizar as regras dos procedimentos arbitrais em litígios transnacionais, encampou uma síntese das técnicas processuais de *civil law* e *common law*, na qual se prevê a possibilidade de uma parte requerer à outra todos os documentos que se mostrem relevantes ao julgamento da causa, em uma espécie de *discovery* restrita à prova documental. A amplitude da fórmula (“todos os documentos relevantes ao julgamento”) justifica-se porque, no processo arbitral, caberá ao árbitro definir se é admissível ou não o acesso às informações solicitadas e, caso positivo, fixar o prazo para a sua apresentação. Na Alemanha, onde há também um dever de *discovery* restrito aos documentos, impõe-se a disponibilização das provas em relação aos fatos que suportam a pretensão do requerente e àqueles que interessam ao oponente, de modo mais circunscrito.

Em uma fase pré-processual cujo controle se pretende seja entregue às próprias partes, sem a gerência do juiz, do árbitro ou de um terceiro, é importante que o direito à obtenção de documentos seja devidamente delimitado, seja para moderar os seus custos, seja para evitar os riscos de protelação e de “pesca de informações” (*fishing expedition*), fartamente reconhecidos nos ordenamentos em que consagrado o direito de *discovery*.

⁷⁸² DEFFENTI, Fabiano. O uso da *disclosure* e da *cross-examination* nas arbitragens comerciais internacionais. 2003. Disponível em: <www.josemigueljudice-arbitration.com>. Acesso em: 30 jan. 2016, p. 62.

Propõe-se, a partir das normas do CPC/2015, que se estendam à exibição extrajudicial de documentos (ou coisas) os requisitos da exibição judicial, constantes do art. 397. Assim, para exigir a disponibilização do documento ou coisa, ou juntada da cópia do documento, o interessado deve indicar, em sua manifestação: (i) a individualização, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa pretendidos; (ii) a finalidade da prova, apontando os fatos que se relacionam com o documento ou com a coisa; e (iii) as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária. O art. 399 do CPC/2015 reconhece a existência do direito à exibição nos casos em que o requerido tenha a obrigação legal de fazê-lo; em que haja aludido ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova; ou que o documento, por seu conteúdo, seja comum às partes.

A lei processual prevê, ainda, os casos em que se autoriza ao requerido recusar a exibição, quando: (i) o documento for concernente a negócios da própria vida da família; (ii) a sua apresentação puder violar dever de honra; (iii) a sua publicidade redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau, ou lhes representar perigo de ação penal; (iv) a sua exibição acarretar a divulgação de fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo; (v) subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição; ou (vi) houver disposição legal que justifique a recusa da exibição (art. 404 do CPC/2015).

Se a parte não apresentar o documento ou coisa solicitados, poderá haver pedido de exibição judicial, na forma da lei, hipótese em que se autoriza o juiz adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para a exibição (art. 400, parágrafo único, do CPC/2015).

Um dispositivo interessantíssimo é o que dispõe que, em caso de ausência de resposta ou de recusa ilegítima de exibição judicial de documento, o juiz poderá tomar como verdadeiros os fatos que a parte pretendia provar. Parece-nos que essa é uma consequência aplicável igualmente aos casos de exibição extrajudicial, quando esse procedimento for previsto em um protocolo.

O protocolo poderá, ainda, prever a possibilidade de o pedido de exibição de documentos ser endereçado a terceiro; no entanto, caso este se recuse a fornecê-lo,

restará unicamente ao requerente a opção de formular esse pedido por meio de uma ação judicial.

5.3.4.3.3 Prova oral

Como se pôde apurar, grande parte dos ordenamentos estrangeiros reconhece a possibilidade de produção da prova oral na via extrajudicial. Nos Estados Unidos, a inquirição do oponente e das testemunhas (*deposition*), inclusive a de peritos, que também funcionam como testemunhas, é feita geralmente em ambiente privado, com a presença dos advogados e perante um representante do Poder Público, responsável por atestar a sua veracidade e transcrever as declarações verbais, a serem depois juntadas ao processo, na remota hipótese de não ser alcançado um acordo em sua fase inicial. Na França, na Inglaterra e na Itália, admite-se, antes mesmo do ajuizamento da ação, a colheita extrajudicial por escrito dos depoimentos de testemunhas (por meio, respectivamente, da *attestation*, dos *written statements* e da *testimonianza scritta*). Mesmo no sistema japonês, que preza pela oralidade, cabe a declaração escrita de testemunha, inclusive prévia, por meio de pedido à Associação de Advogados.

Em todas essas hipóteses, realiza-se essencialmente a mesma atividade que seria consumada caso se tratasse de prova judicial; de modo que, se e quando levado a juízo o elemento probatório, ele não será “mais que objeto de mera valoração” pelo julgador.⁷⁸³ Reserva-se ao juiz, porém, como não poderia deixar de ser, a faculdade de convocar os depoentes para serem ouvidos em audiência de instrução e julgamento, caso considere necessário, após o exame de suas declarações.

No processo civil brasileiro, conquanto habitualmente produzida em juízo, especificamente no âmbito da audiência de instrução e julgamento, a prova testemunhal pode inegavelmente ser também realizada fora desse domínio, tanto é que se admite a inquirição de terceiros por carta (art. 453, II, do CPC/2015). Francesco Carnelutti reforça a eficácia probatória dos depoimentos privados, criticando a difundida tendência a “conceber a assunção por parte do juiz como um elemento essencial do depoimento”.⁷⁸⁴

⁷⁸³ YARSHELL, Flavio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 33.

⁷⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, cit., p. 185.

Tal como o documento, o testemunho é uma forma de representação dos fatos jurídicos, mas, enquanto o primeiro constitui uma representação permanente, que conserva o fato representado, o segundo é transitório, porque dependente da memória humana.⁷⁸⁵ Justamente em função da transitoriedade dessa espécie de prova, não se pode negar que o seu grau de acurácia e confiabilidade se reduz com o decorrer do tempo, a revelar a conveniência de sua produção prévia para a própria preservação do relato.

Não nos parece que a produção de provas orais no âmbito dos protocolos seria “pouco compatível com nosso sistema” ante a suposta “falta de autoridade que presida a prova testemunhal”.⁷⁸⁶ De acordo com o art. 384 do CPC/2015, a existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados mediante ata lavrada por tabelião. Uma primeira alternativa possível, portanto, dentro de um protocolo deixado a cargo das partes e de seus advogados, é a de que o tabelião atue como a mencionada “autoridade” perante a qual sejam tomados os depoimentos. Em litígios nos quais seja relevante a prova testemunhal, como ações indenizatórias decorrentes de acidente de trânsito, por exemplo, podem ser desde logo definidas as normas para a sua produção. Não convém exigir, contudo, como regra geral, o direito de uma das partes requerer o comparecimento da outra perante o tabelião para prestar depoimento pessoal, na medida em que a possibilidade de se formularem perguntas ao oponente no bojo dos atos postulatórios já tem o claro condão de suprir essa necessidade.

A oitiva de testemunhas ou dos próprios litigantes pode acontecer, também, em audiências conduzidas perante terceiros dentro de órgãos administrativos, no caso de protocolos baseados em procedimentos extrajudiciais previstos nesses mesmos órgãos. Já nos protocolos convencionais, as partes podem perfeitamente acordar que as testemunhas prestarão declarações no escritório dos seus advogados, com a presença de seus patronos.⁷⁸⁷

A prova oral produzida na fase prévia, consubstanciada em um documento, poderá ser juntada aos autos no caso de eventual instauração de um processo judicial. A

⁷⁸⁵ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, cit., p. 151.

⁷⁸⁶ SILVEIRA, Susana Amaral. *Acordos incentivados: uma contribuição britânica nos caminhos buscados pelo Judiciário brasileiro*, cit., p. 115.

⁷⁸⁷ Em sentido análogo: “Non vi sarebbe quindi nulla di scandaloso se si fissasse il principio per il quale il giudice, sull'accordo delle parti, può consentire che i testi siano escussi dalle stesse parti e semmai nello studio di uno dei difensori, salvo sempre il potere dei giudice di riconvocarli per risentirli di persona” (CIPRIANI, Franco. *Il Processo Civile nello Stato Democratico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006. p. 227).

esse respeito, o CPC/2015 prevê que será indeferida a inquirição de testemunhas sobre fatos já provados por documento (art. 443, I), a tornar despicienda a realização de audiência de instrução e julgamento, quando os elementos probatórios forem suficientes para elucidar os fatos controvertidos. Nada obstante, o princípio do livre convencimento autoriza ao julgador que determine a oitiva de novas testemunhas ou, inclusive, da mesma pessoa cujo depoimento já foi tomado por escrito, se entender imprescindível ao julgamento da demanda.

5.3.4.3.4 Prova pericial

A prova pericial, que já foi chamada de “a melhor do mundo”,⁷⁸⁸ assume maior importância nas situações em que a avaliação a respeito dos fatos alegados depende de conhecimento técnico especializado que os litigantes não possuem – uma perícia de contabilidade em disputas entre sócios; de engenharia em litígios de construção civil; médica em casos de responsabilidade civil por erro médicos. Nesses casos, em que a solução da lide, inclusive pelas próprias partes, demanda necessariamente a análise e a opinião autorizada de um *expert*, a sua inspeção *in loco*, é recomendável que os protocolos exijam, ou ao menos oportunizem, a produção da prova pericial previamente ao ingresso em juízo.

O CPC/2015 trouxe elogiáveis mudanças às normas sobre a prova pericial, como a previsão da possibilidade de indicação consensual do perito e o aprimoramento do controle sobre a qualidade da prova, inclusive mediante a utilização de listas de peritos nos tribunais, com critérios objetivos e transparentes para a sua inscrição.⁷⁸⁹

No âmbito dos protocolos, deve-se autorizar às partes que requeiram ao oponente o exame pericial de documentos, pessoas, coisas e locais que se encontrem sob o seu domínio, bem como a promoção de vistoria informal⁷⁹⁰ em casos menos complexos.⁷⁹¹

⁷⁸⁸ Como ilustra Pontes de Miranda, em alusão a juristas portugueses, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 259.

⁷⁸⁹ As mudanças legislativas foram reconhecidamente inspiradas nas sugestões de Diogo Rezende de Almeida, surgidas do aprofundado estudo de sua dissertação de mestrado (ALMEIDA, Diogo Rezende de. *A prova pericial no processo civil. O controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 168-175).

⁷⁹⁰ Conforme o art. 464 do CPC/2015, “a prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação”.

⁷⁹¹ “Art. 33. A petição inicial do procedimento conterà: [...]”

Podem-se aventar diferentes espécies de sistemáticas para a escolha do perito. Em primeiro lugar, tal como previsto em sede judicial, há a possibilidade de que as partes concordem com a nomeação de um perito.⁷⁹² Nessa hipótese, parece-nos que deve ser dispensada a participação de assistentes técnicos,⁷⁹³ despidendo ante o consenso das partes e desaconselhável por avolumar de forma inconveniente as despesas para a produção da prova.

Na falta de acordo, pode-se estipular que caiba a cada uma das partes indicar um perito de sua confiança, a fim de que elaborem, cada um, o seu respectivo laudo; ou, o que parece mais eficiente, por gerar um único produto, a lei ou a convenção podem dispor de um rito para a escolha do perito, à semelhança daquele que a Lei de Mediação estabelece para a eleição do mediador. Assim, caberá ao requerente propor cinco nomes de profissionais com *expertise* na área do litígio, que constem do cadastro de peritos do tribunal ou sejam vinculados a instituições renomadas. O oponente poderá optar por qualquer um dos cinco ou, caso não escolha nenhum deles, considerar-se-á aceito o primeiro da lista. O fato de o novo CPC prever requisitos para o cadastro de peritos⁷⁹⁴ enrobustece a legitimidade desse modelo, autorizando o aproveitamento da prova em juízo. Outra possibilidade é a previsão de que, sem prévia objeção à relação de *experts*

IV – o pedido de autorização do requerido de que sejam submetidos a exame pericial por pessoas habilitadas documentos, pessoas, coisas, locais e arquivos que se encontrem sob o seu domínio, com a indicação de perito da confiança do requerente e o pedido de indicação de perito de confiança do requerido ou a concordância com a escolha de perito comum” (GRECO, Leonardo (Coord.). A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro – anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, cit., p. 503).

⁷⁹² Paula Bezerra de Menezes ressalta a curiosidade de que a pressão pelo sistema de perito único no Brasil, consagrada pelo CPC/2015, tenha vindo do setor empresarial, visando à resolução de conflitos mais complexos, quando na Inglaterra essa possibilidade é justamente afastada nas causas de maior valor e complexidade (MENEZES, Paula Bezerra de. *Novos rumos da prova pericial*. Rio de Janeiro: Letras, 2014, p. 152).

⁷⁹³ A proposta distancia-se, assim, da perícia judicial consensual, na qual é prevista a indicação de assistentes técnicos, por cada uma das partes, para acompanhar a realização da perícia, nos termos do art. 471 do CPC/2015.

⁷⁹⁴ “Art. 156. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.

§ 1.º Os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado.

§ 2.º Para formação do cadastro, os tribunais devem realizar consulta pública, por meio de divulgação na rede mundial de computadores ou em jornais de grande circulação, além de consulta direta a universidades, a conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil, para a indicação de profissionais ou de órgãos técnicos interessados.

§ 3.º Os tribunais realizarão avaliações e reavaliações periódicas para manutenção do cadastro, considerando a formação profissional, a atualização do conhecimento e a experiência dos peritos interessados.”

apresentada na fase prévia, a parte não possa pugnar pela produção de prova pericial em processo judicial subsequente, como existe em alguns protocolos ingleses.

Os laudos periciais produzidos no formato extrajudicial poderão ser trasladados para o processo judicial, com a ressalva de que, assim como ocorre com os demais tipos de prova, não se pode retirar do julgador o poder de vir a determinar uma nova perícia por um *expert* por ele indicado, conforme o sistema de perito único encampado pela lei processual civil, desde que motive a sua decisão. De acordo com o art. 464 do CPC/2015, o juiz indeferirá a perícia, entre outras hipóteses, quando desnecessária em virtude de outras provas produzidas.⁷⁹⁵ É verdade que o art. 427 do Código anterior já previa a possibilidade de o juiz dispensar a produção da prova pericial quando as partes apresentassem pareceres técnicos e que, na prática, os juízes não o faziam, determinando a realização de perícia mesmo quando anexados pareceres aos autos pelos litigantes. Isso acontecia, porém, pelo fato de os juízes confiarem exclusivamente nos profissionais por eles nomeados,⁷⁹⁶ cuja circunstância será certamente amenizada com o advento do cadastro de peritos dos tribunais, que os sujeita a uma escolha mais criteriosa e uniforme.

5.3.5 Sanções e incentivos

Um dos principais desafios de conceber uma fase prévia ao processo é a de garantir que as partes atuem de forma ética, cumprindo as normas de conduta previstas nos protocolos. Para esse fim de moldar o comportamento adequado dos litigantes antes do ajuizamento de uma ação judicial, demonstrou-se imprescindível o estabelecimento de um sistema de incentivos e de sanções, estas mais eficazes dentro de um curto prazo.⁷⁹⁷

⁷⁹⁵ Art. 464, § 1.º, II, do CPC/2015.

⁷⁹⁶ Como também reconhece ALMEIDA, Diogo Rezende de. *A prova pericial no processo civil*. O controle da ciência e a escolha do perito, cit., p. 55.

⁷⁹⁷ Lamentando a inexistência, no CPC/2105, de sanção expressa para o caso de descumprimento do dever de colaboração, Marcio Carvalho Faria pontua que, “tratando-se de regra sem sanção específica, sua aplicabilidade prática, quer sob o aspecto preventivo, quer sob o aspecto repressivo, certamente se mostrará capenga, porquanto servirá, no máximo, como um dever moral que, se descumprido, dificilmente acarretará prejuízos sensíveis ao litigante ímprobo” (FARIA, Márcio Carvalho. A lealdade processual, o projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro e a experiência portuguesa. *Revista de Processo*, v. 230, p. 380 e ss., abr. 2014).

