



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Bruno de Sá Barcelos Cavaco

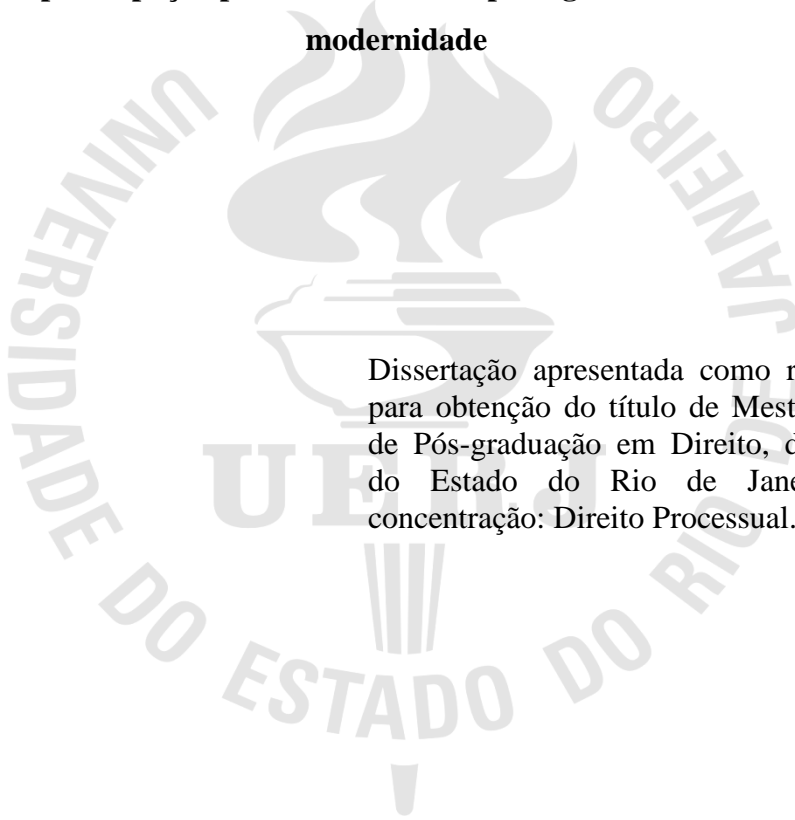
**Desjudicialização de conflitos e democracia processual  
Um convite à participação procedimental e ao protagonismo do cidadão na  
pós-modernidade**

Rio de Janeiro

2016

Bruno de Sá Barcelos Cavaco

**Desjudicialização de conflitos e democracia processual**  
**Um convite à participação procedimental e ao protagonismo do cidadão na pós-  
modernidade**



Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre 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

C376

Cavaco, Bruno de Sá Barcelos.

Desjudicialização de conflitos e democracia processual: um convite à participação procedimental e ao protagonismo do cidadão na pós-modernidade/ Bruno de Sá Barcelos Cavaco. - 2016.

243 f.

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

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Novo Código de Processo Civil - Teses. 2.Democracia – Teses.  
3.Acesso à justiça – Teses. I.Pinho, Humberto Dalla Bernardina de. II.  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.91/95

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

Bruno de Sá Barcelos Cavaco

**Desjudicialização de conflitos e democracia processual**  
**Um convite à participação procedimental e ao protagonismo do cidadão na pós-  
modernidade**

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

Aprovada em 23 de março de 2018.

Banca Examinadora:

---

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

---

Prof. Dr. Marco Antonio dos Santos Rodrigues  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior  
Universidade Federal do Espírito Santo

---

Prof. Dr. Robson Renault Godinho (Suplente)  
Universidade Federal da Bahia

Rio de Janeiro

2016

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Humberto Dalla Bernardina de Pinho, meu professor orientador, amigo, espelho e inspiração, pela diuturna acolhida, pelo incansável incentivo e pela atenção permanente. Muito obrigado.

Agradeço ao amigo e professor Marco Antonio dos Santos Rodrigues e ao professor Hermes Zaneti Júnior, pela honra e gentileza em aceitarem o convite para participar da banca desta dissertação, ainda mais em um período tão atribulado, quando a iminência da vigência do Novo Código de Processo Civil impõe a esses admiráveis e respeitados processualistas uma agenda repleta de compromissos.

Agradeço ao amigo e colega de Ministério Público Robson Renault Godinho, pela gigantesca gentileza em, irrefletida e prontamente, aceitar o intempestivo convite e me dar a honra em participar da banca desta dissertação. Muito obrigado mesmo.

Ao professor Leonardo Greco, detentor de um olhar crítico e incomparável sobre o fenômeno processual, cujas lições foram de proveito decisivo para a elaboração do presente trabalho.

Ao professor Leonardo Schenk, pelo compartilhamento do conhecimento durante as aulas ministradas, bem como pela possibilidade do intenso diálogo sobre as angústias do processo e da vida.

Ao professor Antonio do Passo Cabral, pela constante tentativa em extrair de seus alunos sempre o melhor, mostrando que é possível ir além.

Ao professor Nelson Pinto, pela intensa aprendizagem na disciplina de Direito Processual Constitucional, cujos pilares permeiam toda a estrutura da presente dissertação.

Agradeço aos amigos que fiz na UERJ, especialmente a Sofia Temer, José Quirino, Rodrigo Gismondi, Dario Machado, Ticiano Alves e Juliana Bello (*in memoriam*), com quem dividi preocupações, frustrações, medos, sonhos, realizações e vitórias nessa intensa jornada.

Ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em especial ao seu Conselho Superior, na pessoa do Dr. Marlon Oberst Cordovil, pela compreensão ao propiciar o meu afastamento parcial, certo na direção de que o fortalecimento institucional perpassa, fundamentalmente, pela qualificação técnica e acadêmica de seus membros.

À Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), minha casa desde o já longínquo ano de 1999, instituição de excelência, que apesar de todas as dificuldades atravessadas

ultimamente, feliz e bravamente continua a sobreviver e proporcionar um qualificadíssimo Programa de Pós-Graduação à comunidade fluminense. Em seu nome, agradeço à emblemática e incansável servidora Sônia.

Agradeço aos meus grandes amigos que me acompanham pelos caminhos da vida. Muito obrigado por compreenderem minha ausência nesse período e por estarem sempre presentes, seja física ou eletronicamente ou, ainda, além-mar.

Por derradeiro, não só agradeço, como dedico esta dissertação aos meus pais, Nely e Carlos Roberto, que me deram a vida. Às minhas irmãs, Tânia, Cláudia e Adriana e às minhas sobrinhas, Luiza e Isabel, sinônimos de amor e carinho. À minha avó Maria José, que mesmo no fim de sua vida, permanece com o olhar cravejado de amor e esperança.

E, fundamentalmente, a Deus, pelo sopro da vida, à minha esposa Joana, pelo amor, cuidado e compreensão cotidianos e, ao meu filho, o pequeno e amado Gael, concebido, gestado e nascido no período do Mestrado, o qual personifica o sentido dessa efêmera existência.

Esta dissertação não seria possível sem todos e cada um de vocês.

Muito obrigado a todos.

“Não pretendemos que as coisas mudem se sempre fazemos o mesmo. A crise é a melhor benção que pode ocorrer com as pessoas e empresas, porque ela traz progressos. A criatividade nasce da angústia, como o dia nasce da noite escura. São nas crises que nascem as invenções, os descobrimentos e as grandes estratégias. Quem supera a crise supera a si mesmo sem ficar superado. Quem atribui a ela seus fracassos e suas penúrias violenta seu próprio talento e respeita mais os problemas do que as soluções. A verdadeira crise é a crise da incompetência. O inconveniente das pessoas e dos países é a esperança de encontrar as saídas e soluções fáceis. Sem crise, não há desafios. Sem desafios, a vida é uma rotina, uma lenta agonia. Sem crise, não há mérito. É nela que se aflora o melhor de cada um. Falar de crise é promovê-la, e calar-se sobre ela é exaltar o conformismo. Em vez disso, trabalhemos duro. Acabemos de uma vez com a única crise ameaçadora, que é a tragédia de não querer lutar para superá-la”.

Albert Einstein

“Emancipate yourselves from mental slavery None but ourselves can free our minds”.

Bob Marley

## RESUMO

CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. *Desjudicialização de Conflitos e Democracia Processual: um convite à participação procedimental e ao protagonismo do cidadão na pós-modernidade*. 2016. 242f. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

Esta dissertação analisa, particularmente, o fenômeno da desjudicialização a partir de uma concepção mais alargada de jurisdição – consonante com um momento de crise jurisdicional e insuficiência das respostas estritamente estatais aos conflitos surgidos no esgarçado tecido social –, tomando como premissa o fato de a judicialização e a desjudicialização de conflitos representarem as duas faces de uma mesma moeda (jurisdicionalização). Ou seja, são hipóteses representativas de como as resoluções de conflitos sociais e, porque não dizer, a própria produção do direito, são encaminhadas e geridas em uma cena pós-moderna timbrada por uma necessária e democrática pluralidade. Pretendemos, neste estudo e diante das balizas anunciadas, apresentar uma breve tentativa de sistematização da desjudicialização, detalhando, ainda como ela já se mostra no ordenamento brasileiro, por meio de distintas e variadas facetas. O estudo dá ênfase, ainda, em como a participação procedimental pode ser funcionalizada como garantia cidadã e democrática na formação dos provimentos estatais e não estatais, a partir de uma estrutura procedimental equilibrada e policêntrica. A adoção de uma teoria geral do procedimento, com a aproximação semântico-normativa entre os institutos do processo e procedimento também caminha nesse precípuo escopo, com o aporte de novos conceitos, máxime a partir da ressignificação do princípio do acesso à justiça, que não pode mais ser confundido como mero acesso formal ao Poder Judiciário, muito menos vinculado à ideia de reivindicação ao acesso a um sistema de direitos já dado. Por fim, diante do início de vigência do Novo Código de Processo Civil, optou-se metodologicamente por destrinchar dois institutos inéditos no ordenamento (negócios processuais e procedimentos probatórios autônomos), os quais, ao nosso sentir, descortinam e ilustram um incontestado aprofundamento democrático erigido pelo novel paradigma processual. A hipótese defendida, portanto, acaba por entrelaçar as premissas da ampliação da jurisdição, pluralismo jurídico, participação procedimental enquanto vetor democrático de coautoria decisional nos provimentos estatais e não estatais, além da aproximação semântico-normativa entre processo e procedimento, tudo com vistas a se afastar uma arbitrária e abstrata homogeneização jurídica que simplesmente dá de ombros à complexa e multifacetada contemporaneidade. Em outras palavras, perpassa precipuamente e se ancora no pluralismo de fontes e de modelos jurídicos que procedimentalizam o justo na contemporaneidade, tudo isso envolto na assunção de novos paradigmas hermenêuticos e novéis formas de produção do Direito.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Desjudicialização. Participação. Pluralidade. Democracia. Procedimento.



## ABSTRACT

CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. *Lessening of the judicial involvement and Procedural Democracy: a call for participation in proceedings and the role of the citizen in postmodernity*. 2016. 242f. Dissertation (Master in Law) – Faculty of Law, Rio de Janeiro State University, Rio de Janeiro, 2016.

This thesis particularly analyzes the culture of lessening the jurisdiction of courts through access to the judicial system based on a broader conception of jurisdiction – pursuant to a time of national jurisdictional crisis and insufficiency of strictly State responses to conflicts arising in the already stressed social sphere - taking as assumptions the fact that the judicialization and the lessening of the judicial involvement through access to justice in conflicts represent the two sides of the same coin. That is, these are hypothesis that represent how the resolution of social conflicts, and why not say, the production of law itself, are routed and managed in a postmodern scene marked by a necessary and democratic plurality. This paper intends to present a brief attempt to systematize the lessening the jurisdiction of courts through access to the judicial system, further detailing its position in the Brazilian legal system through distinct and varied features and in the light of the aforementioned benchmarks. The study emphasizes also how the procedural participation can be rendered operational as a citizen and democratic guarantee in the formation of State and non-State provisions from a balanced and polycentric procedural structure. The adoption of a general procedural theory, based on a semantic-normative approach between the concepts of procedure and proceedings is also based on this critical scope, with the contribution of new concepts, especially from the reinterpretation of the principle of access to court, which can no longer be mistaken as a mere formal access to courts (Judiciary Branch), let alone connected to the idea of a claim for access to a system of rights already provided. Finally, considering the beginning of the effectiveness of the new Code of Civil Procedure, it has been decided, methodologically, to disentangle two new concepts in the legal order (procedural business and independent evidentiary procedures), which, in our opinion, unfold and show an unquestioned democratic deepening, built by the novel procedural paradigm. Therefore, the hypothesis defended herein ultimately entangles the assumptions related to the expansion of jurisdiction, the legal pluralism, the procedural participation as a democratic vector in State and Non-State decision co-authorship, besides the semantic-normative approach between procedure and proceedings, all aiming at withdrawing an arbitrary and abstract legal homogenization that simply shrugs off the complex and multifaceted contemporary times. In other words, it primarily goes beyond and anchors itself in the pluralism of sources and legal models that create new fair procedures nowadays, being all this wrapped in the assumption of new hermeneutic paradigms and new forms of production of Law.

Key-words: New Code of Civil Procedure. Lessening of the judicial involvement.

Participation. Pluralism. Democracy. Procedure.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADR	Alternative Dispute Resolution
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015
CDC	Código de Defesa do Consumidor
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
MP	Ministério Público
NCPC	Novo Código de Processo Civil
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
1	<b>PARA COMEÇAR. CRISE DA JURISDIÇÃO E NOVOS CAMINHOS</b> .....	26
1.1	<b>A Hora é Agora</b> .....	26
1.2	<b>Superação de Paradigmas e Pluralismo Jurídico</b> .....	30
1.3	<b>Interdisciplinariedade e Autopoiese</b> .....	39
1.4	<b>Relações entre Processo, Cultura e Constituição</b> .....	43
1.5	<b>Modelos Processuais e Ideologia</b> .....	51
2	<b>UM SOPRO FILOSÓFICO</b> .....	56
2.1	<b>A Influência do Pensamento de Habermas. Referencial Teórico-Filosófico</b> .....	56
2.1.1	<u>Estrutura Normativa e Agir Comunicativo</u> .....	56
2.1.2	<u>Paradigma Procedimental e Modelo Processual</u> .....	58
2.1.3	<u>Racionalidade Habermasiana e Democracia</u> .....	62
3	<b>PREPARANDO TERRENO. PÓS-MODERNIDADE, DEMOCRACIA, PARTICIPAÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA</b> .....	66
3.1	<b>O que é Pós-Modernidade?</b> .....	66
3.2	<b>Democracia Participativa</b> .....	70
3.3	<b>Participação e Contraditório</b> .....	73
3.4	<b>Para Além da Jurisdição. Ressignificação do Acesso à Justiça</b> .....	78
4	<b>DIRETO AO PONTO. JUDICIALIZAÇÃO E DESJUDICIALIZAÇÃO. FACES DA MESMA MOEDA</b> .....	86
4.1	<b>Protagonismo do Judiciário na Cena Contemporânea e Judicialização da Política</b> .....	86
4.2	<b>Judicialização, Desjudicialização. Faces da Mesma Moeda. Construindo um conceito</b> .....	97
4.3	<b>Desjudicialização e Compartilhamento da Jurisdição</b> .....	102
5	<b>AINDA A DESJUDICIALIZAÇÃO. DESJUDICIALIZAÇÃO E SUAS FACETAS</b> .....	106
5.1	<b>Exteriorizações da Desjudicialização</b> .....	108
5.1.1	<u>Desjudicialização e Métodos Adequados de Resolução de Conflitos</u> .....	108
5.1.1.1	Métodos Adequados de Resolução de Conflitos, NCPC e Lei Geral da Mediação .....	114
5.1.2	<u>Desjudicialização e Extrajudicialidade</u> .....	129
5.1.3	<u>Desjudicialização e Tutela Coletiva</u> .....	132

6	<b>PROCESSO E PROCEDIMENTO. UMA APROXIMAÇÃO SEMÂNTICO-NORMATIVA</b> .....	148
6.1	<b>Ampla Processualidade</b> .....	148
6.2	<b>Por uma teoria geral do procedimento</b> .....	156
7	<b>PARA ILUSTRAR. APROFUNDAMENTO DEMOCRÁTICO NA NOVA CENA PROCESSUAL</b> .....	163
7.1	<b>Processo Cooperativo</b> .....	163
7.2	<b>Procedimentos Probatórios Autônomos</b> .....	169
7.2.1	<u>Procedimentos Probatórios Autônomos. ainda medidas cautelares?</u> .....	169
7.2.2	<u>Autonomia do direito à prova reconhecida pelo Novo Código de Processo Civil. Acertamento Fático e Fomento ao Consenso</u> .....	175
7.2.3	<u>Giro pelo Mundo</u> .....	180
7.2.3.1	EUA e Inglaterra .....	181
7.2.3.2	Alemanha.....	183
7.2.3.3	Itália.....	184
7.2.3.4	França.....	185
7.2.4	<u>Perspectivas e Expectativas</u> .....	186
7.3	<b>Negócios Jurídicos Processuais</b> .....	187
7.3.1	<u>Dicotomia Publicismo x Privatismo. Necessidade de Superação</u> .....	188
7.3.2	<u>Flexibilização Procedimental</u> .....	198
7.3.3	<u>Um Velho Conhecido?</u> .....	199
7.3.4	<u>Limites aos Negócios Jurídicos Processuais</u> .....	203
7.3.5	<u>E na prática?</u> .....	206
	<b>CONCLUSÕES</b> .....	207
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	212

## INTRODUÇÃO

A cultura da desjudicialização ainda engatinha em *terrae brasilis*. A obsessão demandista<sup>1</sup> é corolário de uma sociedade paternalista que não consegue encontrar *per si* uma resolução minimamente consensual para os seus próprios conflitos.

Nos dizeres de Chase<sup>2</sup>, o conflito é inevitável dentro de um determinado corpo social. O tratamento conferido à litigiosidade como consectário histórico revela-se, portanto, em traço marcante de um dado recorte espaço-temporal.

A par da nota incipiente que dá o tom da desjudicialização em território brasileiro, ela não traz consigo qualquer novidade.

Isso porque a natureza cíclica dos processos históricos dá conta de que sociedades avançadas, com intenso grau de comunicação interna, utilizavam-se frequentemente dos agora tidos como *alternativos* métodos para a resolução de seus conflitos.

O timbre da alternatividade<sup>3</sup> decorre da fossilização de conceitos atrelados ao direito positivado, imanentes ao sistema da *civil law* e, em maior espectro, à própria lógica *rousseauuniana*, dentre os quais se realça a jurisdição como exclusivo e único meio de solução de conflitos.

Sem sombra de dúvidas, portanto, que a atividade não estatal de solução de controvérsias surgiu antes da figura moderna de Estado.

Não obstante o natural comodismo quanto aos cânones do tratamento da litigiosidade, nos moldes em que conhecemos, a mediação (e os outros métodos ditos *alternativos*) se apresentam atualmente como propulsores e catalisadores de uma nova conformação histórico-jurídica.

---

<sup>1</sup> Acerca dessa obsessão demandista, Mancuso bem observa que: “a irrefreada formação de uma *cultura demandista ou judiciarista* ao interno da coletividade, difundindo a (equivocada e nefasta) percepção de que todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito deve, de pronto, ser repassado à Justiça estatal, numa *ligação direta* que acaba por insuflar a contenciosidade social e desestimular a *verdadeira cidadania*, que sinaliza, num primeiro momento, para uma aproximação entre os contraditores, em ordem a uma possível resolução consensual da pendência”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 31).

<sup>2</sup> CHASE, Oscar G. *Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cultural Context*. New York University Press, 2005, p. 3. Na passagem aludida, o eminente autor aduz que “no human society is free of disputes. But how will the disputes be addressed?”

<sup>3</sup> No que concerne à nomenclatura *meios alternativos*, MANCUSO bem observa que “tal expressão não é exatamente fiel à realidade histórica, porque as primitivas formas de resolução de conflitos permitiam que os próprios interessados interagissem, de *per si* ou com a intercessão de terceiro, fora e além da estrutura estatal, de resto incipiente nas priscas eras”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 15).

Os referidos métodos são vocacionados a restabelecer o canal perdido de comunicação entre os membros da tessitura social, no afã do estabelecimento de soluções pacíficas para seus conflitos.

Esse é o mote para se adequar historicamente o princípio do acesso à justiça<sup>4</sup> às premissas cotidianamente construídas pelas sociedades pós-modernas, caracterizadas por conflitos massificados, instantâneos e, em sua maioria, perfeitamente contornáveis, caso a litigiosidade não fosse potencializada pelo vetusto e antidemocrático (porém largamente observado em terras tupiniquins) contraste linear *vencedor x vencido*<sup>5</sup>.

Nesse sentido, a judicialização de toda e qualquer controvérsia acaba por converter e polarizar os contraditores, em uma verdadeira retroalimentação sistêmica que acaba por inflar a litigiosidade ao seio da coletividade.

O pluralismo<sup>6</sup> das sociedades pós-modernas e o conseqüente dissenso racional acerca dos *standards* mínimos dos valores fundamentais<sup>7</sup> não permitem, pois, que os cidadãos sejam obstados a resolver de forma desjudicializada seus próprios conflitos.

Negar tal possibilidade à sociedade representa indúvidosa negação do caráter emancipatório que ainda se espera do Direito. Nesse ritmo, somos levados a repensar e libertar a jurisdição das amarras do monopólio estatal<sup>8</sup> – não mais confinada e prisioneira dos

---

<sup>4</sup> Segundo Pinho, “o princípio da inafastabilidade da jurisdição eleva à categoria de obrigação do magistrado sua atividade de prestar jurisdição, cria um dever de abstenção ao legislador, no sentido de ser a ele proibida a criação de obstáculos ao acesso à justiça e a seus mecanismos de efetivação e, por fim, consiste em garantia aos litigantes e em direito fundamental do cidadão”. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol.1, p. 102).

<sup>5</sup> A título exemplificativo, “na mediação evita-se a polarização entre o vitorioso e o derrotado da demanda (substituição do winner-takes-all pelo win-win), além de garantir-se maior criatividade no processo decisório, com a chance de pensar ‘outside the box’ e construir consensualmente a decisão (tailored decision). (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Mediação Obrigatória: Um Oxímoro Jurídico e Mero Placebo para a Crise do Acesso à Justiça*. <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=82b8a3434904411a>. Acesso em 11 de agosto de 2015).

<sup>6</sup> Conforme anota Oppetit, “aceitar a perspectiva pluralista requer o abandono de uma teoria ligada a uma certa concepção do Estado e do Direito”. (OPPETIT, Bruno. *L’emergence de la lex mercatoria Droit et modernité*. Paris: PUF, 1998, p. 58 *apud* SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 11).

<sup>7</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. Ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004, p. 290.

<sup>8</sup> Analisando a tríade de causas do monopólio estatal na produção e distribuição do Direito, todas postas no paradigma da modernidade, José Geraldo de Sousa Júnior enfatiza que “os três aspectos colocados em relevo são os seguintes: a modernidade compreendida como racionalidade científica e positiva que passou a rejeitar outras formas de conhecimento e de explicação da realidade, tais como as mítico-religiosas e as de natureza metafísica; a modernidade, representada pela hegemonia da forma política do Estado, cuja expressão institucional passou a subordinar as experiências múltiplas de outros modos de organização política no espaço da sociedade; a modernidade caracterizada pela supremacia do modo legislativo de realizar o Direito, isolando o jurídico na sua expressão formal (a codificação), por meio de de uma colonização das práticas jurídicas plurais inscritas nas tradições corporativas e comunitárias. Todo este processo pode ser resumido em um modelo ideológico que passou a pensar o mundo pela sua exteriorização jurídica, numa visão normativista e substantivista, que faz da norma a unidade de análise da realidade, perdendo de vista a possibilidade de uma leitura processual, institucional do mundo, assentada na experiência, que toma o conflito como seu elemento analítico” (SOUSA

limites estatais – mas estendida a outras instâncias de processamento do justo que solucionem o conflito com justiça<sup>9</sup>, adequação e eficiência.

Decididamente, o Estado contemporâneo não possui o monopólio da produção e distribuição do direito. Apesar de, obviamente, o direito estatal ser dominante, ele deve coexistir na sociedade com outros modos e formas de processamento e resolução de conflitos<sup>10</sup>.

A visão ora detectada mostra-se perfeitamente consentânea a uma (sonhada) revolução democrática da justiça, tal qual cognominada por Santos<sup>11</sup>, o qual aposta em uma concepção forte de pluralismo jurídico, com vistas a nos libertar de um sufocante monopólio estatal e científico do direito.

No Brasil, já se passou, pois, da hora de se promover uma verdadeira e adequada releitura contemporânea do princípio plasmado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República. A releitura que se busca é colorida pelo limiar de uma nova cena processual<sup>12</sup>, protagonizada pelo primeiro Código de Processo Civil brasileiro inteiramente gestado<sup>13</sup>, debatido e aprovado sob a égide de um regime democrático, o qual prima justamente por uma complementariedade entre os denominados equivalentes jurisdicionais e a justiça estatal.

JR., José Geraldo de. *Por uma concepção alargada de acesso à justiça*. In: Rev. Jur., Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p. 1-14, abr./maio, 2008. Disponível em [https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs\\_saj/index.php/saj/article/view/223/212](https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/view/223/212). Acesso em 12 de janeiro de 2016).

<sup>9</sup> No âmbito do pensamento contemporâneo e alicerçado sobre uma concepção de justiça substancial, v. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 3-5.

<sup>10</sup> SANCHES FILHO, Alvinio Oliveira. *Experiências institucionais de acesso à justiça no Estado da Bahia*. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adeneuer, 2001, p. 241-271.

<sup>11</sup> Segundo o mestre português, propugna-se um novo senso comum jurídico, calcado em uma nova atitude teórica, prática e epistemológica e ancorado em três premissas principais: “a primeira é uma crítica ao monopólio estatal e científico do direito. Esta premissa exige que sejam desveladas as alternativas ao dogmatismo jurídico e à teoria positivista do direito apostando numa concepção forte de pluralismo jurídico e numa concepção política do direito. A concepção de um direito plural que está presente de diferentes formas em diferentes espaços de sociabilidade e que neles pode assumir o papel contraditório de ser simultaneamente fonte de poder, diferenciação e exclusão e de luta contra o poder, a diferenciação e a exclusão está (sic) no centro do novo senso comum jurídico que defendo” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3a Ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 6).

<sup>12</sup> Consoante afirmam Pedroso, Trincão e Dias “o direito, o sistema jurídico e o sistema judicial encontram-se num processo acelerado de transformação, que varia em cada sociedade em função do seu desenvolvimento econômico e social, da cultura jurídica, das transformações políticas e do conseqüente padrão de litigação decorrente do tipo de utilizadores dos tribunais judiciais e da relação entre a procura potencial e efetiva da resolução de um litígio no sistema judicial” (PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. *Tribunais em sociedade: por caminhos da(s) reforma(s) da justiça*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003, p. 415).

<sup>13</sup> O Novo Código de Processo Civil surge no ordenamento, após a sucessão de reformas processuais, iniciadas há mais de 20 anos, pautadas no discurso da canalização de esforços para a estruturação de um procedimento que atendesse, ao mesmo tempo, ao conjunto de princípios processuais constitucionais, às exigências de efetividade normativa do ordenamento e à geração de resultados úteis, dentro de uma perspectiva procedimental do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. v. 10. n. 30. 1977, p.315-348.

Tal assertiva ganha concretude com os textos normativos gravados nos §§2º e 3º do art. 3º do Novo Código de Processo Civil, os quais indicam simbólica e normativamente que a solução consensual de conflitos, precípua escopo estatal, externalizada pela conciliação, mediação e outros métodos, deverá ser estimulada pelos operadores do direito, inclusive no curso do processo judicial.

Nessa senda, sem dúvida alguma, após mais de 40 anos de vigência do *Código Buzaid*<sup>14</sup>, o novel paradigma processual pode se transmudar em uma profícua oportunidade de reflexão sobre esse e outros temas subjacentes à consolidação de um processo civil democrático, máxime em se considerando a cogente exigência de conformação do sistema processual à Constituição da República.

E, por mais que possa parecer *óbvio ululante*<sup>15</sup>, não se pode afastar do impositivo mantra e de todas as suas necessárias implicações práticas e teóricas: Estamos diante de um Novo Código de Processo Civil!

Não se trata de mera reforma do velho, do antigo!

Mesmo percorrendo trilhas de obviedade, não há que se envergonhar de proclamar o óbvio: há uma nova ideologia, uma nova maneira de se compreender o processo civil pela cogente lente constitucional.