De modo geral, o combate à incorreção da conduta das partes é uma antiga preocupação do legislador,⁷⁹⁸ que por isso sempre cuidou de carrear consequências funestas para a falta do cumprimento de seus deveres e obrigações processuais. Também no caso dos protocolos, situa-se no processo o arsenal normativo para o combate ao seu desatendimento. Antonio Cabral destaca a importância da atuação do processo e do Judiciário, na missão educativa da sociedade, como “superego cultural”, a estimular a internalização das condutas legais socialmente desejáveis,⁷⁹⁹ talhando novos modos de agir – os quais, como já ressaltava Barbosa Moreira, “não se assimilam de um dia para o outro”.⁸⁰⁰ As sanções têm, enfim, como um de seus principais escopos, a prevenção dos atos sancionados e a formação de uma cultura mais atenta aos valores éticos, ao dissuadir as partes de atuarem de forma abusiva, conforme destaca Michele Taruffo.⁸⁰¹

A relevância das medidas sancionatórias, aplicáveis caso as partes deixem de se submeter às orientações preliminares, exsurge claramente a partir do estudo do Direito estrangeiro. Como visto, no Japão, a inexistência de sanções à parte recalcitrante determinou o insucesso dos procedimentos prévios extrajudiciais. Já na Inglaterra a leniência na aplicação de sanções acabou por impor a revisão da sua fórmula original.

É curioso que, no ordenamento inglês, mesmo diante da constatação de que as Cortes eram benevolentes nos casos de descumprimento, ainda assim tenha havido a pretendida modificação na atitude pré-processual das partes. Pode-se cogitar de duas

⁷⁹⁸ “Visto ao ângulo dos litigantes, o processo é sem dúvida um prélio, e como tal não pode excluir o recurso à habilidade na escolha e na realização das táticas julgadas mais eficazes para a obtenção de resultado vantajoso; a isso, contudo, sobrepõem as exigências éticas e sociais inerentes à significação do processo como instrumento de função essencial do Estado” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A responsabilidade das partes por dano processual no Direito brasileiro. *Temas de direito processual*. 1.^a série. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1988. p. 16).

⁷⁹⁹ “Nem sempre se verifica a espontaneidade moral. Vimos que a conscientização dos deveres pode advir, em um primeiro momento, do medo de uma autoridade externa, obedecendo o indivíduo a norma por antever potencial punição por seu descumprimento, para somente depois, incentivado pelo superego (individual e/ou social), internalizar a autoridade, realizando uma atividade de autocensura e contendo suas ações de acordo com o que é aceito na sociedade.” Como exemplo dessa atuação, o autor cita o conhecido exemplo da Lei n.º 9.307/1997 (Código de Trânsito): após a edição da lei exigindo a proteção do cinto de segurança e a intervenção do Estado aplicando multas, consagrou-se o seu uso (CABRAL, Antônio do Passo. O processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição. *Revista de Processo*, v. 29, n. 115, p. 367-368, maio-jun. 2004).

⁸⁰⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da Justiça: alguns mitos. *Temas de direito processual*. 8.^a série. São Paulo: Saraiva, 2004. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br>>. Acesso em: 31 jan. 2016, p. 159.

⁸⁰¹ TARUFFO, Michele. L’abuso del processo: profili comparatistici. *Revista de Processo*, ano 24, v. 96, p. 164, out.-dez. 1999.

razões para o fato de o emprego dos protocolos ter sido ali profícuo, a despeito da escassez das punições.

Em primeiro lugar, verificou-se a participação dos grupos interessados na elaboração das normas específicas, a lhes conferir inegável legitimidade, o que pode ter colaborado para o seu atendimento espontâneo. Além disso, sem dúvida, houve a contribuição incisiva da própria cultura inglesa: nunca houve a necessidade de uma constituição formal; a lei, desenvolvida em resposta a circunstâncias que se alteravam, tinha fundamento em valores mútuos e em um senso comum sobre direitos e deveres;⁸⁰² e os postulados da equidade, da moral e da ética sempre ensejaram o respeito às convenções, pelo simples fato de terem sido estabelecidas há tempos e assimiladas como uma conduta correta.⁸⁰³

Contudo, não restam dúvidas de que, em outros países – como no Brasil – afigura-se indispensável um maior rigor dos tribunais em sancionar o eventual descumprimento aos protocolos, para assegurar a sua efetiva consagração.

Ao perquirir-se acerca da natureza das condutas atribuídas às partes nos procedimentos prévios extrajudiciais, descortinam-se situações jurídicas ativas e passivas, as últimas correspondentes, em geral, a ônus, porque impostas para o bem do próprio titular, ou (em menor parte dos casos) a deveres, que limitam a liberdade do litigante de atuar ou de omitir-se conforme a sua vontade e interessam mais ao oponente e à Justiça do que ao próprio sujeito a que dirigidos.⁸⁰⁴

Independentemente de sua natureza, porém, o descumprimento das normas pode sujeitar a parte faltosa a sanções tanto processuais quanto econômicas.⁸⁰⁵ O desatendimento aos protocolos inclui o não cumprimento (ou o retardamento injustificado) dos atos que incumbem a cada parte, como a falta da notificação inicial, a

⁸⁰² Ainda que nas últimas décadas essa realidade tenha se transformado um pouco, por conta do volume de imigrantes e da reunião de diferentes culturas no país (OAKLAND, John. *British Civilization: an introduction*, cit., p. 11).

⁸⁰³ Não se pode ignorar também a contribuição essencial dos advogados, que dimensionam os riscos das demandas e agem com racionalidade e boa-fé. Nicolò Trocker já afirmava, a respeito das reformas processuais no continente europeu, que “não se pode pensar em melhorar a qualidade da justiça sem o empenho de seus protagonistas” (TROCKER, Nicolò. *La formazione del diritto processuale europeo*, cit., p. 210).

⁸⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 255.

⁸⁰⁵ Na análise do ônus processual, Michele Taruffo afirma que o seu descumprimento pode ser sancionado com consequências diversas, incluindo, conforme o caso, a nulidade do ato, a preclusão ou a sucumbência, por exemplo (TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. XI, Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br>>. Acesso em: 31 jan. 2016, p. 423).

falha na exposição adequada dos fatos e do pedido, a ausência de indicação dos documentos em que se baseiam e de convite para tentativa de resolução consensual; a recusa injustificada desse convite pelo requerido; a ausência de resposta ou a elaboração de resposta evasiva, sem indicar os documentos em que se baseia; a não disponibilização de um documento cuja *disclosure* foi requerida, entre muitas outras possibilidades, a depender das regras de cada protocolo.

À luz das lições inglesas, porém, convém que se leve em conta, quando da aplicação de qualquer sanção, a obediência geral aos princípios básicos dos protocolos antecedentes à ação, e não o estrito cumprimento de todas as formalidades técnicas.⁸⁰⁶ Nesse particular, será inevitável conceder ao Judiciário alguma margem de discricionariedade para julgar a proporcionalidade das medidas prévias. O princípio da adequação, a que já se aludiu anteriormente, reforça a necessidade de uma justiça mais individualizada e adaptada a cada caso.

Constatado o descumprimento significativo das normas protocolares, o que revela a ofensa ao dever geral de boa-fé, caberá o emprego das ferramentas jurídico-processuais para a sua penalização, dentro do processo judicial que venha a ser instaurado para resolução da lide. Não parece razoável prever o recurso imediato aos tribunais para compelir o oponente, genericamente, ao atendimento de um protocolo, mas tão somente para a produção de prova específica, hipótese em que serão utilizáveis os mecanismos já dispostos na lei processual civil para a sua realização antecipada.

É de se notar, por fim, que a obrigatoriedade dos protocolos não deve se estender indiscriminadamente a todos os casos. Embora passível de incidir previamente a procedimentos especiais, processos de rito sumaríssimo, ações coletivas e litígios envolvendo entes públicos, por exemplo, deve admitir-se que a parte ingresse diretamente na justiça, sem atender às exigências protocolares, quando necessária a concessão de medida de urgência e quando o procedimento legal for imprescindível à obtenção da tutela pretendida, como acontece nos casos de recuperação judicial, falência ou interdição.

⁸⁰⁶ Os critérios, conforme se expôs anteriormente, são os seguintes: a extensão em que foram atendidas as obrigações; a proporcionalidade do descumprimento, em comparação ao tamanho e importância da matéria em discussão; a urgência da questão; e os efeitos totais do descumprimento.

5.3.5.1 Inadmissão da petição inicial

A primeira sanção de que se poderia cogitar é o indeferimento da inicial em razão da falta de interesse processual do autor (art. 330, II, CPC/2015), sempre que não fosse instaurado o procedimento prévio, sem motivo justificado e fora das exceções legais, ou o fosse feito em desacordo com as normas protocolares.

Constatou-se que a interpretação adequada do interesse de agir respalda e comporta a introdução de uma fase pré-processual impositiva, ao compreender a exigência de que as partes tenham exaurido as possibilidades de resolução do litígio antes de ir a júízo. Nesse contexto, haveria fundamentos lógicos e coerentes para reconhecer a possibilidade de tolhimento do direito de ação em função do descumprimento injustificado de um protocolo.

No entanto, o CPC/2015 acomoda um princípio implícito de prevalência de julgamento do mérito,⁸⁰⁷ extraído não apenas do seu art. 4.º, que garante o direito à solução integral do mérito, como de diversos outros dispositivos, a exemplo do art. 139, IX, que fixa o dever de o juiz determinar o suprimento dos pressupostos processuais e de outros vícios processuais; o art. 317, segundo o qual, antes de prolatar decisão sem resolução de mérito, o juiz deve conceder prazo à parte para que corrija o vício; o art. 321, que impõe ao juiz que permita ao autor emendar ou completar a inicial antes de indeferir-la; e o art. 282, § 2.º, que determina seja relevado vício processual quando for possível o mérito a favor da parte a quem aproveitaria a declaração de sua nulidade. A extinção de processo sem julgamento de mérito, no novo modelo de processo civil, deve ser, portanto, a derradeira opção.

Conforme estudado, no sistema inglês, não se extingue o processo sem julgamento de mérito por falta de atendimento ao protocolo. O *striking out* somente se justifica em caso de efetivo prejuízo para o processo; nos demais casos, dá-se preferência à aplicação de sanções mais brandas, ou à concessão de novas oportunidades para que se atendam as prescrições legais, “sob pena de *strike out*”. Restou evidente que os tribunais são relutantes em rejeitar as ações para evitar incorrer em qualquer tipo de privação ao direito de acesso à justiça, consubstanciado no art. 6.º da Convenção Europeia.

⁸⁰⁷ No mesmo sentido, DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 136.

Ainda que o aspecto da “necessidade” da ação judicial, integrante do interesse de agir, justifique o esgotamento de outros meios para solucionar a controvérsia, a ausência dessa condição da ação não deve determinar inexoravelmente a extinção do processo sem julgamento de mérito. Daí por que, em vez de determinar *ipso facto* o indeferimento da petição inicial, a falta do cumprimento do protocolo deve resultar na concessão de prazo pelo juiz para que a parte o cumpra, suspendendo-se o processo logo em seguida à sua instauração.⁸⁰⁸ Isso pode ocorrer, inclusive, nos casos em que tenha sido ajuizada diretamente a ação judicial por força da necessidade de obtenção de medida de urgência; decidida a questão premente, o processo poderá ser igualmente suspenso para o cumprimento do protocolo. Essa alternativa não vilipendia o ordenamento processual brasileiro: basta lembrar que, de forma análoga, o art. 23 da Lei de Mediação prevê a possibilidade de as partes se comprometerem a não iniciar procedimento judicial ou arbitral por determinado prazo ou até o implemento de determinada condição, hipótese em que, instaurado o processo por uma das partes, o juiz ou o árbitro (conforme o caso) suspenderá o seu curso pelo prazo previamente acordado ou até o implemento da condição acordada.

A inadmissão sumária deve restringir-se, enfim, aos casos em que a ação judicial for claramente infundada ou abusiva, dado o cuidado que se impõe com a restrição ao direito de acesso à justiça.⁸⁰⁹

5.3.5.2 Preclusão e boa-fé

Sabe-se que a preclusão é a perda de uma posição jurídica processual de que dispunha a parte, que pode decorrer do decurso do tempo (preclusão temporal), da incompatibilidade com atividade já realizada (preclusão lógica) ou pelo fato de a situação processual já ter sido praticada (preclusão consumativa).⁸¹⁰ O fenômeno preclusivo pode ser explicado, portanto, pela existência de um ônus de cumprir um

⁸⁰⁸ Nesse sentido, o CPC/2015, em seu art. 694, prevê que nas ações de família “todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia” e que o processo judicial pode ser suspenso, a requerimento das partes, para que as partes se submetam à mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

⁸⁰⁹ TROCKER, Nicolò. *La formazione del diritto processuale europeo*, cit., p. 240.

⁸¹⁰ Com base na definição e nas classificações de preclusão dadas por Chiovenda, que permanecem atuais (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1945. v. 1, p. 220).

determinado ato no prazo.⁸¹¹ Embora os atos de alegação sejam os mais idôneos a ficarem sujeitos à preclusão, ela atua também, ainda que com menor intensidade, em relação a outros tipos de ato, como os probatórios.⁸¹²

É forçoso reconhecer que a preclusão atua dentro de um processo concreto,⁸¹³ promovendo o seu avanço ordenado e garantindo, ao final, a proteção à tutela jurisdicional efetiva.⁸¹⁴ Nesse contexto, a princípio, os efeitos da preclusão não seriam capazes de atingir os atos cujo ônus fosse atribuído às partes por meio dos protocolos.

Vejamos, *ad exemplum*, duas situações hipotéticas. Em um primeiro cenário, uma das partes é instada, na fase pré-processual, a apresentar um determinado documento, e não o faz. Caso instaurado um processo judicial, ela estará livre para trazer aos autos aquele mesmo documento que deveria ter exibido. Não é possível afirmar que, no tocante a esse ato, se operaria a preclusão temporal, nem, portanto, reputar inadmissível a sua apresentação.

Imagine-se, em uma segunda situação, que o autor ingresse em juízo após o cumprimento de um protocolo, pugnando pela realização de uma perícia judicial, embora, na fase antecedente, tenha sido feita uma perícia consensual, cujo resultado foi favorável ao seu oponente. Tampouco nesse caso aplicar-se-ia a preclusão consumativa para fins de afastar peremptoriamente o direito à produção da prova pelo autor.

Os exemplos citados ilustram casos em que o comportamento da parte poderá ser enfrentado mediante a aplicação de outros tipos de sanções, materiais – como a

⁸¹¹ Joaquín Silguero Estagnan não vê a preclusão como uma sanção, senão como limitação das faculdades das partes, justificada na realidade desfavorável do processo (princípios da bilateralidade, contradição e igualdade de armas processuais) (ESTAGNAN, Joaquín Silguero. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. Navarra: Civitas, 2009. p. 87).

⁸¹² ESTAGNAN, Joaquín Silguero. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*, cit., p. 12. Sobre a escala de flexibilidade da preclusão, o autor explica que ela varia segundo as fases do processo: “Así, es diversa la intensidad de la preclusión que se produce en la fase de alegaciones respecto de los hechos que sirven de base a la demanda y a las excepciones, de la que se produce en la fase de fijación de los hechos en función de las modificaciones de la demanda y de la excepciones ya propuestas y, de aquélla, mucho más flexible, que encontraremos en la fase probatoria” (p. 73).

⁸¹³ GARCIA, Enrique Vallines. *La preclusion en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2004. p. 65.

⁸¹⁴ ESTAGNAN, Joaquín Silguero. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*, cit., p. 79. No entanto, Antonio do Passo Cabral, com arrimo na doutrina alemã, assevera ser possível pensar em preclusões decorrentes de condutas pré-processuais, bem como em eficácia extraprocessual da preclusão, abrangendo atos praticados após o término do processo, já que as preclusões, em seu entender, representam regras de comportamento para as partes e para o juiz. “Assim, qualquer estabilidade, tanto a preclusão como a coisa julgada, formal ou material, todas podem ter eficácias intra e extraprocessual. O locus onde os efeitos produzir-se-ão não tem relação com a espécie de estabilidade; poderá ter até alguma repercussão no exame da necessidade de manutenção do ato estável, mas não pode ser parâmetro para definir e classificar as estabilidades” (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2014. p. 286).

sujeição do agente à multa por litigância de má-fé – ou processuais. Neste último caso, há, por exemplo, a possibilidade de o juiz impedir a prática de um determinado ato ou desconsiderar os seus efeitos quando mostrar-se incompatível com a conduta pré-processual mediante a aplicação do princípio da boa-fé, que inclui, entre os seus deveres acessórios, conforme já mencionado, o da proibição de comportamento contraditório.⁸¹⁵

É admissível, porém, no caso de protocolo convencional, que o pacto contemple uma fórmula de preclusão, com a indicação de limites temporais dentro dos quais as partes podem produzir determinadas provas e o estabelecimento da proibição de as produzirem novamente em sede processual, na eventualidade do ajuizamento de uma ação. Também o protocolo legal pode estatuir que aquele que deixou de requerer, rejeitou ou impediu a produção de uma determinada prova não poderá produzi-la em processo posterior. O efeito da preclusão, nesses casos, será a inadmissibilidade do ato processual.⁸¹⁶

Parece-nos, inclusive, recomendável que a lei processual civil seja alterada para prever a preclusão a respeito das alegações e provas já produzidas em sede extrajudicial, o que, a par de concretizar o dever de cooperação e boa-fé, incentivaria a formulação oportuna de alegações e produção de provas, contribuiria para a previsibilidade e a segurança jurídica e para o desenvolvimento idôneo e sem dilações indevidas do processo.

5.3.5.3 Valoração da conduta pré-processual

Outra possibilidade de punição ao descumprimento dos protocolos concerne à valoração da conduta pré-processual das partes para fins probatórios.

Conquanto não haja, no Direito brasileiro, nenhuma regra expressa a respeito da valoração do comportamento processual, Eduardo Cambi defende – com base na regra aberta de que todos os meios legais e moralmente legítimos são hábeis a provar a

⁸¹⁵ A vedação ao *venire contra factum proprium*, que atua tanto no plano do direito material quanto do processual, supõe: (i) a existência de dois atos sucessivos no tempo praticados pelo mesmo agente; (ii) a incompatibilidade da segunda conduta com a primeira; (iii) a verificação de uma legítima confiança na preservação da primeira conduta; e (iv) a quebra da confiança pelo comportamento contraditório (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 156).

⁸¹⁶ Afinal, “a inadmissibilidade é efeito da preclusão, seja em que modalidade for” (SICA, Heitor Vítor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 159).

verdade dos fatos⁸¹⁷ – que a atuação das partes em juízo possuiria conteúdo probatório, podendo ser admitida como prova atípica ou indiciária, na formação do convencimento do julgador.⁸¹⁸ Na Inglaterra, em sentido análogo, podem-se extrair inferências fáticas contrárias à parte que falha em cumprir um protocolo; os princípios do American Law Institute/Unidroit igualmente reconhecem essa espécie branda de punição.

Embora nos pareça equivocada a afirmação de que o comportamento das partes possa constituir um elemento de convicção ou meio de prova, passível de valoração pelo juiz em desfavor da parte faltosa, é inegável que a conduta processual, em certas hipóteses, é capaz de acionar a dinâmica do ônus da prova. Por exemplo, quando se atribui ao réu o ônus de contestar a demanda, sob pena de presunção de veracidade dos fatos articulados na inicial, não se está a emprestar efeitos probatórios diretos à eventual conduta omissiva do réu. Contudo, está-se a aplicar uma presunção legal relativa,⁸¹⁹ que acarreta a inversão do ônus de prova.⁸²⁰ É o que se dá, por exemplo, no ordenamento norte-americano, quando desatendida uma ordem de *discovery*, cuja falta provoca a presunção de veracidade dos fatos que se pretendia investigar.

De acordo com o CPC/2015, é possível as partes convencionarem a respeito da distribuição do ônus da prova,⁸²¹ salvo quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do seu direito (art. 372, § 3.º).

Desse modo, parece perfeitamente possível que a lei ou as partes – estas por convenção – estabeleçam uma presunção relativa de veracidade dos fatos caso um dos litigantes seja omissivo em seus deveres de conduta pré-processual. O conhecimento das partes de que comportando-se de certa maneira se sujeitam a um determinado risco

⁸¹⁷ Art. 332 do CPC/1973, análogo ao art. 369 do CPC/2015.

⁸¹⁸ “Valorar a conduta processual das partes consiste na possibilidade que tem o julgador de extrair argumentos ou indícios probatórios do conjunto de comportamentos – ativos ou omissivos – apresentados pelos litigantes, durante a tramitação do processo, especialmente na hipótese de as provas produzidas serem insuficientes para adequada reconstrução dos fatos juridicamente relevantes” (CAMBI, Eduardo. Caráter probatório da conduta (processual) das partes. *Revista de Processo*, v. 201, p. 59, nov. 2011).

⁸¹⁹ A respeito da presunção legal relativa, Luigi Paolo Comoglio et al. ressaltam que o mecanismo “introducono una relevatio ab onere probandi in favore dela parte che alega il fato presunto, poiché tale parte non è tenuta a provarlo, e atribuiscono all’altra parte l’onere di provare al contrario” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, 5. ed., cit., p. 482).

⁸²⁰ “Las presunciones legales no configuran medios probatorios, sino reglas jurídicas substanciales que gravitan, en el proceso, sobre la carga de la prueba, sea por la inversión o la exención de la correspondiente actividad” (PALACIO, Lino E. *Manual de derecho procesal civil*. 16. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001. p. 510). Em sentido contrário, FAURE, Miryam T. Balestro. Valoración judicial de la conducta procesal. In: PEYRANO, Jorge W.; ACOSTA, Daniel Fernando (Coord.). *Valoración judicial de la conducta procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 34.

⁸²¹ Alteram-se, nesse caso, as regras legais de que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 372 do CPC/2015).

certamente induzir-lhes-á a considerar se pretendem assumi-lo ou não, antes de agir de uma forma ou de outra.

A instituição, nesses moldes, de uma presunção relativa é bastante interessante porque não cria um dever imposto à parte independentemente de sua vontade, mas apenas coloca, diante dessa vontade, no momento da sua formação, um estímulo em razão do qual pode ocorrer que a parte se convença de que lhe é mais proveitoso atuar de boa-fé no procedimento prévio, do que se furtar a obedecer às normas de um protocolo.

5.3.5.4 Tutela da evidência

Não sobram dúvidas de que o desatendimento de um protocolo traduz-se em abuso de direito, isto é, no “exercício inadmissível ou ilegítimo de posições jurídicas quando elas se apresentam no caso concreto como contrárias aos vectores do sistema, assente na concretização da boa-fé”.⁸²² A natureza do abuso de direito é eminentemente objetiva e independe da consciência de quem comete o ato abusivo, bastando o comportamento em si mesmo.⁸²³

Além de sancionar o exercício abusivo de direito com pena pecuniária, a lei processual civil brasileira admite também, de forma análoga ao que já previa o art. 273, II, CPC/1973, a concessão da tutela provisória de evidência, que independe da demonstração do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, e é cabível quando “caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte” (art. 311, I, do CPC/2015).⁸²⁴ Trata-se, portanto, de uma tutela de

⁸²² ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé*. Abuso de direito e responsabilidade civil em razão de actos praticados no processo. Coimbra: Almedina, 2006. p. 89.

⁸²³ “Dito de outra maneira: o abuso de direito não está dependente nem da existência nem de culpa do agente nem de qualquer outro elemento subjetivo, embora a presença ou ausência de qualquer desses elementos possa contribuir para a definição das consequências do abuso” ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé*, cit., p. 92. No mesmo sentido, de que é irrelevante a intenção do agente para a caracterização do ato abusivo: “L’atto abusivo, nel contesto che a noi interessa, si traduce nell’esercizio di una prerogativa processuale che travalica l’interesse per il quale è stata riconosciuta ed in questo senso si pone come anti-giuridico” (GHRIGA, Maria Francisca. *Abuso del processo e sanzioni*. Milano: Giuffrè, 2012. p. 31-32).

⁸²⁴ A solução do Direito brasileiro, de atribuir à tutela da evidência a natureza de uma sanção contra atitude ilícita do réu, surpreendeu Paula Costa e Silva, por ser inédita nos ordenamentos estrangeiros e por ter a peculiaridade de pressupor um juízo de mérito, não definitivo e sujeito à modificação e revogação quando da realização da cognição exauriente (COSTA E SILVA, Paula. *Litigância de má fé*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 316-317).

natureza claramente punitiva,⁸²⁵ que atua como sanção à litigância de má-fé do réu, de cuja conduta exsurge a probabilidade ou a evidência do direito.⁸²⁶ É de se pontuar que a concessão da tutela da evidência, por se tratar de sanção processual, é perfeitamente cumulável com a imposição de multa por litigância de má-fé,⁸²⁷ de natureza pecuniária. Além disso, considerando-se que as penalidades financeiras podem ser irrelevantes aos muito ricos ou ineficazes aos muito pobres,⁸²⁸ a sanção processual é sem dúvida mais eficiente do que a pecuniária.⁸²⁹

De acordo com as posições doutrinárias dominantes ainda sob a égide do CPC/1973, distinguem-se as hipóteses legais passíveis de ensejar a tutela da evidência,⁸³⁰ reputando-se “abuso do direito de defesa” os atos eminentemente processuais, e “protelatórios” aqueles praticados fora do processo, mas com ele relacionados, como a ocultação de uma prova ou o não atendimento de uma

⁸²⁵ De acordo com José Roberto dos Santos Bedaque, a postura incorreta do autor autoriza essa solução provisória, que tem o fim de punir ilícito processual (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 326). Bedaque, porém, limita a utilização dessa modalidade de antecipação de tutela, ao asseverar que, na prática, seria “normalmente concedida na sentença, apenas para retirar o efeito suspensivo de eventual apelação” (p. 330).

⁸²⁶ “É pura ou punitiva a antecipação que visa a reprimir o uso do processo de forma maliciosa pelo réu, que abusa de seu direito de defesa ou pratica atos nitidamente protelatórios. A tutela pura é a que protege o direito evidente, e quanto mais evidente mais nítido o abuso do direito de defesa perpetrado pelo réu (BERTOLDI, Marcelo M. *Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: RT, 1997. p. 312-313).

⁸²⁷ Em sentido análogo, BERTOLDI, Marcelo M. *Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu*, cit., p. 321; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Tutela antecipada sancionatória*. *Revista Dialética de Direito Processual – RDDP*, n. 43, p. 19-20, out. 2006; COSTA E SILVA, Paula, *Litigância de má fé*, cit., p. 632-633.

⁸²⁸ Como já afirmou José Carlos Barbosa Moreira, “sanções pecuniárias têm sempre algo de odioso, porque discriminatórias em razão da fortuna: são irrelevantes para os muito ricos, que não se incomodam de pagar, e ineficazes para os muito pobres, que não têm mesmo como fazê-lo, golpeando apenas, de modo significativo, as classes médias” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Algumas inovações da Lei n.º 9.576 em matéria de recursos civis*. *Temas de direito processual*. 7.ª série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 81).

⁸²⁹ Com o mesmo entendimento, CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 34.

⁸³⁰ “Se a própria lei, de maneira expressa, previu duas formas de conduta reprovável do sujeito passivo da ação, é porque, certamente, existem distinções entre elas. [...] Por ‘abuso de direito de defesa’ se deve entender o exercício exorbitante do direito de contestar, enquanto que por ‘propósito protelatório do réu’ se deve identificar quaisquer outros atos, não pertencentes à contestação, mas que revelam o intuito de tão só retardar o desfecho do processo” (COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Tutela antecipada*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 422). Há quem não vislumbre grande distinção entre o abuso de direito de defesa e o manifesto propósito protelatório, entendendo que o segundo estaria contido no primeiro: “Ora, se nos termos do art. 17 do CPC reputa-se litigante de má-fé, dentre outros, aquele que deduz defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (item I), nada mais lógico do que antecipar a tutela se o réu abusa do seu direito de defesa ou se defende com propósito manifestamente protelatório. Aliás, a segunda hipótese, de rigor, contém-se na primeira” (FRIEDE, Reis. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar* (à luz da denominada Reforma do Código de Processo Civil). 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 67-69).

diligência.⁸³¹ Parte da doutrina já destacava, inclusive, a possibilidade de concessão da tutela da evidência com base no comportamento do réu em fase anterior à instauração do processo.⁸³²

Parece-nos que tanto a ideia do abuso de direito de defesa, esta entendida em uma concepção mais genérica, quanto a fórmula do manifesto propósito protelatório são capazes de abarcar a conduta pré-processual do réu, para fins de concessão da tutela de evidência. Se o réu, quando notificado em um procedimento protocolar, deixa de cumprir as obrigações que lhe incumbem, ficará sujeito à outorga da tutela da evidência em favor do autor. Há de ser feita a ressalva de que, nesses casos, não se admite concessão liminar da tutela *inaudita altera parte* de modo que o réu terá a relevante oportunidade de demonstrar que cumpriu o protocolo, ao contrário do afirmado pelo autor, ou que deixou de fazê-lo por razão justificada.

Note-se que não há sequer necessidade de que o comportamento do réu importe em efetivo retardo no processo, bastando a postergação injusta da satisfação do direito.⁸³³ O intuito protelatório afigura-se implícito, enfim, em qualquer ato injustificado e ofensivo à boa-fé.

Nesses moldes, a tutela da evidência opera não apenas como uma consequência negativa à parte desobediente, mas também como uma verdadeira recompensa àquele que atendeu às prescrições protocolares antes de acudir ao Judiciário.

⁸³¹ Especialmente em torno de atos extraprocessuais é que se pode falar em caracterização do “manifesto propósito protelatório do réu” (ZAVASCKI, Teori. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 153-154). No mesmo sentido, Humberto Theodoro Junior assevera que “o abuso do direito de defesa tanto pode ocorrer na contestação quanto em atos anteriores à propositura da ação, como notificações, interpelações, protestos e trocas de correspondência entre os litigantes” (THEODORO JR., Humberto. Tutela antecipada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: RT, 1997. p. 196). E ainda: “o abuso de direito poderá ser percebido ainda antes da contestação, como no caso de se comprovar que o réu já fora notificado para cumprir uma obrigação, sem que a tenha cumprido ou ter apresentado justificativas persuasivas” (MILANI, Daniela Jorge. Tutela de evidência: Justiça em tempo hábil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 59, p. 96, mar.-abr. 2014). Em sentido contrário, para Reis Friede, o ato protelatório ou abusivo só pode ocorrer após a instauração do processo e em seu curso (*Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*, cit., p. 67-69).

⁸³² Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes afirma que a hipótese pode ocorrer “quando a conduta extraprocessual do demandado, pretérita à instauração do processo ou concomitante a ele, evidencie o intuito de protelar a satisfação de um direito claramente existente”. Exemplifica o autor: “Caso, anteriormente à instauração do processo, o demandado recuse-se de forma injustificada a cumprir sua obrigação, circunstância devidamente constatada por correspondências ou notificações trocadas entre as partes é plenamente possível pedir desde a propositura da demanda a concessão de tutela antecipada sancionatória, fundada no manifesto propósito protelatório do réu” (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 124-126).

⁸³³ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória*, cit., p. 124.

5.3.5.5 Sanções financeiras

O CPC/2015, à semelhança da sistemática existente na legislação anterior, institui diversos tipos de multas pecuniárias aplicáveis às partes.