Destarte, se mostra inegável que o advento de um Novo Código de Processo Civil impõe uma necessária mudança de perspectiva, reconstruindo as bases do processo civil a partir de uma recompreensão funcionalizada aos objetivos do Estado Democrático de Direito erigido pela Carta Constitucional de 1988.

O momento encerra uma virada de paradigma no processo civil brasileiro, na efetiva busca de um modelo teórico mais aderente à indigitada cogência contitucional, com a irreversível aproximação e entendimento do fenômeno processual a partir e por meio da teorização acerca dos direitos fundamentais<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Sem dúvida, a legislação processual brasileira forjada sob a centralidade do *Código Buzaid* encerrou forte influência na superação do processo liberal por um processo inserido no paradigma instrumentalista e a serviço do Estado Social. Consoante exposto por Alfredo Buzaid na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil: “o processo é instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar a justiça. Não se destina à simples definição de direitos na luta privada entre os contendores”.

<sup>15</sup> Esse foi o título dado por NELSON RODRIGUES a uma seleção de crônicas, originalmente publicada como *Confissões*, nas páginas do jornal *O Globo*, entre novembro de 1967 e agosto de 1968, como esclarece RUY CASTRO, na introdução a uma reedição dessa obra (RODRIGUES, Nelson. *O Óbvio Ululante: Primeiras Confissões (Crônicas)*, org. Ruy Castro, São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 11 (Obras de Nelson Rodrigues, 3)).

<sup>16</sup> Nessa linha, segundo Marco Antonio dos Santos Rodrigues, “pode-se afirmar, portanto, que o direito processual civil deve atuar buscando atribuir a maior efetividade possível aos direitos fundamentais, tanto aos referentes ao processo como aos protegidos por meio deste, e aos valores constitucionalmente assegurados. Os institutos do direito processual devem, então ser analisados e interpretados com o objetivo de realização desses



Inexiste, portanto, antinomia ou incompatibilidade entre os meios adequados e desjudicializados de resoluções de conflitos e a justiça estatal. Como dito, há uma complementariedade sistêmica preordenada à solução dos conflitos surgidos no tecido social.

Uma indagação se faz, pois, necessária: será mesmo que o denominado princípio do acesso à justiça ou da inafastabilidade do controle jurisdicional tem toda essa amplitude normativa e simbólica que sempre se apregou aos quatro ventos?

E outra decorrente: será mesmo que a máquina judiciária, com toda essa pretensão de onipresença e onisciência, vem atendendo, ao menos satisfatoriamente, aos anseios da cidadania?

Em um primeiro momento, como sói ocorrer com todas as coisas, quer parecer que a historicidade nos auxilia a desvendar caminhos que, à primeira vista, não se descortinavam como evidentes.

Nesse passo, a compreensão exagerada acerca dos limites do acesso à justiça, tal como consagrado em sede constitucional, é conseqüência de um período pós-ditatorial, marcado amplamente por direitos cuja tutela se encontrava nitidamente represada.

Delineada tal moldura, tem-se que uma das premissas que informam o presente trabalho se apóia na imposição de o Estado Democrático Constitucional Brasileiro institucionalizar procedimentos mais democráticos, plurais e descentralizados, que sirvam de meio à produção do Direito (demodiversidade<sup>17</sup>).

A hipótese que se propõe perpassa justamente pela veiculação de um convite irrecusável ao brasileiro, qual seja, efetivar e promover a necessária passagem da condição de súdito ao *status* de cidadão<sup>18</sup>.

A contemporaneidade inadmitte que os cidadãos sejam coadjuvantes da própria vida.

direitos e valores, protegendo, assim, o Estado Democrático de Direito consagrado pela Lei Maior". (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 124-125).

<sup>17</sup> No mesmo compasso de Santos e Avritzer, para os quais a demodiversidade pode ser concebida como "a coexistência pacífica ou conflitual de diferentes modelos e práticas democráticas" (SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. *Para ampliar o cânone democrático*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, pp. 39-82), Zaneti Júnior conceitua a demodiversidade como sendo "a democracia pluralista que admite várias instâncias de formação e deliberação com a 'recuperação das tradições participativas'" (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 131).

<sup>18</sup> Em emblemática passagem, Canotilho pontifica que "diz-me que processos impõem através das tuas leis e eu dir-te-ei se tens cidadãos ou súbditos" (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito de acesso à justiça constitucional* (Palestra, p. 8). *Estados da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa*, Luanda, junho de 2011. Disponível em: [www2.stf.jus.br/cjcplp/presidencia/Gomes-Canotilho\\_Junho2011.pdf](http://www2.stf.jus.br/cjcplp/presidencia/Gomes-Canotilho_Junho2011.pdf). Acesso em: 15.12.2015).

Em outras palavras, aproximar o cidadão de um esquecido protagonismo democrático no compartilhamento da tomada de decisões estatais e (não estatais), em uma quadra histórica que se diz e se pressupõe pós-moderna.

Tal visão pega emprestado em sua fundamentação os cânones da teoria fazzalariana do processo encarado como procedimento em contraditório.

Contraditório não apenas como bilateralidade de instância/audiência, mas contraditório em sua concepção forte<sup>19</sup>, descortinando-se como exteriorização do princípio democrático de participação, enquanto garantia de (potencialidade<sup>20</sup>) de influência, evitação de decisões-surpresa<sup>21</sup> e dever de debate.

Nesse vértice, afiguram-se auspiciosas as didáticas previsões normativas contidas nos artigos 7º, 9º e 10<sup>22</sup> do CPC/15, as quais minudenciam o conteúdo da referida acepção forte de contraditório.

Sem rodeios, nesse e em outros temas fundamentais, o recado foi dado pelo Novo Código de Processo Civil. E, para bom entendedor, pinga letra.

A hipótese aqui trabalhada adere, ainda, à trilha forjada pelos direitos fundamentais de 4ª geração, mais precisamente ao direito fundamental de participação<sup>23</sup> no procedimento, enquanto exteriorização da democracia em seu viés deliberativo.

---

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Do formalismo no processo civil*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 227-241.

<sup>20</sup> Potencialidade em razão de o contraditório encerrar um direito e não um dever. Nos precisos dizeres de Rafael Sirangelo de Abreu: “em verdade, dizer que o contraditório é potencialidade de influência significa tão somente colocar luz sobre a noção de que se trata de um direito e que, por sua natureza, consubstancia-se em poder e, portanto, em mera potência. O processo, espaço democrático de participação que é, atribui um direito (e não um dever) às partes de fazerem uso de sua capacidade crítica” (ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 89).

<sup>21</sup> Mesmo antes da previsão normativa estampada no CPC/2015, Heitor Sica já defendia a imposição da prévia discussão entre partes e juiz, para fins de solução de questões cognoscíveis de ofício (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 44).

<sup>22</sup> Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório;

Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

I – à tutela provisória de urgência;

II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III – à decisão prevista no art. 701;

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

<sup>23</sup> Segundo Calmon de Passos, esse direito fundamental à participação compreende: “participação nas decisões, sempre que possível; controle da execução, em todas as circunstâncias; acesso às informações, assegurado, no mínimo, a respeito de assuntos mais graves, a setores representativos da sociedade civil. Pede, portanto, a democracia participativa, não a exclusão do sistema representativo-parlamentar, mas sua ultrapassagem; não a eliminação da intermediação partidária, mas o reconhecimento de sua insuficiência, institucionalizando-se

A institucionalização de uma racionalidade democrática exige, como elemento fundamental, o aumento dos meios de participação dos cidadãos na formação da decisão política.

Em decorrência, a expressão racional do pluralismo, por sua vez, exige o aumento dos centros dessa decisão, uma multiplicação de instâncias institucionalizadas de poder<sup>24</sup>.

Afinal de contas, um Estado que se pressupõe democrático necessita abrir flancos e arenas de efetiva participação dos cidadãos na construção das decisões estatais. Em sede processual, portanto, impinge ao Estado-Juiz que os destinatários do provimento jurisdicional tenham influência decisiva em sua conformação, mediante participação pelo e no processo.

O processo, portanto, veste uma roupa nova. Deixa de lado a velha e carcomida indumentária<sup>25</sup> liberal, que somente propiciava a realização de direitos já formulados, para colocar uma roupa da moda, instrumento de formulação e realização dos direitos, com uma multifuncionalidade dirigida, simultaneamente, à criação e aplicação do direito.

Em suma, encarar o processo como instrumento político de participação<sup>26</sup>. Verdadeiro instrumento de atuação política na cena contemporânea.

Abrindo um parêntese, interessante notar, com esteio em acurada radiografia compartilhada por Galeno Lacerda<sup>27</sup> e Zaneti Júnior<sup>28</sup>, que a tradição jurídico-processual

corpos intermediários mais representativos e mais próximos do cidadão e dele mais dependentes; não a desagregação da administração, mas sua descentralização, democratizando-se a decisão regional, local, específica com a participação dos interessados-usuários; não a eliminação da iniciativa privada e da empresa estatal, sim a democratização da empresa, em todas as suas modalidades, colocada, ao lado da propriedade privada e da estatal, como extremos de formas de apropriação, a propriedade pública” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Democracia, Participação e Processo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 92).

<sup>24</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 111.

<sup>25</sup> Mais uma vez, mister referenciar o incomparável mestre baiano, quando convoca os processualistas a se situarem e se comprometerem na conformação do processo e seu papel na democratização da sociedade. Nesse passo, adverte Calmon de Passos que: “cuida-se, portanto, de um problema de ordem política, não de algo que encontrará solução no campo da dogmática jurídica. Trata-se de definir a organização e as instituições que asseguram a democratização da sociedade, e isso é que informará a filosofia do novo processo jurisdicional, não o repensar-se o conceito de legitimação, de coisa julgada e outros afins. Essa a mudança de enfoque se põe como um desafio aos processualistas, chamados a recuperar, para o jurista, a condição de cientistas políticos sob pena de fazerem um discurso sem ouvintes e exercitarem uma ciência sem objeto (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Democracia, Participação e Processo*. cit., p. 92).

<sup>26</sup> Com esteio em Fazzalari, Zaneti Júnior bem esclarece que “admitida a participação efetiva, concreta e não episódica dos cidadãos no governo da coisa pública, o *processo* se coloca como ‘um instrumento da vida democrática’. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo...* cit. p. 179).

<sup>27</sup> Segundo o saudoso mestre gaúcho, “no Brasil, desde o advento da República em 1889, se estabeleceu um singular e fecundo dualismo na estrutura e no modo de realização do Direito: o direito público, inspirado nas instituições norte-americanas, e o direito privado, no sistema codificado da Europa continental. Essa perspectiva nova de integração dos dois maiores sistemas de realização do Direito no mundo - o romano-germânico e o do *common law* - teve o feliz resultado de conferir ao Poder Judiciário, no estado de direito, importância superior à dos demais Poderes, ao contrário daquilo que, em regra, acontece nos países da Europa continental e ocidental, presos ao dogma montesquieuano da independência e autonomia dos Poderes (LACERDA, Galeno. *O juiz e a*

brasileira é dotada de interessante hibridismo, uma verdadeira miscigenação dos clássicos modelos da *civil e common law*.

A tradição constitucional é predominantemente forjada sob o arquétipo anglo-saxão, cristalizado no modelo de controle de constitucionalidade erigido pela Constituição Republicana de 1891.

Já a tradição infraconstitucional é predominantemente gravada pelo signo do direito romano-germânico, fruto, do monumento moderno inspirado pelo *Code de Procédure* Francês de 1806, reproduzido em técnicas e abstrações conceituais pelo CPC/73.

Essa mistura, em apertadíssima síntese, informou a evolução histórica do sistema constitucional brasileiro, hoje consolidada no texto fundamental, a partir do qual o fenômeno processual deve ser compreendido.

O processo, portanto, informado por princípios e garantias, deve ofertar decisões justas, em consonância com os valores éticos que a sociedade tende a preservar.

Essa pretensão de correção irrompe efeitos e retroalimenta as relações circulares entre processo e direito material. A formal observância de ritos não satisfaz tal pretensão, vez que o processo na contemporaneidade deve se preordenar a ser um veículo que produz e reproduz decisões dotadas de legitimidade.

Se, por um lado, o processo deve adaptar-se ao direito material que pretende tutelar, por outro, a forma como o direito é tutelado acaba influenciando diretamente na definição de seu conteúdo<sup>29</sup>.

O processo manejado de forma adequada, equilibrada e democrática contribui, sobremaneira, para a edição de decisões justas.

Em outras palavras, o processo exerce um papel importante na construção do direito, pois o meio contamina de forma invariável o fim (justo) que se pretende alcançar<sup>30</sup>.

---

*justiça no Brasil*. Revista de Processo, vol. 61/1991, p. 161-177, jan/mar/1991, São Paulo: Revista dos Tribunais).

<sup>28</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo...* cit., p. 3.

<sup>29</sup> Este é o sentido da metáfora: “da mesma maneira que a música produzida pelo instrumento de quem lê a partitura se torna viva, o direito objetivo, interpretado no processo, reproduz no ordenamento jurídico um novo direito”. (ZANETI JR., Hermes. *Teoria Circular dos planos (Direito Material e Direito Processual)*. In: Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito material e processo. AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 192.

<sup>30</sup> Essa contaminação que a tutela processual causa ao direito material (sendo essa estrada de mão-dupla) implica na atribuição de certo papel criativo à atividade jurisdicional. Esse fenômeno decorre principalmente da incorporação de valores ao ordenamento jurídico. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil, volume I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 62-63).

Por tal motivo, não se pode pensar em efetivar o direito material a qualquer custo. O direito processual possui substância própria e sua instrumentalidade não pode reduzir o papel que o processo exerce na construção do ordenamento jurídico.

Reversa e reflexamente, como instrumento de acesso à tutela das situações subjetivas de vantagem agasalhadas pelo direito, o processo há de predispor os seus mecanismos de atuação às necessidades impostas pelos próprios direitos que pretende tutelar<sup>31</sup>.

Contudo, pensamos que o motor da democracia participativa não possa se restringir ao espaço do Judiciário, ainda que tal arena detenha e exerça merecidamente um papel de indubitado protagonismo na quadra atual.

Nesse sentido, uma concepção mais restrita de jurisdição, monopolizada e circunscrita ao circuito judiciário, dissocia-se de um discurso verdadeiramente democrático, calcado na pluralidade de instâncias e formas procedimentais<sup>32</sup>.

Portanto, como dito linhas acima, uma das premissas que informam o presente trabalho, a partir da indubitosa marca do Estado Democrático de Direito, afigura-se na necessidade de institucionalização de procedimentos democráticos para a tomada de decisões.

Um dos caminhos para a consecução de tal objetivo fundamental é justamente aproximar o cidadão de esquecido protagonismo democrático no compartilhamento da tomada de decisões estatais e (não estatais), em uma quadra histórica que se diz e propõe pós-moderna.

A segunda premissa fulcral, a partir da contextualização proposta nos primeiros capítulos, se inclina para uma necessária superação da oca contraposição entre modelos liberais e socializantes do processo, sob a síntese de um modelo coordenado e cooperativo, em que há equilíbrio entre os sujeitos do processo na divisão endoprocessual de tarefas, tudo isso embebido pelo contraditório e por uma pretensão de correção<sup>3334</sup>.

---

<sup>31</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*. 3ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2003, *passim*.

<sup>32</sup> Nesse sentido, SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 175. Em tal estudo, o autor demonstra desdobramentos possíveis do conceito de jurisdição nas ADRs, apontando o caráter não exclusivamente estatal da jurisdição.

<sup>33</sup> Acerca da “pretensão de correção” bem expõe Zaneti Júnior que “trata-se de uma regra pensada para solucionar o dilema da relação entre direito e moral. A pretensão de correção significaria, nesse quadro, o comprometimento com a aporia fundamental do direito: a justiça. Contudo, é bom salientar de princípio que a pretensão de correção não se confunde com a moral, a uma porque está vinculada à ideia de justiça como distribuição e equilíbrio; a duas, porque uma vez que se vincula à ideia de justiça propõe uma proposição performativa, atingir o equilíbrio e a distribuição equitativa. Assim, a sua não realização passa a ser uma deficiência moral, mas, sendo uma falha no atingimento da pretensão de correção do direito, é também uma falha jurídica. Daí a afirmação de que ‘a pretensão de correção não é de nenhuma maneira idêntica à pretensão de correção moral, porém inclui a pretensão de correção moral’”. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A*

Tal modelo, quando transposto para um viés jusfilosófico, encontra ressonância, sem dúvida, na assunção de um paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito.

Comprovar-se-á que nenhuma ótica centrada exclusivamente no indivíduo, como centro de toda a liberdade jurídica, ou no Estado, como representante máximo do bem comum e único agente da ordem político-jurídica<sup>35</sup>, poderá assegurar o processo justo.

Maniqueísmos não respondem mais nada na contemporaneidade, fincada em uma irreversível e salutar pluralidade. Incansáveis debates entre publicistas e privatistas, ativistas e garantistas<sup>36</sup>, estão a beira de uma vistosa inocuidade funcional<sup>37</sup>.

Nessa medida, o Estado Democrático Constitucional representa a passagem dessa virtual contraposição entre o Estado Liberal e o Estado Social, indicando um modelo pluralista e participativo de gestão da democracia.

Com efeito, um dos principais escopos aqui veiculados se ancora justamente na institucionalização de meios jurídicos (e não estritamente judiciais) preordenados à efetivação da democracia participativa, o que Zaneti Júnior bem sintetizou sob a epígrafe da demodiversidade<sup>38</sup>.

Portanto, não só o Judiciário toma parte nesse processo; também são chamadas todas as demais instâncias de poder, estatais ou não.

*constitucionalização do processo...*, cit., p. 100). Em igual sentido, parece ser a síntese de Castanheira Neves, eminente Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ao afirmar que “reconhecemos que apenas pela experiência jurisdicional, se autenticamente o for – ou seja, em fidelidade à sua índole e vocação essenciais, que em intencionalidade *problemática e dialéctico-prudencial* convocam o *juízo* normativo concreto e se cumprem mediante decisões *judicativas* - , a autonomia do direito se assume e encontra o *locus* privilegiado da sua manifestação”. (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *A autonomia do direito hoje e o contributo do jurisprudencialismo*. In: *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. MACEDO, Eliane Harzheim; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 17).

<sup>34</sup> Por seu turno, Streck bem assenta que “a busca de respostas corretas é um remédio contra o cerne do modelo que, dialeticamente, engendrou-o: o positivismo e sua característica mais forte, a discricionariedade”. (STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 393). A pretensão de correção, portanto, inibe até mesmo decisionismos judiciais inconscientes. Até mesmo porque, conforme nos esclarece Ortega y Gasset, a “imparcialidade se revela impossível de existir essencialmente, vez que o ‘eu’ não se aparta de sua indissociável subjetividade”. (ORTEGA Y GASSET, José. *Eu sou eu e minha circunstância*. ESCÁMEZ SÁNCHEZ, Juan. Ortega y Gasset. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2010, pp. 111-119).

<sup>35</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 142.

<sup>36</sup> De acordo com Glauco Gumerato Ramos, o debate ativismo judicial *versus* garantismo processual, “em linhas gerais é um debate em torno: i) dos aspectos ideológicos do processo civil; ii) dos seus sistemas de enjuizamento – inquisitivo ou dispositivo (*inquisitorial system* e *adversarial system*) – iii) do papel do juiz e da atividade das partes na relação processual; iv) da dimensão constitucional da jurisdição; v) do conteúdo e do significado do devido processo legal, vi) da garantia constitucional da ampla defesa e contraditório, dentre outros”. (RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e Garantismo no Processo Civil: apresentação do debate*. In: *Processo e Ideologia*. CALDEIRA, Adriano Cesar Braz (org.). São Paulo: LTr, 2015, pp. 98-99)

<sup>37</sup> Para um panorama do embate sob comento, ver: TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>38</sup> Cfr. nota 17.

Esse é a nominada demodiversidade. Ou seja, vários meios institucionalizados e abertos para a institucionalização e a participação do indivíduo e da sociedade na formação dos atos decisórios que irão intervir na sua realidade cotidiana. Uma verdadeira autonomização dos indivíduos, que não carecem de posturas salvacionistas ou messiânicas, para fins de construção de uma verdadeira democracia.

Em outro flanco de atuação, a partir de um movimento histórico pendular, ressoa até como natural e esperado que interpretações acerca da amplitude normativa do art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional tenham assentado uma distorcida visão entre acesso desmedido ao judiciário e exercício da cidadania.

Porém, na trilha do que presenciamos e continuamos a testemunhar desde o marco constitucional de 1988, encerra uma incontestável falácia associar-se a intensidade do acesso à justiça ao exercício da cidadania, como se uma avaliação meramente quantitativa pudesse nos dizer algo realmente válido acerca da democratização do judiciário e da efetividade de tal sistema.

Acesso à justiça efetivo é aquele que gera acesso à ordem jurídica justa, o que vai além do acesso ao Judiciário, não podendo o tema ser estudado nos acanhados e estritos limites de acesso aos órgãos judiciários no país<sup>39</sup>.

Andam de mãos dadas, portanto, um conceito renovado e oxigenado do acesso à justiça com o alargamento conceitual da jurisdição.

Portanto, o acesso ao Direito, tal como estabelecido na Constituição Portuguesa<sup>40</sup>, não tem seu *locus* de obtenção com repouso exclusivo no Poder Judiciário.

---

<sup>39</sup> A definição é de Grinover, Watanabe, Salles, Gabbay e Lagrasta. In: Masahiko Omura (General Reporter). GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; SALLES, Carlos Alberto; GABBAY, Daniela Monteiro; LAGRASTA, Valeria. *Conferência de seoul 2014. Constituição e Processo – Acesso efetivo à justiça: o direito de acesso à justiça e responsabilidades públicas*. Revista de Processo, vol. 250, ano 40, p.17-31. São Paulo: Ed. RT, dez. 2015. No bojo do relatório brasileiro confeccionado por ocasião da Conferência de Seoul, os renomados autores identificam uma multiplicidade de fatores sobre a qual se apóia o acesso à justiça, qual seja: “(i) a organização judiciária adequada à realidade do país, com sua modernização e realização de pesquisa permanente para o conhecimento dessa realidade e dos conflitos que nela ocorrem; (ii) a organização de serviços voltados ao tratamento adequado das controvérsias, inclusive com a utilização de mecanismos consensuais de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação; (iii) a adequação dos instrumentos processuais à efetiva tutela dos direitos individuais e coletivos dos jurisdicionados; (iv) a organização adequada dos serviços de assistência jurídica integral, que propicie não somente o acesso aos órgãos judiciários, como também orientação e informação jurídica; (v) a formação adequada dos juízes e seu permanente aperfeiçoamento; (vi) a remoção dos diferentes obstáculos (econômico, social, cultural, e de outras espécies) que se antepõem ao acesso à ordem jurídica justa; (vii) e pesquisa interdisciplinar permanente para o aperfeiçoamento do direito material”.

<sup>40</sup> Art. 20º (Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva). 1. *A todos é assegurado o acesso ao direito e aos Tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos (grifo nosso).*

Em outras palavras, sem minorar a fulcral importância do Poder Judiciário para o Estado Democrático de Direito (máxime, a partir de um irreversível quadro de judicialização da política e da criação do direito a partir do caso concreto – *judge-make-law*), apenas se assevera que a pós-modernidade, impregnada e informada pelo valor da solidariedade, não mais se contenta com a resolução de conflitos exclusivamente pela arena judiciária.

Transparece, portanto, como indispensável a necessária associação do acesso à justiça à ideia de acesso ao direito, de modo que, antes de assegurar o acesso à proteção judiciária dos direitos fundamentais, o Estado deve dedicar-se diretamente à concretização da expectativa de gozo dos direitos dos cidadãos<sup>41</sup>.

Fato é que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional em sua externalidade negativa acabou por recrudescer a judicialização das relações sociais, sem trazer a reboque um incremento nos mecanismos de solução efetiva das demandas.

Com efeito, o estudo amplo e vertical do acesso à ordem jurídica justa pressupõe a compreensão e problematização das questões sociais, de modo a não se afigurar como admissível na pós-modernidade uma abordagem científica meramente dogmática-formalista.

O Direito, ontem enclausurado no positivismo jurídico, somente se justifica atualmente se também direcionado para a realidade social em que a correlata ordem normativa resta inserida. Em outras palavras, com os olhos atentos e preordenados à efetivação dos direitos fundamentais<sup>42</sup>.

Nesse ritmo argumentativo, Berizonce<sup>43</sup> assinala que a transformação do pensamento jurídico passa, fundamentalmente, por duas vertentes: a) uma renovação metodológica, caracterizada pela utilização da investigação sociológica e análise histórico-comparativa dos estudos dos problemas e, sobremaneira, pelas propostas de soluções de política legislativa; b) a concepção do ordenamento jurídico como um verdadeiro instrumento de transformação social, visão esta superadora das tradicionais missões de proteção e sanção.

No Brasil, por questões históricas, desenvolveu-se sempre a equivocada crença de que a arena para toda e qualquer resolução de conflitos deveria ser o Poder Judiciário, visão, aliás, extremamente redutora (e autoritária), pois se assenta na premissa de que a resolução de conflitos seja uma exclusividade da jurisdição.

---

<sup>41</sup> GRECO, Leonardo. *O acesso ao Direito e à Justiça*. Estudos de Direito Processual, p. 197-223, 2005.

<sup>42</sup> Como premissa, adota-se a dupla perspectiva dos direitos fundamentais, qual seja, podem eles ostentar eficácia subjetiva, correspondente aos direitos subjetivos individuais e transindividuais, como também modelar e delinear o próprio direito objetivo, descortinando, assim, a sua eficácia no plano objetivo. Sobre o tema, por todos, conferir, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 155.

<sup>43</sup> BERIZONCE, Roberto Omar. *Efectivo acceso a la justicia*: Buenos Aires: Platense, 1987, p. 11-20.



A judicialização dos conflitos sob esse enfoque redundou, por um lado, em um estado de permanente beligerância na sociedade, impassível de per si encontrar soluções verdadeiramente pacíficas para as suas crises.

E, de outra banda, conduziu a uma quantidade avassaladora de processos instaurados perante o Poder Judiciário, o qual, por uma série de fatores<sup>44</sup>, não consegue emprestar aos mesmos uma solução efetiva e adequada<sup>45</sup>.

Nessa toada, uma das premissas que informam o presente se estriba em uma necessária redefinição do vetor constitucional do acesso à justiça. Uma verdadeira e necessária releitura dos limites e potencialidades do princípio encartado no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, contrastada com uma nova cena processual delimitada e marcada por influxos normativos que apontam para uma adequação do sistema de gestão de conflitos.

Importante notar que o conceito de acesso à justiça há muito não é encarado apenas sob o aspecto formal, de modo que a normatividade do vetor constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CRFB/88) confere valorosa substância ao princípio sob comento, dando origem ao que hodiernamente se denomina *acesso à ordem jurídica justa* - ideia que traz a reboque a salutar desjudicialização dos conflitos, com a proeminência dos meios coexistenciais de solução de conflitos<sup>46</sup>.

A desjudicialização deve, pois, mirar de imediato à transposição, ainda que tardia, da cultura extremamente adversarial que qualifica a sociedade brasileira. Fora isso, deve se apartar de uma visão processual neoliberal (estribada, dentre outros fatores, na promoção de estatísticas vazias), a qual, decididamente, zomba da normatividade do projeto constitucional, em especial do vetor do acesso à ordem jurídica justa.

Nessa mirada, além de analisar criticamente as causas e consequências histórico-jurídicas de uma compulsiva e frenética judicialização de conflitos, buscar-se-á, ainda, aferir se o discurso oficial da efetivação dos métodos alternativos de resolução de conflitos se encontra inserido em uma verdadeira ruptura de paradigma.

---

<sup>44</sup> Segundo MANCUSO, “o déficit de qualidade na resolução dos conflitos em nosso país deriva de três fatores: (i) política judiciária calcada no incessante aumento da estrutura física (oferta de mais do mesmo); (ii) avaliação do desempenho por critério quantitativo (*in put* e *out put* de processos); (iii) judicialização massiva dos conflitos, e o seu corolário: resistência a outros métodos de resolvê-los, ou mesmo parca informação a respeito”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos*, cit, p. 14).

<sup>45</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. “Mediação e Conciliação na Res. 125 do CNJ e no Projeto de Código de Processo Civil”. In: *O Processo em Perspectiva: Jornadas Brasileiras de Direito Processual: Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Coords. Aluisio Gonçalves de Castro, Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. Malheiros Editores, 2013, p. 39-45.

<sup>46</sup> OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. *Uma Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e a ideia da Desjudicialização*. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, Ano 7, v. XI, p. 67-98, jan./jun.2013.