A multa por ato atentatório à dignidade da justiça é cabível nos casos em que a parte deixe de cumprir decisão judicial ou crie embaraço à sua efetivação,⁸³⁴ pratique inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso,⁸³⁵ não compareça à audiência de conciliação ou mediação;⁸³⁶ em que o executado fraude a execução, a ela se oponha maliciosamente, dificulte ou embarace a realização da penhora, resista às ordens judiciais, não indique ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os seus respectivos valores, não exiba prova de sua propriedade e certidão negativa de ônus;⁸³⁷ e no caso de depositário infiel.⁸³⁸ O seu valor é fixado em até vinte por cento do valor da causa e revertido em proveito do exequente, sem prejuízo da incidência de outras sanções de natureza processual ou material.⁸³⁹

Já a multa por litigância de má-fé incide nas hipóteses em que a parte deduza pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, altere a verdade dos fatos, use do processo para conseguir objetivo ilegal, oponha resistência injustificada ao andamento do processo; proceda de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, provoque incidente manifestamente infundado, interponha recurso manifestamente protelatório;⁸⁴⁰ em que autor e réu se sirvam do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim ilícito;⁸⁴¹ em que o executado descumpra injustificadamente ordem judicial;⁸⁴² em que o autor proponha indevidamente proposta ação monitória ou em que o réu oponha maliciosamente embargos à monitória.⁸⁴³ O seu valor deve ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da

⁸³⁴ Art. 77, IV, do CPC/2015.

⁸³⁵ Art. 77, VI, do CPC/2015.

⁸³⁶ Art. 334, § 8.º, do CPC/2015.

⁸³⁷ Art. 774 do CPC/2015.

⁸³⁸ Art. 161, parágrafo único, do CPC/2015.

⁸³⁹ Nos termos do art. 777 do CPC/2015, “a cobrança de multas ou de indenizações decorrentes de litigância de má-fé ou de prática de ato atentatório à dignidade da justiça será promovida nos próprios autos do processo”.

⁸⁴⁰ Art. 80 do CPC/2015.

⁸⁴¹ Art. 142 do CPC/2015.

⁸⁴² Art. 536, § 3.º, do CPC/2015.

⁸⁴³ Art. 702, §§ 10 e 11, do CPC/2015.

causa,⁸⁴⁴ revertendo-se em benefício da parte contrária.⁸⁴⁵ O litigante de má-fé responde também por perdas e danos⁸⁴⁶ e deve arcar com os honorários advocatícios e com as despesas processuais do oponente.⁸⁴⁷

O código prevê, ainda, outras espécies de multas punitivas específicas, como a de cinco salários mínimos, revertida em benefício do citando, quando a parte requeira dolosamente a citação por edital;⁸⁴⁸ de cinco por cento sobre o valor da causa, quando a rescisória seja declarada inadmissível ou improcedente;⁸⁴⁹ de um a cinco por cento sobre o valor da causa, quando o agravo interno seja declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime pelo colegiado;⁸⁵⁰ e de até dois por cento⁸⁵¹ sobre o valor da causa quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração.⁸⁵²

Por fim, existem as multas de natureza precipuamente coercitiva, destinadas ao cumprimento de obrigações, em que se enquadram as astreintes – multas periódicas em caso de não atendimento à obrigação de fazer ou não fazer⁸⁵³ e de entregar coisa certa⁸⁵⁴ – e a multa de dez por cento sobre o valor do débito, em caso de não pagamento de condenação em quantia certa.⁸⁵⁵ Diz-se que essas são multas são “precipuamente” coercitivas porque é inegável que possuem também um caráter punitivo. Em todas as espécies de multa vislumbram-se, afinal, ambos os escopos – o de sancionar a conduta indevida e o de estimular a adoção do comportamento adequado. É curioso notar, por fim, que determinados atos podem ser objeto de diferentes tipos de multa, como o descumprimento de uma ordem judicial, que podem configurar tanto um ato atentatório à dignidade da justiça quanto de litigância de má-fé, além de ensejar a incidência de multa precipuamente coercitiva.

⁸⁴⁴ Art. 81 do CPC/2015. De acordo com o § 2.º do mesmo dispositivo, “quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário mínimo”.

⁸⁴⁵ Art. 96 do CPC/2015.

⁸⁴⁶ Art. 79 do CPC/2015.

⁸⁴⁷ Art. 81 do CPC/2015.

⁸⁴⁸ Art. 258 do CPC/2015.

⁸⁴⁹ Art. 968, II, do CPC/2015.

⁸⁵⁰ Art. 1.021, § 4.º, do CPC/2015.

⁸⁵¹ Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa deve ser elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa (art. 1.026, § 3.º).

⁸⁵² Art. 1.026, § 2.º, do CPC/2015.

⁸⁵³ Arts. 536, § 1.º, e 814 do CPC/2015.

⁸⁵⁴ Arts. 806, § 1.º, e 538 do CPC/2015.

⁸⁵⁵ Art. 523 do CPC/2015.

Embora haja um princípio geral de boa-fé no Direito brasileiro,⁸⁵⁶ tal como na maior parte dos ordenamentos de civil law,⁸⁵⁷ a tipologia dos casos de abusos de direito processual não traz expressa referência à conduta pré-processual. Nada obstante, a sistemática do art. 80 do CPC/2015, que fixa a multa por litigância de má-fé, parece ajustada ao sancionamento dos atos desleais praticados previamente ao processo.⁸⁵⁸

A litigância de má-fé está relacionada, conforme a percuciente análise de Paula Costa e Silva, aos limites da atuação processual lícita, isto é, aos “limites do exercício lícito e não censurável do direito de ação”.⁸⁵⁹ A violação do dever geral de boa-fé gera, portanto, uma conduta ilícita, punível por multa e indenizável, sendo desnecessária a comprovação de prejuízo para que haja a condenação ao pagamento de indenização.⁸⁶⁰

Vale ressaltar que a litigância de má-fé deve ser examinada a partir do comportamento da parte como um todo, e não de um ato pontual, de modo que a punição a ser estipulada variará conforme a gravidade da conduta.⁸⁶¹ Nesses moldes, é cabível a imposição de multa em percentuais variáveis, quando da prolação de sentença, independentemente do resultado da demanda, à parte que deixou de iniciar a fase prévia ou de responder ao oponente, ou o fez sem prestar as devidas informações e sem juntar os documentos necessários a embasar a versão dos fatos sustentada, retardou no oferecimento de respostas, informações e documentos etc.

⁸⁵⁶ Art. 5.º do CPC/2015; art. 113 do Código Civil.

⁸⁵⁷ TARUFFO, Michele. Abusos de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). *Revista de Processo*, ano 34, v. 177, p. 156, nov. 2009.

⁸⁵⁸ Flavio Luiz Yarshell assevera que, embora a má-fé dependa da análise de cada caso concreto, ela pode estar associada à propositura de uma demanda em desacordo com uma prova produzida antes do processo e por algum meio acessível ao demandante (YARSELL, Flavio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 82).

⁸⁵⁹ COSTA E SILVA, Paula. *A litigância de má-fé*, cit., p. 21. A autora explica que, para definir em que casos uma parte excedeu, de modo desconforme, o direito de ação, deve-se ter em mente que “este direito serve à tutela de situações jurídicas substantivas, relativamente às quais se instalou um estado de dúvida, quer porque o oponente defende posição simétrica, mas inversa, quer porque contesta a existência da posição contra ele afirmada [...]” (Idem, p. 22-23).

⁸⁶⁰ “O preenchimento das condutas descritas no art. 17 do CPC, que define os contornos fáticos da litigância de má-fé, é causa suficiente para a configuração do prejuízo à parte contrária e ao andamento processual do feito, até porque, caso prevalecesse a tese quanto à exigibilidade de comprovação do prejuízo causado pelo dano processual, isso impossibilitaria, muitas vezes, que o próprio juiz pudesse – como de fato pode – decretar a litigância de má-fé *ex officio*, na medida em que o prejuízo não estaria efetivamente comprovado nos autos. Precedentes citados: EDcl no REsp 816.512/PI, 1.ª Seção, *DJe* 16.11.2011; REsp 861.471/SP, 4.ª Turma, *DJe* 22.03.2010; REsp 872.978/PR, 2.ª Turma, *DJe* 25.10.2010” (STJ, EREsp 1.133.262/ES, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 04.08.2015).

⁸⁶¹ “[...] Regra geral, só uma análise do conjunto das intervenções da parte ou ‘um juízo global sobre a conduta processual [da parte]’ permite um juízo assertivo quanto à ilicitude e censurabilidade do seu comportamento. Em segundo lugar, a ponderação do comportamento global da parte, constitutivo de um ilícito continuado, deverá ter repercussão directa no montante da multa aplicada à parte” (COSTA E SILVA, Paula. *A litigância de má-fé*, cit., p. 590).

Uma pesquisa sobre a *rule 11* das *Federal Rules of Civil Procedure* norte-americanas, que prevê sanções em caso de ações frívolas, debruçou-se sobre a questão da efetividade das sanções econômicas, para o fim de determinar a mudança de comportamento das partes e de seus advogados.⁸⁶² Concluiu-se, a partir de um modelo econômico, que as sanções financeiras são desejáveis quando não há um custo associado a um procedimento para a sua imposição. A pesquisa aponta, assim, para a necessidade de que a multa por litigância de má-fé, mesmo em caso de conduta pré-processual, continue a ser imposta somente em sede de sentença, em eventual processo judicial subsequente, porquanto inconveniente a instauração de requerimentos judiciais satélites, prévios ao processo. A pesquisa também demonstra ser mais eficaz o uso das sanções para impedir novas condutas do que para compensar a parte adversa; no caso brasileiro, contudo, a multa por litigância de má-fé acaba por ser essencialmente compensatória, visto que revertida ao oponente.

Outro modo de encorajar os litigantes ao atendimento das normas protocolares e de punir a sua desobediência consiste no manejo dos custos processuais. Verificou-se que, na Inglaterra, há fixação de custas em bases indenizatórias, se a parte faltosa sucumbir, e a inversão do ônus de seu pagamento, se vencer.⁸⁶³ Esse expediente é reconhecido, naquele ordenamento, como a mais poderosa sanção a que ficam sujeitos os litigantes quando não cumprem um protocolo. Todavia, uma vez que são altíssimos os custos associados ao processo inglês, a aplicação dessa sanção frequentemente encarece a demanda a ponto de inviabilizá-la.

A responsabilidade processual, que determina a alocação dos custos decorrentes de um processo, pode ter como fundamento a sucumbência ou a violação de deveres processuais. A imputação de custos no Brasil é genericamente atribuída a quem

⁸⁶² As questões propostas para serem elucidadas na pesquisa foram as seguintes: (i) as sanções devem existir, já que aumentam complexidade e custos do processo?; (ii) seu montante deve se basear no propósito de compensar a outra parte ou de impedir novas ações frívolas?; (iii) se o objetivo for o segundo, o valor da multa deve ser destinado à outra parte ou ao estado?; (iv) a imposição equivocada de sanções pode desencorajar o acesso à justiça?; e (v) se não forem permitidas as sanções, quais os outros meios para se desencorajarem as ações frívolas? (POLINSKY, A. Mitchell; RUBINFELD, Daniel. Sanctioning Frivolous Suits: An Economic Analysis. *Georgetown Law Journal*, v. 82, issue 2, p. 397-436, Dec. 1993).

⁸⁶³ Os princípios transnacionais Unidroit igualmente preveem a possibilidade de mitigar a responsabilização pela íntegra das custas consoante o comportamento processual das partes ao longo do procedimento.

sucumbe.⁸⁶⁴ Esse não é, porém, o seu único fundamento, na medida em que a própria lei estabelece casos em que a parte vencida não suportará tais custos. Em outras palavras, existem situações em que, não obstante a sucumbência, não é a parte perdedora quem arcará com os custos processuais. Por exemplo, em caso de perda de objeto, os honorários advocatícios serão devidos por quem deu causa ao processo, segundo o art. 85, § 10, do CPC/2015. De acordo com a Lei de Mediação, a parte convidada que faltar à primeira reunião de mediação, em caso de cláusula contratual incompleta, fica sujeita à penalidade de “cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais, caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada”.⁸⁶⁵ Em tais casos, a parte sucumbente não suporta os custos, porque o seu comportamento não deu causa ao processo.

Ora, também a conduta pré-processual das partes concorre, como visto, para o juízo de necessidade da ação. Assim, é possível conceber que a regra de que “paga quem sucumbe” seja modificada sempre que a parte vencedora recorra desnecessariamente ao Judiciário, sem se submeter à fase prévia. Nesse caso, ainda que obtenha uma decisão de mérito favorável, a parte vencedora deverá arcar com os custos do processo, porque a parte sucumbente não deu causa à ação.⁸⁶⁶ Trata-se, como se vê, de uma sanção morfológicamente conformável ao sistema brasileiro, que pode ser prevista em um protocolo convencional ou estatuída por lei.

Por fim, o valor das despesas processuais poderia também ser reduzido quando as partes comprovassem o pleno atendimento ao protocolo pré-processual. Incentivos financeiros como esse são plenamente aceitáveis no ordenamento pátrio, haja vista, por exemplo, aquele previsto no art. 29 da Lei de Mediação, que afasta a imposição de custas judiciais finais quando solucionado o conflito antes da citação do réu.

O desconto seria justificável porque, realizada a fase prévia e cumpridos os seus objetivos, o trabalho judicial de identificar o objeto litigioso e de definir as questões controvertidas e os meios probatórios fica evidentemente facilitado. Em contrapartida,

⁸⁶⁴ Art. 82, § 2.º, do CPC/2015: “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou”; art. 85 do CPC/2015: “A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”.

⁸⁶⁵ Art. 22, § 2.º, IV, da Lei n.º 13.140, de 26.06.2015.

⁸⁶⁶ No sistema português, em que existem diversos casos de afastamento da regra de que o sucumbente é quem paga, Paula Costa e Silva infere a existência de um verdadeiro princípio geral de que paga também pelos custos quem não tinha interesse (ou necessidade) de litigar. Explica a autora que o instrumento escolhido pela lei processual para reprimir o exercício abusivo do direito de ação é o interesse processual, que permite a imputação dos custos a quem agiu abusivamente, ingressando de forma desnecessária em juízo (COSTA E SILVA, Paula. *Litigância de má-fé*, cit., p. 642-645).

se as partes deixam de obedecer às regras da fase pré-processual, o trabalho do juiz fatalmente aumenta, fundamentando o aumento de despesa. Assim, aqueles que se recusassem a iniciar o procedimento prévio ou agir de forma colaborativa em seu curso, teriam de arcar com um aumento de despesa, em função do incremento das atribuições judiciais e do maior tempo despendido pela administração da justiça – salvo, é claro, se apresentassem alguma justificativa, como no caso de urgência, quando o juiz poderia, em sede de sentença, exonerar o litigante desse pagamento.⁸⁶⁷

⁸⁶⁷ Como já exposto, nos casos de gratuidade, o Tribunal de Justiça poderia entabular um protocolo com a Defensoria Pública acerca da fase pré-processual.

CONCLUSÃO

O grave quadro de hipertrofia judiciária dos tribunais brasileiros resulta, em grande parte, da reconhecida tendência de todos os tipos de litigantes recorrerem de forma primária e direta ao Judiciário, por razões heterogêneas não solucionáveis simplesmente por alterações no processo em si e que, por isso, exigem também o trato dos fatores que lhe são externos e anteriores.

Por outro lado, embora o direito de ação seja condicionado, a presença dessas condicionantes é aferida pelos julgadores *in status assertionis*, e a interpretação da exigência do interesse de agir não requer que os litigantes tenham sequer tentado solver a controvérsia previamente. Há pouquíssimas e taxativas hipóteses em que a lei material ou processual brasileira impõe a realização de determinadas diligências antecedentes ao ajuizamento de uma ação, como no caso de requerimento prévio das instâncias administrativas em demandas que discutam a concessão de benefícios previdenciários. Daí por que se pode afirmar que, surgido o litígio, o caminho para o Judiciário é praticamente inexorável.

Tanto é assim que a prática da mediação e a conciliação, alçadas a atos processuais obrigatórios no modelo perfilhado pela nova lei processual civil, realizam-se dentro do aparato judicial. Também a produção antecipada de prova – inclusive para o convencimento próprio ou para a tentativa de acordo, hipóteses em que despicienda a demonstração da urgência – dá-se por meio do Judiciário, salvo raríssimas exceções.

Justamente a partir da identificação de tais deficiências e da evidente necessidade de enfrentamento da lide em estágio anterior ao ingresso em juízo, revela-se imprescindível a instituição de uma fase pré-processual no ordenamento pátrio.

Ao destrincharem-se as peculiaridades da fase preliminar ao processo judicial existente no direito inglês, verificou-se que são disciplinadas por protocolos pré-processuais, elaborados de forma democrática por representantes de todos os envolvidos, que preveem a correspondência entre os litigantes, a *disclosure* de documentos, a produção de provas e a adoção de um método alternativo de resolução do litígio. Há, ademais, um dever geral de as partes procederem ao intercâmbio de informações relevantes e de exaurirem as tentativas de resolução antes do ingresso em juízo. Conquanto os protocolos não consistam em uma condição prévia à propositura da

ação judicial, as partes ficam sujeitas a diversas sanções em caso de desobediência aos seus princípios básicos.

Examinaram-se também, de modo mais perfunctório e ilustrativo, as iniciativas existentes nos Estados Unidos, Alemanha, França, Itália e Japão, onde não há uma fase estruturada, tal como no direito inglês, que anteceda o ajuizamento da ação. Notou-se, de modo geral, a existência de tendências comuns a todos os ordenamentos, como a de priorizar o protagonismo das partes e de seus advogados, inclusive antes do ajuizamento de uma ação, e a de privilegiar os métodos consensuais de solução de conflitos em momento antecedente ao processo.

No ordenamento norte-americano, destacaram-se também a diversidade de mecanismos (processuais) existentes para a apuração dos fatos, as inconveniências associadas à *discovery* e as sanções instituídas para garantir o cumprimento dessas obrigações. Na Itália, sobressaíram a existência dos protocolos institucionais de natureza persuasiva, que regem o comportamento processual (e, eventualmente, pré-processual) das partes, a inédita adoção de ofertas vinculativas de acordo e as experiências da mediação e da negociação assistida obrigatórias, em uma variedade de casos, previamente à instauração do processo. Na França, mereceram maior realce o poder conferido às partes para modular o processo de modo individualizado, bem como a prática dos protocolos institucionais para a gestão coletiva de processos. Finalmente, no Japão, salientaram-se os mecanismos de investigação pré-processual.

Uma vez perquiridas as possibilidades que se extraem do estudo do direito estrangeiro, cuidou-se, em seguida, do estabelecimento das bases dogmáticas capazes de fundamentar a adoção de um estágio pré-processual no Direito brasileiro.

Em sua acepção contemporânea, a jurisdição abarca necessariamente a adoção dos métodos consensuais como meios preferenciais para a resolução dos litígios, bem como os procedimentos desjudicializados. Tais fenômenos, ao lado do advento da possibilidade de produção de provas sem o requisito da urgência, foram devidamente encampados pela nova lei processual civil brasileira e implicam a necessária superação do dogma de que a jurisdição estaria presa ao julgamento estatal, legitimando a ideia de postergar a obtenção de uma eventual resposta judicial em favor da busca por uma solução consensual.

Outrossim, o modelo processual consagrado pelo CPC/2015 foi construído a partir da influência híbrida dos paradigmas social e liberal e da recomposição dos

sistemas da *civil law* e da *common law*, em superação à antiga dicotomia entre os processos publicistas e privatistas. Esse sistema, dito cooperativo e democrático, espelha a valorização da vontade das partes e o maior equilíbrio na repartição de funções entre os sujeitos processuais. Nesse pano de fundo, não há como questionar a viabilidade e a pertinência de conceber uma fase pré-processual, de menor ou maior extensão, composta de diligências imputáveis aos litigantes que possam ser realizadas sem a necessidade de intervenção judicial, sob o prioritário manejo das próprias partes, impondo-se a participação judicial somente *a posteriori*, especialmente para o fim de aplicação de sanções àqueles que descumpram as normas prévias.

O robustecimento da atuação das partes no âmbito de uma fase preliminar ao processo também atende às exigências da justiça procedimental subjetiva, entendida como a capacidade de cada procedimento ser percebido como justo por aqueles que a ele se submetem e, por fim, tem a aptidão de remoldar a cultura demandista, ao instigar a consolidação de novas atitudes quando do surgimento de um litígio ou em face da possibilidade de seu advento.

Em contrapartida, comprovou-se ser injustificável a módica relevância conferida às condições da ação, porquanto baseada no ultrapassado pressuposto de que o monopólio da jurisdição caberia ao Estado. Uma vez que o acesso à justiça não está necessariamente vinculado à função judicial, nem ao monopólio estatal da justiça, o predicativo da necessidade não se pode considerar atendido quando a controvérsia seja ainda passível de resolução entre os litigantes. Trata-se de uma impositiva releitura do interesse de agir, diante das novas ferramentas postas à disposição das partes e do próprio aumento das hipóteses de convenções processuais.

A interpretação constitucional teleológica da lei – baseada na concepção das condições da ação como filtro para as demandas viáveis e que realmente reclamam atuação judicial, bem como do reverenciamento da solução consensual dos conflitos – aponta para que a jurisdição seja buscada somente após o fracasso inequívoco da tentativa de resolução extrajudicial. E desses axiomas exsurge a indispensabilidade de se projetar uma fase preliminar ao processo que viabilize a autocomposição e impeça a movimentação inútil do Judiciário.

A fase pré-processual advém, por fim, como uma possibilidade de incrementar o rendimento do ato postulatório inaugural, reforçando a consistência fática e probatória dos atos postulatórios iniciais. Contando com uma fase pré-processual, as partes serão

capazes de descrever com exatidão os elementos individualizados da demanda, os fatos em que fundamentam as suas alegações e de apontar, desde logo, as provas já existentes e aquelas que se pretende produzir, correlacionando-as aos fatos probandos, de modo a cumprir apropriadamente as prescrições legais atinentes aos requisitos da inicial. Garante-se, assim, a propositura fundamentada da demanda, o que contribui inequivocamente para a qualidade da prestação jurisdicional. Por mais essa razão, resta evidente a legitimidade da construção de uma fase antecedente ao processo no Direito brasileiro.

Embora a fase prévia encaixe-se em uma concepção abrangente de “processo”, as providências que a compõem não têm típica essência processual. Nada obstante, mesmo tratando-se de relação privada, são inegavelmente aplicáveis, por força da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, os princípios do devido processo legal, do contraditório, da boa-fé e da cooperação.

Pode-se cogitar de diversos tipos de protocolos como veículos para a normatização da fase prévia, de natureza judicial, convencional, institucional e legal.

A criação de normas de conduta prévia por decisão judicial envolve a fixação de medidas anteriores ao ajuizamento da ação em determinadas situações, com base no enrobustecimento do interesse de agir. São exemplos de protocolo judicial as recentes decisões dos Tribunais Superiores, que voltaram a impor ao interessado a comprovação de prévio requerimento administrativo nas demandas destinadas à obtenção de benefício previdenciário. Trata-se, porém, de uma espécie de fonte meramente acidental e que, por suas feições, é capaz de dar origem apenas a protocolos mais restritos e específicos.

Outra via factível à consecução de protocolos são as convenções entre as partes, que têm as vantagens de preservar a legitimidade e a autonomia das partes e de permitir a estruturação de um procedimento abrangente, com normas atentas às idiossincrasias do direito material em litígio. As convenções coletivas celebradas por órgãos públicos com legitimação extraordinária são capazes de dispor de ainda maior eficácia subjetiva, principalmente se avençadas com um grupo ou classe de litigantes, e não apenas com uma empresa em particular.

Os padrões de conduta prévia podem ser também dispostos em protocolos institucionais, originários de convênios entre duas ou mais instituições, cujo fenômeno apresentou-se comum a diversos ordenamentos jurídicos. Os protocolos institucionais podem ter inequívoca legitimidade quando produzidos a partir do debate coletivo,

conforme as especificidades dos gêneros de conflitos. Ainda que tais espécies de normas não legais não possam ser impositivas às partes, é de se reconhecer que existem diversas práticas pré-processuais institucionais bem-sucedidas em território nacional.

Concluiu-se que a melhor maneira de regulamentar a fase prévia, visando a atender aos seus escopos e a otimizar os seus resultados, é a criação de um procedimento sistematizado e pragmático, obrigatório ao ajuizamento de qualquer ação judicial. Para esse fim, entretanto, faz-se necessária a sua previsão em lei, dado que a constituição de um procedimento integrado por uma multiplicidade de ônus, poderes e deveres não poderia, obviamente, ser abarcada sob a simples condição do interesse de agir. As vantagens da previsão legal do protocolo são a sua eficácia *erga omnes* e a sua imperatividade, que são mitigadas, porém, pelos inconvenientes da generalidade da lei, a atrapalhar a adesão do procedimento extrajudicial à realidade do direito material.

Considerando-se o caráter precipuamente procedimental das normas da fase pré-processual, seria admissível, *a priori*, a sua regulamentação por meio de lei estadual, não fosse o óbice prático da interpretação restritiva de “procedimento” consagrada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Partindo-se do pressuposto da inevitabilidade da lei, uma alternativa viável é a de que o legislador reserve para si a competência para o regramento básico, transferindo a competência para a sua regulamentação técnica, mediante parâmetros previamente enunciados na legislação, aos protocolos institucionais, a serem celebrados por órgãos públicos e privados, representativos de categorias ou grupos específicos.

A se cogitar do estabelecimento de um procedimento pré-processual mais organizado, a sua mecânica deve lastrear-se em três vetores principais, quais sejam a troca de informações entre as partes, a tentativa de autocomposição e a produção de provas. Conquanto não se justifique, em sede extrajudicial, o fetichismo das formalidades, é preciso estipular limites para o comportamento das partes nessa fase, a fim de se conterem os riscos de dispêndio elevado de tempo e de despesas, despontados do estudo do direito estrangeiro.

A carta inicial do procedimento deve conter alguns elementos mínimos que permitam a identificação da lide e da pretensão do requerente, além de incluir um convite ao requerido para participar de um método consensual de resolução de conflitos. De forma análoga, a resposta do requerido deve trazer suas alegações e posicionar-se quanto ao convite para a solução consensual. Tanto a carta do requerente quanto a

resposta do réu devem informar os documentos essenciais em que se baseiam, sem que seja preciso juntar desde logo a cópia desses documentos, o que atentaria contra os princípios da eficiência, oralidade, economia e modicidade dos custos. Deve haver também a possibilidade, para ambas as partes, de se formularem indagações objetivas ao oponente sobre fatos relevantes, semelhantemente aos questionários existentes no direito norte-americano e japonês.

Para que a notificação tenha o condão de suspender a prescrição, a partir da data em que recebida pelo requerido, é necessária expressa previsão legal ou convenção entre as partes, além da fixação de um prazo máximo (que se imaginou, a partir das experiências estrangeiras, de dois a seis meses) para a realização do procedimento, capaz de contemplar os atos prévios. Os efeitos da suspensão devem cessar, contudo, se não houver nenhuma resposta do requerido no prazo inicial estipulado para a sua manifestação, analogamente ao que dispõe a Lei de Mediação acerca do convite para a participação naquele procedimento.

Na condição de prova pré-constituída, há de se atribuir plena eficácia ao material produzido em sede prévia, embora obviamente sujeito ao contraditório e à valoração racional pelo julgador, quando de sua utilização em eventual demanda judicial. A fim de que a perquirição dos fatos e a colheita das provas sejam úteis para o processo judicial que suceder a fase prévia, o princípio da boa-fé objetiva atua como regra geral de conduta, da qual decorre a proibição do comportamento contraditório. Daí por que, ao se manifestarem em juízo, as partes não podem deixar de informar a respeito da existência de uma fase anterior, sendo também inaceitável, por força do princípio da boa-fé, que ignorem ou contradigam, sem justificativa plausível, o que restou afirmado ou provado anteriormente.

Os litigantes devem respeitar as regras do ônus da prova, no sentido de apresentarem os elementos que fundamentam as suas postulações, sendo-lhes facultado, porém, em adoção ao princípio da carga dinâmica, requerer ao adversário a produção de prova que se lhes afigure diabólica; e, em último caso, recorrer ao Judiciário para a obtenção de uma ordem com essa finalidade, contra o oponente ou contra terceiro.

O pedido de produção de uma prova à parte contrária deve estar sujeito, porém, a necessárias limitações, conforme o custo para a sua realização, o valor da controvérsia, os recursos financeiros das partes e a importância das questões que se pretendem esclarecer, cujos parâmetros convêm sejam fixados pela lei ou por

convenção. A prova produzida previamente que venha a ser juntada em um processo tem o *status* de prova documentada, mantendo os mesmos efeitos da sua forma original.

Por deterem o poder de dispor da prova, as partes certamente poderão deixar de utilizar alguma que tenha sido obtida no curso da fase prévia, que lhes seja desfavorável; e terão o direito de requerer a produção de outras provas além das já produzidas extrajudicialmente, mesmo porque o objeto da ação judicial, a cujos limites atende a instrução probatória, pode ser mais amplo, mais restrito ou parcialmente distinto daquele da fase pré-processual. Todavia, esse direito poderá sofrer eventuais limitações não apenas por força do princípio da boa-fé, mas por eventual disposição protocolar, que expressamente exclua essa possibilidade.

É interessante que os protocolos indiquem, conforme o tipo de litígio, documentos específicos cuja disponibilização desde logo se imponha, independentemente de pedido expresso, como os prontuários médicos em conflitos de saúde, relatórios de obra e boletins de medição em conflitos de construção, livros e atas de reuniões em conflitos societários etc.

O direito à obtenção de documentos deve ser devidamente delimitado, seja para moderar os seus custos, seja para evitar os riscos de protelação e de “pesca de informações” (*fishing expedition*). Nesse sentido, estendem-se à exibição extrajudicial os requisitos do art. 397 do CPC/2015. E, em caso de ausência de resposta ou de recusa ilegítima de exibição de documento, o juiz poderá tomar como verdadeiros os fatos que a parte pretendia provar (art. 400 do CPC/2015).

Defendeu-se também a legitimidade da produção de provas orais no âmbito da fase prévia, havendo a possibilidade, conforme o tipo de protocolo, de tomada de depoimento de testemunhas perante o tabelião (art. 384 do CPC/2015), em audiências conduzidas perante terceiros dentro de órgãos administrativos ou, tratando-se de protocolos convencionais, no escritório do advogado de uma das partes, com a presença dos patronos de ambas. Note-se que, ao prever o indeferimento da inquirição de testemunhas sobre fatos já provados por documento (art. 443, I, do CPC/2015), a lei torna despicienda a realização de audiência de instrução e julgamento, quando os elementos probatórios produzidos previamente forem suficientes para elucidar os fatos controvertidos.

Nos casos em que a solução da lide demande a análise e a opinião autorizada de um *expert*, é recomendável que os protocolos exijam, ou ao menos oportunizem, a

produção da prova pericial previamente ao ingresso em juízo. O perito pode ser eleito consensualmente ou, conforme o protocolo, pode haver um rito para a sua escolha, à semelhança daquele que a Lei de Mediação estabelece para a eleição do mediador. Lembre-se que, de acordo com o CPC/2015, o juiz indeferirá a perícia requerida no processo, entre outras hipóteses, quando desnecessária em virtude de outras provas já produzidas⁸⁶⁸ ou quando as partes apresentarem, na inicial ou na contestação, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que entenda suficientes.⁸⁶⁹

Embora não exista, na lei brasileira atual, nenhuma norma que respalde a atribuição de efeitos vinculativos a eventual proposta de acordo formulada por uma parte à outra, há inequívoca possibilidade de a lei prevê-la, ou de os litigantes livremente a pactuarem, por meio de um protocolo convencional.

Por fim, para o escopo de moldar o comportamento adequado dos litigantes antes do ajuizamento de uma ação judicial, demonstrou-se imprescindível o estabelecimento de um sistema de incentivos e de sanções. As condutas atribuídas às partes nos procedimentos prévios extrajudiciais correspondem, em geral, a ônus ou (em menor parte dos casos) a deveres, cujo descumprimento pode sujeitar a parte faltosa a sanções tanto processuais quanto econômicas.