Ou, se ao revés, encerra mais uma faceta de uma abordagem meramente efficientista, corolária do neoliberalismo processual.

De outro lado, aproveitando-se dessa reinterpretação do vetor constitucional do acesso à justiça, forte em uma visão pluralista do Direito, em suas variadas formas de produção e exteriorização, tenciona-se emprestar juridicidade aos ditos procedimentos desjudicializados (métodos autocompositivos, heterocompositivos e procedimentos administrativos), inserindo-os em uma concepção mais ampla e abrangente de processo.

A ideia é concebida sob a influência das lições de Elio Fazzalari<sup>47</sup>, o qual expande o espectro semântico-normativo do processo, aproximando esse conceito daquele de procedimento, valorizando o contraditório participativo e permitindo sua extensão a outros processos decisórios estatais (e não estatais).

Vale dizer que as ideias lançadas por Fazzalari modificaram toda a estrutura do processo, ideária desde os pandectas, baseada no direito de ação e no processo entendido como relação jurídica.

Fazzalari, no campo da técnica processual, revisitou o conceito de processo e procedimento, para estabelecer, por meio de um critério lógico de inclusão, que o processo seria uma espécie de procedimento, que se especifica em virtude da posição dos afetados em relação à construção do provimento final, que se realizaria em contraditório, ou seja, com a garantia de participação em simétrica paridade dos afetados na construção da decisão<sup>48</sup>.

Em outras palavras, procurar-se-á delinear a aproximação da conceituação (semântico-normativa) entre processo e procedimento, como instrumentos decisórios estatais (e não estatais), em cujo bojo a participação dos cidadãos desempenha relevante papel de controle e justificação.

---

<sup>47</sup> O eminente doutrinador italiano explicita que: “se, em primeira aproximação, indicamos como ‘provimento’ os atos com os quais os órgãos do Estado (os órgãos que legislam, aqueles que governam em sentido lato, aqueles que prestam justiça e assim por diante) emanam, cada qual no âmbito de sua própria competência, disposições imperativas, e como ‘procedimento’ a sequência de atividades que precede o provimento, o prepara, e com ele se conclui, se acolhemos essa primeira sumária noção, estamos no ponto de constatar que, em regra, o provimento de um órgão do Estado constitui, exatamente, a conclusão de um procedimento, o ato final desse mesmo procedimento: no sentido de que a lei não reconhece ao provimento validade e/ou eficácia se esse não é, entre outros, precedido da série de atividades preparatórias estabelecida pela própria lei. Se, pois, ao procedimento de formação do provimento, às atividades preparatórias através das quais se verifica o pressuposto do provimento mesmo, são os ‘interessados’ ainda chamados a participar em contraditório, em uma ou mais fases, atingimos a essência do ‘processo’: que é, exatamente, um procedimento do qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre eles, os ‘interessados’, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato” (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*, Pádua, CEDAM, 1994, p. 75 (traduzido do original)).

<sup>48</sup> Idem, *Diffusione del processo e compiti della dottrina. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. n. 3. 1958, p. 875.

Afasta-se, em consequência, uma compreensão linear no sentido de que o procedimento apenas se apresenta como aspecto formal do processo.

Nessa senda, sob a epígrafe de uma verdadeira *democracia processual* (procedimental), serão lançadas ideias destinadas a potencializar a função dos procedimentos desjudicializados no cenário neoprocessual hoje vivenciado, propugnando uma maior abertura dialética de sua procedimentalização, com vistas eminentemente a contribuir para a gradativa construção de uma cultura nacional menos demandista, bem como visando conferir-lhe o necessário substrato democrático.

Os valores democráticos erigidos como esteio do sistema constitucional devem nortear a racionalidade (dialética) normativa pela qual se orienta o modo de produção de decisões estatais (e não estatais) na pós-modernidade.

A participação discursiva no bojo de procedimentos desjudicializados confere-lhes, pois, a imprescindível nota da legitimidade democrática.

Tenciona-se, ainda, demonstrar a adequação procedimental de modelos cooperativos em um espaço extrajudicial, possibilitando que as subjetividades se dispam de toda sorte de máscaras, cada qual disposta a assumir livre e responsavelmente posições legítimas e consentâneas à concretização de direitos fundamentais.

*Last but not least*, insta assinalar que a adoção da teoria do processo como procedimento em contraditório funda-se na adoção do paradigma do Estado Democrático de Direito, devendo ser compreendida a partir deste marco definidor e da compreensão do modelo constitucional de processo.

O devido processo legal deixa de ser concebido sob um viés puramente liberal do fenômeno jurídico, passando a ser informado e impregnado pelos direitos fundamentais, em uma perspectiva dinâmica e substancial, de modo a ser visualizado em sua dupla dimensão (processual e material) como direito de defesa e, simultaneamente, como direito a ações positivas, de modo particular como direito à organização e ao procedimento.

Por seu turno, o contraditório adquire o viés de participação e deliberação das partes de forma a influir na formação do convencimento para o provimento estatal.

Em suma, resta delineada mais uma das premissas que darão o tom e delimitam o presente trabalho, qual seja, conferir balizamento democrático à formação dos provimentos estatais (e não estatais), por meio de procedimentos dinâmicos e participativos, nota que adquire realce ainda maior em uma sociedade periférica do capitalismo, onde lesões massificadas estão na ordem do dia.

Anseia-se, pois, a ampliação democrática na formação dos provimentos estatais (e não estatais), bem como dos espaços de decisão, com a inserção do processo em um *locus* político, dentro de uma moldura procedimental e deliberativa, de modo a reavivar a lógica intersubjetiva em uma sociedade onde seus membros olvidam cotidianamente da necessária gramática dialógica da alteridade.

## **1. PARA COMEÇAR. CRISE DA JURISDIÇÃO E NOVOS CAMINHOS**

Os tempos atuais são paradoxais. Avultam-se modelos arcaicos, em uma tentativa frenética de se irromper as portas do novo.

Jungido ao nosso objeto de trabalho, esse amanhã que parece não chegar impõe uma mandatária desmistificação do monopólio da jurisdição pelo Estado.

Diturnamente, o Judiciário tem demonstrado insuficiência e certa inadequação no que pertine ao enfrentamento, gestão e resolução dos conflitos sociais surgidos na contemporaneidade.

Neste primeiro momento, pretendemos, pois, contextualizar o pano de fundo subjacente à denominada crise da jurisdição, envolta, na verdade, em um crise sistêmica<sup>49</sup> do próprio Direito, ainda enclausurado em dogmas de ontem, bem como apontar novos caminhos que podem servir de passagem para um amanhã ainda distante no horizonte.

### **1.1. A Hora é Agora**

“Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos<sup>50</sup>”.

Quero crer que esse tempo preconizado por Pessoa chegou, sob pena de mais uma vez perdermos o trem da história, mergulhados em uma esquizofrenia que mira o século XXI,

---

<sup>49</sup> “A crise vem a atingir as estruturas sistêmicas da ciência: o mito da coerência lógica necessária do racional com o real sucumbe diante das lacunas do sistema, antes artificialmente desprezadas, e a universalidade cai ao se deparar com novas questões para os quais o sistema não obtém respostas em si mesmo”. (GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como movimento de transformação das estruturas do processo civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, 2003, p. 25).

<sup>50</sup> Frase atribuída ao poeta lusitano Fernando Pessoa.

a par de se fincar em práticas ilustradas, nitidamente oitocentistas, marcadas por notas conferidas e influenciadas pelo medievo<sup>51</sup>.

Nesse sentido, há um verdadeiro descompasso sistêmico no ordenamento brasileiro no que pertine à prestação jurisdicional.

A função jurisdicional no âmbito nacional, nesse particular, ainda espelha e reflete o Estado<sup>525354</sup> Liberal e, com ela, uma concepção de processo civil germinada na Idade Média<sup>55</sup>.

A prática judicial atual parece, pois, adormecida no tempo, replicando sucessiva e acriticamente métodos e modelos praticados em séculos anteriores. Sem dúvida, estamos mergulhados em um contexto do estado da arte de crise de paradigmas pela qual atravessa o Direito<sup>56</sup>.

Conforme acentua Wolkmer<sup>57</sup>, vivem-se os reflexos de um tempo de transição, descontinuidades, impasses e reordenações, ou seja, o impacto e a pouca eficácia em responder às crescentes necessidades da vida humana por parte de uma cultura monolítica, determinista, hierárquica e totalizante.

Esses novos tempos tiveram um verdadeiro *turning point* no período após a 2ª Guerra Mundial, com paradigmática reação ao racionalismo jurídico moderno e aos propósitos a que servia.

---

<sup>51</sup> STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. *A função democrática do princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: Aproximações entre Elio Fazzalari e Jürgen Habermas*. In *Direitos Fundamentais & Justiça* nº 12. Jul/Set. 2010, p. 235/246.

<sup>52</sup> Ultrapassa-se, historicamente, a concepção aristotélica de que o fenômeno sociopolítico se concentrava na “Cidade”. Segundo Aristóteles, “a sociedade que se formou da reunião de várias aldeias constitui a Cidade, que tem a faculdade de se bastar a si mesma, sendo organizada não apenas para conservar a existência, mas também para buscar o bem-estar”. (ARISTÓTELES. *A política*. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 4).

<sup>53</sup> A justificação moderna do Estado se dá pela ficção do contrato social, vistosa metáfora de fundamentação juspolítica e de legitimação, para fins de justificação do surgimento e subjacente clivagem (paradoxalmente, simbólica e rígida) entre Estado e Sociedade. Por todos, ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Escala, s/d.

<sup>54</sup> Empréstimo de uma natureza quase divina ao Estado, Hobbes assenta que “assim nasce o grande LEVIATÃ, ou melhor (de forma mais reverente), o *Deus Mortal*, a quem devemos, depois do *Deus Imortal*, nossa paz e bossa defesa. Pois ele passa a ter tanto Poder e Força, por essa Autoridade conferida a ele por cada um dos indivíduos do Estado, que o medo do povo o permite consolidar as vontades de todos, objetivando a Paz doméstica e a ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. Ele é a Essência do Estado”. (MALMESBURY, Thomas Hobbes de. *Leviatã: ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: EDIPRO, 2015, p. 157).

<sup>55</sup> RODRIGUES, Enrique Feldens. *O papel do juiz no processo civil do Estado Democrático de Direito: A direção material voltada à construção da solução jurídica do caso concreto*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: PUC/RS, 2013, p. 12.

<sup>56</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 266.

<sup>57</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone M. (orgs.). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 7.

Retomando concepções de corte aristotélico (comprovando o caráter pendular da história), Viehweg<sup>58</sup>, em *Tópica e Jurisprudência*, fomenta uma abordagem discursivo-argumentativa de formação e aplicação do direito, com a utilização de modelos clássicos de índole tópico-retórica.

Nesse átimo, afigura-se verdadeiramente impositivo um rompimento de dogmas míticos e mentalidades conservadoras<sup>59</sup>.

A libertação de dogmas<sup>60</sup> relativos a arquétipos arcaicos se coaduna, portanto, com a única certeza metafísica que temos: o universo está em constante e inevitável mudança<sup>61</sup>.

Justamente por tal razão, com a sua genial objetividade, Didier Jr.<sup>62</sup> minudencia que face à essencialidade cultural dos conceitos jurídicos fundamentais, impõe-se uma reconstrução dos mesmos e o aporte de novos conceitos, que façam frente aos problemas da contemporaneidade.

Em igual direção, Ribeiro<sup>63</sup> aponta que o âmbito institucional jurídico deve se conformar à permanente mutabilidade dos elementos socioculturais.

Nesse balaio, as normas jurídicas devem guardar referibilidade direta com a realidade histórica, recortada em um dado momento espaço-temporal, de modo a atender aos anseios daqueles que estão jungidos ao seu império normativo<sup>64</sup>.

Definitivamente, o Direito não pode se encapsular em si mesmo, olvidando de qualquer escopo emancipatório<sup>65</sup>, civilizatório e democrático.

---

<sup>58</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudência*. Traducción de Luis Díes-Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus, 1964 (reimpressão 1986).

<sup>59</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008, p. 32.

<sup>60</sup> Sobre o ponto, interessante notar a apropriada reflexão de Zaneti Júnior no sentido de que: “importa, antes de mais nada, que o jurista já se tenha liberto da *interpretação retrospectiva*, vício que consiste em apreciar e interpretar novos institutos e mudanças legislativas com olhos na prática anterior do direito. Esse vício tem endereço certo, a manutenção da ideologia anterior e do *status quo ante*”. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11).

<sup>61</sup> Segundo Camões, “mudam-se os tempos, mudam-se as vontades, muda-se o ser, muda-se a confiança; todo o mundo é composto de mudança, tomando sempre novas qualidades” (CAMÕES, Luiz Vaz de. *Obra completa*. Rio de Janeiro: Aguilar Editora, 1963, p. 284 *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 26).

<sup>62</sup> DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. 3ª ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 12.

<sup>63</sup> RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da Execução Civil*. Coleção Direito e Processo: técnicas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34.

<sup>64</sup> Cover bem aponta que “conhecer o direito e vivê-lo não é apenas conhecer a dimensão objetiva da validade, mas os compromissos que garantem interpretações”. (COVER, Robert. M. *Nomos and narrative*. In: Harvard Law review, 1983, v. 97, p. 5).

<sup>65</sup> A partir de uma fecunda interface entre Direito e Literatura, Daisson Flach extrai o caráter emancipatório de tal circularidade ao pontificar que “ao defrontar-lhes com outros mundos possíveis ou com os paradoxos do mundo em que vivem, as narrativas literárias impregnam os espíritos com angústia transformadora que debocha

Em outras palavras, o Direito, timbrado que é pelo seu caráter histórico, não pode nem deve negar sua precípua função reconstrutiva.

Esse, pois, o mote que fundamenta e propulsiona o presente trabalho.

Promover-se uma leitura (contra-hegemônica, pluralista, interdisciplinar e transcultural) do direito (especialmente, do processo) como instrumento político-social de transformação<sup>66</sup> e adequação aos anseios e necessidades reais das populações<sup>67</sup>.

Na mesma mirada, tenciona-se, ainda, fomentar a transposição de paradigmas aprisionados no ontem, que decididamente não se revelam idôneos a responder satisfatoriamente à complexidade contemporânea.

Tudo com vistas ao fortalecimento da autonomia individual e ao amadurecimento social e institucional, a fim de que a sociedade civil organizada, ancorada no princípio da participação, possa ela própria buscar soluções concretas para os problemas que a atingem diretamente.

Portanto, caso decididamente desejemos ser o país do futuro<sup>68</sup>, a hora é agora!

e afronta representações caducas, cuja persistência deve ser examinada. O lixo oculto sob o tapete dos discursos institucionais é denunciado por narrativas emancipatórias que desencobrem as ambiguidades, os sentidos perdidos por força de outorgas cuja legitimidade se deixou de questionar. Essa dragagem devolve a profundidade e o vigor aos leitões minguados e liberta o fluxo tolhido pelas certezas depositadas. Nessa desestagnação novos sentidos são propostos e o coração do jurista desperta, revive”. (FLACH, Daisson. *Alice e a linguagem do Direito*. Narração e normatividade: ensaios de direito e literatura. (coord.). MARTINS-COSTA, Judith. Rio de Janeiro. GZ Editora, 2013, p. 127).

<sup>66</sup> Com esteio jusfilosófico, Streck capta a insuficiência do pensamento dogmático do direito nos tempos atuais ao bem asseverar que: “por tais razões, há uma marcante diferença entre aquilo que tem sido chamado de *ativismo judicial* ou *Jurisprudência dos Valores* e aquilo que denomino *crítica hermenêutica do direito* ou *nova crítica do direito*, tendo como base teórica a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica. A tese que desenvolvo deve ser entendida como processo de desconstrução da metafísica vigorante no pensamento dogmático do direito (sentido comum teórico). A tarefa dessa crítica é a de ‘desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos’ (Heidegger-Stein). A metafísica pensa o ser e se detém no ente; ao equiparar o ser ao ente, entifica o ser, por um pensamento objetificador. Ou seja, a metafísica, que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência), faz com que se esqueça justamente da diferença que separa ser e ente. No campo jurídico, esse esquecimento corrompe a atividade interpretativa, mediante uma espécie de extração de mais-valia do ser (sentido) do direito. O resultado disso é o predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou em uma cultura jurídica estandardizada, na qual o direito não é mais pensado em seu acontecer. Há que se retomar, assim, a crítica ao pensamento jurídico objetificador, refém de uma prática dedutivista e subsuntiva, rompendo-se com o paradigma metafísico-objetificante (aristotélico-tomista e da subjetividade), que impede o aparecer do direito naquilo que ele tem (deve ter) de transformador”. (STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.* p. 223-224).

<sup>67</sup> Em acurada radiografia, o ex-ministro do Pretório Excelso assevera que “o direito, como adiante demonstrarei, não é uma simples representação da realidade social, externa a ela, mas, sim, um nível funcional do todo social. Assim, enquanto nível da própria realidade, é elemento constitutivo do modo de produção social. Logo, no modo de produção capitalista, tal qual em qualquer outro modo de produção, o direito atua também como instrumento de mudança social, interagindo em relação a todos os demais níveis – ou estruturas regionais – da estrutura social global” (GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 21).

<sup>68</sup> A expressão, como cediço, não é nova, e nos acompanha desde os idos do Estado Novo. Continuamos a acreditar neste futuro que um dia há de chegar. (ZWEIG, Stefan. *Brasil: país del futuro*. Editora Guanabara, 1941).

Sigamos, pois, em busca de reconstruções discursivas e democráticas das mais diversas significações extraídas do ordenamento, derivadas inevitavelmente do marco constitucional, a fim de que se possa contribuir, singelamente, para a modificação da cultura existente.

## 1.2. Superação de Paradigmas e Pluralismo Jurídico<sup>69</sup>

Ao introduzir a transcendente obra que serviu propedeuticamente aos volumes subsequentes na série Acesso à Justiça do “Projeto de Florença”, Cappelletti<sup>70</sup> já assentava a imperiosa necessidade de se delinear o surgimento e o desenvolvimento de uma nova abordagem compreensiva, adequada e condizente aos influxos que o acesso à justiça (e seu déficit) apresenta nas sociedades contemporâneas.

Segundo o Mestre de Florença, tal abordagem vai muito além das anteriores, originando-se, talvez, “da ruptura da crença tradicional na confiabilidade de nossas instituições jurídicas e inspirando-se no desejo de tornar efetivos – e não meramente simbólicos – os direitos do cidadão comum, ela exige reformas de mais amplo alcance e uma nova criatividade”.

Recusa-se a aceitar como imutáveis quaisquer dos procedimentos e instituições que caracterizam nossa engrenagem de justiça”.

Repise-se, pois, como um mantra: “recusa-se a aceitar como imutáveis quaisquer dos procedimentos e instituições que caracterizam nossa engrenagem de justiça”.

Partindo de tal inarredável premissa, é de se concluir que um sistema normativo que reputa a jurisdição (tal como classicamente a encaramos) como a responsável única e exclusiva pela identificação dos valores que determinam e condicionam o direito justo se encontra decididamente divorciado da subjacente realidade espaço-temporal que o circunda e lhe dá sustento<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Sobre o tema, importante referenciar a posição de Marcelo Neves, o qual nomina o fenômeno em comento como “policontextualidade”, a qual implica em uma “pluralidade de autodescrições da sociedade, levando à formação de diversas racionalidades parciais conflitantes”. (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 23-24).

<sup>70</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

<sup>71</sup> Com a peculiar argúcia, Rodolfo de Camargo Mancuso radiografa que: “o sentido contemporâneo da palavra *jurisdição* é desconectado – ou ao menos não é acoplado necessariamente – à noção de Estado, mas antes sinaliza para um plano mais largo e abrangente, onde se hão de desenvolver esforços para (i) prevenir a formação de lides, ou (ii) resolver em tempo razoável e com justiça aquelas já convertidas em processos judiciais. Deve-se ter presente que as lides não resolvidas configuram um mal que se irradia em várias direções: esgarça o tecido social, sobrecarrega o Judiciário, estimula a litigiosidade ao interno da coletividade. Na visão



Constata-se, nesse viés, que a metodologia jurídica tradicional, de índole essencialmente positivista, não foi capaz de dar conta da aplicação de um Direito que não pode mais ser entendido dentro dos estreitos e estritos limites do monismo estatal<sup>72</sup> (no sentido de uma verdadeira vinculação entre o positivismo jurídico e o estatismo<sup>73</sup>).

Nesse modelo (liberal-burguês) em que o monismo jurídico se faz presente, toda a produção e aplicação legislativa são dominadas pelo Estado<sup>74</sup>, que por meio dos órgãos que compõem o seu sistema centralizam, ou pelo menos tentam centralizar no aparato estatal, todas as resoluções conflitivas<sup>75</sup>.

Em decorrência, o arquétipo liberal, encarado com os olhos voltados para a historicidade, pretendeu indubitavelmente nulificar qualquer tentativa de se edificar um pluralismo orgânico de índole social, mediante o estabelecimento de uma relação linear Estado x súditos<sup>76</sup>, marcada por uma profunda clivagem entre o público e o privado.

---

contemporânea, o que interessa é que as lides possam ser *compostas com justiça*, mesmo fora e além da estrutura clássica do processo judicial, ou, em certos casos, até preferencialmente sem ele. Essa concepção projetada, como *externalidade positiva*, uma delimitação mais nítida do espaço propício à função judicial do Estado, que passa a ser ocupado pelas lides mais complexas e singulares, não dirimidas em outras instâncias, ou insuscetíveis de sê-lo em virtude de certas particularidades de matéria ou de pessoa, a par das ações ditas, *pour cause*, ‘necessárias’” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 60).

<sup>72</sup> Neste modelo, segundo esclarece José Eduardo Faria, “o direito é assim reduzido a um simples sistema de normas, o qual se limita a dar sentido jurídico aos fatos sociais à medida que estes são enquadrados no esquema normativo vigente. Por isso, ao determinar o uso das normas e dos instrumentos jurídicos exclusivamente em função das categorias e dos conceitos legais, esta concepção torna desnecessário o questionamento do conteúdo de seus dogmas, isto é: a discussão relativa à função social das leis e à identificação dos nexos ocultos que vinculam o direito e às estruturas (e vice-versa). O que realmente importa é a determinação de um conjunto articulado de conceitos relacionados num discurso único e sem contradições internas, de modo que a organização ‘científica’ do saber jurídico extrai todos os seus critérios de ‘ordem’ a partir, basicamente, da racionalidade formal do sistema normativo”. (FARIA, José Eduardo (Org.). *O Modelo Liberal de Direito e Estado*. In: *Direito e Justiça. A Função Social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989, pp. 99-100). Em igual direção, Lucas Borges de Carvalho assevera que: “o monismo jurídico é a concepção, consolidada ao longo da modernidade, segundo a qual o Estado é o centro único do poder e detentor do monopólio de produção das normas jurídicas. Enquanto sinônimo de direito estatal, o direito encerra-se nos textos legais emanados do poder legislativo. Nesse contexto, a lei vale pelo simples fato de ser a lei, de modo que sua legitimidade advém da mera observância dos procedimentos previamente estabelecidos, isto é, das normas que regulamentam o processo legislativo. Esse formalismo, que reduz a legitimidade à legalidade, tornando inviável qualquer referência a parâmetros substantivos, atinge seu ápice com o positivismo jurídico” (CARVALHO, Lucas Borges de. *Caminhos (e Descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil*. In: *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone M. (orgs.). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 14).

<sup>73</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, *passim*.

<sup>74</sup> Nesse sentido e para tal arquétipo liberal-burguês, o Estado representaria a institucionalização do poder com todos os seus consectários. Sobre o tema, confira-se BURDEAU, Georges. *L'État*. Paris: Éd. Du Seuil, 1970.

<sup>75</sup> GUÉRIOS, Cristiana Melo Martiniuk. *O Poder Judiciário: Fracassos e Mudanças para uma Renovação da Justiça*. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MEZZARROBA, Orides (coords.). *Crise da Justiça & Democratização do Direito*. Joaçaba: UNOESC, p. 60.

<sup>76</sup> A restrição à liberdade pública do indivíduo é destacada por Hobbes, ao afirmar que “a liberdade do súdito repousa somente naquilo que foi omitido pelo soberano ao regular as ações dos homens”. (MALMESBURY, Thomas Hobbes de. *Op. cit.*, p. 194).

Atualmente, constitui-se, pois, em manifesta simplificação supor que o Estado seja a única fonte de Direito ou que o Direito se esgote no direito legislado<sup>77</sup>, já que cada um carrega dentro de si seus microssistemas jurídicos, e os faz, ou tenta fazê-los prevalecer, nos seus espaços de interação/exercício de poder<sup>78</sup>.

Em igual direção, ao desenvolver a ideia de microfísica do poder, Foucault<sup>79</sup> assevera que o poder apresenta fluidez, de modo a se espriar para todos os lugares.

Justamente por tal razão, pontifica que os denominados centros de poder são outros tantos estados para além do Estado. E, por meio do conjunto destes “micropoderes”, que o poder se difunde no corpo social.

Há, portanto, um verdadeiro esgotamento teórico-normativo do modelo kelseniano<sup>80</sup> (sistema fechado de regras), que não dá conta das crescentes e multifacetárias demandas sociais e das irreversíveis e contemporâneas exigências de legitimidade e justiça, de modo a se descortinar que o fenômeno jurídico somente pode ser compreendido como fenômeno social<sup>81</sup> (e libertado dos asfixiantes quadrantes impostos pelo reducionismo estatista).

A complexidade social se revelou tão intensa que o arquétipo kelseniano – caracterizado pelo tripé formalista, generalista e universalista – viu esvaír a sua capacidade explicativa sobre o Direito<sup>82</sup>.

Isto é, tal modelo exauriu a correlata funcionalidade instrumental de análise do subjacente paradigma normativo (plural e multifacetado).

---

<sup>77</sup> Talvez essa correspondência simplista seja exatamente uma das muitas estratégias governamentais para fins de exercício do poder. Consoante Carlos Augusto Silva, “a ideologia estatal reinante plasma o direito processual civil com o fito de assegurar obediência às estratégias de poder” (SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 12).

<sup>78</sup> QUEIROZ, Paulo. *Ensaio Crítico – Direito, Política e Religião* – 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 13.

<sup>79</sup> FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: a vontade de saber*. 14ª ed. Trad. de Maria Thereza da Costa Albuquerque, J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 2001, p. 89.

<sup>80</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>81</sup> Calmon de Passos afirma que o direito “enquanto apenas formulação teórica, enunciado normativo, proposição ou juízo, ainda não é o Direito”, pois “o Direito é o que dele faz o processo de sua produção. Isso nos adverte de que nunca é algo dado, pronto, preestabelecido ou pré-produzido, cuja aplicação é possível mediante simples utilização de determinadas técnicas e instrumentos, com segura previsão das consequências”, razão pela qual “O Direito, em verdade, é produzido a cada ato de sua produção, concretiza-se com sua aplicação e somente é enquanto está sendo produzido ou aplicado” (CALMON DE PASSOS, Joaquim José. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 67-68).

<sup>82</sup> Segundo Cappelletti: “[L]’epoca del diritto puro é finita. La nostra é l’epoca del diritto responsabilizzato, del diritto non separato dalla società, ma intimamente legato ad essa, ai suoi bisogni, alle sue domande ao grido di speranza, ma spesso anche di giusta protesta e di dolore, che viene dalla società”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea*. Revista de Processo. São Paulo, a15, n.60, pp.110-117, out./dez, 1990).

Com efeito, atualmente a compreensão de que não há normatividade apriorística tornou-se inquestionável e corrente<sup>83</sup>. O Direito não o é antes de sua realização, pois só na sua realização adquire a sua autêntica existência e vem à sua própria realidade.

Hoje já não se pode postular a coincidência entre Direito e lei, nem ignorar que o Direito carece de mediação construtiva, e que essa atividade faz parte do Direito<sup>84</sup>.

Impositiva, portanto, uma superação de paradigmas aprisionados no ontem, os quais, decididamente, se encontram moribundos, perambulando sem bússola por uma realidade que não lhes presta obediência nem fática e muito menos jurídica<sup>85</sup>.

Nesse ritmo, a libertadora e mandatória quebra paradigmática encontra em Capra<sup>86</sup> certa justificativa, tal como se infere da seguinte passagem: “the shift of paradigms requires an expansion not only of our perceptions and ways of thinking, but also of our values”.

Grife-se, nesse particular, que a solução de conflitos decididamente não se traduz em monopólio estatal.

Em outras palavras, não se pode concordar com uma reedaulização das relações sociais, em um espaço político-discursivo em que o Estado-Juiz se arvora o papel de novo suserano, impondo às partes o exercício de uma vassalagem que subverte o Estado Democrático de Direito.

---

<sup>83</sup> Conforme bem expõe Elaine Harzheim Macedo “o paradigma de jurisdição de normas – jurisdição como mera declaração da vontade da lei – está superado. A transição, porém, do paradigma da exegese positivista, onde prevalece o direito expressado na lei e que a jurisdição declarativa tão bem soube sustentar, para um novo modelo, ainda que mais próximo do sistema da *common law* com ele não se confundindo, pois vai além, passa a exigir um juiz atuando como representante do povo, verdadeiro e único detentor da soberania jurisdicional, que deve aplicar o direito (aqui usado em contraposição à lei, ao direito positivado, sem, porém, excluí-los), mas através de um processo construtivo, onde a Constituição e, também os princípios a serem dogmaticamente resgatados, sem olvidar as especificidades e pluralismo dos fatos subjacentes, serão a fonte maior e sob cuja leitura a positivação do direito será considerada, presente o papel político do Judiciário, especialmente em razão da jurisdição constitucional”. (MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: soberania popular e processo democrático como espaço de construção do direito do caso concreto*. In: *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. MACEDO, Eliane Harzheim; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 66-67).

<sup>84</sup> Ao esclarecer e justificar o desenvolvimento das teorias realistas no séc. XX, Bobbio afirma com a habitual maestria que: “o que distingue a situação presente são exatamente aquelas condições que consideramos particularmente favoráveis à formação de uma ciência do direito antitradicionalista, que busca o próprio objeto, em última instância, não tanto nas regras do sistema dado, mas na análise das relações e dos valores sociais a partir dos quais se extraem as regras do sistema e que, longe de se considerar, como por muito tempo foi, uma ciência autônoma e pura, busca, cada vez mais, a aliança com as ciências sociais, a ponto de considerar a si própria como um ramo da ciência geral da sociedade (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. São Paulo: Manole, 2007, p. 46).

<sup>85</sup> Em igual direção, Giovanni Verde afirma que “a experiência tumultuosa destes últimos quarenta anos nos demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito, que não pode (e, talvez, não mereça) ser cultivado. Deste mito faz parte a ideia de que a justiça deva ser administrada exclusivamente pelos seus juizes”. (VERDE, Giovanni. “Arbitrato e giurisdizione”, In: *L'Arbitrato secondo la Legge 28/1983*, coordenado pelo prof. G. Verde, Nápoles, Ed. Jovene, 1985, p. 168 *apud* CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 36/37).

<sup>86</sup> CAPRA, Fritjof. *The concept of paradigm and paradigm shift*. ReVision, Bd, v. 9, 1986.

Com efeito, quer parecer que devemos nos afastar de uma ortodoxia antidemocrática que historicamente tem servido de anteparo e sustentáculo a interesses pouco republicanos dos inquilinos do poder<sup>87</sup>.

Inclusive, entende-se que a Constituição Federal<sup>88</sup> brasileira nem sequer prevê a tão alardeada reserva de jurisdição, de forma que nada parece impedir que atos de declaração e de execução sejam realizados por agentes imparciais (nomeados pelas partes ou pelo Estado) e, em havendo lesão ou ameaça de direitos, possa o jurisdicionado socorrer-se do Poder Judiciário.

Em tempos de pluralismo jurídico<sup>89</sup>, onde subjaz a pluralidade de fontes de juridicidade em rompimento com o monopólio estatal, observa-se como natural e inelutável a expansão e consolidação de outros centros de processamento jurídico<sup>90</sup>.

Aliás, um dos grandes desafios da contemporaneidade – timbrada por uma galopante intolerância em diversos níveis – é sermos plurais, de modo a pontificar que inexistem verdades absolutas nos modos de vermos e compreendermos a realidade.

A ampliação do fenômeno processual para outras sedes (que não somente estatais) se apresenta, portanto, como decorrência indissociável do pluralismo jurídico.

Por seu turno, o pluralismo jurídico afigura-se como ótica perturbadora e contestadora do monismo normativista estatal.

---

<sup>87</sup> Como nos lembra a cristalina sinceridade de Calmon de Passos: “a partir dos governantes, dos detentores de poder, o direito é uma forma de controle social e de manutenção do *status quo*, o que se traduz em cristalizar-se a desigualdade que foi institucionalizada e, por conseguinte, realizar-se o máximo de injustiça tolerável” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Democracia, Participação e Processo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 87).

<sup>88</sup> RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da Execução Civil*. Coleção Direito e Processo: técnicas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23.

<sup>89</sup> Em linhas gerais e a partir de uma abordagem concernente à teoria geral do direito, o pluralismo jurídico se insurge contra a onívora pretensão de monopólio de juridicidade e produção exclusiva do Direito por parte do Estado. Em um recorte afeto ao direito processual, o pluralismo jurídico tenciona a democratização de espaços de administração da justiça e a ampliação dos canais de acesso à justiça com esteio em programas de descentralização e participação. Por consequência, fomenta-se a edificação popular de instituições político-jurídicas pluralistas, democráticas e participativas, bem com a efetiva materialização de práticas legais alternativas. Conforme anota WOLKMER, o pluralismo jurídico encerra um marco teórico, sobre o qual subjaz um conceito: “destinado a se contrapor e a responder às insuficiências do projeto monista legal-individualista, produzido e sustentado pelos órgãos do Estado moderno. Este pluralismo encontra a força de sua legitimidade nas práticas sociais de cidadanias insurgentes e participativas. Tais cidadanias são, por sua vez, fontes autênticas de nova forma da produção dos direitos, direitos relacionados à justa satisfação das necessidades desejadas” (WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. São Paulo: Alga-Omega, 2001, p. 347).

<sup>90</sup> Fomenta-se, nessa linha, uma verdadeira produção alternativa de jurisdição, tendo como instrumentalidade a redescoberta hermenêutica da pluralidade de fontes. WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. cit., p. 7.

Desmistifica-se, portanto, que o Estado seja a única e exclusiva fonte emanadora do direito, bem como a subjacente mitologia iluminista-burguesa, com o olhar prospectivo voltado à (res)significação da própria noção de Estado como instituição constituída para obedecer ao poder do povo.

Decididamente, o Estado não é a fonte única e exclusiva de direitos, havendo uma multiplicidade de formas de juridicidade que o Direito identifica.

Em igual direção, questiona-se, com acerto, o monopólio da juridicidade pelo Estado<sup>91</sup>, o que segundo Picardi<sup>92</sup> se confunde historicamente com a própria formação dos Estados Nacionais Modernos e a correlata assunção do monopólio da legislação em matéria processual.

Sob outro giro, o pluralismo jurídico, timbrado pela retomada do caráter emancipatório do Direito, atua como uma verdadeira caixa de ressonância democrática, ao pontificar que o Estado não é nem pode ser a fonte única e exclusiva<sup>93</sup> de toda a produção do Direito.

---

<sup>91</sup> Depurando o tema, Boaventura de Sousa Santos bem esclarece que “na realidade, o Estado nunca deteve o monopólio do direito. Por um lado, os mecanismos do sistema mundial, atuando num plano supraestatal, desenvolverem as suas próprias leis sistêmicas, que se sobrepuseram às leis nacionais dos Estados particulares do sistema mundial. Por outro lado, paralelamente a este direito supraestatal subsistiram ou surgiram diferentes formas de direito infraestatal: ordens jurídicas locais, com ou sem base territorial, regendo determinadas categorias de relações sociais e interagindo, de múltiplas formas, com o direito estatal. A existência destas ordens jurídicas infraestatais e a sua articulação com o direito estatal foram quase sempre recusadas por este último, apesar de vigentes no plano sociológico. A constelação jurídica das sociedades modernas foi, assim, desde o início constituída por dois elementos. O primeiro elemento é a coexistência de várias ordens jurídicas (estatal, supraestatal, infraestatal) em circulação na sociedade; o direito estatal, por muito importante e central, foi sempre apenas uma entre as várias ordens jurídicas integrantes da constelação jurídica da sociedade; embora as diferentes constelações do sistema mundial variassem muito do centro para a periferia, combinaram sempre as ordens jurídicas estatal, supraestatal e infraestatal. Por outro lado - e este é o segundo elemento, igualmente importante, da constelação jurídica moderna -, o Estado nacional, ao conceder a qualidade de direito ao direito estatal, negou-a às demais ordens jurídicas vigentes sociologicamente na sociedade” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo, Cortez, 2003, p. 171).

<sup>92</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organizador e Revisor Técnico da Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 27-32.

<sup>93</sup> Segundo Paula Sarno Braga, para além dos enunciados normativos derivados de alguma modalidade de origem estatal (legal, administrativa ou jurisdicional), há fontes que comprovam que o fenómeno jurídico não se circunscreve ao monismo estatal, quais sejam: i) consuetudinária, que se dá a partir do poder social e coletivo de estabelecer padrão normativo mediante adoção habitual e contínua de certo comportamento e ii) negocial, expressão da autonomia privada, enquanto poder conferido aos atores privados de autorregramento do conteúdo e efeitos de suas relações particulares (BRAGA, Paula Sarno. *Norma de Processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro*. Salvador: JusPODIVM, 2015, pp. 54/55). A mesmíssima conclusão é obtida, de igual modo, a partir da sempre abalizada doutrina de Calmon de Passos ao pontificar que: “o direito só se realiza mediante o consenso dos interessados (processo negocial) ou por via da submissão voluntária ou autorizativa de um deles, desdobrando-se a submissão autoritativa na realização administrativa ou jurisdicional do direito, que envolvem, respectivamente, o processo administrativo e o processo jurisdicional de produção de normas jurídicas. A civilização, determinando crescente complexidade das relações políticas, económicas e sociais, terminou por fazer predominar a técnica da formulação das normas jurídicas por categorias, não mais para o caso concreto sim apriorística e genericamente, como penhor de segurança das relações sociais. Este é o processo legislativo” (CALMON DE PASSOS, José

O pluralismo jurídico, corolário de uma cena contemporânea policêntrica e incentivadora da autonomia, descentralização, diversidade e tolerância, quando transposto para o âmbito eminentemente jurídico desemboca em uma necessária coexistência de instâncias.

A coexistência de instâncias de processamento de tutela de direitos<sup>94</sup>, por sua vez, sequer arranha a cláusula constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, vez que, o Judiciário mantém incólume a sua precípua função de salvaguarda jurídica, *ex vi* a cláusula de pedra gravada no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Republicana<sup>95</sup>.

Apenas há um reposicionamento sistêmico-institucional face à constatação de que outros *loci* de processamento podem se mostrar mais idôneos e adequados a tutelar determinadas situações de vida<sup>96</sup>.

Joaquim. *Democracia, Participação e Processo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 86).

<sup>94</sup> Indo direto ao ponto Kazuo Watanabe e, com esteio na necessária adequação da estrutura dos meios procedimentais de criação e aplicação do direito em relação ao direito material, bem identifica que “a multiplicidade de conflitos de configurações variadas reclama, antes de mais nada, a estruturação da Justiça de forma a corresponder adequadamente, em quantidade e qualidade, às exigências que tais conflitos trazem. A alguns desses conflitos está adequada a estrutura atual, que é formal e pesada. A outros, porém, principalmente aos de pequena expressão econômica, que são os cotidianos e de ocorrência múltipla, é necessária uma estrutura mais leve e ágil. Demais, mesmo em um país como o nosso, que adota o sistema de jurisdição uma, em que o Judiciário cabe dizer a última palavra em matéria de direito, não se pode pensar apenas no sistema de resolução dos conflitos através da adjudicação da solução pela autoridade estatal. Conflitos há, mormente aqueles que envolvem pessoas em contato permanente, como nas relações jurídicas continuativas (v.g., relações de vizinhança, de família, de locação), para os quais a *mediação* e a *conciliação* são adequadas, pois não somente solucionam os conflitos como têm a virtude de pacificar os conflitantes. E há outros em que o *arbitramento* é perfeitamente cabível, com possibilidade de amplos resultados positivos. Incumbe ao Estado organizar todos esses *meios alternativos* de solução dos conflitos, ao lado dos mecanismos tradicionais e formais já em funcionamento. Tais serviços, que podem ser informais, não precisam estar organizados dentro do Poder Judiciário. Podem ficar a cargo de entidades públicas não pertencentes ao Judiciário (v.g., Ministério Público, Ordem dos Advogados, PROCON, Defensoria Pública, Procuradoria de Assistência Judiciária, Prefeituras Municipais) e até de entidades privadas (v.g., sindicatos, comunidades de bairros, associações civis. É importante que o Estado estimule a criação desses serviços, controlando-os convenientemente, pois o perfeito desempenho da Justiça dependerá, doravante, da correta estruturação desses meios alternativos e informais de solução dos conflitos de interesses” (WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 132-133).

<sup>95</sup> Sobre o tema, mister referenciar a posição adotada por Rodolfo de Camargo Mancuso, segundo a qual a inafastabilidade da jurisdição prevista no inciso XXXV do art. 5º da CRFB seria uma norma dirigida ao Executivo e ao Legislativo, e só indireta ou reflexamente aos jurisdicionados, “porque aquele inciso adverte esses dois poderes para que se abstenham de apresentar proposição tendente a suprimir lides ao contraste jurisdicional, e não mais que isso” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. cit., p. 59). Em igual norte, aponta Marco Antônio dos Santos Rodrigues que “o acesso à justiça possui, então, uma eficácia negativa e outra positiva perante o Poder Legislativo. Explica-se. A atividade legislativa sofre um limite negativo do direito fundamental de acesso à justiça, no sentido de que aquela não pode criar normas que impeçam de forma irrazoável o exercício desse direito” (RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. *Op. cit.*, p. 131).

<sup>96</sup> No mesmo sentido, Daniela Olímpio de Oliveira expõe que “esse novo contexto não significa ruptura com o sistema processual, pelo contrário, está nele consagrado. A observância das garantias processuais está presente nesses centros de realização de conciliações e de institucionalização dialética de culturas. Ao fim, tem-se a

Em tal medida, precisa a constatação de Pinho<sup>97</sup> no sentido de que embora seja a fórmula primeira para a composição dos litígios, a jurisdição, por vezes, não é capaz de dar solução adequada a certos tipos de conflitos em um cenário processual constitucionalizado<sup>98</sup>.

Tal noção de adequação, referenciada à criação de novos métodos de composição de litígios, sintetizados na derradeira onda renovatória do acesso à justiça, é exatamente a tradução do que Mauro Cappelletti chamou de *justiça coexistencial*.

Fora isso, o pluralismo jurídico impõe um merecido protagonismo dos cidadãos enquanto coautores dos processos decisórios estatais (e não estatais), exigência que se descortina como estribo de um sistema democrático que se pressupõe participativo e deliberativo.

O pluralismo jurídico encerra, pois, uma concepção de direitos voltada à interculturalidade, à participação democrática comunitária e a uma busca não somente por acesso à justiça<sup>99</sup>, mas outra forma de interpretá-la como uma ordem justa e solidária.

Nessa vereda, a partir de uma lente crítica, a pluralidade jurídica busca um novo paradigma de tratamento de conflito: distante de homogeneizações abstratas que aprisionam o indivíduo em uma pretensão de igualdade fascizante<sup>100</sup> e próximo da dialeticidade entre particularidades culturais envoltas em conflitos multifacetados.

própria promoção da Constituição” (OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. *Desjudicialização, Acesso à Justiça e Teoria Geral do Processo*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 56).

<sup>97</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias*, in Revista Dialética de Direito Processual, vol 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

<sup>98</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, capítulo 1, *passim*.

<sup>99</sup> Segundo Antonio Carlos Wolkmer, uma nova proposta de acesso à justiça perpassa por: “uma cultura instituinte dos movimentos sociais que introjeta, com seus valores essenciais (identidade, autonomia, satisfação das necessidades fundamentais, participação democrática de base, expressão cultural do novo), a influência norteadora e libertária para a reconceituação da Lei, do Direito e da Justiça”. (WOLKMER, Antonio Carlos. *Op. cit.*, p. 336).

<sup>100</sup> Sobre a temática em referência, sempre precisas as palavras de Boaventura de Sousa Santos ao afirmar que “Um novo paradigma societal, uma pós-modernidade de resistência, tal como o autor menciona (Boaventura Sousa Santos), demanda uma crítica radical à ciência, ao direito e à política modernos. Ora, a modernidade é marcada por um intenso processo de homogeneização das identidades culturais, de silenciamento de saberes e práticas sociais alternativas e, enfim, de naturalização das relações de poder através da imposição de discursos e verdades supostamente únicos, universais e legitimados pela razão a-histórica iluminista. Como reflexo disso, tem-se que somente o direito estatal, a ciência positivista e a dominação (forma do poder estatal) são reconhecidos de modo oficial, respectivamente, como as únicas e exclusivas formas de direito, saber e poder, sufocando um vasto campo social no qual vigem relações de poder, práticas jurídicas e conhecimentos alternativos. A proposta de Boaventura Santos, nesse sentido, visa tirar a máscara que encobre essa ampla esfera social, de modo a reconhecer que existe em nossa sociedade uma pluralidade de ordens jurídicas, acompanhadas por uma pluralidade de forma de poder e de conhecimento, todas rejeitadas e ocultadas pela ordem política liberal” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2001, v. 1, p. 261-327).

Em igual direção, a cogência e a relevância da participação em tal cenário imprimem uma verdadeira alteração de paradigma, de modo a (re)conduzir que o processo/procedimento se legitime como verdadeira instância de deliberação livre e pluralista, onde os *jurisdicionados* possam efetivamente coatuar na construção da norma.

Ou seja, tenciona-se a partir de tais pilares a conformação de uma nova cidadania, onde os sujeitos de direito se identificam com o ordenamento legal que os regem, na medida em que podem contribuir ativamente dentro do seu processo de criação, por meio de uma efetiva democratização social.

Interessante notar que como partes das denominadas sociedades subalternas<sup>101</sup>, vivemos um marcante paradoxo. Somos reféns de escolhas que se apartam da nossa realidade jurídica.

Os direitos pensados para a América Latina são decididamente oriundos de vertentes europeias que superaram a mera influência nos países colonizados, passando mesmo a (tentar) suprimir a identidade de tais povos em sua formação histórica<sup>102</sup>.

Essa descomprometida e acrítica importação de orientações e juridicidades alienígenas não dá conta das heranças socioculturais dos países periféricos do capitalismo e, assim, perpetuam o devir de dominação e a castração das particularidades, especificidades e capacidades participativas.

Pois bem.

Volvendo à recondução do processo como instância política e legitimadora da participação enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito, sob a égide do Novo Código de Processo Civil, o processo democrático/justo, entre outras conquistas, elevou o

---

<sup>101</sup> O Catedrático de Coimbra não nos deixa esquecer que “as promessas que legitimaram o privilégio epistemológico do conhecimento científico a partir do século XIX – as promessas da paz e da racionalidade, da liberdade e da igualdade, do progresso e da partilha do progresso – não só não se realizaram sequer no centro do sistema mundial, como se transformaram, nos países da periferia e da semiperiferia – o que se convencionou chamar Terceiro Mundo –, na ideologia legitimadora da subordinação ao imperialismo ocidental. Em nome da ciência moderna destruíram-se muitos conhecimentos e ciências alternativas e humilharam-se os grupos sociais que nele se apoiavam para prosseguir as suas vias próprias e autônomas de desenvolvimento. Em suma, em nome da ciência cometeu-se muito epistemicídio e o poder imperial socorreu-se dele para desarmar a resistência dos povos e grupos sociais conquistados”. (SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 7).

<sup>102</sup> Em igual direção, Leal e Fagundes assentam que “a proposta de repensar o Direito se baseia em pensar as necessidades humanas de um povo colonizado, aniquilado e suprimido em sua identidade (desde a gênese de sua formação histórica); mantido sob a égide de um pensamento jurídico alienígena e que intenta acessar a justiça a partir desse mesmo paradigma que, diga-se de passagem, encontra-se em crise permanentemente, fazendo-se como uma crise imanente ao próprio sistema”. (LEAL, Jackson de Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. *Judicial Politics in Brazil: The Production of Citizenship to Systemic Cooptation*. Brazilian Journal of Public Policy, Vol. 2, Issue 1 (January-June 2012), p. 1-18).



grau de participação e influência das partes na preparação e formação do provimento judicial com que se haverá de solucionar o litígio em juízo<sup>103</sup>.

A visão ora propugnada, de processo como instrumento de efetivação da democracia participativa (albergada pelo CPC/15<sup>104</sup>, em consonância com o projeto constitucional), contudo, se contrasta com a ainda marcante anomia política dos brasileiros.

O histórico atavismo, aliado à uma apatia (por vezes espontânea e por outras induzidas através do *panis et circenses*) sintomática e individualista dos brasileiros, desafia a transposição (ou, ao menos, a mitigação) de um modelo de exclusividade<sup>105106</sup> de delegação da resolução de conflitos à instância judiciária.

Mas quem foi que disse que seria fácil?

### 1.3. Interdisciplinarietà e Autopoiese

Prosseguindo, cumpre assinalar que a orientação contemporânea tem sido a compreensão de que as pesquisas jurídicas futuras só poderão satisfazer as necessidades de entendimento do Direito por meio de uma perspectiva interdisciplinar e aberta.

---

<sup>103</sup> São essas as palavras referenciadas por JÚNIOR, Humberto Theodoro *et. al.* *Novo CPC. Fundamentos e sistematização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 72.

<sup>104</sup> Conforme bem expõe Rafael Sirangelo de Abreu, revela-se inegável que o advento de um Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) impõe àquele que pretende se debruçar sobre temas estruturais do processo civil uma mudança de perspectiva. A alteração do direito positivo permite que se reconstruam as bases do processo civil a partir de lentes doutrinárias novas, de modo a contribuir para essa recompreensão das funções do processo civil no Estado Constitucional. (ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 23).

<sup>105</sup> Em outro norte, Fredie Didier Jr. detecta que “a criação de norma individualizada por um terceiro imparcial, embora seja uma característica da jurisdição não lhe é exclusiva. Há os tribunais administrativos das agências reguladoras, que funcionam como terceiros imparciais, compostos por ‘juízes administrativos’ que se submetem a regras de impedimento e suspeição, criam normas jurídicas individualizadas, substituindo a vontade dos interessados, mas não podem ser designados de órgãos jurisdicionais, exatamente porque as suas decisões não têm aptidão para ficar imutáveis pela coisa julgada material. Do ponto de vista formal, as decisões das agências reguladoras poderiam ser consideradas jurisdicionais; não o são, porém, exatamente pela falta do atributo exclusivo da jurisdição, que é a aptidão para a coisa julgada: essas decisões administrativas podem ser revistas pelo Poder Judiciário”. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, pp. 155-156.)

<sup>106</sup> Ainda sobre a desconstrução do clássico conceito de jurisdição, Carlos Alberto Carmona acentua que “na verdade, parece ser universal a tendência de ampliar o conceito de jurisdição, na medida em que aumenta o grau de participação e o interesse popular na administração da justiça (escopo político da jurisdição). Daí referir-se Ada Pellegrini Grinover a uma ‘acepção mais ampla da jurisdição, vista numa perspectiva funcional e teleológica’, que incluiria a chamada justiça conciliativa e, a nosso ver, também a arbitragem. Afinal, não é possível conceber um conceito estático e imutável de jurisdição ao longo da História: bem pelo contrário, como afirmava Calamandrei, os métodos lógicos do juízo ‘têm um valor contingente, que não pode ser determinado a não ser em relação a um certo momento histórico’”. (CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 37).

Ou seja, o modo de apreensão do Direito e sua interface com outras áreas do conhecimento.

Na introdução de sua obra paradigmática, Cappelletti<sup>107</sup> já pressentia e anunciava uma dose de inquietação, misturada com uma espécie de perturbação, em razão de uma invasão sem precedentes dos tradicionais domínios do Direito por sociólogos, psicólogos, economistas, antropólogos, dentre outros profissionais, o que somente ratifica a insuficiência do Direito para fins de conferir respostas idôneas à variada sorte de problemáticas vivenciadas nessa quadra histórica.

Na mesma linha de pensamento, em um cenário de aplicações anti-isonômicas dos textos normativos, Carneiro<sup>108</sup> compartilha sua angústia no sentido de que o Direito, sozinho, não consegue responder a maior parte das inquietações que aflige hodiernamente as sociedades pós-modernas.

Sobreleva-se, nessa medida, a capital importância da alteridade dialógica do Direito para com outras ciências, notadamente sociais, e nessa inflexão, edifica-se uma novel metodologia jurídica que tenciona a alteração da análise da aplicação do direito, passando de um aspecto meramente interno e descomprometido para outro externo e crítico, atento às funcionalidades e idiosincrasias de sua correlata incidência; portanto, com os olhares atentos para a problematização da realização do direito<sup>109</sup>.

Nessa linha, um olhar atento sobre o paradigma da modernidade encerra indubitosa crítica ao individualismo iluminista, o qual conduzia a um verdadeiro encapsulamento do Direito no plano normativo.

O Direito se bastava em si mesmo, revelando-se, pois, despicienda qualquer tentativa de contato para com as demais áreas do conhecimento humano.

A indigitada problematização da realização do Direito referenciada por Castanheira Neves perpassa, portanto, pela adoção de perspectivas teóricas multi e interdisciplinares<sup>110</sup>, o

---

<sup>107</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op cit.*, pp. 7/8.

<sup>108</sup> Com esteio em Couture, que em discurso na Faculdade de Direito de Montevideu em 1940, clamou pela ajuda da filosofia, o eminente Professor Titular da UERJ traz a reflexão acerca da utilidade de sair do universo do processo, enquanto instrumento exclusivamente técnico, e buscar no campo de outras ciências, como a sociologia, a comunicação, a política, a filosofia, um redirecionamento preordenado ao alcance de suas finalidades políticas e sociais. (CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. *A ética e os personagens do processo*. In Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 358, novembro/dezembro, 2001, p. 347-352).

<sup>109</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 25.

<sup>110</sup> Nesse sentido, concorda-se integralmente com Zaneti Júnior, o qual, com a sua habitual argúcia, bem esclarece que: “a proposta aqui apresentada reside na afirmação da indissociabilidade entre direito e política (assim como na indissociabilidade entre filosofia e política e entre direito e moral, todas as ciências em esferas intimamente relacionadas) e na denúncia da falsa crença racionalista (paradigma legalista) de que os campos da política e do direito não se comunicam, crença tão arraigada que acabou plasmando o seu mais profundo dogma:

que, certamente, propiciou a passagem de uma concepção acrítica e a-histórica do fenômeno jurídico, de modo a tornar possível pensar o Direito como uma construção histórica.

O Direito, portanto, se revela fora de dúvidas como um fenômeno multidimensional.

Esta seria a única divisão possível em nosso tempo e é algo que deve ser levado em conta por todos os que estudam os fenômenos jurídicos.

Nesse ritmo argumentativo, o delineamento do conceito de Direito em rede<sup>111</sup> se revela em novel metodologia adequada às premissas plurais e complexas que informam e permeiam a produção normativa na pós-modernidade.

Há, nesse contexto, um processo de simbiose entre participação política e exercício da autonomia e solidariedade entre os membros de uma comunidade organizada em rede.

As redes possibilitam a maximização de oportunidades para a participação de todos, para o respeito à diferença e para a mútua assistência, calcada no ideal da alteridade.

Tal constatação parece, pois, ser sintomática e deriva, em última análise, do reconhecimento do Direito como um sistema autopoietico, tal como preconizado por Luhmann<sup>112</sup>.

Em apertadíssima síntese, dentro dos limites deste trabalho, vale anotar que o vocábulo *autopoiese*<sup>113</sup> tem origem helênica; do grego *auto* “próprio” e *poesis* “criação”.

Ou seja, em uma interpretação literal, conceber o Direito como um sistema autopoietico significa dizer que ele cria tudo aquilo que necessita para continuar sendo um sistema<sup>114</sup>.

O reducionismo da interpretação literal, contudo, deve ser encarado *cum grano salis*.

‘a lei é a lei’. Esse dogma legalista, obedecido cegamente pelos juristas alemães, permitiu uma configuração ‘jurídica’ às teses do nacional-socialismo porque o princípio de que a ‘lei é a lei’ não reconhecia nenhuma limitação. Era a expressão mais fina e acabada do formalismo jurídico positivista”. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo...*, cit., p. 141).

<sup>111</sup> OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel. De la pyramide au réseau: vers un nouveau mode de production du droit? *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*. Bruxelas, n. 44. Facultés Universitaires Saint-Louis, 2000.

<sup>112</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 293.