Constatado o descumprimento significativo das normas protocolares, o que revela a ofensa ao dever geral de boa-fé, caberá o emprego das ferramentas jurídico-processuais para a sua penalização, dentro do processo judicial que venha a ser instaurado para resolução da lide.

Ainda que o aspecto da “necessidade” da ação judicial, integrante do interesse de agir, justifique o esgotamento de outros meios para solucionar a controvérsia, a ausência dessa condição da ação não deve determinar implacavelmente a extinção do processo sem julgamento de mérito, ante o princípio da prevalência do julgamento de mérito. A inadmissão sumária deve restringir-se aos casos em que a ação judicial for claramente infundada ou abusiva, dado o cuidado que se impõe com a restrição ao direito de acesso à justiça. Daí por que, em vez de determinar *ipso facto* o indeferimento da petição inicial, a falta do cumprimento do protocolo deve resultar, em primeiro lugar, na concessão de prazo pelo juiz para que a parte o cumpra, suspendendo-se o processo logo

⁸⁶⁸ Art. 464, § 1.º, II, do CPC/2015.

⁸⁶⁹ Art. 472 do CPC/2015.

em seguida à sua instauração, de forma semelhante ao previsto no art. 23 da Lei de Mediação.

É admissível, também, no caso de protocolo convencional, que o pacto contemple uma fórmula de preclusão, com a indicação de limites temporais dentro dos quais as partes podem produzir determinadas provas e o estabelecimento da proibição de as produzirem novamente em sede processual, na eventualidade do ajuizamento de uma ação. Também o protocolo legal pode estatuir que aquele que deixou de requerer, rejeitou ou impediu a produção de uma determinada prova não poderá produzi-la em processo posterior.

Outra possibilidade de punição ao descumprimento dos protocolos concerne à valoração da conduta pré-processual das partes para fins probatórios, com o intuito de acionar a dinâmica do ônus da prova. Nesse caso, caberá à lei ou às partes – estas por convenção – estabelecer uma presunção relativa de veracidade dos fatos, caso um dos litigantes seja omissos em seus deveres de conduta pré-processual.

É ainda cabível a concessão da tutela provisória de evidência, quando caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, a qual a opera não apenas como uma consequência negativa à parte desobediente, mas também como uma verdadeira recompensa àquele que atendeu às prescrições protocolares antes de acudir ao Judiciário.

Defende-se também que o exercício abusivo de direitos na fase pré-processual seja sancionado com a aplicação de multa por litigância de má-fé (art. 80 do CPC/2015). Outro modo de encorajar os litigantes ao atendimento das normas protocolares e de punir a sua desobediência consiste no manejo dos custos processuais. Embora a imputação de custos, na lei brasileira, seja genericamente atribuída a quem sucumbe, esse não é o seu único fundamento, na medida em que se estabelecem casos em que a parte vencida não suportará tais custos. Assim, é possível conceber que a regra de que “paga quem sucumbe” seja igualmente modificada sempre que a parte vencedora recorra desnecessariamente ao Judiciário, sem submeter-se à fase prévia. Trata-se de uma sanção morfológicamente conformável ao sistema brasileiro, que pode ser prevista em um protocolo convencional ou estatuída por lei.

O valor das despesas processuais poderia também ser reduzido quando as partes comprovassem o pleno atendimento ao protocolo pré-processual. Incentivos financeiros como esse são plenamente aceitáveis no ordenamento pátrio, haja vista, por

exemplo, aquele previsto no art. 29 da Lei de Mediação. O desconto seria justificável porque, realizada a fase prévia e cumpridos os seus objetivos, o trabalho judicial de identificar o objeto litigioso e de definir as questões controvertidas e os meios probatórios ficaria evidentemente facilitado. Em contrapartida, se as partes deixam de obedecer às regras da fase pré-processual, o trabalho do juiz fatalmente aumenta, fundamentando o aumento de despesa.

De tudo o que se expôs denota-se que o protocolo, ao escorar-se no câmbio recíproco de informações, pode servir às partes como uma forma de conhecerem os seus próprios pontos fortes e fracos, bem como os de seu oponente, sendo útil para a parte definir se ajuíza ou não a ação (e contra quem o faz), ou se decide pela composição da disputa. Abre-se espaço, desse modo, para uma negociação mais franca e para uma avaliação mais ponderada das chances de sucesso de eventual demanda. Os protocolos justificam-se, assim, a partir de uma interpretação extensiva do direito previsto no art. 381, II e III do CPC/2015, que admite a produção antecipada de prova como meio de viabilizar a autocomposição ou outra forma de resolução adequada do conflito e de oportunizar o prévio conhecimento dos fatos, a fim de evitar ou justificar o ajuizamento de ação.

Mesmo nos casos em que os litigantes não tenham sido capazes de harmonizar os seus interesses, poupando o Judiciário, a comunicação e a investigação antecipadas têm o propósito de tornar mais eficiente o processo judicial. Isso porque, ao propiciarem a identificação prévia das questões relevantes (de fato e de direito), a fixação da matéria controvertida e eventualmente a produção dos respectivos meios de prova, minimizam despesas e delongas no procedimento perante as cortes.

Desse modo, confia-se que a fase pré-processual, em qualquer hipótese, há de contribuir para o alcance de uma tutela mais adequada dos direitos materiais dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. A garantia da publicidade do processo e a divulgação de atos processuais pela mídia: limites e precauções atinentes ao processo civil. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. *Anais de Salvador*, jun. 2008. Disponível em: <www.conpedi.org.br>.

ABRAMS, Jeffrey S. Compulsory Mediation: the Texas Experience. Disponível em: <<http://www.internationalmediator.com/Articles/Compulsory-Mediation-The-Texas-Experience.shtml>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

AHMED, Masood. An Alternative Approach to Repealing the General Pre-Action Protocol. *Civil Justice Quarterly*, v. 32, p. 256-274, Feb. 2013.

ALBERS, P. Quality Assessment and the Judiciary: from Judicial Quality to Court Excellence. In: RHEE, C.H. van (Ed.). *Civil Justice between Efficiency and Quality: from Ius Commune to the CEPEJ*. Antuérpia: Intersentia, 2008.

ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé*. Abuso de direito e responsabilidade civil em razão de actos praticados no processo. Coimbra: Almedina, 2006.

ALEXANDER, Nadja. *International and Comparative Mediation: Legal Perspectives*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009.

ALI/UNIDROIT PRINCIPLES OF TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE. Disponível em: <www.unidroit.org>. Acesso em: 27 abr. 2013.

ALLOCATION QUESTIONNAIRE. Disponível em: <www.justice.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013.

ALMEIDA, Diogo Rezende de. *A contratualização do processo*. Das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015.

_____. *A prova pericial no processo civil*. O controle da ciência e a escolha do perito. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. *As convenções processuais no processo civil*. 2014. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

_____. O case management inglês: um sistema maduro? *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 5, v. 7, jan. 2011.

_____. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*, ano 36, v. 195, p. 199, maio 2011.

ALMEIDA, Gregorio Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários as alterações do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas do direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

_____. _____. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ANDREONI, M. M.; BATTAGLIA, G.; GIAVARRINI, S.; ROMANO, S. In: CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (Org.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Milano: Cedam, 2012.

ANDREWS, Neil. Abuse of Process in English Civil Litigation. *Abuse of process in English Civil Litigation*. The Netherlands: Kluwer Law International, 1999.

_____. *Civil Procedure in English Private Law*. Oxford: University Press, 2000. v. II.

_____. *English Civil Procedure*. Oxford: University Press, 2003.

_____. *The Modern Civil Process*. Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England. Germany: Mohr Siebeck, 2008.

ARAUJO, José Aurélio de. Procedimento probatório extrajudicial. In: GRECO, Leonardo (Coord.). A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro – anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, n. 13, v. XIII, p. 320-321, jan.-jun. 2014.

ARAÚJO, Nádia de; FURST, Olívia. Um exemplo brasileiro do uso da mediação em eventos de grande impacto: o Programa de Indenização do Voo 447. Disponível em: <www.nadiadearaujo.com>. Acesso em: 30 jan. 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Coord.). *Direito processual coletivo e Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

AROCA, Juan Montero. Prólogo. *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

- _____. *La prueba en el proceso civil*. 4. ed. Valencia: Civitas, 2005.
- ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1998. v. 1.
- AVALIAÇÃO dos Juizados Especiais Cíveis. CEBEPEJ, dez. 2004-fev. 2006. Disponível em: <www.cebepj.org.br>. Acesso em: 2 fev. 2015.
- BACH, Ivo; GRUBER, Urs Peter. Germany. In: ESPLUGUES, Carlos; IGLESIAS, José Luis; PALAO, Guillermo (Ed.). *Civil and Commercial Mediation in Europe*. Cambridge: Intersentia, 2013.
- BAILLEUL, David. *Le procès administratif*. L'extenso éditions. Paris: LGDJ, 2014.
- BALENA, Giampiero. La nuova pseudo-riforma della giustizia civile. Disponível em: <<http://allegati.unina.it/>>. Acesso em: 23 fev. 2015.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. 7. ed. 1.ª tiragem, rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ação declaratória e interesse. *Direito processual civil* (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- _____. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instauração do processo. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 37, jan. 1985.
- _____. Algumas inovações da Lei n.º 9.576 em matéria de recursos civis. *Temas de direito processual*. 7.ª série. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. A responsabilidade das partes por dano processual no Direito brasileiro. *Temas de direito processual*. 1.ª série. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1988.
- _____. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. *Revista de Processo*, v. 111, p. 103, jul.-set. 2003.
- _____. Breve noticia sobre la conciliación en el proceso civil brasileño. *Temas de direito processual*. 5.ª série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994.
- _____. Legitimação para agir: indeferimento de petição inicial. *Temas de direito processual*. 1.ª série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. Neoprivatismo no processo civil. *Temas de direito processual*. 9.ª série. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. O futuro da Justiça: alguns mitos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 6, v. 1, p. 39-40, 2000.

_____. O futuro da Justiça: alguns mitos. *Temas de direito processual*. 8.^a série. São Paulo: Saraiva, 2004. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

_____. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. *Temas de direito processual*. 9.^a série. São Paulo: Saraiva: 2007.

_____. O processo, as partes e a sociedade. *Temas de direito processual*. 8.^a série. São Paulo: Saraiva 2004.

_____. Os novos rumos do processo civil brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, n. 6, v. 8, p. 200, 1994.

_____. Sobre os pressupostos processuais. *Revista Forense*, n. 288, v. 80, p. 1, 1984.

BASTUCK, Burkhard; GOPFERT, Burkard. Admission and Presentation of Evidence in Germany. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 16:609, p. 4, Jun. 1994.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BENEDUZI, Renato Resende. *Substantiierung, notice-pleading e fact-pleading – a relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês*. *Revista de Processo*, v. 245, p. 445-472, jul. 2015.

BENETI, Sidnei Agostinho. Resolução alternativa de conflitos (ADR) e constitucionalidade. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 9, p. 104-105, jan.-jul. 2002.

BERMUDES, Sergio. Competência legislativa concorrente sobre procedimentos em matéria processual. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 21, p. 48, 1994.

BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: RT, 1997.

BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*. Torino: G. Giappichelli, 2004.

BIAVATI, Paolo. I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 751-775, p. 754, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BOTELHO DE MESQUITA, José Inácio et al. O colapso das condições da ação? Um breve ensaio sobre os efeitos da carência de ação. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 88, p. 120, nov. 2006.

BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º.05.1943.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

_____. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. O procedimento especial da ação de improbidade. In: _____; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa*. Questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001.

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJEJA, 1964.

CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n.º 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. In: _____; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. (Col. Grandes temas do novo CPC.)

_____. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. Despolarização do processo e *zonas de interesse*: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, v. 16, n. 26, p. 23-24, 2009.

_____. _____. *Revista Forense*, ano 105, v. 404, p. 27, jul.-ago. 2009.

_____. Il Principio del Contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, seconda serie, anno LX, n. 2, apr.-giu. 2005.

_____. O contraditório como dever a boa fé processual objetiva. *Revista de Processo*, v. 126, p. 59-81, p. 64, ago. 2005.

_____. O processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição. *Revista de Processo*, v. 29, n. 115, p. 367-368, maio-jun. 2004.

_____. Os efeitos processuais da audiência pública. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 13, p. 1-2, fev.-mar.-abr. 2008.

CADIET, Loïc. I modi alternativi di Regolamento dei Conflitti in Francia tra tradizione e modernità. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 60, 2006.

_____. L'avenement du nouveau Code de procédure Civile. *Le Nouveau Code de Procedure Civile: vingt ans après*. Paris: La Documentation Française, 1998.

_____. Les conventions relatives au procès em droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. Accordi di parte e processo. *Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 7-35, 2008.

_____. _____. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 33, n. 160, p. 69, p. 61-82, 2008

_____. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. III, p. 3-35.

_____. Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français. *Ritsumeikan Law Review*, n. 28, p. 156, 2011. Disponível em: <<http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr28/CADIET2.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

_____; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. Paris: Presses Universitaires de France, 2010.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. 7. ed. 1.^a tiragem rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Junior. *Revista de Processo*, n. 197, v. 36, p. 261-269, jul. 2011.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. São Paulo: RT, 2006.

_____. Caráter probatório da conduta (processual) das partes. *Revista de Processo*, v. 201, p. 59, nov. 2011.

CAPONI, Remo. L'attività degli Osservatori sulla Giustizia Civile nel Sistema delle Fonti del Diritto. In: VELI, Giovanni Berti (Ed.). *Gli Osservatori sulla Giustizia Civile e i Protocolli d'Udienza*. Bologna: Il Mulino, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, ano 19, n. 74, p. 83, 1994.

_____. Problemas de reforma do processo nas sociedades contemporâneas. *Revista Forense*, v. 318, p. 124, abr.-jun. 1992.

CARMONA, Carlos Alberto. Em torno da petição inicial. *Revista de Processo*, ano 30, n. 119, p. 34, jan. 2005.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: Juizados Especiais Cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.

_____. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. 1.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CHASE, Oscar G. A excepcionalidade americana e o direito processual comparado. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, ano 28, v. 110, p. 126, abr.-jun. 2003.

_____. Culture and Disputing. *Tul. J. Int'l & Comp. L.*, v. 7/81, p. 88, 1999.

_____. Legal Processes and National Culture. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, v. 5, p. 1-24, 1997.

_____. Reflections on civil procedure reform in the United States: what has been learned? What has been accomplished?. In: TROCKER, Nicòlo; VARANO, Vincenzo (Ed.). *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*. Torino: G. Giappichelli, 2005.

_____. Some Observations on the Cultural Dimension in Civil Procedure Reform Symposium: Civil Procedure Reform in Comparative Context. *American Journal of Comparative Law*, v. 45, p. 868, 1997.

_____. The Paradox of Procedural Reform. *St. John's Law Review*, v. 62, p. 453, 1987-1988.

_____; HERSHKOFF, Helen et al. *Civil Litigation in comparative context*. St. Paul: Thomson West, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1945. v. 1.

_____. _____. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

_____. _____. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2.

_____. *Principios de derecho civil*. Madrid: Reus, 1922. v. I.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____; _____. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CIPRIANI, Franco. *Il Processo Civile nello Stato Democratico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

CLARKE, Anthony. The Future of Civil Mediation. The Second Civil Mediation National Council Conference, Birmingham 8 May 2008. Disponível em: <www.judiciary.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013.

_____. The Supercase – Problems and Solutions. *2007 Annual KPMG Forensic Lecture*. Disponível em <www.judiciary.gov.uk/docs/speeches/kpmg_speech.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2013.

_____. The Woolf Reforms: a Singular Event or an Ongoing Process?. In: DWYER, Déirdre (Ed.). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: University Press, 2009.

CLARKE, Lara. Mediation in the Post-Halsey Era. *IBA Legal Practice Division Mediation Committee Newsletter*, p. 19, Aug. 2005.

COHEN, J. Chinese Mediation on the Eve of Modernization. *California Law Review*, n. 54, p. 1201, 1966.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garantias constitucionais e “giusto processo” (modelos a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 23, n. 90, p. 125-126, abr.-jun. 1998.