<sup>113</sup> A partir de uma abordagem inserta na teoria do direito, a *autopoiese* “caracteriza-se pela redefinição da perspectiva de produção do sentido originária da linguagem-signo, para uma ênfase na comunicação e e autorreprodução com autonomia perante o ambiente a partir da ideia de sistema”. (ROCHA, Leonel Severo. *Autopoiese e teoria do direito*. In: *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. SCHWARTZ, Germano (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 16).

<sup>114</sup> Na mesma linha de Luhmann, Teubner aponta que o Direito “determina-se a ele mesmo por autorreferência, baseando-se na sua própria positividade”, o que, todavia, não impede a sua “abertura informacional-cognitiva em relação ao respectivo meio envolvente”. (TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p.2).

Isso porque, de acordo com a compreensão de Luhmann<sup>115</sup>, a autopoiese jurídica não tem o condão de bloquear a comunicação do Direito com outras áreas de conhecimento e com outros sistemas.

Decididamente, o Direito não se explica em si mesmo!

Bem ao revés! O Direito somente se legitima na medida em que seja capaz de regular adequadamente determinada situação socialmente relevante em um dado recorte espaço-temporal.

Sem essa aderência e referibilidade fática, o Direito não passa de uma promessa oca e vazia. Com efeito, a autopoiese jurídica parte da premissa de que o Estado Democrático de Direito encerra uma autonomia operacional interna, desvelando códigos sistêmicos internos que se bastam para a manutenção da homeostase desse mesmo sistema.

Isso não significa dizer que o sistema jurídico seja imune ao contato com outros sistemas e, de igual modo, que negue influências calcadas na reciprocidade.

Nesse mister, a Constituição, enquanto instrumento de fundação política do Estado Democrático de Direito, assume justamente a forma de *acoplamento estrutural*, de modo a permitir e possibilitar a fluidez permanente e recíproca de influências entre Direito e os mais variados matizes subjacentes aos demais sistemas.

Inserida em uma teoria sistêmica luhmanniana, a autocriação do Direito, ou autopoiese, decorre de uma estrutura jurídica nuclear compreendida internamente pelo conflito e pelo correlato procedimento legitimante, cujos resultados produzidos se referenciam à própria concepção sistêmica que lhe dá sustento.

Tal premissa não afasta sobremaneira a possibilidade de comunicação e abertura sistêmicas em relação aos demais sistemas que se relacionam diuturnamente com o Direito (Política, Economia, Sociologia, Antropologia, etc.).

Nessa toada, a concessão contextual do Direito, tal como preconizada por Cappelletti<sup>116</sup>, ao invés de afastar a visão da autopoiese luhmanniana, a confirma, na medida em que os procedimentos normativos serão encarados e permeados por uma análise metajurídica, com a introjeção de elementos dos mais variados matizes (sociais, éticos, culturais, econômicos, etc.).

As complexas comunicações se desenvolvem e se processam por meio da assunção pela Constituição da forma de acoplamento estrutural. Observa-se, pois, a partir da teoria dos

---

<sup>115</sup>LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, passim.

<sup>116</sup>CAPPELLETI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade...*, cit, p. 9.

sistemas, a legitimidade do pluralismo jurídico, a direcionar inúmeras e variadas formas de promoção do justo e da pacificação social.

A atual visão de acesso à justiça merece, assim, ser concebida e considerada à luz da autopoiese jurídica<sup>117</sup>.

Nesse ritmo argumentativo, sobreleva-se na arena processual a necessidade de uma abordagem adequada e eficiente do complexo fenômeno conflituoso, de modo a se descortinar como essencial a contribuição de olhares diversos e complementares em relação ao aspecto jurídico<sup>118</sup>.

Ainda sobre o tema, Barbosa Moreira<sup>119</sup> adverte quanto à excessiva miopia técnica que se abate sobre o processo, quando, em realidade, revela-se imperioso um entrelaçamento de perspectivas dos mais variados matizes.

Conforme bem assinalou Caponi<sup>120</sup>, o ordenamento jurídico processual não é fechado em si, como se outras e diversas influências não pudessem ter aplicação alguma aos atos do processo.

Tal como sublinhado pelo saudoso mestre Alvaro de Oliveira<sup>121</sup>, “a mais grave miopia de que pode padecer o processualista é ver o processo como medida de todas as coisas”.

#### 1.4. Relações entre Processo, Cultura e Constituição

A esta altura, é de se frisar, portanto, que o processo, como conjunto de técnicas voltadas à tutela dos direitos, não é um terreno infenso à cultura, um expediente técnico de neutralidade axiológica.

---

<sup>117</sup> OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. *Op. Cit.*, p. 104.

<sup>118</sup> TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008, p. 27.

<sup>119</sup> O nosso maior processualista assevera que “tomar consciência da multiplicidade de perspectivas possíveis no estudo do processo é despertar para a necessidade de conjugação de conhecimentos que até hoje, lamentavelmente, em regra se têm conservado a cerimoniosa distância uns dos outros. Os processualistas, mais talvez do que outros juristas, somos às vezes olhados como excêntricos que se comprazem no culto do hermetismo e num alheamento olímpico a tudo que se passa fora da clássica ‘torre de marfim’. Alguma verdade, turvada por manifesto exagero, haverá no fundo de semelhantes críticas. Bem andaremos se nos dispusermos a encará-la – e a tirar daí as lições cabíveis”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo*. In: Revista de Processo, São Paulo, ano 13, n. 49, jan/mar 1988, p.13).

<sup>120</sup> CAPONI, Remo. *Autonomia privada e processo cível: gli accordi processuali*. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, suplemento, ano LXII. Milano: Giuffrè, set/2008, p. 119.

<sup>121</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil.. cit.*, p. 61.

Em igual direção, como manifestação cultural que é, o processo responde aos mais variados matizes sociais e ideológicos por de trás de cada subjacente processo histórico<sup>122</sup>.

Mais ainda, não se pode olvidar quanto à percepção de que o processo civil realmente integra os interesses estatais, consubstanciando-se como uma das estratégias governamentais para o exercício do poder<sup>123</sup>.

Como bem ensina o mestre italiano Taruffo, processo é cultura<sup>124125</sup> e, nesta fina sintonia, tem-se que modificações esperadas para dentro do espaço processual podem decorrer, antes de tudo, de fundamentos metajurídicos.

Isso porque, conforme destaca o mestre italiano, as relações entre processo e cultura são de recíproca implicação: o processo civil representa uma parte da cultura jurídica e, portanto, também uma parte da cultura geral.

Na trilha de Galeno Lacerda<sup>126</sup>, o processo civil, enquanto produto da cultura, reflete diversos elementos como os costumes religiosos, os princípios éticos, os hábitos sociais e políticos que timbram a sociedade.

---

<sup>122</sup> ABREU, Rafael Sirangelo de. *Vertentes Culturais do Processo Civil na Passagem do Século XIX ao Século XX: As vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do Estado Liberal ao Estado Social e a Atualidade de sua Discussão*. Revista de Processo. Vol 229/2014, p. 89.

<sup>123</sup> Consoante afirma o mestre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, expoente do marco teórico do formalismo-valorativo, revela-se “fora de dúvida que o direito processual, como fenômeno cultural, constitui produto exclusivo do homem, sendo, por consequência, inevitavelmente empolgado pelo conceito, um tanto fluídico, é verdade, de liberdade. Por isso mesmo, o tecido interno do processo forma-se pela confluência das ideias, por objetos sociais, utopias, interesses econômicos, sociais, políticos e estratégias de poder reinantes em determinada sociedade, com notas específicas de tempo e espaço. Constitui, portanto, um grave equívoco, assimilá-lo, apesar de seu caráter formal, a um mero ordenamento de atividades, dotado de cunho exclusivamente técnico, composto por regras estabelecidas de modo totalmente arbitrário pelo legislador. A estrutura mesmo do processo civil não é moldada pela simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente por escolhas de natureza política, em busca dos meios mais adequados e eficientes para a realização dos valores, especialmente os de conteúdo constitucional. Esses valores, no fundo, é que estruturam a vida jurídica de cada povo, de cada nação, de cada Estado”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do Juiz e a Visão Cooperativa do Processo*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 15 de abril de 2015).

<sup>124</sup> TARUFFO, Michele. *Cultura e Processo*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXIII, n. 1, Marzo 2009. Segundo TARUFFO “*un modello processuale – e cio vale per tutti i modelli di processo – nasce dunque dalla combinazione di scelte ideologiche e di strumentazioni tecniche*”. Em igual direção, com a habitual precisão, Daniel Francisco Mitidiero destaca que: “é fora de dúvida que o Direito pertence aos domínios da cultura, sofre os seus influxos e caminha pelos corredores da história. Esta contingência aponta para a necessidade de compreendê-lo a partir do contexto social em que se insere. O processo civil obviamente não escapa desta mesma sorte”. (MITIDIERO, Daniel Francisco. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. Revista de Processo, vol. nº 183, São Paulo: RT, Mai. 2010, p. 165-194).

<sup>125</sup> O ganhador do Nobel de Literatura Mario Vargas Llosa em seu recente ensaio “A Civilização do Espetáculo” afirma que a “cultura antecede e sustenta o conhecimento, orienta-o e confere-lhe uma funcionalidade precisa, algo assim como um desígnio moral”. (LLOSA, Mario Vargas. (Trad. Ivone Benedetti. *A civilização do espetáculo: Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 6).

<sup>126</sup> LACERDA, Galeno. *Processo e Cultura*. Revista de Direito Processual Civil, n. 3, 1962, p. 75.

Em apertada síntese, parafraseando Calmon de Passos<sup>127</sup>, o processo não é vegetal, nem mineral ou animal; não é líquido, nem sólido ou gasoso; é criação humana e, como tal, espelha o criador – o homem – e sua visão, ou visões, de mundo.

Em igual direção, Alvaro de Oliveira<sup>128</sup> assenta a natureza de fenômeno cultural do direito processual, pontificando que ele não pode ser encontrado *in rerum natura*.

Nesse ritmo argumentativo, mister enxergar o processo não somente em sua dimensão técnica e de eficiência, de estrutura formal de construção dos provimentos, realizada em simétrica paridade de armas<sup>129</sup>, mas também como estrutura de legitimação e formação dos provimentos, balizada por princípios processuais constitucionais dinâmicos, o que permitirá um controle formal e material das decisões e fornecerá os elementos constituídos de seu conteúdo, mediante o fluxo discursivo de todos os participantes.

Ou seja, o processo se coloca no limiar de um cogente marco constitucional, devendo se colocar *pari passu* em prol da efetividade e da realização dos ideais constitucionais modeladores do Estado Democrático de Direito<sup>130</sup>.

A proeminência do princípio democrático impõe, ainda, a garantia do direito à participação do povo nas decisões que lhe afetam, na condição de fonte primária de todo o poder.

Nesse viés, faz-se mister examinar o modo pelo qual o espaço interno do processo/procedimento pode se tornar o ambiente propício e fecundo para a construção de soluções jurídicas simultaneamente referenciadas (e pretensamente corretas) ao caso concreto e obedientes ao modelo constitucional de processo.

Afinal, não se pode tergiversar quanto ao reconhecimento da primazia da Constituição como epicentro axiológico da organização política, em evidente perspectiva

---

<sup>127</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 67/68. Em outra passagem, Calmon de Passos esclarece que o direito não é, portanto, um fenômeno natural, algo posto à disposição do homem pela natureza e sujeito a leis necessitantes. Ele se situa no mundo da cultura. In CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Democracia, Participação e Processo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 86.

<sup>128</sup> Nas precisas palavras do mestre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o direito processual, como fenômeno cultural, produto exclusivo do homem e por consequência empolgado pela liberdade, não é encontrável *in rerum natura*, tem o seu tecido interno formado pela confluência das ideias, projetos sociais, utopias, interesses econômicos, sociais, políticos e estratégias de poder reinantes em determinada sociedade, com notas específicas de tempo e espaço”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A garantia do contraditório*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 15, 1998, p. 7)..

<sup>129</sup> FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano: Giuffrè, n.3, p. 861-880, 1958.

<sup>130</sup> Conforme bem expõe Zaneti Júnior: “no Estado Democrático de Direito, os valores são a convivência social, a sociedade livre justa e solidária, a participação nas decisões, o pluralismo, entendido como pluralidade de ideias, culturas e etnias, e a dignidade do ser humano”. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo...* cit., p. 11).

pluralista, constituindo verdadeiramente uma ordem objetiva de valores cujos efeitos se irradiam por todo o ordenamento jurídico.

Em outras palavras, a validade da Constituição institui um marco interpretativo, apto a superar o modelo subsuntivo próprio do (ainda) prevalecente positivismo jurídico<sup>131</sup>.

Pode-se dizer, portanto, que o processo civil brasileiro contemporâneo somente pode ser compreendido plenamente à luz da Constituição da República.

Em decorrência, faz-se necessária a análise do sistema processual a partir da Constituição, especialmente quando se assume como imperioso e cogente o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Assumem-se, portanto, como premissas a centralidade da Constituição na estruturação dos Estados modernos<sup>132</sup> no ocidente e a sua singularidade enquanto documento político e jurídico que se coloca, por sua própria natureza e pelos temas de que trata, na tensionada fronteira entre a normatividade e a realidade, ou por outra, entre o dever-ser (*sollen*) e o ser (*sein*).

Consolidado o influxo dos valores e dos elementos normativos da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, resta assente a dissociação entre texto e norma, com a constatação de que esta última não se toma das leis, mas, decididamente, é resultado de uma construção.

Nesse viés, o Direito não é criado no processo, nem descoberto. É nele construído, a partir da leitura constitucional e da correlata legislação positiva de regência, devidamente conjugadas com os fatos da vida, esteio sobre o qual emana e onde ecoa o fenômeno jurídico.

É inerente às Constituições a tensão entre a pretensão ordenadora do mundo político e o caráter potencialmente inapreensível da multifacetada realidade social que lhe é correspondente.

Demais disso, não se deve perder de vista que a Constituição é também um produto desta realidade, tensão esta que se torna particularmente rica em razão das inflexões que a sempre cambiante realidade social impõe ao texto constitucional<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 260.

<sup>132</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Eunadi, 1992.

<sup>133</sup> BRUNET, Emiliano Rodrigues. *Movimentos Sociais, Confronto Político e Concretização da Constituição. Uma Análise Interdisciplinar à luz da Ciência Política, da Sociologia e do Direito Constitucional*. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 55, jan/mar.2015, p. 37.



Em igual direção, Hesse<sup>134</sup> ressalta que o significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco.

Nessa perspectiva, sobreleva-se essencial admitir o caráter histórico e cultural do Direito, e, com isso, reconhecer a relação entre direito material e processo, bem como a configuração deste como instrumento de poder, carregado de valores e ideologias.

Ou seja, o processo se perfaz no direito constitucional aplicado, descortinando-se em instrumento ético, ideológico e cultural de veiculação da força normativa da Constituição<sup>135</sup>. Com efeito, não é possível conceber uma única regra processual que não tenha sido inspirada na atmosfera constitucional.

Nessa linha, segundo Mitidiero<sup>136</sup>, revela-se inconcebível pensar o processo civil sem os cogentes aportes da Constituição, com o que ter-se-ia um catálogo normativo evidentemente descompassado e dissociado das determinantes culturais da sociedade contemporânea.

No mesmo flanco, o estudo do processo civil contemporaneamente somente se justifica se compreendido a partir da Constituição<sup>137</sup>. O fenômeno processual deve, pois, se conformar à luz e a partir da teoria dos direitos fundamentais.

---

<sup>134</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 13.

<sup>135</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. GOMES, Camila de Magalhães. *O Processo Coletivo e o Formalismo-Valorativo como nova fase metodológica do Processo Civil*. In: Revista de Direitos Difusos, Ano XI, Vol. 53, março/2011, pp. 13-32.

<sup>136</sup> Nas precisas palavras de Daniel Mitidiero: “o regime jurídico eficaz dos direitos fundamentais trouxe inegável contribuição à compreensão e à aplicação do direito processual civil. A teorização acerca da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CF), da interpretação conforme aos direitos fundamentais e da vinculação do Estado e dos particulares aos direitos fundamentais constitui aspecto que já não se pode mais ignorar no momento da aplicação do processo civil. pensar o processo civil sem esses generosos aportes oriundos do direito constitucional (isto é, da Constituição, que é a forma histórica do direito do nosso tempo, tal como fora o ‘Código’ a forma histórica da legislação, por excelência, do século XIX) significa mantê-lo refém de uma postura descompassada das exigências do direito contemporâneo e, portanto, fundamentalmente alheio à sociedade civil, em suma, às determinantes culturais de nossa época”. (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção temas atuais de direito processual civil; v.14, p.47).

<sup>137</sup> Nunes e Bahia bem diagnosticam que “o debate em torno do processo constitucional ganha inúmeras nuances, não se resumindo tão somente à problemática do controle de constitucionalidade, mas, também se referindo ao necessário exercício de quaisquer poderes públicos e privados, servindo como pressuposto de participação e formação das decisões (provimentos)”. (NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, V. IV. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br). Acesso em 23.12.15).

Tal fecundo fenômeno não passou despercebido ao olhar atento de abalizada doutrina pátria. Em obra paradigmática, ao construir o conceito ideal de *formalismo-valorativo*, Alvaro de Oliveira<sup>138</sup> estatui que as normas procedimentais carregam consigo concepções sociais, éticas, econômicas, políticas, ideológicas e jurídicas, subjacentes a determinada sociedade e a ela características.

No mesmo diapasão, Cambi<sup>139</sup> confere à constitucionalização das garantias fundamentais aplicadas ao processo a etiqueta de *neoprocessualismo*.

Impende assinalar, por oportuno, que as ideias em comento não se confundem com a corrente processual chamada *instrumentalidade do processo*<sup>140</sup>.

A visão instrumental<sup>141</sup> de processo coloca a jurisdição como epicentro de toda a teoria do processo civil, ao passo que a abordagem neoprocessual insere a democracia participativa como polo metodológico central da teoria do processo civil contemporâneo<sup>142</sup>.

Em suma, atualmente Constituição e processo atuam em uma relação de interdependência<sup>143</sup>, pois é dela que se extraem importantes princípios processuais, ao passo que, por meio destes, a instrumentalidade processual se coloca como meio de concreção dos direitos fundamentais estampados na tessitura constitucional<sup>144</sup>.

Há, portanto, uma verdadeira conformação do direito processual pelos direitos fundamentais.

---

<sup>138</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 111. .

<sup>139</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2010, *passim*.

<sup>140</sup> Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>141</sup> Com um olhar crítico acerca da concepção instrumentalista de processo, Rosemiro Pereira Leal bem observa que “em sendo a jurisdição a atividade-fim de maior preponderância do fenômeno processual, o processo naturalmente é colocado ao serviço daquela (concepção instrumentalista), de modo que muitas vezes as regras de seu funcionamento podem inclusive ser postas de lado para não comprometer a finalidade maior que é a própria afirmação do poder através da atuação jurisdicional”. (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 8ª Ed., 2009, p. 254).

<sup>142</sup> Mitidiero bem identifica que “a jurisdição não pode mais ser colocada como centro da teoria do processo civil. Insistir nessa postura revela uma visão um tanto quanto unilateral do fenômeno processual, sobre ignorar a dimensão essencialmente participativa que a democracia logrou alcançar na teoria do direito constitucional hodierno. (...) Ademais, a democracia participativa, tida mesmo como um direito fundamental de quarta dimensão, sugere a caracterização do processo como um espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo. Nessa quadra, potencializa-se o valor participação no processo, incrementando-se as posições jurídicas das partes no processo, a fim de que esse se constitua, firmemente, como um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais”. (MITIDIERO, Daniel, *Colaboração no processo civil...*, cit., pp. 48-49).

<sup>143</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003 , p. 269.

<sup>144</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A teoria circular dos planos (direito material e direito processual)*. In: Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 165-196, 2006.

Destarte, o irreversível influxo constitucional, permeado pela ideia de democracia participativa (e discursiva), conduz, portanto, que procedimentos participativos (e não necessariamente judicializados) sejam o *locus* adequado para o exercício direto do poder pelo povo.

A simbiose entre direito e legitimidade, vista a partir de uma compreensão procedimentalista do direito<sup>145146</sup> (teoria discursiva da democracia), faz com que se institucionalize o denominado princípio do discurso, por meio da cogente principiologia<sup>147</sup> constitucional<sup>148149</sup>.

Feita essa necessária incursão ao cogente modelo constitucional de processo, permita-se uma breve digressão ainda sobre o tema Processo e Constituição.

O Novo Código de Processo Civil, cuja vigência se iniciou no dia 18 de março de 2016<sup>150</sup>, representa a primeira codificação processual civil gestada, debatida e aprovada inteiramente sob os auspícios de um regime democrático.

---

<sup>145</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. trad. Flávio Beno Siebeneichler, 2 vols. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, passim.

<sup>146</sup> Segundo Dierle Nunes, “no paradigma procedimental de Estado Democrático de Direito, impõe-se a prevalência concomitante da soberania do povo e dos direitos fundamentais em todos os campos, mas, especialmente, na esfera estatal, na qual existe a constante formação de provimentos que gerarão efeitos para uma pluralidade de cidadãos”. (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 216).

<sup>147</sup> Contra uma concepção principiológica aberta que seja roteiro de fuga para o decisionismo judicial, Streck bem observa que “por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir ‘múltiplas respostas’. Portanto, os princípios ‘fecham’ a interpretação e não a ‘abrem’, como sustentam, em especial, os adeptos das teorias da argumentação, por entenderem que, tanto na distinção fraca como na distinção forte entre regras e princípios, existe um grau menor ou maior de subjetividade do intérprete. A partir disso é possível dizer que é equivocada a tese de que os princípios são mandados de otimização e de que as regras traduzem especificidades (em caso de colisão, uma afastaria a outra, na base do ‘tudo ou nada’), pois dá a ideia de que os ‘princípios’ seriam ‘cláusulas abertas’, espaço reservado à ‘livre atuação da subjetividade do juiz’, na linha, aliás, da defesa que alguns civilistas fazem das cláusulas gerais do novo Código civil, que, nesta parte, seria o ‘Código do juiz’”. (STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 229).

<sup>148</sup> MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. *O que é um Modelo Democrático de Processo?* Disponível em [www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1383852047.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf). Consulta em 16 de outubro de 2015.

<sup>149</sup> Na trilha da Escola Mineira de Processo, com lastro na adoção do paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito erigido, principalmente, a partir dos ensinamentos propostos pela teoria discursiva de Jürgen Habermas, tem-se que a aplicação principiológica nos dias atuais deve ter por estribo a manutenção do caráter deontológico do Direito, sob pena de a panprinciologia ressuscitar um autoritarismo que em sua gênese visava combater. Por todos, cfr. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesse público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 226.

<sup>150</sup> Sobre a incrível (e falsa) polêmica havida quanto ao início de vigência do NCPC, somos da posição de que o novel diploma processual entrou em vigor no dia 18 de março de 2016, na trilha de DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; PEIXOTO, Ravi de Medeiros em breve ensaio contido no sítio eletrônico [portalprocessual.com](http://portalprocessual.com). <http://portalprocessual.com/sobre-o-inicio-da-vigencia-do-cpc2015/>. Consulta em 16 de agosto de 2015. Em outro sentido, propondo até mesmo a deflagração de IRDR sobre o tema, como sendo uma prova de fogo para o CPC/15, ROQUE, Andre Vasconcelos; DELLORE, Luiz; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MACHADO, Marcelo Pacheco; DUARTE, Zulmar em ensaio constante do sítio eletrônico [www.jota.uol.com.br](http://www.jota.uol.com.br). <http://jota.uol.com.br/vigencia-do-novo-cpc-um-irdr-para-chamar-de-seu>. Consulta em 14 de março de 2016.

Isso não é pouca coisa para um país que em sua vida republicana se acostumou a conviver com períodos de exceção democrática. Nesse sentido, quer parecer que se revela de ineditismo na história processual civil brasileira um verdadeiro compasso entre Código e Constituição<sup>151152</sup>.

Tanto é assim que de forma didática a novel legislação processual enuncia propedeuticamente em sua topografia a cogente aplicação das normas constitucionais no âmbito processual civil<sup>153</sup>.

Nessa linha de ideias, o didatismo contido na novel legislação processual, aliás, é digno de aplausos, pois, no Brasil, se observa diuturnamente uma esquizofrênica subversão hierárquica das normas jurídicas.

Isto é, quanto mais se afasta da Lei Maior, maior concretude normativa parece adquirir o texto legal. Verdadeiro retrocesso hermenêutico, a partir de uma injustificável interpretação da Constituição conforme as leis.

Portanto, a par da aplicação direta dos princípios<sup>154</sup> e regras constitucionais desde 1988<sup>155</sup>, o desenho didático das normas fundamentais do processo civil contido no CPC/15

---

<sup>151</sup> Para uma melhor compreensão da evolução metodológica da ciência processual, bem como as relações entre processo e constituição, cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2010, pp.18-23. Em igual sentido, ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo...cit., passim*.

<sup>152</sup> A superada dicotomia entre processo e constituição pode ser sintetizada nas clássicas sinalizações de Lassalle e Bobbio. Segundo Lassalle, a Constituição não passa de um simples “pedaço de papel”, simples expressão escrita dos “fatores reais de poder” vigentes na sociedade e que constituem a Constituição efetiva. (LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Trad. de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001, pp. 48/53). Por seu turno, ao caracterizar o legalismo oitocentista, Bobbio assevera que o verdadeiro direito positivo se encontra consubstanciado, especialmente, no contexto do positivismo legalista desenvolvido em França, na legislação escrita, da qual o Código constitui a forma mais perfeita e acabada. (BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 1996, pp. 53/60). Colmatando a *vexata quaestio* e trazendo-a para a atualidade pós-moderna, Cappelletti assevera que “a Constituição pretende ser, no direito moderno, uma forma legalista de superar o legalismo, um retorno ao jusnaturalismo com os instrumentos do positivismo jurídico. Um retorno, porém, que é também consciência da superação dos velhos esquemas jusnaturalistas: de um direito natural entendido como absoluto e eterno (e, portanto, imóvel) valor, a um jusnaturalismo histórico, direito natural vigente; um fenômeno como cada um vê, perfeitamente paralelo ao da passagem da metodologia apriorística-dedutiva de uma abstrato universalismo, à superação das últimas fases nacionais do positivismo, através dos instrumentos realísticos-indutivos do método comparativo”. (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984, p. 130).

<sup>153</sup> Lei nº 13.105/15. Livro I. Das Normas Processuais Cíveis. Título Único. Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais. Capítulo I. Das Normas Fundamentais do Processo Civil. Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

<sup>154</sup> Acerca da concepção principiológica e sua interface com a ordem constitucional, por todos, DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>155</sup> Em igual sentido, Alexandre de Freitas Câmara, exemplificando a temática com o instituto do contraditório bem assevera que “poder-se-ia questionar a necessidade de que o novo CPC dissesse o que diz acerca do princípio do contraditório. A rigor, tais dispositivos não eram mesmo necessários. Afinal, o direito de participação com influência e a garantia da não surpresa resultam da própria afirmação constitucional de que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição da República), em que se aasigura

cumpra relevante mister na necessária aproximação do processo ao projeto constitucional (distanciando-o, por via de consequência, da pecha de ser um expediente burocrático e estéril na tutela de direitos).

### 1.5. Modelos Processuais<sup>156</sup> e Ideologia<sup>157</sup>

Edificadas as premissas que contextualizaram esse primeiro capítulo, algumas indagações ainda se fazem prementes.

Será mesmo que a jurisdição<sup>158</sup> envolta nessa pretensão totalizante atende satisfatoriamente o paradigma constitucional-democrático?

Será que um sistema hegemônico direcionado a institucionalizar e vincular o *dizer o Direito* ao Poder Judiciário se assenta em bases verdadeiramente democráticas?

Será, ainda, que a produção e o discurso jurídicos dominantes, vinculados à lógica da racionalidade técnico-formal e aos pressupostos dogmáticos positivos constituem premissas adequadas a cumprir a prometida função emancipatória do Direito?

Sem medo de errar, qualquer tentativa de resposta a tais fulcrais questionamentos deve perpassar por uma determinada compreensão do fenômeno jurídico, abeberado pela historicidade<sup>159</sup> que o condiciona e o informa cotidiana e diuturnamente.

o devido processo constitucional (art. 5º, LIV), no qual se observa necessariamente o contraditório (art. 5º, LV). Os dispositivos do CPC que ‘esmiuçam’ o conteúdo do princípio do contraditório, pois, e como consequência da reconhecida força normativa da Constituição, são a rigor desnecessários”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo CPC e o Princípio do Contraditório*. Disponível no sítio <http://justificando.com/2015/04/17/o-novo-cpc-e-o-principio-do-contraditorio>. Consulta em 17 de agosto de 2015.)