_____. L’udienza di prima comparizione ex art. 180 CPC. *Revista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 339-340, 1997.

_____; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bolonha: Il Mulino, 2006. v. I.

_____; _____. _____. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011. v. I.

CORTÉS, Pablo. An Analysis of Offers to Settle in Common Law Courts: are they relevant in civil law countries? *Electronic Journal of Comparative Law*, v. 13, n. 3, p. 1-12, 2009.

COSTA E SILVA, Paula. *Litigância de má fé*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Tutela antecipada*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Atuais reformas do processo civil italiano e brasileiro (contrastos e confrontos). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 1. ed. 2.ª tiragem. São Paulo: RT, 2001.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral); CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. (Col. Grandes temas do novo CPC.)

_____. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara?. Disponível em: <www.leonardocarneirodacunha.com.br>. Acesso em: 24 fev. 2015.

DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of Justice and State authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 2005.

D'ASCOLA, Pasquale. Quattro Interveni per gli Osservatori sulla Giustizia Civile. In: VELI, Giovanni Berti (Ed.). *Gli Osservatori sulla Giustizia Civile e i Protocolli d'Udienza*. Bologna: Il Mulino, 2011.

DEFFENTI, Fabiano. O uso da *disclosure* e da *cross-examination* nas arbitragens comerciais internacionais. 2003. Disponível em: <www.josemigueljudice-arbitration.com>. Acesso em: 30 jan. 2016.

DEMANDAS judiciais e morosidade da Justiça Civil, PUC/RS, 2011. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 25 fev. 2015.

DEMANDAS repetitivas relativas ao sistema de crédito no Brasil e propostas para sua solução, PUC/PR, 2011. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 25 fev. 2015.

DIAGNÓSTICO sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da Justiça. FGV/SP, 2011. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 25 fev. 2015.

DICKINSON, John. *Administrative Justice and the Supremacy of Law in the United States*. Nova Jersey: The Lawbook Exchange, 2003.

DIDIER JR., Fredie. Ações probatórias autônomas – produção antecipada de prova e justificação. *Revista de Processo*, ano 38, v. 218, p. 16, abr. 2013.

_____. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

_____. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. *La preuve et le contrat. Mélanges Michel Cabrillac*. Montpellier: Dalloz-Litec, 1999.

_____. *Pressupostos processuais e Condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____ (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. (Col. Grandes temas do novo CPC.)

_____. Será o fim das condições da ação?. *Revista de Processo*, n. 197, v. 36, p. 255-260, jul. 2011.

_____. Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista Diálogo Jurídico*, v. I, n. 7, out. 2001

_____; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. II.

_____; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DODSON, Scott. New pleading, new discovery. *Michigan Law Review*, v. 109, p. 53, Oct. 2010.

- _____. Pursuit Discovery in a comparative context. *Journal of Comparative Law*, n. 51, p. 52, 2012.
- _____; KLEBBA, James M. Global Civil Procedure Trends in the Twenty-First Century. *Boston College International and Comparative Law Review*, v. 34, p. 5-6, Jan. 2011.
- DWYER, Déirdre (Ed.). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: University Press, 2009.
- DYSON, Lord Justice. *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* (2004).
- ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 3. ed. Buenos Aires: Zabalía, 1976. v. 1.
- _____. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984. t. I.
- _____. _____. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1985. t. II.
- ELLIOT, Catherine; QUINN, Frances. *English Legal System*. 13. ed. London: Pearson, 2012/2013.
- EMERGING FINDINGS, 2001. Disponível em: <www.dca.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013.
- ESTAGNAN, Joaquín Silguero. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. Navarra: Civitas, 2009.
- FARIA, Márcio Carvalho. A lealdade processual, o projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro e a experiência portuguesa. *Revista de Processo*, v. 230, p. 380 e ss., abr. 2014.
- FAURE, Miryam T. Balestro. Valoración judicial de la conducta procesal. In: PEYRANO, Jorge W; ACOSTA, Daniel Fernando (Coord.). *Valoración judicial de la conducta procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE: amendments received to May 15, 2009. Thomson Reuters business. 209-2010 Educational Edition.
- FERRAND, Frederique. The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France. In: TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo (Ed.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino: G. Giappichelli, 2003.

- FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatória del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011.
- FISS, Owen (Coord.). *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. Tradução de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004.
- FLETCHER, George P.; SHEPPARD, Steve. *American Law in a global context: the basics*. New York: Oxford University Press, 2005.
- FOLLE, Francis Perondi. A prova sem urgência no direito norte-americano: um exame do instituto da *discovery*. *Revista de Processo*, n. 204, v. 37, p. 144, 2012.
- FORTI, Iorio Siqueira D'Alessandri. *Acesso desnecessário ao Poder Judiciário como óbice ao acesso à Justiça: a (im)prescindibilidade do prévio requerimento em face da Administração Pública para caracterização do interesse processual de agir na visão dos Tribunais Superiores*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – UERJ, Rio de Janeiro. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em: 30 jan. 2016.
- FREEHILLS, Herbert Smith; GODWIN, Peter. The rise of ADR in Japan. *Association of Corporate Council*. Disponível em: <www.lexology.com>. Acesso em: 10 abr. 2014.
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. 4. ed. St. Paul: Thompson West, 2005.
- FRIEDE, Reis. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar (à luz da denominada Reforma do Código de Processo Civil)*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FURTHER FINDINGS, 2001. Disponível em: <www.dca.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013.
- FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. Propostas do Presidente da comissão de Elaboração do Anteprojeto do Novo CPC. Disponível em: <www.cenajus.org.br>. Acesso em: 30 jan. 2016.
- _____. Tutela de Segurança e Tutela da Evidência. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.
- _____. A Tutela dos Direitos Evidentes. *Revista de Jurisprudência do STJ* (Brasília), v.2, p. 23-43, 2000.

- GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. 2011. Tese (Doutorado) – USP, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental*. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2007.
- GALANTER, Marc. A world without trials?. *Journal of Dispute Resolution*, v. 7, p. 7-33, 2006.
- _____; CAHILL, Mia. Most Cases Settle: Judicial Promotion and Regulation of Settlements. *Stanford Law Review*, v. 46, n. 6, p. 1342 e ss., jul. 1994.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GALENO, Lacerda. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Fabris, 1990.
- GARCIA, Enrique Vallines. *La preclusion en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2004.
- GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- GENN, Hazel. *Judging Civil Justice*. Cambridge: University Press, 2009.
- _____. Twisting Arms: Court Referred and Court Limited Mediation Under Judicial Pressure. *Ministry of Justice Research Series*, London, 2007.
- GHRIGA, Maria Francisca. *Abuso del processo e sanzioni*. Milano: Giuffrè, 2012.
- GILARDI, Gianfranco. Dialogo Procesuale e Buone Relazioni tra Giudici e Avvocati. In: VELI, Giovanni Berti (Ed.). *Gli Osservatori sulla Giustizia Civile e i Protocolli d'Udienza*. Bologna: Il Mulino, 2011.
- GILLES, Peter. Civil Justice Systems and Civil Procedures in Conversion. Main problems and fundamental reform movements in Europe – a comparative view. *Revista de Processo*, n. 173, v. 34, p. 329-356, 2009.
- GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo. Con motivo de la traducción de la obra del Profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2013.

GOODMAN, Carl F. *Justice and Civil Procedure in Japan*. New York: Ocean Publications, 2004.

_____. *The Rule of Law in Japan: a comparative analysis*. 3. ed. London: Kluwer Law International, 2012.

GOODNOW, Frank J. *The Principles of the Administrative Law of the United States*. Nova Jersey: The Lawbook Exchange, 2003.

GORIELY, T.; MOORHEAD, R.; ABRAMS, P. More Civil Justice? The impact of Woolf Reforms on Pre-Action *Behaviour*. *Research Study*, London, Law Society and Civil Justice Council, n. 43, 2002.

GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, n. 9, p. 119-144, 2006.

_____. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro – anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, n. 13, v. XIII, p. 320-321, jan.-jun. 2014.

_____. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2011. v.I.

_____. _____. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. I.

_____. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. I.

_____. 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 Alvaro de Oliveira*. Rio de Janeiro: Atlas, 2012.

_____. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008.

_____. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Quaestio Iuris*, v. 4, n. 1, p. 742, 2011.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 33, v. 164, out. 2008

GRENI, Jay. Taking and Using Depositions Before Action or Pending Appeal in Federal Court. *Am. J. Trial Advoc.*, v. 27:451, p. 456, 2003-2004.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial na Justiça do Trabalho. *O processo em evolução*. São Paulo: Forense Universitária, 1996.
- GROEN, Bart. New Trends in Pre-Action. General Report Civil Law. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petronio (Org.) *Direito processual comparado*. Congresso Mundial de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962. v. I.
- GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; DELICOSTOPOULOS, Constantin S. et al. *Droit processuel: droit fondamentaux du procès*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2011.
- _____; _____. FERRAND, Frédéric. *Procedure Civile: Droit interne et droit de l'Union européenne*. 30. ed. Paris: Dalloz, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.
- HAMILTON, Amy E.; STRAND, Peter E. Corporate depositions in patent infringement cases: rule 30(b)(6) is broken and needs to be fixed. *Intellectual Property & Technology Law Journal*, v. 19, n. 4, p. 1-10, abr. 2007.
- HANKS, Melissa. Perspectives on Mandatory Mediation. 35. *University of New South Wales Law Journal*, n. 929, p. 935, 2012.
- HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000.
- IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Conciliação na Administração Pública. Disponível em:
<http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisalDetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=195724>.
- JACKSON, L. J., *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, dez. 2009. Disponível em: <www.judiciary.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013.
- JACOB, Robin. Experts and Woolf: Have things got better?. In: DWYER, Déirdre (Ed.). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: University Press, 2009.
- JACOB, Sir Jack I.H. *The Reform of Civil Procedure and Other Essays on Civil Procedure*. London: Sweet and Maxwell, 1982.
- JOLOWICZ, J. A., *On Civil Procedure*. Cambridge: University Press, 2000.

JUDICIAL AND COURT STATISTICS (annual). Disponível em: <www.gov.uk/government/publications/judicial-and-court-statistics-annual>. Acesso em: 27 abr. 2013.

JUSTIÇA EM NÚMEROS – Levantamento Estatístico do Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça, 2014. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 25 fev. 2015.

JUTRAS, Daniel. Culture et droit processuel: le cas du Québec. *McGill L. J.*, v. 54/273, p. 142, abr.-jun. 2003.

KAY, Maurice (Ed.). *Blackstone's Civil Practice 2013: The Commentary*. Oxford: University Press, 2013.

KERN, Christoph A. Procedural contracts in Germany. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral); CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 184. (Col. Grandes temas do novo CPC.)

KOJIMA, Takeshi. Japanese Civil Procedure in Comparative Law Perspective. *46 U. Kan. L. Rev.* 687 1997-1998.

KOURLIS, Rebecca Love; SINGER, Jordan M.; KNOWLTON, Natalie. Reinvigorating Pleadings. *Denver University Law Review*, v. 87:245, p. 3-4, 2010.

KOVACH, Kimberlee K. *Global Trends in Mediation*. 2. ed. The Netherlands: Kluwer Law International, 2006.

KRITZER, H. M. Disappearing Trials? A Comparative Perspective. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 1, n. 3, p. 752, 2004.

LACERDA, Galeno. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, v. 3, p. 74-86, jan.-jun. 1961.

LAMY, Eduardo. Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 173, p. 101, jul. 2009.

LESSONA, Carlo. *Trattato delle prove in materia civile*. 3. ed. Torino: Torinese, 1927.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1970.

_____. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1.

_____. _____. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIND, E. Allan; TYLER, Tom R. *The Social Psychology of Procedural Justice*. New York and London: Plenum Press, 1988.

- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen. *Civil Procedure*. 2. ed. London: Cavendish Publishing, 2004.
- LUNELLI, Guilherme. Normas processuais e normas procedimentais: uma proposta de diferenciação para fins de competência legislativa. *Revista de Processo*, v. 224, p. 393-420, out. 2013.
- LUPOI, Michele Angelo. Facing the Crisis: New Italian Provisions to keep Disputes out of the Courtroom (or take them out of it). *ZZPInt* 19, 2014.
- _____. Recent Developments in Italian Civil Procedure Law. *Civil Justice Review*, v. 3, n. 1, p. 25-51, p. 43, jan.-abr. 2011.
- MAGANO, Octavio Bueno. Legislação e autocomposição. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região*, Belém, n. 70, p. 154, jan.-jun. 2003.
- MALEK, Hodge M. Proportionality and Suitability of the Disclosure Regime under the CPR. In: DWYER, Déirdre (Ed.). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: University Press, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.
- _____. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2012.
- _____. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009.
- MARCUS, Richard L. The Revival of Fact Pleading Under the Federal Rules of Civil Procedure. *Colum. L. Rev.*, v. 86, p. 433 e 439, 1986.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: RT, 2015.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras – Instrumentos de fortalecimento do Estado. Disponível em: <<http://www.abar.org.br>>. Acesso em: 30 jan. 2016.
- MARTIN, Neil M. *Psychology. A beginner's guide*. Oxford: Oneworld Publications, 2008.
- MATTEUCCI, Giovanni. Decreto del Fare e Mediazione. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. XII, p. 208-216, jul.-dez. 2013.
- MATTHEWS, Paul; MALEK, Hodge M. *Disclosure*. London: Sweet & Maxwell, 2012.

- MATTOS, Ricardo Nemes de. *O poder do advogado na condução do processo civil: propostas para ampliação*. 2009. Tese (Doutorado) – USP, São Paulo.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- _____. _____. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MEHR, Daniel. Excessive or warranted? The unshackling of discovery sanctions. *Brigham Young University Law Review* [0360-151X], 2012.
- MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter (Coord.). *Código de Jurisdição Administrativa (O modelo alemão). Verwaltungsgerichtsordnung (VwGo)*, Introdução e tradução. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976.
- MENDONÇA, Luís Correia. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português. *Proceso civil e ideologia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011.
- MENEZES, Paula Bezerra de. *Novos rumos da prova pericial*. Rio de Janeiro: Letras, 2014.
- MILANI, Daniela Jorge. Tutela de evidência: Justiça em tempo hábil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 59, p. 86-106, mar.-abr. 2014.
- MINISTRY OF JUSTICE. *Dispute Resolution Support*. Disponível em: <<http://www.moj.go.jp/KANBOU/ADR/>>. Tradução automática do *Google* e acesso em: 30 jun. 2014.
- MINISTRY OF JUSTICE AND DEPARTMENT OF EDUCATION (UK). *The Government Response to the Family Justice Review*, fev. 2012. Disponível em: <www.education.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013.
- MINISTRY OF JUSTICE, UK. *Solving Disputes in the County Courts: Creating a Simpler, Quicker and More Proportionate System – A consultation on Reforming Civil Justice in England and Wales*. Stationery Office, 2011.

- MINNITI, Luca. L'Esperienza degli Osservatori nel Corso di um Decennio Tumultuoso per La Giustizia. *Lavori in Corso per l'Autoriforma della Giustizia Civile*. In: VELI, Giovanni Berti (Ed.). *Gli Osservatori sulla Giustizia Civile e i Protocolli d'Udienza*. Bologna: Il Mulino, 2011.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. In MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Coleção Temas atuais de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2009. v. 14.
- _____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Procedimento: formalismo e burocracia. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 358, p. 50, 2001.
- MORICONI, Massimo. La mediazione – profili operativi e problematiche operative. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. XI, p. 360, 2013.
- MURRAY, Peter; STÜRNER, Rolf. *German Civil Justice*. Durham: Carolina Academic Press, 2004.
- NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- NERY JUNIOR, Nelson. Condições da ação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 64, p. 33, out. 1991.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. Tutela antecipada sancionatória. *Revista Dialética de Direito Processual – RDDP*, n. 43, p. 19-20, out. 2006.
- NIEVA-FENOLL, Jordi. Mediação: uma alternativa ao processo judicial?”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. XIV, p. 213-228, jul.-dez. 2014.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. É possível a resilição unilateral em negócios jurídicos bilaterais processuais?. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte: Fórum, n. 921, p. 260, out.-dez. 2015.
- NOVAIS, Alinne Arquette Leite. O princípio da boa-fé e a execução contratual. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. Rio de Janeiro: RT, 2011. v. III.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1. ed. 4.^a reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012.