<sup>156</sup> Segundo Carlos Augusto Silva, os modelos processuais “refletem os valores políticos, econômicos, sociais, culturais e as estratégias de poder das sociedades em que se inserem” (SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 73-74).

<sup>157</sup> “O processo, como técnica de formulação e realização do direito, está fortemente comprometido com a carga ideológica, política e tem as implicações econômicas que se identificam no ordenamento jurídico a que instrumentalmente ele vincula”. (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Democracia, Participação e Processo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 86).

<sup>158</sup> Rosemiro Pereira Leal identifica as origens da jurisdição e detecta o seu caráter excludente ao bem observar que “a jurisdição em seu conceito de atividade de dicção e aplicação do direito por grupos humanos patrimonializados, que se mitificavam em dinastias, é perfeitamente aferível no mais antigo e conhecido sistema de resolução de conflitos na História do Direito denominado *legis actiones* vigente na Realeza Romana (séc. VIII ao V a. C). A jurisdição é tida e exercida a partir desse período como instrumento (processo) da classe poderosa e senhorial para regradar não só as suas próprias condutas, como também para impor seu *imperium* (mando normativo) a todos os seus súditos. Pode-se verificar que a lei romana era criada, da Realeza à Monarquia Absoluta (séc. VIII a.C ao séc. VI d. C.) 3, pelos reis, cônsules, príncipes e monarcas, instalando competências e funções, por via de delegações variadas, num complexo burocrático a permitir a perenização do modelo civil de paternalização das classes inferiores pela sociedade patrimonializada (filantrópica)”. (LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo civil e sociedade civil*. 2005, p. 2. Disponível na internet: [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2\\_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf). Consulta realizada em 17 de agosto de 2015).

Impossível, pois, pensar o Direito sem referi-lo ao momento histórico em que é pensado e ao modo de institucionalização do poder político nesse mesmo binário espaço x tempo.

Os modelos processuais adotados ao longo da história revelam, portanto, a ideologia reinante em um dado recorte espaço-temporal.

Nesse particular, valiosas e pertinentes as lições de Damaska<sup>160</sup>, donde se pode extrair as condicionantes políticas e históricas que qualificam arquétipos processuais<sup>161</sup>, os quais, por seu turno, descortinam uma acurada radiografia sobre os limites da jurisdição<sup>162</sup>.

Desenha-se, pois, uma necessária correlação existente entre as características fundamentais das instituições públicas que administram a justiça e do seu modo de funcionamento, bem como o papel que o próprio Estado desempenha na sociedade contemporânea.

Nesse cenário, o eminente autor de origem croata empreende cotejo comparativo entre as duas grandes espécies de ordenamentos jurídicos adotados em geral nos diversos países do Ocidente, a saber, os ordenamentos do sistema da *civil law* e os do sistema da *common law*.

Expõe, ainda, as principais diferenças que esses dois paradigmas apresentam na organização da justiça civil e no processo das respectivas causas, aduzindo que os ditos sistemas se assentam em concepções distintas da própria justiça<sup>163</sup>.

<sup>159</sup> Sempre cirúrgico, Calmon de Passos bem assevera que “se nada é para sempre, impossível pensar o Direito sem referi-lo ao momento histórico em que é pensado e ao modo de institucionalização do poder político nesse mesmo tempo. Enfim, se nenhum saber tem legitimidade caso não seja útil para os homens, inadmissível pensar o Direito sem procurarmos identificar sua adequação quando aplicado à realidade social que procura ordenar”. (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo. Reflexões de um jurista que trafega na contramão*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p.37).

<sup>160</sup> DAMASKA, Mirjan R.. *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*. Yale University Press. New Haven and London, pp. 02-15.

<sup>161</sup> De igual modo, não se pode deixar de referenciar o trabalho de folêgo perpetrado por Ioannis Papadopoulos e Antoine Garapon no que pertine às distinções das tradições jurídicas da *common* e *civil law*, a partir das experiências havidas nos Estados Unidos e em França. Os indigitados autores enumeram, simplesmente, doze aspectos de distinção entre os sistemas, colocados aos pares, para fins didáticos, sempre respeitando a ordem *civil* e *common law*, quais sejam: direito que vem de cima x direito que impulsiona de baixo; centralidade x descentralização; verticalidade x horizontalidade; unidade da verdade x concorrência de relatos; integração pelo interno x x divisão; desconfiança em relação aos indivíduos x x confiança nos atores; passividade das partes x autonomia e ação das partes; direitos substanciais x normas processuais; direito preexistente às relações x preexistência das relações sociais; comando pelo direito x regularidade socia; poder condicionado x poder incondicionado; instituição x autonomia da sociedade em relação ao direito. (GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 267).

<sup>162</sup> FULLER, Lon. *The forms and limits of adjudication*, 92 Harvard Law Review, 353, 1978.

<sup>163</sup> A dicotomia histórica, contudo, claramente vem perdendo força no cenário global, a partir de uma irreversível interpenetração dos institutos da *civil* e da *common law*. Esse é o diagnóstico de Ost e Van Hoeck, segundo nos notícia Zaneti Júnior, ao afirmar que: “François Ost e Mark Van Hoeck afirmam com razão que não existem

No *civil law*, a função do judiciário, o papel da justiça, tem sido o de atuação do direito objetivo, isto é, a aplicação da vontade concreta da lei aos casos que lhe são submetidos. Segundo Damaska, a administração da justiça no modelo da *civil law* adota o denominado modelo hierárquico, centralizador.

Por seu turno, a administração da justiça na *common law* repousa fundamentalmente no objetivo da pacificação dos litigantes. Isso porque a justiça da *common law* tem um profundo enraizamento na vida da comunidade e tem por função primordial preservar a coesão e a solidariedade entre os seus membros, interdependentes entre si.

Nessa perspectiva, estabelecem-se reflexões e questionamentos acerca do papel do Judiciário na pós-modernidade, v.g, quais os seus atributos e funções essenciais, se atua primariamente como um meio de resolução de conflitos ou um instrumento da política estatal, um educador, um terapeuta?

Ainda indaga o autor quais seriam os requisitos mínimos do devido processo legal nos Estados Nacionais Modernos.

Em outra frente, Damaska inaugura arguta análise acerca das relações entre o sistema legal (formas processuais) e a organização socioeconômica dos Estados Modernos.

Com esteio em Marx e sua clássica ideia de que os modos de produção (infraestrutura) influenciam e vinculam as instituições sociais (superestrutura), incluindo o sistema legal, assevera Damaska que aparentes similitudes entre sistemas processuais com diferentes (sub)estruturas na organização econômica são meramente superficiais.

Nesse vértice, disposições formais similares são permeadas por uma significação ou propósito distintos e remodelados em um sistema consentâneo com o substrato econômico.

O estudo das afinidades entre o processo e as correntes dominantes da ideologia política adquire, pois, relevante importância. Isso porque os regimes políticos encerram a administração da justiça como um dos fatores políticos de sua própria legitimação.

A partir de tal visão desenvolvida por Damaska, muitos autores aduzem que os modelos procedimentais são sensíveis à respectiva ideologia, especialmente em oscilações

---

mais diferenças substanciais entre os dois sistemas ou tradições do direito. A evolução do direito acabou jogando por terra as antigas dissensões paradigmáticas entre a *common law* (*jude-made law*) e a *civil law* (*code based legal systems*, tradição romana-germânica)". (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 229).

entre o individualismo e o coletivismo, liberal e o autoritário, ou posições antagônicas similares<sup>164</sup>.

No processo civil, por exemplo, é sustentado que tais questões possuem impacto direto na definição de quanto poder os indivíduos devem ter para per si dirigir o curso de seus processos – indubitavelmente uma importante questão na escolha do modelo ou forma processual.

Outros autores sustentam que interesses e relações derivadas da força política possuem maior ênfase quando comparados à função da ideologia política pura.

Portanto, a título ilustrativo, importantes alterações na forma do processo são traçadas para diferir graus de centralização, para definir a participação dos cidadãos na administração da justiça e com outros escopos similares.

Os modelos processuais, portanto, se perfazem nos modos de exteriorização do processo nos quadrantes do poder estatal.

Em outras palavras, na companhia de Nunes e Bahia<sup>165</sup>, incontestemente a ligação dos modelos processuais com a organização política, social e econômica dos Estados na contemporaneidade, de modo a se evidenciar uma inequívoca repercussão na estruturação processual e na leitura do processo constitucional, a partir da tomada de decisões de índole eminentemente política.

Trazendo tais substanciosos aportes para o cenário nacional, não se pode olvidar que o modelo processual subjacente ao núcleo representado pelo CPC/73 decididamente não atendia às expectativas sociais, servindo, no mais das vezes, como fonte permanente de frustrações dos anseios legítimos daqueles que acorrem ao Poder Judiciário como legítima instância de resolução dos conflitos sociais.

Analisando por dentro o modelo processual reinante em *terrae brasilis*, tem-se que quase absoluto predomínio da visão instrumental de processo no último quarto de século

---

<sup>164</sup> Em mais um importante contraponto, Zaneti Júnior bem pondera quanto à inexistência de um modelo puro, máxime a partir da incontestemente e acima aludida interpenetração das tradições jurídicas da *common law* e do direito romano-germânico em um cenário globalizado. Segundo o ínclito autor, metaforicamente, “não há modelo puro, mas, simplificando na comparação, apresentam-se os modelos como na arquitetura, na qual se define o estilo de uma construção pelas suas características mais marcantes e pela ênfase em determinados elementos no desenho do prédio. Nada obsta que a unidade externa seja quebrada ou desmentida pelo interior da morada, contudo as características de sua fachada ainda assim permitem identificar uma forma de fazer arquitetura” ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 49).

<sup>165</sup> NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, V. IV. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br). Acesso em 23.12.15.



impingiu ao conflito uma visão exclusivamente negativa, como se se tratasse de um verdadeiro cancro social, a demandar imediata eliminação.

Traduzindo o ora afirmado, Dinamarco<sup>166</sup> aponta o conflito como fator de desagregação e obstáculo ao fim último do Estado, razão pela qual removê-lo, remediá-lo e sancioná-lo constitui função socialmente relevantíssima.

Para os partidários de tal visão, mais vale a pena do juiz do que o verdadeiro desmanche<sup>167</sup> do conflito desencadeado por posturas genuínas deflagradas pelas próprias partes.

O conflito é encarado, pois, como um mal social, o qual deve ser imediatamente extirpado e expungido do tecido social.

Contudo, o mito e o fetiche da coisa julgada deixam desamparados conflitos que hibernam sob o fino manto da imutabilidade subjacente à *res iudicata*, de modo a transparecer que tal entendimento acerca do conflito se encontra ultrapassado e dissociado da realidade fenomênica.

Nessa linha, conforme elucidativo esclarecimento de Warat<sup>168</sup>, os conflitos nunca desaparecem, se transformam; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas.

Por isso, é recomendável, na presença de um conflito pessoal, intervir sobre si mesmo, transformar-se internamente, então, o conflito se dissolverá (se todas as partes comprometidas fizeram a mesma coisa).

Em igual direção, interessante notar, sob um viés sociológico, que o conflito pode ser entendido paradoxalmente<sup>169</sup>, na medida em que reforça a sua expectativa normalizante ao desencadear mecanismos tendentes à imposição contrafática dessa mesma expectativa<sup>170</sup>.

O conflito, portanto, possui uma função de adaptação e modulação do Direito perante os casos futuros, sendo inerente à construção progressiva e sempre inacabada da sociedade.

<sup>166</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. 11ª Ed. São Paulo: RT, 2003, p. 141.

<sup>167</sup> Na trilha de Eligio Resta, a conciliação tem o poder de "desmanchar" a lide, resultado este que na maioria dos casos, não é alcançado com a intervenção forçada do Poder Judiciário. (RESTA, Eligio (trad. Sandra Vial). *O Direito Fraternal*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 119).

<sup>168</sup> WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: Ofício do mediador, vol. III*. Coords: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 26.

<sup>169</sup> MADEIRA, Lúcia Mori. *O Direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann*. Disponível no [sítio eletrônico http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/2907/2197%20](http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/2907/2197%20). Acesso em 22 dez 2015.

<sup>170</sup> No mesmo sentido, precisa a constatação da sempre brilhante Professora Judith Martins-Costa ao afirmar que a realidade do Direito indica uma complementaridade entre sistema e problema. Segundo a autora não se poderia contrapor sistema e problema, vez que: "o raciocínio jurídico não se desenvolve nem de uma forma 'puramente' tópica nem 'puramente' sistemático-dedutiva". (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 369-371).

## 2. UM SOPRO FILOSÓFICO

Feito o necessário introito, pensamos que é chegada a hora de contextualizar as balizas filosóficas que dão o tom do presente trabalho. Em apertada síntese, procurar-se-á gizar como o colossal pensamento de Jürgen Habermas se preordena a conferir mínima robustez filosófica ao presente trabalho, além de se inserir na hipótese aqui veiculada.

Mas, por que Habermas?

A escolha de Habermas, sem dúvida alguma, marcou algumas esquinas que forjaram a confecção do presente dissertação.

A descoberta da força de seu pensamento despertou-me para a possibilidade de que novos caminhos ainda se perfazem como possíveis, em uma escolha que passe ao largo de qualquer maniqueísmo, mas forte nas premissas da liberdade e autonomia da pessoas, bem como que o Direito e o Processo possam servir de ponte para tal desiderato.

### 2.1. A Influência do Pensamento de Habermas. Referencial Teórico-Filosófico

#### 2.1.1. Estrutura Normativa e Agir Comunicativo

A visão procedimental do fenômeno jurídico enquanto subsistema social, bem como a construção de alicerces sólidos para a edificação plena da autonomia dos indivíduos encontra em Habermas incontestemente esteio jusfilosófico

Na sua versão ético-procedimental, o autor alemão entende que a moral seria buscada por meio de um agir comunicativo desenvolvido na esfera pública, na esteira do conceito de ação de Arendt<sup>171</sup>.

Em outro flanco, Habermas desenvolve aspectos importantes da relação entre justiça e democracia deliberativa, tomando por fundamento sua própria teoria do agir comunicativo.

Para Habermas, o juiz singular há de conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentando na comunicação pública dos cidadãos.

Com isso, deixa de ter cabimento o solipsismo jurídico. Um juiz sozinho não pode dizer qual é o direito adequado à situação concreta. A venda nos olhos da Justiça se tornou

---

<sup>171</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 211-212.

insuficiente como modelo da práxis de fundamentação exigida pela teoria discursiva do direito.

Amplia-se, com isso, a importância da estrutura normativa do processo e, especialmente, a relevância dos princípios e regras que o instituem, “na medida em que deve ser assegurado um espaço-tempo racionalmente construído para a participação de todos os interessados na tomada de decisões”.

Segundo Habermas, os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um procedimento equânime, isto garante, por sua vez, não a certeza do resultado, mas uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato.

Assim, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes, e não arbitrários.

A estrutura que se apresenta o Direito e seus procedimentos, sem dúvida, descortina uma diversidade de estratégias e funcionalidades. Habermas, inclusive, alude a premonições weberianas relativas à desformalização do Direito<sup>172</sup>.

Deixe-se claro que desformalização não pode ser considerada aprioristicamente como algo negativo (como algo amorfo e desimportante), apenas do ponto de vista histórico, conforma que a gênese e a produção do Direito não mais se apóiam em formas estratégicas e pré-determinadas em seus *loci* e agentes.

Por juridicização, judicialização ou juridificação, entenda-se o fenômeno descrito por diversos autores e perspectivas teóricas e que gira em torno da crescente importância do Poder Judiciário e do sistema jurídico na mediação das relações sociais, políticas e econômicas (cfr. capítulo 4).

Habermas compreende que a estrutura das normas processuais destina-se a compensar as condições comunicativas, garantindo a formação de um provimento legislativo, administrativo ou jurisdicional legítimo.

A exigência normativa de imparcialidade, então, pode despersonalizar através de uma separação entre discursos de justificação normativa e discursos de aplicação do Direito.

Nesse aporte discursivo, sob o marco de uma pragmática formal universal, Habermas desloca o fundamento do Direito para o “poder comunicativo”, isto é, para o resultado

---

<sup>172</sup> Segundo Habermas, tal fenômeno é colocado como objeto da crítica do direito sob o item pejorativo da “juridificação” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. trad. Flávio Beno Siebenecheler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v. 2, p. 206).

consensual de uma discussão pública sob condições ideais, no seio da tensão entre autonomia pública e privada<sup>173</sup>.

### 2.1.2. Paradigma Procedimental e Modelo Processual

Na filosofia do direito, segundo a visão procedimentalista habermasiana, o Estado Democrático de Direito visa suprir justamente as distorções concernentes à legitimidade do direito havidas nos paradigmas jurídico-constitucionais do Estado Liberal e do Estado Social. Um *plus* normativo e qualitativo superador dos modelos de Direito liberal e social<sup>174</sup>.

É que esses paradigmas disputam a hegemonia na determinação dos pressupostos fáticos para o *status* de pessoas do direito em seu papel de destinatárias da ordem jurídica, a qual, conforme aduz Citaddino<sup>175</sup>, baseia-se num modelo de igual distribuição, pois ou se distribuem direitos iguais ou se distribuem benefícios sociais, sempre com o objetivo de permitir que o cidadão procure realizar a sua concepção de vida digna.

Os paradigmas jurídico-constitucionais que antecedem o do Estado Democrático de Direito desconsideram a importância da relação interna e equilibrada entre a autonomia pública e a autonomia privada dos cidadãos para valorizar a pretensão de um bem-estar desses cidadãos que se apresentam ora como “cidadãos-proprietários”, ora como “cidadãos-clientes” do Estado.

Em outros termos, os insuficientes paradigmas jurídico-constitucionais do Estado Liberal e do Estado Social desconsideram a participação e a fiscalização dos cidadãos que integram uma sociedade complexa e pluralista na construção do ordenamento jurídico.

Nessa perspectiva, a adequada compreensão dessa nova fronteira do processo civil caminha em direção à paulatina mitigação do paternalismo da jurisdição estatal brasileira, de modo a fomentar que os cidadãos democraticamente caminhem com as próprias pernas dentro da arena processual.

Há, pois, forte chancela da autodeterminação dos sujeitos processuais, assumindo verdadeira corresponsabilidade pela prestação jurisdicional, daí o necessário aporte filosófico que une a teoria habermasiana ao objeto veiculado neste trabalho.

---

<sup>173</sup> SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 78-81.

<sup>174</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 392.

<sup>175</sup> CITTADINO, Gisele. “Judicialização da Política, Constitucionalismo democrático e separação de poderes”. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FABERJ, 2002.

O cidadão/comunidade, ao utilizar instrumentos jurídicos-processuais possibilitadores de uma influência direta no exercício das decisões dos poderes públicos que afetam ou podem afetar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efetiva autodeterminação no desenvolvimento de sua personalidade.

Em outro sentido, assentando que toda a sustentação do trabalho tem como premissa a edificação da democracia participativa como polo metodológico central da teoria do processo civil contemporâneo, de modo a rechaçar a visão instrumental<sup>176</sup> de processo, a qual coloca a jurisdição como epicentro de toda a teoria do processo civil.

Tal posição se encontra consentânea com o paradigma procedimental do Direito desenvolvido por Habermas<sup>177</sup>, em cujo núcleo asseguram-se as bases do Estado de Direito por meio do respeito ao procedimento dialético, ao discurso e ao próprio processo.

Também na magnífica obra de Habermas se observa uma intensa e candente preocupação para com a construção de bases sólidas preordenadas à consolidação da autonomia do indivíduo (antecedente lógico para que a participação seja efetiva, responsável e, acima de tudo, possa verdadeiramente descortinar o exercício pleno da cidadania).

À luz de uma teoria crítica, Habermas afirma a necessidade de reinvenção do projeto da modernidade, para tanto se valendo de uma visão dinâmica do processo de concretização desses direitos e dessas liberdades. Nesse mister, parte de uma premissa fulcral, qual seja, a constatação de que a configuração da expressão de nosso pensamento é linguística.

É a denominada revolução semiótica<sup>178179</sup>. Os sentidos passaram a estar na linguagem, a partir da ruptura com a filosofia da consciência produzida pela invasão da filosofia pela linguagem<sup>180</sup>.

Por impositivo, curial atentar que a crise da ciência jurídica é debitável à constatação de que, após o giro linguístico-pragmático, o esquema de aplicação lógico-dedutivo se revelara insustentável.

---

<sup>176</sup> Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>177</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre a Facticidade e a Validade*. trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vs. 1 e 2, passim.

<sup>178</sup> A semiótica se apresenta como “uma teoria geral dos signos, reconhecida como disciplina na medida em que o processo de abstração produziria os julgamentos necessários para a caracterização lógica dos signos empregados na prática científica” (ROCHA, Leonel Severo. *Autopoiese e teoria do direito*. In: *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. SCHWARTZ, Germano (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 14).

<sup>179</sup> Segundo Streck, “a partir da viragem linguística e do rompimento com o paradigma metafísico aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade”. (STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 225).

<sup>180</sup> Idem, *Ibidem*, p. 356.

A afirmativa de que o “direito afirmado na decisão concreta é mera reprodução do direito abstrato” nos anos 30 já era um anacronismo imperdoável, e esse fato inaugurou a desestruturação do mito até então cultivado do juiz “boca da lei” e sua neutralidade, ilusão que só durou (ou deveria durar) enquanto o “platonismo de regras” se manteve de pé, a qual se compraz com o reconhecimento da legitimidade pelo procedimento e pelos valores positivados a partir da linguagem<sup>181</sup>.

Por meio do pilar da legitimidade pelo procedimento, tem-se que a abertura a novos centros de decisão, inclusive fora da estrutura do Estado, a considerar as forças sociais de expressão, representa um fortalecimento da democracia e da cidadania, que permitem a legitimação do Estado de Direito Constitucional e que não podem ser anuladas pelo ativismo centralizador do Judiciário.

O jusfilósofo tedesco, indubitavelmente, um dos pensadores de maior importância na atualidade, parte da constatação de que a estrutura tradicional das instâncias de exercício do poder numa democracia invariavelmente estabelece relações de dominação (seja do poder político, seja do mercado, seja de costumes, comportamentos, etc).

Para tanto, confere importância fundamental ao espaço público, como espaço necessário no diálogo crítico com o sistema estabilizado de expectativas, através do que denomina *ação comunicativa*, conforme já referenciado linhas acima.

Admitir uma ação política fundada no diálogo entre o espaço público e o sistema estabilizado garantiria que a força inercial deste não suprimisse a existência de formas de vida capazes de forjar relações de emancipação do homem-pessoa e reinventar continuamente práticas capazes de concretizar os ideais democráticos.

Dito isso, pode-se afirmar que, em Habermas, a legitimidade dos grupos de pressão (atores do espaço público) pressupõe o reconhecimento desse espaço como elemento essencial da democracia, espaço em cujo bojo o processo/procedimento afigura-se em ator protagonista.

---

<sup>181</sup> Nesse sentido, com sua rara sensibilidade, Calmon de Passos assevera que: “o homem, dentre os seres vivos, tem algo que lhe é específico e o distingue de todos os demais. Desprovido de uma programação biológica capaz de orientá-lo quanto ao que deve ou não deve fazer e como se comportar em cada situação de seu existir, é obrigado a se colocar alternativas, valorar fins e meios para decidir sobre a melhor opção em cada situação concreta. Por isso mesmo já se disse que o homem é um animal simbólico, que o seu mundo, antes de ser um mundo de coisas e de objetos, é um mundo de sentidos e significações, inclusive afirmando-se que a sociedade não é um conjunto de relações sociais, sim uma rede de comunicações. (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: Reflexões de um jurista que trafega na contramão*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 38).

A atuação desses grupos nem sempre assimila as reivindicações surgidas no mundo da vida, ou as toma como suas. Assim ocorre quando atua menos para fortalecer o processo plural de discussão que antecede a ação, e mais como mandatário de interesses pré-definidos.

Nessa linha de raciocínio, em uma democracia fundada em ações comunicativas, a legitimidade dos grupos de pressão não ocorreria de dentro para fora (a partir do seu reconhecimento pelo Estado, como condição para o exercício de poder político), mas de fora para dentro (a partir da sociedade civil, como polo de ação política válida).

E, em razão disso, “o modelo de uma justiça processual para as sociedades democráticas atuais necessitará de gerenciamentos institucionais que, sem questionar o modelo institucional da modernidade (separação do Estado da sociedade civil, separação dos três poderes), vão de qualquer forma colocá-lo em maior conformidade com a ideia da autoconstituição de uma comunidade de pessoas livres e iguais<sup>182</sup>”.

No que pertine à interface entre grupos de pressão e legitimidade democrática, Habermas<sup>183</sup> ressalta a viva conexão entre a estruturação da esfera pública e a incolumidade dos domínios privados, estes epigrafados por uma atuação protetiva e plural dos direitos fundamentais em sua conformação objetiva.

No entanto, as garantias dos direitos fundamentais não conseguem proteger por si mesmas a esfera pública e a sociedade civil contra deformações. Por isso, as estruturas comunicacionais da esfera pública têm que ser mantidas intactas por uma sociedade de sujeitos privados, viva e atuante.

---

<sup>182</sup> BILLIER, Jean-Cassien. *História da Filosofia do Direito*, São Paulo: Manoel, 2005, p. 23.

<sup>183</sup> Nas palavras de Habermas, “a liberdade de opinião e reunião, bem como o direito de fundar sociedades e associações, definem o espaço para associações livres que interferem na formação da opinião pública, tratam de temas de interesse geral, representam interesses e grupos de difícil organização, perseguem fins culturais, religiosos, humanitários, formam comunidades confessionais, etc. A liberdade da imprensa, do rádio e da televisão, bem como o direito de exercer atividades publicitárias, garantem a infraestrutura medial da comunicação pública, a qual deve permanecer aberta a opiniões concorrentes e representativas. O sistema político, que deve continuar sensível a influências da opinião pública, conecta-se com a esfera pública e com a sociedade civil, através da atividade dos partidos políticos e através da atividade eleitoral dos cidadãos. Esse entrelaçamento é garantido através do direito dos partidos de contribuir na formação da vontade política do povo e através do direito de voto ativo e passivo dos sujeitos privados (complementado por outros direitos de participação). Finalmente, as associações só podem afirmar sua autonomia e conservar sua espontaneidade na medida em que puderem apoiar-se num pluralismo de formas de vida, subculturas e credos religiosos. A proteção da ‘privacidade’ através de direitos fundamentais serve à incolumidade de domínios vitais privados; direitos da personalidade, liberdades de crença e de consciência, liberalidade, sigilo da correspondência e do telefone, inviolabilidade da residência, bem como a proteção da família, caracterizam uma zona inviolável da integridade pessoal e da formação do juízo e da consciência autônoma”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. trad. Flávio Beno Siebenechler, Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 101).

Isso equivale a afirmar que a esfera pública política tem que se estabilizar, num certo sentido, por si mesma: isso é confirmado pelo peculiar caráter autorreferencial da prática comunicacional da sociedade civil.

### 2.1.3. Racionalidade Habermasiana e Democracia

Após o fortalecimento da crise do positivismo, ganhou grande força o movimento de retomada do racionalismo, postura antiempirista de se atingir o saber, na filosofia ocidental.

O racionalismo se baseava, fundamentalmente, numa posta interpretativa essencialmente subjetiva. Habermas, no entanto, deslocou a racionalidade do âmbito individual para o âmbito intersubjetivo/comunicativo.

A racionalidade, nesse viés, ocorre quando dois ou mais sujeitos agem comunicativamente de forma argumentativa em busca de um acordo consensual.

É a partir de tais premissas básicas que se fundamenta a teoria do direito e da democracia habermasiana: ela toma como ponto de partida a força social integradora de processos de integração não-violentos, racionalmente motivadores, capazes de salvaguardar distâncias e diferenças reconhecidas, na base de manutenção de uma comunhão de convicções.

Ou seja, o consenso é o consenso não violento a que chegam os sujeitos da democracia, em condições de igualdade, após o discurso<sup>184</sup>.

A razão, portanto, deixa de ser o fim do racionalismo (racionalismo teleológico), tornando-se, antes, um instrumento dos processos comunicativos. Isso é, em certa medida, a superação com a metafísica kantiana e com a dialética hegeliana.

---

<sup>184</sup> Há, nesse particular, uma aproximação entre Habermas e Alexy, vez que a teoria discursiva proposta por Alexy, sem dúvida alguma, se insere dentro do paradigma procedimentalista. Tanto é assim que o próprio Alexy assevera que “meu conceito chave é o conceito de teoria procedimental. A teoria do discurso é um caso paradigmático de uma teoria procedimental, mas ela não é a única representante de teorias procedimentais e de modo algum a única teoria procedimental imaginável. De acordo com a teoria do discurso, como eu a concebo, uma norma é correta quando ela pode ser o resultado de um determinado procedimento, o procedimento do discurso racional. Essa relação entre correção e procedimento é característica em todas as teorias procedimentais, apesar de diferenças muito significativas”. (ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. (organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno). 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 76). Assim também Zaneti Júnior ao esclarecer que “tal paradigma deliberativo-procedimental ou democrático em senso estrito significa no espaço processual um retorno ao juízo e à racionalidade problemática do direito; com a aplicação do método da racionalidade prática procedimental de Alexy”. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo...cit.*, p. 118).



Essa guinada linguística aponta também para uma distinção entre representações particulares e pensamentos universais conduzindo a uma dialética da intersubjetividade que busca estados sintéticos no acordo consensual entre sujeitos racionais comunicativos livres e iguais.

A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se. Ao contrário, tanto a validade social como a obediência fática variam de acordo com a fé de seus membros na comunidade de direito na legitimidade, e esta fé, por sua vez apóia-se na suposição da legitimidade, isto é, da fundamentabilidade das respectivas normas.

A complexificação das relações sociais na modernidade, o acréscimo de poder atribuído ao setor econômico e de mercado e o crescimento do poder administrativo ampliam cada vez mais a já intrincada e problemática relação entre facticidade e validade<sup>185</sup>.

A estabilidade desta relação faz-se necessária para a articulação entre sistemas político-jurídicos. Da defasagem entre esses sistemas pode originar-se uma crise entre direito constitucional e ordem jurídica: “a tensão entre o idealismo da ordem constitucional e o materialismo de uma ordem jurídica, especialmente de um direito econômico, que simplesmente reflete a distribuição desigual do poder social, encontra seu eco no desencontro entre as abordagens filosóficas e empíricas do direito”<sup>186</sup>.

A resposta habermasiana para essa crise segue a guinada linguística, centrando a ordem jurídica nos processos intercomunicativos.

O Direito passa a ser mais que uma estrutura abstrata reguladora, constituindo-se, então, como uma força dinâmica e ativa. Mais que um sistema de saber, é um sistema de ação, que faz parte do “mundo da vida”.

---

<sup>185</sup> Habermas sustenta que o direito só pode ser compreendido a partir da noção de uma "tensão entre facticidade e validade". "Facticidade" seria o plano dos fatos, das coisas como elas são e funcionam, a dimensão do êxito real, cega para questões de certo/errado. "Validade" seria o plano dos ideais, das normas que se reconhecem como corretas e que justificam as ações, dos valores que se reconhecem como importantes e que justificam as escolhas, das utopias que se reconhecem como inspiradoras e justificam as instituições existentes e das esperanças que se reconhecem como necessárias e que justificam seguir em frente apesar de todos os desapontamentos. Pois bem, concebido apenas em termos de facticidade (como teriam feito o positivismo jurídico e o realismo jurídico), o direito não consegue justificar sua obrigatoriedade e, por conseguinte, explicar sua legitimidade ao longo do tempo. Concebido apenas em termos de validade (como teria feito a escola do direito natural), o direito perde seu contato e seu engajamento com o mundo concreto dos fatos, das ações e dos interesses e se torna uma retórica vazia sobre bem e justiça, que não é capaz de coordenar realística e eficazmente as relações em sociedade. Dessa forma, o verdadeiro lugar do direito é entre os planos da facticidade e da validade, como um "médium" (elo, canal, ponte) entre os dois, tornando a facticidade válida o bastante para ser obrigatória e aceitável, e a validade factual o bastante para ser viável e concretizável ao longo do tempo. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. trad. Flávio Beno Siebeneichler, Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 112).

<sup>186</sup> Idem, *Ibidem*.

Para compreender melhor essa perspectiva é necessário considerar que, na teoria habermasiana, a ideia de “mundo da vida” recebe um sentido muito específico: difere da ideia de sociedade civil, como vista na perspectiva liberal, por não se resumir ao somatório das vontades livres iguais; também difere da perspectiva marxista, não sendo vista como aprisionada por forças históricas movimentadas pela luta entre classes antagônicas.

A perspectiva habermasiana, a qual se adota como marco teórico-filosófico da presente dissertação, segue o viés linguístico passando a entender o mundo da vida como “uma rede ramificada de ações comunicativas<sup>187</sup> que se difundem em espaços sociais e épocas históricas”; e as ações comunicativas não somente se alimentam das fontes das tradições culturais e das ordens legítimas, como também dependem das identidades dos indivíduos socializados.

Por isso, o mundo da vida não pode ser tido como uma organização superdimensionada, a qual os membros se filiam, nem como uma associação ou liga, na qual os indivíduos se inscrevem, nem como uma coletividade que se compõe de membros.

Os indivíduos socializados não conseguiram afirmar-se na qualidade de sujeitos, se não encontrassem apoio nas condições de reconhecimento recíproco, articuladas nas tradições culturais e estabilizadas em ordens legítimas e vice-versa.

A prática comunicativa cotidiana, na qual o mundo da vida certamente está centrado, resulta, com a mesma originariedade, do jogo entre reprodução cultural, integração social e socialização.

A proposta habermasiana revela-se, portanto, de ordem democratizadora, pois desloca a construção da normatividade jurídica do idealismo teleológico para a materialidade das ações comunicativas.

Nessa toada, Habermas reputa que a democracia é muito mais do que a simples representação com leis que, em tese, representam a vontade do povo. Antes é imprescindível a manifestação dialógica daqueles que agem comunicativamente acerca das normas e valores que promovem a integração social.

---

<sup>187</sup> O agir comunicativo proposto por Habermas está fundamentado na linguagem dirigida ao entendimento cooperado e compartilhado intersubjetivamente através da argumentação. Este conceito pressupõe a linguagem como principal meio dentro do qual é possível colocar em evidência todas as questões humanas passíveis de argumentações e as integrações sociais através dos processos de entendimento. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. trad. Flávio Beno Siebeneichler, Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 114).

Com efeito, há um verdadeiro deslocamento de enfoque, buscando o nexos interno entre autodeterminação moral e autorrealização ética, não na formulação de leis gerais, mas na formação discursiva da opinião e da vontade.

A guinada linguística da teoria da ação comunicativa transfere a produção da teoria jurídica da positividade racionalista para a interação comunicativa.

Nesse modelo tanto as regras de aceitabilidade como a simples aceitação particular se estabelecem na ação discursiva em busca de consenso.

Portanto, a democracia habermasiana não pode ser analisada pela simples verificação da existência de leis gerais. Essas pouco valem se não legitimadas pelo discurso, visto que os destinatários das normas são, simultaneamente, os autores de seus direitos.

Todo esse processo é acompanhado da progressiva racionalização do mundo da vida. A força moral (que servia como garantia interna de coesão social) dá lugar ao código jurídico que procura manter, por meio de garantias externas, a manutenção das condições de possibilidade necessárias para que proliferem formas dialógicas operantes em condições equânimes de comunicabilidade.

São necessários, então, mecanismos externos (uma vez que mecanismos morais internos perderam sua capacidade de interferência) que garantam essas condições de argumentação.

Neste ponto, no entanto, deve-se evitar o retorno a uma metafísica jurídica que, justamente, é o alvo crítico da guinada linguística habermasiana. É preciso manter a perspectiva da formação das regras de comunicabilidade nos próprios processos intercomunicativos.

Com a complexificação da sociedade (desníveis sociais, administrativos etc.), ocorre uma maior dificuldade de manutenção da equidade argumentativa. Os agentes do discurso se tornam muito díspares, o que interfere negativamente no processo democrático sob o prisma da teoria do discurso.

Por tal motivo, Habermas estabelece princípios que garantem a equidade dialógica: (i) direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas; (ii) direito ao status de membro de uma associação voluntária de parceiros do direito; (iii) possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual; (iv) direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e por meio dos quais eles criam o direito legítimo; (v) direitos fundamentais a condições de vida garantidas de forma social técnica e ecológica.

Tais princípios são também orientações democratizantes. A democracia identifica-se com a formação argumentativa da opinião e da vontade, bem como é responsável pelas garantias externas da continuidade desse processo.

Sob outra vereda, a democracia refere-se ao nível da institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito.

Considerando que o Direito tem importante papel de garantia, tem um caráter procedimentalista, garantidor de instrumentos que abram espaço à confirmação democrática discursiva, evidencia também em Habermas certa justificção para a ampliação da processualidade, na busca de variadas instâncias formadoras de provimentos estatais e não estatais.

### **3. PREPARANDO TERRENO. PÓS-MODERNIDADE, DEMOCRACIA, PARTICIPAÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA.**

#### **3.1. O que é Pós-Modernidade?**

De início, revela-se imperioso definir ou conceituar o que venha a ser pós-modernidade e o que estaria inserido na abrangência semântica, sociológica e normativa de tal expressão, máxime a partir da contextualização havida no título do presente trabalho.

Mas para se falar em pós-modernidade, por óbvio, revela-se, antes, necessário afirmar e compreender o significado de Modernidade.

Com Chauí<sup>188</sup>, pode-se afirmar que a Modernidade<sup>189</sup><sup>190</sup><sup>191</sup>, nascida com a ilustração, teria privilegiado o universal e a racionalidade; teria sido positivista e tecnocêntrica,

---

<sup>188</sup> CHAUI, Marilena. *Público, privado, despotismo*. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 489.

<sup>189</sup> Com a sua habitual profundidade, Castanheira Neves dissecou os principais caracteres da Modernidade ao pontificar que “a modernidade, especificamente o moderno-iluminismo, numa evolução conhecida e em que concorreu uma multiplicidade de factores que igualmente se não ignoram – religiosos, com o protestantismo e a secularização; filosófico-antropológicos, com a liberdade e a autonomia humana; culturais, com o racionalismo sistemático-axiomático tanto científico como prático; económicos, com a emergência do capitalismo; o próprio ‘direito natural’ moderno-iluminista, com o seu normativístico jusracionalismo; políticos, com o Estado absoluto primeiro e o Estado democrático-liberal e a separação dos poderes depois -, propôs-se resolver juridicamente o seu problema político através da *lei*”. (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *A autonomia do direito hoje e o contributo do jurisprudencialismo*. In: *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. MACEDO, Eliane Harzheim; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 19).

<sup>190</sup> Ao apresentar a face eurocêntrica da Modernidade (embora discordante de tal visão hegemônica), Capella afirma que “a modernidade no plano das ideias, da cultura, se constrói através de dois grandes movimentos: um

acreditando no progresso linear da civilização, na continuidade temporal da história, em verdades absolutas, no planejamento racional e duradouro da ordem social e política; e teria apostado na padronização dos conhecimentos e da produção econômica como sinais da universalidade<sup>192</sup>.

A Modernidade detectada possui claramente uma centralidade eurocêntrica, vinculada temporal e socialmente aos Oitocentos. O conceito está inserido em discurso hegemônico<sup>193</sup><sup>194</sup> da evolução histórica da conformação estatal, na trilha do percurso percorrido pela civilização ocidental europeia .

inicial, o que chamamos de 'o Renascimento', que se corresponde no plano político, de uma maneira geral, com a constituição dos grandes estados absolutistas [...], e um segundo movimento posterior, mais avançado, que estabelece a hegemonia cultural da burguesia, ao que chamamos de 'Ilustração' – centrado no século XVIII, conhecido também como o 'Século das Luzes'. Através desses dois grandes movimentos históricos, uma nova classe social, a burguesia, 'entra na história'" (CAPELLA, Juan Ramón. Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.96).

<sup>191</sup> Especificamente em sede processual, Zaneti Júnior aponta que a "modernidade" europeia continental (séc. XIX) se funda na predominância do Estado-Juiz na relação processual (juízo assimétrico), intimamente ligados à noção germânica (bárbara) do direito a serviço da pacificação social, o direito exclusivamente como elemento de estabilização da sociedade. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 49).

<sup>192</sup> Em igual direção, ao dissecar o pensamento hegemônico subjacente à modernidade, Zaneti Júnior bem aponta que: "o iluminismo exigiu clareza e publicidade na redação da lei, 'a lei deve ser acessível a todos e a qualquer hora'. Contudo, ao contrário das pretensões racionalistas de autonomia do homem, as sociedades foram se tornando complexas, de tal sorte que os *especialistas feudalizaram seu* conhecimento, uma espécie de Idade Média dos técnicos, deixando o cidadão no mais completo obscurantismo, *servo da 'razão técnica'*. Nesses feudos, alguns técnicos em particular, quer pelo poder que lhes era conferido pelo Estado (legisladores e juízes), quer pela maior habilidade lingüística, já que direito é comunicação de idéias (doutrina e advogados altamente qualificados), impuseram *um modelo rígido para não pensar o direito*. O objetivo daqueles esforçados juristas hoje está claro: a segurança jurídica *tout court*. Conforme anotam François Ost e Mark Van Hoeck, a sistematização perpetrada pela 'Idade dos Códigos', tanto na Alemanha (Escola Histórica) quanto na França (Escola da Exegese), esgotou a capacidade criativa dos juristas da época. Fixados no intuito de criar o 'direito perfeito', desproveram os juristas contemporâneos de qualquer espaço criativo". (Idem, *Ibidem*, p. 10).

<sup>193</sup> Em crítica contra-hegemônica, Enrique Dussel pontifica que: "a Modernidade é realmente um fato europeu, mas em relação dialética com o não-europeu como conteúdo último de tal fenômeno. A Modernidade aparece quando a Europa se afirma como 'centro' de uma História Mundial que inaugura, e por isso a periferia é parte de sua própria definição". Nessa trilha, para o eminente filósofo argentino, "a Modernidade se confunde com o início da expansão colonial do século XVI (mais precisamente, final do século XV – 1492) deflagrada por Portugal e Espanha, a partir das denominadas Grandes Navegações, com o que a Europa se consolida como "centro" do mundo". (DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1993, p.7).

<sup>194</sup> Comungando do entendimento de Dussel, Capella enfatiza a face contra-hegemônica da Modernidade ao pontificar que "forjada a custo da violência. Esta, sob o influxo de uma ideologia cultural-religiosa, teria camuflado um puro e simples interesse de expansão de mercado sob a veste de uma pretensa ocupação de espaços "vazios" habitados por um povo "outro" supostamente inculto e inferior para neles fazer prevalecer o "modelo civilizatório" que se entendia como correto, hegemônico e universal. Eis aqui o enfoque crítico e contra-hegemônico que mostra a outra face da dita Modernidade. Não por acaso essa divergência de entendimentos também se reproduz não só na esfera do pensamento, mas também na indicação do período inaugural da Modernidade. Enquanto os adeptos da concepção hegemônica sustentam que a dita era moderna iniciou-se ao final do século XVIII, com o Renascimento e com a Revolução Francesa (1789) nos seus valores de liberdade, igualdade e fraternidade, os defensores do segundo enfoque entendem que as grandes navegações de expansão colonial iniciadas no século XVI por Portugal e Espanha foram o marco inaugural da Modernidade" (CAPELLA, Juan Ramón. *Op. cit.*, p.93).

A outro giro, não se confunde com a Idade Moderna encarada cronologicamente, cujo início convenciou-se apontar com a queda do Império Romano do Oriente (em Constantinopla, no ano de 1453), e respectivo marco final com a França Revolucionária de 1789 (início da Idade Contemporânea).

É de ressaltar, por obrigação, que a realidade histórica não se compadece com a criação de marcos artificiais, hauridos sob a irresistível e inelutável vontade humana em apreender sob suas mãos (ainda que de forma aparente e fictícia) o domínio sob esse ou aquele evento.

Explica-se: não se revela possível dentro de uma historicidade realística supor que um modelo de Estado findara em uma data e, no dia seguinte, um outro o sucedera em plenitude. Tal singeleza que beira à certeza matemática não se mistura com a complexidade dos fatos históricos.

Feita essa necessária digressão, o próprio Santos<sup>195</sup> confessa certa dificuldade em estabelecer uma definição certa, precisa e segura no que pertine ao espaço-tempo atual, timbrado, segundo ele, por uma situação de transição.

Nesse quadro, alude que à falta de uma melhor, a expressão *pós-modernidade* acaba por satisfazer, ainda que, inadequadamente, tal objetivo.

A partir de uma visão sociológica<sup>196</sup>, a pós-modernidade pode ser encarada como uma modernidade sem ilusões, em constante processo de mutação, onde os fenômenos se encontram em estado de liquidez, incapazes de manter sua forma.

---

<sup>195</sup> Sobre o tema, o Professor Catedrático de Coimbra estabelece que “o paradigma cultural da modernidade constitui-se antes de o modo de produção capitalista se ter tornado dominante e extinguir-se-á antes de este último deixar de ser dominante. A sua extinção é complexa porque é em parte um processo de superação e em parte um processo de obsolescência. É superação na medida em que a modernidade cumpriu algumas das suas promessas e, de resto, cumpriu-as em excesso. É obsolescência na medida em que a modernidade está irremediavelmente incapacitada de cumprir outras das suas promessas. Tanto o excesso no cumprimento de algumas das promessas como o déficit no cumprimento de outras são responsáveis pela situação presente, que se apresenta superficialmente como de vazio ou de crise, mas que é, a nível mais profundo, uma situação de transição. Como todas as transições são simultaneamente semicegas e semi-invisíveis, não é possível nomear adequadamente a presente situação. Por esta razão lhe tem sido dado o nome inadequado de pós-modernidade. Mas, à falta de melhor, é um nome autêntico na sua inadequação” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 14ª ed. São Paulo: Cortez, 2013, p 99-100). Em igual direção, umar Krishan, Professor da Universidade de Kent, bem captura a essência incerta e fragmentada da pós-modernidade ao asseverar que “o ‘pós’ de pós-modernidade é ambíguo. Pode significar o que vem depois, o movimento para um novo estado de coisas, por mais difícil que seja caracterizar esse estado tão cedo assim. Ou pode ser mais parecido com o *post* de *post-mortem*: exéquias realizadas sobre o corpo morto da modernidade, a dissecação de um cadáver. O fim da modernidade é, segundo essa opinião, a ocasião de refletir sobre a experiência da modernidade; a pós-modernidade é esse estado de reflexão. Neste caso, não há uma percepção necessária de um novo começo, mas apenas um sendo algo melancólico do fim”. (KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 79).

<sup>196</sup> Tal definição transcendente é de José Geraldo de Sousa Júnior. SOUSA JR., José Geraldo de. *Por uma concepção alargada de acesso à justiça*. In: Rev. Jur., Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p. 1-14, abr./maio, 2008.

O contexto pós-moderno é timbrado, portanto, por uma gama repleta de possibilidades, muitas dúvidas e poucas certezas. A pós-modernidade englobaria, assim, novos enfoques, tais como: desconstrução, alternativas, perspectivas, indeterminação, descentralização, dissolução e diferença<sup>197</sup>.

Em igual direção, ao esboçar um quadro amplo da pós-modernidade, contrastado com os pilares que sustentaram a modernidade, Kumar<sup>198</sup> afirma que as sociedades contemporâneas demonstram um novo ou reforçado grau de fragmentação, pluralismo e individualismo.

Por seu turno, Lipovetsky<sup>199</sup> se refere ao nosso tempo, etiquetando-o de *hipermodernidade*<sup>200</sup>, conceito que abrigaria premissas básicas como a acelerada revolução tecnológica atual e a radicalização global da *lex mercatoria*.

Ainda na temática em apreço, importante referenciar que Silva<sup>201</sup> alude ao termo modernidade pluralista em sinonímia com a pós-modernidade, em contraposição à modernidade liberal, nominada por ele de modernidade oitocentista.

Disponível em [https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs\\_saj/index.php/saj/article/view/223/212](https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/view/223/212). Acesso em 12 de janeiro de 2016.

<sup>197</sup> PEYRANO, Jorge W. *El derecho procesal postmoderno*. Revista de Processo. Editora RT: São Paulo, jan./mar. 1996, p. 141-145.

<sup>198</sup> KUMAR, Krishan. *Op. cit.*, p. 122.

<sup>199</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

<sup>200</sup> Quer parecer que para Zaneti Júnior o termo *hipermodernidade* ou, ainda, *contemporaneidade*, abarcam melhor o turbilhão caótico de emoções e situações que acompanhamos diuturnamente, conforme se infere da seguinte passagem: “para tanto, optou-se por não utilizar diretamente as teorias pós-modernas, que criticam, com razão, um desequilíbrio da sociedade atual; pretendeu-se falar e preferiu-se a expressão “contemporaneidade”, ou seja, a fase atual de mudança paradigmática em que se está inserido. Nesse sentido, a locução “hipermodernidade” traduz o desconforto que se sente na sociedade decorrente da aceleração abrupta dos três pilares da modernidade: o mercado, o indivíduo e a tecnologia. Ora, o processo visto como fenômeno técnico, voltado para atender aos anseios do mercado e vinculado à proposição liberal, entregando-se justamente aos limites das lides individuais, é uma das facetas perversas dessa hipermodernidade, gerando natural ceticismo a respeito de sua capacidade de auxiliar na formação de uma sociedade democrática e inclusiva. O que se vem criticando até aqui é justamente esse caráter perverso dessa hipermodernidade, “dissolução dos fundamentos incontestes do saber, primado do pragmatismo e do deus-dinheiro, sentimento de igualdade de valor de todas as opiniões e de todas as culturas” como ideias que nutrem o “ceticismo e a extinção dos ideais superiores” da modernidade. Recorde-se, mais uma vez, que a modernidade surgiu para garantir a liberdade, a igualdade e a solidariedade, ainda hoje os pilares dos atuais direitos fundamentais. A hipermodernidade é apenas o “começo de sua aventura histórica” e poderá corrigir as deformações apresentadas resultando em uma sociedade e uma prática jurídicas conformes aos objetivos democráticos e inclusivos do Estado Democrático de Direito. Uma das características positivas da hipermodernidade é jogar por terra as resistências nacionais e filosóficas (os conceitualismos); os conceitos fortes de nação, de ordenamento jurídico interno e de direito positivo perdem a consistência rígida, e assumem uma ontologia fraca, pós-metafísica”. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo...cit*, p. 227).

<sup>201</sup> Inclusive, em relação à insuficiência das metodologias jurídicas modernas para fazer frente aos problemas da pós-modernidade, bem assevera Eduardo Silva da Silva que: “os julgamentos binários que marcaram a face da nossa *modernidade oitocentista* não resistem, poré, aos esquemas próprios da nossa *modernidade pluralista*. É que, enquanto a primeira estava vocacionada à constituição de sistemas fechados, à exclusão, no Direito, de quaisquer normas que não tivessem origem na predeterminação, por ato estatal, dos modos de edição do Direito,

Em termos processuais, a pós-modernidade impinge a edificação e efetivação de uma democracia participativa por meio do processo.

### 3.2. Democracia Participativa

Com vistas a promover a necessária interface entre democracia e participação, mister apontar, na trilha de Zaneti Júnior<sup>202</sup>, que o Estado Democrático de Direito<sup>203</sup>, também chamado de Estado Democrático Constitucional, sobressai da evolução histórica do Estado Social, que agregou o elemento participativo.

Portanto, efetiva a internalização do valor “participação” na formação das decisões estatais. A participação se revela, pois, em incontestável projeção do princípio democrático.

Segundo Zaneti Júnior<sup>204</sup>, “o que se revela fundamental ao Estado Democrático de direito é a prevalência dos direitos fundamentais individuais e coletivos, sua relação com os fins e objetivos da sociedade multicultural e plúrima e sua abertura para a construção da futura democracia integral (representativa, direta, política e social)”.

E, prossegue o eminente membro do *parquet* capixaba, ao asseverar que “nas sociedades verdadeiramente democráticas, o essencial é o dissenso. O processo, entre outros tantos meios possíveis, atua como arena vocacionada para solução e composição desse dissenso, constringendo ao diálogo e impedindo, na medida do possível, a fragmentação do tecido social”.

Nessa linha, conclama-se que caso levemos a sério o projeto político de democracia, mister a edificação de plúrimas instâncias de participação democrática (Estado democrático e policrático<sup>205</sup>), propiciando vez e voz àqueles que os centros decisórios hoje institucionalizados tomam como invisíveis

A democracia participativa, pois, busca reaproximar os cidadãos não só dos destinos de suas próprias vidas, mas também dos desígnios da sociedade política.

a segunda não apenas admite, mas verdadeiramente requer o pluralismo das fontes (SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 11).

<sup>202</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo*, cit., p. 106-160.

<sup>203</sup> Segundo a percuciente observação de Streck “é evidente, nesse sentido, que “Constituição” deve ser entendida nos moldes do Estado Democrático de Direito e de tudo o que a tradição a partir do segundo pós-guerra vem nos legando. Isso implica afirmar sempre o conteúdo ético assumido pelo texto constitucional no plano desse paradigma. Por isso, o Estado Democrático de Direito é um *plus* normativo e qualitativo, sustentado em dois pilares: a democracia e o resgate das promessas incumpridas da modernidade (concretização dos direitos fundamentais sociais)”. (STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 357).

<sup>204</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo*, cit., p. 106-160.

<sup>205</sup> Idem, *Ibidem*, p. 128.



Como visto, a democracia liberal foi fruto da dissociação do político e o econômico com graves conseqüências sociais. Já a democracia social tentou reaproximar ambos, passando o Estado a exercer a tarefa de promoção, coordenação e planejamento, tornando-se também produtor e empresário. Isto elevou o Estado que provê ao Estado que oprime.

A democracia participativa pretende manter o entrelaçamento do econômico e o político, como na social democracia, sem prejuízo da liberdade, como na democracia liberal.

Portanto, a democracia participativa tem como base os resultados positivos das democracias liberal e social. O poder de controle seria resgatado pela sociedade, através de instrumentos como a pressão da opinião pública, o voto popular e o processo.

Importante, nesse particular, a advertência de Calmon de Passos<sup>206</sup> ao asseverar que a democracia participativa “tenta manter a interação entre o econômico e o político e sua formulação jurídica, mas porfia-se por superar o exacerbamento do Estado em detrimento da liberdade, recuperando-se para a sociedade, um poder de controle que a democracia liberal e social não previam nem efetivaram, salvo pelo mecanismo do voto e pela pressão da opinião pública, que se revelaram insuficientes e insatisfatórios”.

Silva<sup>207</sup> vai além. Sustenta que a democracia participativa pressupõe “uma transformação radical das estruturas jurídicas tradicionais, iniciando com uma “remodelação profunda de nossas instituições universitárias”. A transformação, segundo o mestre gaúcho, deverá ser operada pelos “juristas e não pelos políticos”.

Em termos processuais, podemos trasladar a presente análise histórica no que pertine à evolução dos modelos processuais, desde os modelos pré-liberais até a atualidade, onde se propugna a predominância da gestão comparticipativa do processo, com o conseqüente equilíbrio das posições desempenhadas pelas partes dentro do espaço processual.

Isto é, uma adequada distribuição dos poderes, deveres, ônus e faculdades das partes e do juiz na sequência de atos para a formação do juízo final decisório<sup>208</sup>.

A pós-modernidade, portanto, se ergue em uma necessária superação da oca dicotomia entre Estado Liberal x Estado Social. Os ganhos e perdas de cada modelo estatal não podem nem devem ser neutralizados. Não estamos diante de um jogo de soma zero.

---

<sup>206</sup> CALMON DE PASSOS, Joaquim José. *Democracia, Participação e Processo* In: GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.) *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 92.

<sup>207</sup> SILVA, Ovídio Batista da. *Democracia, Participação e Processo*, Ibidem, p. 109.

<sup>208</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Revista Processo e Constituição: Cadernos Galeno Lacerda de Estudos de Direito Processual Constitucional. Porto Alegre, Faculdade de Direito da UFRGS, n. 1, dez./mar. 2004, p. 89-122.

A reflexão crítica acerca da historicidade impõe na atual quadra a conservação de liberdades (erigidas como dogmas na época liberal), ladeadas por um bem-estar (estatizante à época do Estado Social).

Não há mais espaço para exclusões lineares; a lógica pós-moderna, decididamente, não presta obediência a singelas equações de 1º grau.

Mais uma vez na companhia do genial mestre baiano<sup>209</sup>, está-se chegando a um estágio novo no processo de transformação da democracia moderna. É a democratização da sociedade, sem prejuízo da democratização do Estado.

Em igual sentido, Santos fala em “democratizar a democracia”<sup>210</sup>.

Contudo, na contramão da direção democrática, não faltam exemplos de reformas processuais que de democráticas somente possuem a (falsa) aparência. Verdadeiros cantos de sireias.

Destinam-se, na verdade, a cultuar os detentores do poder, em uma verdadeira esquizofrenia sistêmica, de modo a deixar o jurisdicionado a ver navios.