- OAKLAND, John. *British Civilization: an introduction*. 6. ed. London: Routledge, 2006.
- O'HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*. London: Sweet and Maxwell, 2012; PARTINGTON, Martin. *Speech on Automatic Referral to Mediation Scheme*. Disponível em: <www.docstoc.com/docs/25372469/Automatic-Referral-to-Mediation-Scheme>. Acesso em: 27 abr. 2013.
- OKOLI, Pontian. An evaluation of pre-action notice in Nigerian Jurisprudence. *African Journal of International and Comparative Law*, n. 20, p. 70-86, 2012.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. O juiz e o princípio do contraditório. Disponível em: <www.alvarodeoliveira.com.br>. Acesso em: 30 jan. 2016.
- _____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em: 30 jan. 2016.
- OLIVEIRA, Daniela Olimpio de. Uma releitura do princípio do acesso à justiça e a ideia da desjudicialização. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. XI, p. 92, jan.-jun. 2013.
- OST, François. Jupter, Hercules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 14, 1993.
- PALACIO, Lino E. *Manual de derecho procesal civil*. 16. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.
- PARKERS, Tim. The Civil Procedure Rules Ten Years On: The Practitioner's Perspective. In: DWYER, Déirdre (Ed.). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: University Press, 2009.
- PARTINGTON, Martin. *Speech on Automatic Referral to Mediation Scheme*. Disponível em: <www.docstoc.com/docs/25372469/Automatic-Referral-to-Mediation-Scheme>. Acesso em: 27 abr. 2013.
- PAULA JUNIOR, Aloysio Libano de. *A experiência probatória no direito americano e no brasileiro*. 2008. 326 fls. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.
- PAUMGARTTEN, Michele. O futuro da mediação na Itália após a decisão da Corte Constitucional da República. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. XI, p. 416, 2013.

PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça – uma nova relação entre o judicial e o não judicial. *Centro de Estudos Sociais: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa*, Coimbra, v. 171, p. 16-19, abr. 2002. Disponível em: <www.ces.uc.pt>. Acesso em: 30 jan. 2016.

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. *Revista Forense*, n. 342, v. 94, p. 161-168, 1998.

PEYRANO, Jorge W. El cambio de paradigmas en materia procesal civil. *Revista de Processo*, n. 184, v. 35, p. 154-162, 2010.

PEYSNER, John. A blot on the landscape. In: DWYER, Déirdre (Ed.). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: University Press, 2009.

_____; SENEVIRATNE, Mary. *The Managing of Civil Cases: The Courts and the Post-Woolf Landscape*. London: Department for Constitutional Affairs, 2005.

PEZZANI, Titina Maria. *Il Regime Convenzionale delle prove*. Milano: Giuffrè, 2009.

PICARDI, Nicola. *La Giurisdizione all'Alba del Terzo Millennio*. Milano: Giuffrè, 2007.

PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006,

PICOZZA, Eliza. La prova per testimoni, tra deposizione orale e testimonianza scritta, a seguito della Riforma del 2009. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 869-890, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e a necessidade de sua sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 4, v. V, p. 83, jan.-jul. 2010.

_____. A mediação e o Código de Processo Civil projetado, jun. 2012. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 30 jan. 2016.

_____. *Direito processual civil contemporâneo: introdução ao processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. II.

_____; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. XII, p. 289-315, jul.-dez. 2013.

_____; PAUMGARTTEN, Michele. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, n. 11, v. XI, p. 182-215, 2013.

_____; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3.º do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 254, p. 17-44, abr. 2016.

POLINSKY, A. Mitchell; RUBINFELD, Daniel. Sanctioning Frivolous Suits: An Economic Analysis. *Georgetown Law Journal*, v. 82, issue 2, p. 397-436, Dec. 1993.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. t. XII.

_____. *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1970. t. 1.

PRACTICE DIRECTION 3A. Disponível em: <www.justice.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013.

PRE-ACTION PROTOCOL FOR CLINICAL DISPUTES. Disponível em: <www.justice.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013.

PRE-ACTION PROTOCOL FOR JUDICIAL REVIEW. Disponível em: <www.justice.gov.uk>. Acesso em: 30 jan. 2016.

PRE-ACTION PROTOCOL FOR PERSONAL INJURY. Disponível em: <www.justice.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013.

PRINCE, Sue; BELCHER, Sohpie. *An Evaluation of the Effectiveness of Court-Based Mediation Processes in Non-Family Civil Proceedings at Exeter and Guildford County Court*. Department for Constitutional Affairs, London, 2006.

PRINCE, Susan. ADR after the CPR: Have ADR Initiatives Now Assured Mediation an Integral Role in the Civil Justice System in England and Wales?. In: DWYER, Déirdre (Ed.). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: University Press, 2009.

PROTOCOLLO PER LE UDIENZE CIVILI DEL TRIBUNALE DE VENEZIA. Disponível em: <<http://www.osservatorigiustiziaticivile.it>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

PROTO PISANI, Andrea. Público e privado no processo civil na Itália. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro: Emerj, v. 4, n. 16, 2001.

PULLIAM, Jessica. Tricks and Traps of Pre-Arbitration Discovery. *Rev. Litig.*, The University of Texas School of Law, v. 32, p. 91, 2013.

PUNZI, Carmine. Mediazione e conciliazione. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 64, n. 4, p. 848 e ss., 2009.

RABELO, Cilana de Moraes Soares. *Meios democráticos de solução de conflitos no âmbito das Agências Reguladoras – Arce: um estudo de caso*. 2008. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Fortaleza.

- RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. Technology and the Future of Dispute Systems Design. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 17, p. 151. Disponível em: <<http://www.hnlr.org/wp-content/uploads/2012/09/151-200.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2016.
- RESKE, Henry. Early discovery adopted; despite a fight, opponents fail to block Rule 26 changes. *ABA Journal* [0747-0088], v. 80, p. 16, 1994.
- RESNIK, Judith. Managerial Judges. *Harvard Law Review*, v. 96/374, p. 376-380, 1982.
- REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1952. v. I.
- RHEE, C.H. van; UZELAC, Allan (Ed). *Truth and Efficiency in Civil Litigation*. Fundamental Aspects of Fact-Finding and Evidence-taking in a Comparative Context. Antuérpia: Intersentia, 2012.
- RIBEIRO DANTAS, Marcelo Navarro. Admissibilidade e mérito na execução. *Revista de Processo*, n. 47, p. 25, jun.-set. 1987.
- RODRIGUES NETTO, Nelson. Zuerts schlichten, dam richten: o modelo suíço de solução de litígios pré-processual é adequado para o Brasil? *Revista de Processo*, v. 221, p. 49-85, jul. 2013.
- RÜTZEL, Stefan; WEGEN, Gerhard; WILSKE, Stephan. *Commercial Dispute Resolution in Germany*. München: Verlag C.H. Beck, 2005.
- SAITTA, Nazareno. *Sistema di Giustizia Amministrativa*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2011.
- SANDER, Frank. Another View of Mandatory Mediation, *DISP RESOL. MAG.*, Winter 2007, at 16.
- SANTANNA, Ana Carolina Squadri. *Proposta de releitura do princípio da inafastabilidade de jurisdição: introdução de métodos autocompositivos e fim do monopólio judicial de solução de conflito*. 2014. 200 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Da microeconomia à microssociologia da tutela judicial. *Revista para a Democracia*, Associação Juízes para a Democracia, n. 1, p. 44 e ss., jan.-jun. 1996.
- _____. *Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

_____; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, n. 65, p. 5, nov. 1995.

SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista. Algumas notas sobre o contraditório no processo civil. *Revista de Processo*, v. 194, p. 69-98, p. 72, abr. 2011.

SANTOS, Tatiana Simões dos. *O processo civil modulado pelas partes: ampliação da autonomia privada em matéria processual*. 2009. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

SARDEK, Maria Teresa. Judiciário: mudanças e reformas. *Estudos Avançados (USP)*, São Paulo, n. 18, p. 86-94, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SATTA, Salvatore. Dalla procedura al diritto processual civile. *Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile*, ano 18, p. 28-36, mar. 1964.

SCARSELLI, Giuliano. La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno. *Revista Judicium*. Disponível em: <www.judicium.i>.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SHIPMAN, Shirley. Alternative Dispute Resolution, the Threat of Adverse Costs and the Right of Access to Court. In: DWYER, Déirdre (Ed.). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: University Press, 2009.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Congestionamento viário e congestionamento judiciário? Reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder Judiciário. *Revista de Processo*, v. 39, p. 13-26, 2014.

_____. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVEIRA, Susana Amaral. *Acordos incentivados: uma contribuição britânica nos caminhos buscados pelo Judiciário brasileiro*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 120. Disponível em: <www.teses.usp.br>. Acesso em: 30 jan. 2016.

SIME, Stuart. *A Practical Approach to Civil Procedure*. 15. ed. Oxford: University Press, 2012.

_____. Offers to Settle: Incentive, Coertion, Clarity. *Civil Justice Quarterly*, v. 32, p. 182-197, Feb. 2013.

SKINNER, Frederic B. *Ciência e comportamento humano*. Brasília: Ed. UnB/Funbec, 1970.

STRECK, Lenio Luiz. As súmulas vinculantes em face da hermenêutica filosófica e da jurisdição constitucional. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (Coord.). *Acesso à Justiça e efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Um debate com [e sobre] o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio?. *Revista de Processo*, v. 213, p. 14, nov. 2012.

STÜRNER, Rolf; KERN, Cristoph. Processo civil comparado: tendências recentes e fundamentais. *Revista de Processo*, n. 200, v. 36, p. 203-234, 2011.

TALAMINI, Eduardo. In: CABRAL, Antônio; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TANIGUCHI, Yasuhei. O Código de Processo Civil japonês de 1996 – Um processo para o próximo século?. *Revista de Processo*, v. 99, p. 50-51, jul.-set. 2000.

_____. Japan’s recent civil procedure reform: its seeming success and left problems. In: TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo (Ed.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino: G. Giappichelli, 2003.

TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideológica del vigente código italiano di procedura civile. In: _____. *Dottrine del Processo Civile: Studi Storici Sulla Sormazione del Processuale Civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

TARUFFO, Michele. Abusos de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). *Revista de Processo*, ano 34, v. 177, p. 156, nov. 2009.

_____. L’abuso del processo: profili comparatistici. *Revista de Processo*, ano 24, v. 96, p. 164, out.-dez. 1999.

_____. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. Modelli di prova e di procedimento probatorio. *Rivista di Diritto Processuale*, v. XLV-2, p. 420-447, 1990.

_____. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, ano 28, v. 110, p. 148, abr.-jun. 2003.

_____. O ônus como figura processual. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. XI, Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da

UERJ. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br>>. Acesso em: 31 jan. 2016, p. 423.

_____. Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos. *Páginas sobre Justicia Civil*. Tradução de Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009.

TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, ano 22, n. 65, p. 74, nov. 1995.

TEDOLDI, Alberto. La consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis CPC. *Rivista di Diritto Processuale*, ano LXV, n. 4, p. 807-808, jul.-ago. 2010.

TENENBLAT, Fabio. *Abuso no acesso ao Judiciário: custos econômicos e sociais*. 2010. Dissertação (Mestrado em Economia) – UERJ, Rio de Janeiro. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>.

TESHEINER, José Maria Rosa. Situações subjetivas e processo. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 107, p. 22, jul.-set. 2002.

_____; VIAFORE, Daniele. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 171-224, jul.-set. 2015.

THE HONG KONG WHITE BOOK, 2006, Sweet & Maxwell, rule 7.

THEODORO DE MELLO, Adriana Mandim. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). *Doutrinas essenciais: Direito civil – Parte geral*. São Paulo: RT, 2011. v. II.

THEODORO JR., Humberto. Tutela antecipada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: RT, 1997.

THIBAUT, John; WALKER, Laurens. *Procedural Justice: a psychological analysis*. Hillsdale, N.J.: Lawrence Erlbaum Associates, 1975.

TROCKER, Nicolò. *La formazione del diritto processuale europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2011.

TURNER, Robert. Actively: The Word that Changed the Civil Courts. In: DWYER, Déirdre (Ed.). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: University Press, 2009.

TYLER, T.R. *Why people obey the Law?*. New Haven: Yale University Press, 1990.

- UZELAC, Alan. Reforming Mediterranean Civil Procedure: is there a need for shock therapy?. In: _____; RHEE, C.H. van (Ed.). *Civil Justice between Efficiency and Quality: from Ius Commune to the CEPEJ*. Antuérpia: Intersentia, 2008. p. 71-99.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- VELI, Giovanni Berti (Ed.). *Gli Osservatori sulla Giustizia Civile e i Protocolli d'Udienza*. Bologna: Il Mulino, 2011.
- VERVEK, Remme. Fact Finding in Civil Litigation. A Comparative Perspective. *Intersentia*, p. 296, 2010.
- VERZELLONI, Luca. Gli Osservatori sulla Giustizia Civile e i Protocolli D'Udienza: uma leitura organizativa. In: VELI, Giovanni Berti (Ed.). *Gli Osservatori sulla Giustizia Civile e i Protocolli d'Udienza*. Bologna: Il Mulino, 2011.
- VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: MILLARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.
- VIGORITI, Vincenzo. Europa e Mediazione. Problemi e Soluzione. *Revista de Processo*, ano 26, v. 197, p. 339-359, jul. 2011.
- VINCENT, Jean; GUINCHARD, Serge; MONTAGNIER, Gabriel; VARINARD; André. *La justice et ses institutions*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1996.
- WALLER, Lord Justice; SCOTT, I. R. (Ed.). *Civil Procedure: The White Book Service*. London: Sweet & Maxwell, 2009.
- WALTER, Gerhard. The German Civil Procedure Reform Act 2002: Much ado about nothing?. In: TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo (Ed.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino: G. Giappichelli, 2003.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2007.
- WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: _____; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.
- _____. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo: DPJ, 2005.

WOODS, Thomas S. Cost Sanctions for Unreasonable Refusal to Mediate: Coming to a Courthouse near you? *The Advocates' Quarterly*, v. 31, n. 4, set. 2006.

WOOLF, Lord. *Access to Justice Interim Report; Access to Justice Final Report*. Disponíveis em: <www.dca.gov.uk>. Acesso em: 27 abr. 2013.

YARSHELL, Flavio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

YOON, A.; BAKER, T. Offer of Judgment Rules and Civil Litigation: An Empirical Study of Automobile Insurance Litigation in the East.) *Vanderbilt Law Review*, v. 59(1), p. 155, 2006.

ZANDER, Michael. *Cases and Materials on the English Legal System*. 10. ed. Cambridge: University Press, 2007.

_____. The Woolf Reforms: what's the verdict?. In: DWYER, Déirdre (Ed.). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: University Press, 2009.

_____. Why Lord Woolf's Proposed Reforms of Litigation should be rejected?. In: ZUCKERMAN, Adrian (Ed.), *Reform of Civil Procedure*. Essays on 'Access to Justice'. Oxford: University Press, 1995.

ZAVASCKI, Teori. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ZUCKERMAN, Adrian. Civil Justice Quarterly. *Special Issue: The Implementation of Sir Rupert Jackson's Review of Civil Litigation Costs*, v. 32, Feb. 2013.

_____. Lord Woolf's Access to Justice: Plus a Change... *Modern Law Review*, v. 59, p. 773-796, nov. 1996.

_____. (Ed.). *Reform of Civil Procedure*. Essays on 'Access to Justice'. Oxford: University Press, 1995.

_____. The Challenge of Civil Justice Reform: Effective Court Management of Litigation. *City University of Hong Kong Law Review*, v. 1, p. 49-71, out. 2009.

_____. *Zuckerman on Civil Procedure: Principles of Practice*. 2. ed. Oxford: Sweet&Maxwell, 2006.