Nesse particular, nada mais atual do que a clarividente advertência de Cipriani<sup>211</sup> (ao criticar a ampliação desmedida dos poderes dos magistrados na reforma processual italiana de 1940) no sentido de que não se pode reformar um hospital no interesse exclusivo do conforto dos médicos e dos demais funcionários (mas não dos doentes).

E, de igual modo, não é aconselhável reformar o ordenamento processual no interesse exclusivo dos magistrados e de seus auxiliares (mas não dos jurisdicionados).

Afinal de contas, a quem serve e se destina à jurisdição. Estamos diante de movimentos autofágicos e endógenos, que se fecham em si mesmos?

Exemplo maior disso foi a aprovação da Lei 13.256/16, que alterou o Novo Código de Processo Civil, enquanto o novel Diploma Processual ainda se encontrava em plena *vacatio legis*. Tal modificação fora pautada justamente na resistência dos encastelados ministros dos Tribunais Superiores quanto ao novo, especificamente no que pertine à admissibilidade dos recursos excepcionais.

---

<sup>209</sup> CALMON DE PASSOS, Joaquim José. *Democracia, Participação e Processo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.) *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 92.

<sup>210</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. *Para ampliar o cânone democrático*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

<sup>211</sup> Nos dizeres de CIPRIANI, “Che è come se gli ospedali, anziché essere costruiti per gli ammalati, fossero costruiti per i medici” (CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente *in Il processo civile nello stato democratico*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006, p. 35).

A referida Lei 13.256/16 ressuscita o duplo juízo de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário com esteio em um único fundamento: não se curvar às normas democraticamente gestadas durante a amplíssima discussão (por 5 anos) que ladeou a edição do Novo Código de Processo Civil.

O projeto (convertido em lei) justificar-se-ia em razão de os Tribunais locais funcionarem como filtros aos processos que têm como destino o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal e, assim, bloquear a remessa direta das irresignações recursais excepcionais às Cortes em comento.

O absurdo da proposta (infelizmente, vencedora) evidencia-se a partir da constatação de que não haverá qualquer incremento no número de processos julgados pelo STJ e pelo STF.

Apenas e em boa hora, as pilhas de agravos interpostos contra decisão denegatória que se amontoam simplesmente deixarão de existir. Tais pilhas passarão a ser formadas pelos próprios recursos especiais ou extraordinários, os quais, por expressa previsão constitucional (arts. 105 e 102, respectivamente) têm seu processamento e julgamento afeto à competência das indigitadas Cortes.

Mais um triste exemplo que veio dos andares de cima.

Dito isso, tem-se que o panorama traçado, obviamente, parte de premissas calcadas na recente história da civilização ocidental, timbrada por um incontestado eurocentrismo. Em *terrae brasilis*, o desenvolvimento tardio impôs o atropelo de algumas fases, como se a lógica europeia pudesse se aplicar *tout court* ao intrincado modelo desenvolvimentista brasileiro.

O Brasil mira o século XXI, paradoxalmente, apoiado em práticas vetustas que descortinam o congênito atraso tupiniquim.

A hipótese que se apresenta, pois, é no sentido de que o processo deve ser alçado a um instrumento político de participação<sup>212</sup>. Não se retira do processo a sua condição de meio para realização de direitos já formulados, mas possibilitar sua ultrapassagem, tornando-o um instrumento de formulação política e realização de direitos.

### 3.3. Participação e Contraditório<sup>213</sup>

<sup>212</sup> GROLLI, Irio. *A democracia participativa e o processo judicial*. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MEZZAROBBA, Orides (coords.). *Crise da Justiça & Democratização do Direito*. Joaçaba: UNOESC, p. 78-85.

<sup>213</sup> Para Nicola Picardi, o contraditório encerra a função de um verdadeiro “cardine della ricerca diallettica”. (PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars. Le matrici storico-culturali Del contraddittorio*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, 2004, p. 21-22).

Fincado nos pilares acima enunciados, frise-se, desde logo, que tal como estampado no art. 5º, inciso LV, da Carta Republicana, o vetor constitucional do contraditório, em seu viés participativo, se traduz em inequívoco princípio de índole política.

O contraditório participativo detém incontestemente gene democrático, vez que traz como corolários a possibilidade de prévia e efetiva participação racional na produção e construção daquela determinada decisão estatal, de modo a influir e conformar o seu resultado. Contudo, nem sempre foi assim.

Segundo Picardi<sup>214</sup>, à época do vetusto processo patrimonialista observado e praticado no século XIX, o contraditório possuía caracter meramente formal e secundário, em um cenário de hipertrofia positivista. Nessa moldura, o contraditório não detinha qualquer eficácia para a conformação das decisões estatais a serem emanadas.

No mesmo diapasão, anota Nunes<sup>215</sup> que neste momento se iniciara a derrocada do princípio do contraditório, tomado em sua acepção fraca de mera bilateralidade de audiência, diante de uma supervalorização da racionalização iluminista.

A partir do pós-guerra, o contraditório passa a assumir sua feição garantística e participativa atual, sendo inequívoco instrumento de legitimação democrática das decisões estatais.

O contraditório traz a reboque, portanto, o indelével timbre do diálogo humano, com o que se amplia o campo de observação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e, ainda, favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado<sup>216</sup>.

Encarado em sua concepção forte<sup>217</sup> (exteriorização do princípio democrático de participação, enquanto garantia de influência, evitação de decisões-surpresa e dever de debate), o contraditório, desde que levado a sério, possibilita, sem dúvida, o fluxo discursivo

---

<sup>214</sup> Nesse sentido, afirma o eminente autor que até não muito tempo atrás se presenciava a decadência do contraditório, já que, “abandonada a metodologia dialética da investigação, o contraditório tendia então a se resolver em uma mecânica contraposição de teses e, em última análise, em uma prova de forças”. (PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*. In: *Jurisdição e processo*. Forense: 2008, p. 136).

<sup>215</sup> Segundo o brilhante Dierle Nunes, “começa a ocorrer a decadência do princípio do contraditório eis que se tende a um abandono do diálogo genuíno e a uma supervalorização da razão, que torna o contraditório uma mecânica contraposição de teses (dizer e contradizer), ou mesmo uma prova de força”. (NUNES, Dierle José Coelho. *O princípio do Contraditório: Uma Garantia de Influência e de não surpresa*. in *Constituição, Direito e Processo. Princípios Constitucionais do Processo*. TAVARES, Fernando Horta (coord.). Curitiba: Juruá, 2007, p. 145-165).

<sup>216</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>217</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Il Principio del Contraddittorio como diritto d'influenza e dovere di dibattito*. Rivista di Diritto Processuale. Seconda Serie, Ano LX, nº 02. Padova: aprile-giugno 2005.

das partes em um ambiente informado pelo *due process of law*, expungindo, pois, qualquer ranço autoritário no espaço processual.

Contextualizadas em breves linhas as características marcantes do contraditório, mister se incursionar sobre sua interface com o direito fundamental à participação.

Tomando o processo como *espaço público* em que são apresentados fundamentos racionais para a tomada de decisão, encara-se a participação dos sujeitos sob o enfoque do respectivo convencimento, e não pelo viés de necessário consentimento<sup>218</sup>.

Tal visão se encontra consentânea à concepção forte de contraditório, traduzida no direito de influência e no dever de debate endoprocessual, elementos preordenados à apresentação de argumentos racionais, tudo com vistas a influir na convicção do órgão julgador e dos demais sujeitos no debate relativo à resolução da questão de direito.

Repise-se, pois, que o contraditório não pode mais ser analisado tão somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas sim como uma possibilidade de influência sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais e pretensamente corretas, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.

Ainda não se pode olvidar que o contraditório, acorde com os princípios constitucionais processuais, deve encerrar uma atuação dinâmica e performativa, em contraposição a uma estrutura procedimental arcaica e solipista, dirigida monologicamente pelo magistrado<sup>219</sup>.

Redefine-se, nessa medida, a modelo de repartição dos poderes e das funções entre partes e juiz, tudo com vistas a superar uma consolidada e antidemocrática visão de processo como relação vertical de poder<sup>220</sup>.

Essa abordagem democrática e dinâmica do contraditório encontra pleno eco no Novo Código de Processo Civil.

Exemplificando o ora aduzido e com olhos voltados à efetiva influência das partes na construção do provimento, os artigos 7º, 10 e 927 do CPC/15 ressoam e contribuem para uma adequada fundamentação judicial nesse particular, afastando sobremaneira a ideia de que a

---

<sup>218</sup> Esta didática contraposição é veiculada por Alexandra Lahav, conforme se infere da seguinte passagem: “the consent rationale is based on the dispute resolution model of litigation. The idea that one ought to be able to participate in the resolution of one’s own dispute, the most familiar rationale for participation, is grounded in recognition of individual autonomy. If the purpose of litigation is to resolve cases, it is important that litigants accept that resolution” (LAHAV, Alexandra D. Participation and procedure. *DePaul Law Review*, vol. 64, 2015, p. 516).

<sup>219</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, v. 155, p. 22, jan. 2008.

<sup>220</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil.. cit.*, p. 74.

participação das partes no processo possa ser meramente fictícia, ou apenas aparente, e mesmo desnecessária no plano substancial<sup>221</sup>.

É de se destacar, nesse passo, em verdadeira convergência e modelos, que o as legislações processuais brasileira (art. 10, NCPC), francesa (art. 16, do Novo Código) e portuguesa (art. 3.3 do CPC de 2013), se alinham em direção ao denominado contraditório dinâmico.

Essa faceta do contraditório extrapola a insuficiente bilateralidade de instância, transformando-se, ainda, em um verdadeiro ônus para o magistrado, o qual, dentro do dever de debate a que está adstrito, deverá provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito determinantes para a resolução do conflito.

Subjazem como concretizações do devido processo legal, nesse particular, o dever de esclarecimento judicial e evitação dos julgamentos-surpresa, além da inarredável conclusão de que o juiz, preordenado à construção democrática no espaço processual, tem o dever de provocar o debate preventivo, mesmo nas questões de ofício.

Com efeito, o direito de efetiva participação das partes não constitui mero adorno supérfluo (conforme infelizmente já se observa em enunciados interpretativos forjados em encontros de magistrados – decididamente, o Novo Código não pode ser aquilo que os juízes querem), mas sim na própria justificação democrática dos procedimentos de resolução de conflitos, sejam eles estatais ou não<sup>222</sup>.

Nessa linha, a abertura à participação procedimental (efetivada pelo contraditório), mediante o diálogo intersubjetivo, é uma manifestação de democracia deliberativa<sup>223</sup>, que legitima a decisão judicial, enquanto ato estatal, e, por conseguinte, a atuação do Poder Judiciário.

A participação, portanto, reveste-se no elemento democrático da sentença estatal<sup>224</sup>.

---

<sup>221</sup> Sobre o perfil dinâmico do contraditório e seu impacto no plano substancial, v. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionale e “giusto processo” (modelli a confronto)*. *Revista de Processo*, n. 90, p. 101, abr-jun. 1998.

<sup>222</sup> Segundo Nunes, “permite-se, assim, a todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (potencialidade ofensiva) a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva para sua formação”. (JÚNIOR, Humberto Theodoro *et. al.* *Novo CPC. Fundamentos e sistematização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 114-127).

<sup>223</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305.

<sup>224</sup> Segundo Marinoni, “como o Poder Judiciário tem, a rigor, um déficit de legitimação em relação aos poderes Executivo e Legislativo, maior ainda deve ser o espaço de debate e, maior o ônus de justificação das tomadas de decisão: “a circunstância de a norma judicial ter de ser fundamentada decorre da necessidade de ter de se dar legitimidade à decisão, dado o déficit de legitimidade ordinária que caracteriza o poder jurisdicional” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 95).

A outro giro, na interseção entre direitos fundamentais e democracia participativa, ter acesso à justiça não corresponde a ter acesso a direitos como bens ou como liberdades apenas, é possuir garantias (claro, materiais, mas, sobretudo, institucionais) de não estar à margem das dinâmicas propiciadoras de reconhecimento social, e nesse ponto a atuação contramajoritária do Judiciário é insofismável.

Ocorre que o manejo do Judiciário, na esteira de Sadek<sup>225</sup>, é, via de regra, efetivado por iniciados e não iniciantes, em mais um claro exemplo de exclusão socioeconômica no Brasil.

No mesmo flanco, conforme bem radiografa a autora<sup>226</sup>, o decorrente aumento exponencial do número de processos não traz consigo qualquer democratização do acesso à justiça.

Concretizando e referenciando tal ideia ao mote do presente trabalho, o ambiente propício e adequado para tal espaço público é o processo/procedimento constitucionalmente entendido e percebido, que impedirá decisões solitárias, ao quebrar o privilégio cognitivo dos agentes estatais e ao impor a estes a devida fundamentação racional de argumentos produzidos e construídos endoprocessualmente.

Picardi<sup>227</sup> fala em ordem assimétrica e ordem isonômica possibilitada pela ideia de contraditório forte, com vistas à aproximação entre governantes e governados. A assunção dessa concepção normativa do princípio do contraditório permitiria, nessa linha, a instauração de uma renovada perspectiva isonômica de atuação processual.

Nesse sentido e sob as lentes CPC/15, Nunes<sup>228</sup> vaticina que a percepção acerca da interdependência cooperativa entre os sujeitos processuais, caso seja levada a sério, realmente propiciará novos horizontes para o sistema de aplicação do direito.

---

<sup>225</sup> Nesse sentido, observa-se que: “mais do que a democratização no acesso ao Judiciário, defrontamo-nos com uma situação paradoxal: a simultaneidade da existência de demandas demais e de demandas de menos; ou, dizendo-o de outra forma, poucos procurando muito e muitos procurando pouco”. (SADEK, Maria Tereza (org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adeneuer, 2001, p. 40 (Série Pesquisas, 23)).

<sup>226</sup> Sobre o tema, a eminente autora aponta que “o extraordinário aumento do número de processos nas instâncias oficiais pode ser de autoria de uma porção específica da população, a de maior poder econômico que litiga muito, ao passo que a maior parte dos cidadãos desconhece por completo a existência do Judiciário, a não ser quando é compelida a usá-lo, como acontece em questões criminais. Desta forma, a instituição seria muito procurada exatamente por aqueles que sabem tirar vantagem de sua utilização. De acordo com os dados, uma elite minoritária tem se valido do Judiciário em uma quantidade expressiva, propiciando um crescimento significativo no número de processos entrados. Esse número é tão alto que a proporção de processo por habitante chega a ser bastante baixa – uma das menores médias do mundo democrático. Caso ela não resultasse de um viés, estaríamos diante de uma sociedade marcada por uma cidadania ativa e de um Judiciário alçado a um serviço público de primeira necessidade, uma instituição realmente presente no cotidiano de todos os cidadãos”. (Idem, *Ibidem*).

<sup>227</sup> PICARDI, Nicola. *Manuale dês processo civile*, cit., 2006, p. 212.

<sup>228</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro *et. al. Novo CPC. Fundamentos e sistematização*. cit., p. 114-127.

A subjacente estrutura procedimental policêntrica e compartilhada permitiria, ao menos em tese, um fluxo discursivo predominantemente performativo, calcado na concepção normativa e dinâmica do contraditório, bem como na já ventilada pretensão de correção.

Contudo, caso a participação do magistrado se divorcie de tal caminho e envergue para fins estratégicos (meramente estatísticos, por ex.), estará, por certo, sepultado qualquer grau de legitimidade do procedimento e, por via de consequência, restará vulnerado o princípio do acesso à justiça, nos termos ressignificados aqui propostos.

É o que agora se verá com mais vagar.

### **3.4. Para além da Jurisdição. Ressignificação do Acesso à Justiça<sup>229</sup>**

O entrelaçamento das revigoradas noções de contraditório e participação embebidas no marco constitucional do Estado Democrático de Direito, sem dúvida, impõe uma ressignificação do acesso à justiça.

Nessa linha, não há mais espaço para uma significação de acesso à justiça vinculada estritamente à vetusta concepção do monopólio estatal de produção e distribuição do Direito.

A ressignificação do *acesso à justiça* perpassa pela desconstrução do dogma da exclusividade da produção jurídica dentro dos estreitos quadrantes estatais, desembocando em uma inevitável pluralidade de instâncias processantes do justo, contexto em que, sem dúvida alguma, a *desjudicialização dos conflitos* desponta como protagonista.

Com o seu marcante pioneirismo, Cappelletti já externava sua premente preocupação com acesso à justiça e a efetividade processual.

Nesse particular, ao propor suas ondas de transformação, pontificara que a terceira onde renovatória reside justamente no desafio de o Estado e o Poder Judiciário atuarem efetivamente na resolução dos conflitos que são apresentados; sendo missão do sistema jurídico não só entregar ao jurisdicionado uma formal resposta para o conflito por meio de uma decisão ou sentença, mas também conferir a ele todas as ferramentas e vias processuais necessárias para a efetiva realização do seu direito<sup>230</sup>.

---

<sup>229</sup> Conforme já se ressaltou ao longo do presente trabalho, agora utilizando-se as palavras de ordem proferidas por Kazuo Watanabe, “a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*” (WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128).

<sup>230</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Access to Justice and the Welfare State: An Introduction. In: Access to Justice and the Welfare State. Edited by Mauro Cappelletti. Firenze: Le Monnier, p.4.



Esse é justamente o mote para se adequar historicamente o princípio do acesso à justiça às premissas cotidianamente construídas pelas sociedades pós-modernas, caracterizadas por conflitos massificados, instantâneos e, em sua maioria, perfeitamente contornáveis, caso a litigiosidade não fosse potencializada pelo vetusto e antidemocrático (porém largamente observado em terras tupiniquins) contraste linear *vencedor x vencido*<sup>231</sup>.

O chamamento de Cappelletti<sup>232</sup> ao jurista contemporâneo no sentido da premente necessidade de conectar alternativas aptas e adequadas à resolução das atuais e frenéticas transformações sociais, atua exatamente na direção ora sinalizada.

Por seu turno, nas palavras de Mancuso<sup>233</sup>, “o conceito de acesso à justiça não pode mais se manter atrelado a antigas e defasadas acepções – que hoje podem dizer ufanistas e irrealistas – atreladas à vetusta ideia do monopólio da justiça estatal, à sua vez assentado numa perspectiva excessivamente elástica de “universalidade/ubiquidade da jurisdição” e, também, aderente a uma leitura desmesurada da “*facilitação do acesso*”<sup>234</sup>, dando como

---

<sup>231</sup> “Na mediação, evita-se a polarização entre o vitorioso e o derrotado da demanda (substituição do winner-takes-all pelo win-win), além de garantir-se maior criatividade no processo decisório, com a chance de pensar ‘outside the box’ e construir consensualmente a decisão (tailored decision). In PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Mediação Obrigatória: Um Oxímoro Jurídico e Mero Placebo para a Crise do Acesso à Justiça*. <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=82b8a3434904411a>. Acesso em 11 de agosto de 2014.

<sup>232</sup> De acordo com o Mestre de *Firenze*, “é nosso dever contribuir para fazer que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente”. (CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. In *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n.74, abr/jun. 1994, p. 97).

<sup>233</sup> Em seguida, o próprio MANCUSO propõe uma leitura ressignifica da cláusula aberta de controle judicial ao aduzir que: “em verdade, o inc. XXXV do art. 5º da CF/1988, ao vedar que a lei venha excluir do Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito, não foca o jurisdicionado como seu precípua destinatário, mas, antes, o próprio legislador; de outro lado, tampouco aquele enunciado garante que venha sempre examinado o mérito dos históricos de danos temidos ou sofridos, sabido que a resolução do fulcro das demandas depende do atendimento das *condições* de admissibilidade da ação, e, ainda, que o processo que lhe serve de instrumento atenda aos pressupostos de existência e validade. O novo CPC, embora não se valha da terminologia condições da ação, elenca os casos em que o juiz sentencia sem resolver o mérito, dentre eles quando ‘verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual’ (inc. VI do art. 485)”. (MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Acesso à justiça: condicionantes Legítimas e Ilegítimas...* cit., p. 28-29).

<sup>234</sup> A facilitação desmesurada do acesso à justiça carrega consigo um paradoxo bizarro. Consegue-se, facilmente, acessar formalmente os canais judiciários. Porém, sair é para poucos, fazendo, pois, tábua rasa da promessa constitucional de prestação jurisdicional adequada e tempestiva. Nesse sentido, ilustrativo o diagnóstico de Carreira Alvim ao estabelecer que: “o problema do acesso à justiça não é uma questão de ‘entrada’, pois, pela porta gigantesca desse templo chamado Justiça, entra quem quer, seja através de advogado pago, seja de advogado mantido pelo Poder Público, seja de advogado escolhido pela própria parte, sob os auspícios da assistência judiciária, não havendo, sob esse prisma, nenhuma dificuldade de acesso. O problema é de ‘saída’, pois todos entram, mas poucos conseguem sair num prazo razoável, e os que saem, fazem-no pelas ‘portas de emergência’, representadas pelas tutelas antecipatórias, pois a grande maioria fica lá dentro, rezando, para conseguir sair com vida. Este é o grande problema e o grande obstáculo que enfrentamos, cabendo à doutrina, através de concepções voltadas para a realidade brasileira, sem copiar modelos estrangeiros, contribuir para a formação de uma onda de ‘descesso’ (saída) da Justiça, para que o sistema judiciário se torne mais racional na

resultado que o direito de ação acabasse praticamente convertido em *dever de ação*, assim insuflando a contenciosidade ao interno da sociedade e desestimulando a busca por outros meios, auto ou heterocompositivos”.

Nessa perspectiva, interessante notar que a diagnosticada leitura radical do acesso à justiça, aprisionada sob as amarras do monopólio da justiça estatal, encerra um vistoso paradoxo, infirmo até mesmo o precípua escopo da jurisdição, qual seja, a pacificação social.

Com efeito, à beira da esquizofrenia, fomenta-se a judicialização de todo e qualquer conflito, a partir de uma análise distorcida do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB/88).

Mais conflitos, mais litigiosidade e menos pacificação!

Um verdadeiro *feedback* negativo<sup>235</sup>, cujo tratamento passa ao largo de soluções verdadeiramente estruturais, restringindo-se, pois, apenas a medidas profiláticas que se exaurem na superfície<sup>236</sup>.

Ademais, não podemos cair na armadilha de transformar o país em um grande e imenso Tribunal, a partir de uma crescente judicialização do cotidiano.

Essa é a advertência empreendida por Nalini<sup>237</sup>, ao também constatar que a visão extremada e escancarada do princípio do acesso à justiça se revela, simultânea e paradoxalmente, onívora e autofágica.

entrada, mas também mais racional e humano na saída”. (CARREIRA ALVIM, J.E. *Justiça: acesso e descasso*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/4078/justica-acesso-e-descasso>. Acesso em 18 de janeiro de 2016).

<sup>235</sup> Sobre esse sintomático e patológico círculo vicioso, Mancuso diagnostica que “não admira que a *crise numérica de processos* siga livre curso, não dando mostras de arrefecer: o *gigantismo judiciário*, sobre não debelar aquela crise, em larga medida a *retroalimenta*, na medida em que o excesso de oferta concorre para estimular a demanda”. (MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Acesso à justiça: condicionantes Legítimas e Ilegítimas...* cit., p. 32).

<sup>236</sup> E prossegue Mancuso, em seu preciso diagnóstico, agora acerca do ataque desvirtuado empreendido pela política judiciária brasileira (com claras repercussões processuais), cujo mote de atuação não atua sobre a causa, mas, incrivelmente, sobre as consequências. Nesse sentido, utilizando-se de didática metáfora, bem assevera o Professor da USP que: “o ataque obstinado à pleora de processos mediante o manejo precipuamente *quantitativo* – sumarizações de rito, julgamento em bloco ou por amostragem, decisões antecipaíssimas do mérito – em verdade não atua sobre a *causa* (a cultura demandista), e sim sobre a *consequência* (a crise numérica de processos). Numa metáfora comparativa, é como o que se passa com certas intervenções urbanísticas de grande impacto, tais os imensos túneis, pontes e viadutos, em princípio preordenados a *aliviar* o trânsito das megalópoles: tais vultosos empreendimentos não tocam na verdadeira causa, que reside no crescimento desmesurado da frota de veículos e, por isso mesmo, o problema não se resolve, e não raro até se agrava, levando os usuários à desalentada constatação de que, ao fim e ao cabo, apenas ‘mudou-se o congestionamento de lugar (...)’. É expressiva a alegoria que se pode estabelecer com o gigantesco rodoanel da cidade de São Paulo: a mega obra se afirmava como urgente e indispensável a desobstruir o trânsito em outras grandes vias da cidade, desviando-o para uma sorte de *boulevard periférico*, mas pouco tempo após a inauguração dos primeiros trechos, tal intervenção viária já dava sinais de exaustão, revelando picos de congestionamento; isso porque a verdadeira causa – a frota excessiva de veículos – ficara intocada. (Idem, *Ibidem*, p. 32-33).

<sup>237</sup> NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2000, *passim*.

Note-se, conforme dito alhures, que a pacificação social não se expressa e nem pode se expressar na mais absoluta ausência de conflitos.

Ao menos nos corpos sociais que conhecemos, isso é simplesmente possível.

O conflito se revela sintomaticamente em parte integrante e inerente das relações sociais. Em tempos de massificação e instantaneidade das multifacetadas relações travadas na pós-modernidade, o conflito se mostra absolutamente indissociável da trama social.

Com efeito, a pacificação pressupõe uma gestão adequada da inevitável e subjacente conflituosidade haurida do tecido social, de modo que o conflito não deve ser encarado negativamente, mas sim como uma verdadeira oportunidade inserida em um processo de contínua e ininterrupta tentativa de coesão social.

Em outras palavras, os conflitos em si não são construtivos ou destrutivos. São, conforme destacado, decorrência natural da plural e complexa convivência humana.

A outro giro, quando o Estado-juiz conclama as partes a participarem da formação da sentença, bem assim de todas as decisões, acena com a bandeira da democracia e facilita a efetividade dos seus provimentos, com o importante fator psicológico da predisposição dos envolvidos a cumprir o que for determinado.

Não se ignora ainda nesta quadra histórica a existência de críticos de escol acerca da relativização paradigmática iniciada com o movimento das ADRs, o qual em sua origem se confunde com a própria noção de desjudicialização.

No sentido do que ora se assevera, ao analisar as reformas processuais então empreendidas no velho continente, Taruffo<sup>238</sup> adverte que as ideologias que sustentam o movimento das ADRs alimentam e incrementam o desprezo e a desconfiança dos cidadãos em relação à Justiça Estatal.

No mesmo diapasão, Fiss<sup>239</sup> entabula conhecida crítica acerca das, segundo ele, inconveniências dos equivalentes jurisdicionais.

---

<sup>238</sup> Nas palavras do mestre italiano Michele Taruffo: “estos aspectos terminan luego entrelazados, especialmente en los años recientes, con las diversas ideologías neoprivatistas que se van difundiendo en distintas partes da Europa (no em Estados Unidos, donde desde hace tiempo tienen un papel dominante). En lo que tiene que ver con la resolución de las controversias, estas ideologías influyen en el sentido de alimentar e incrementar el desprecio y la desconfianza hacia la justicia del Estado, y por lo tanto hacia el recurso a los instrumentos jurisdiccionales, y sugieren em cambio la conveniencia de servirse de los medios privados, en los que la libre autonomía de los individuos se vería garantizada sin interferencias por parte de los jueces y sin costos y disfuncionalidades de la justicia pública. A veces, incluso, se estimula el recurso a distintas formas de mediación, y se presenta el arbitraje como el método ideal para resolver las controversias, permaneciendo en el ámbito de la autonomía y la disponibilidad privada” (TARUFFO, Michele. *Uma alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos. Páginas sobre Justicia Civil*. Madrid: Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 115).

<sup>239</sup> FISS, Owen. *Against Settlement*, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, may 1984.

Sobre o tema, o mestre americano parte implicitamente de uma (inexistente) exclusividade das Cortes no que toca às resoluções de controvérsias, bem assim alude a uma irrefletida desconfiança em relação à obtenção de acordos<sup>240</sup> e construção de consenso, como se geralmente fossem realizados por meio de consentimentos viciados pela coação<sup>241</sup>.

Decididamente não se pode aceder com as posições externadas por Taruffo e Fiss, vez que corolárias de uma enraizada cultura de sentença<sup>242</sup>.

Sob tal paradigma, não se permite que os contendores olhem para dentro de si e enxerguem nessa inflexão ao menos uma possibilidade, ainda que indiciária, para a construção do consenso.

Talvez seja mais cômodo deixar a solução de seus próprios conflitos para a solitária e solipista<sup>243</sup> pena do juiz.

Fora isso, as detectadas compreensões havidas por Taruffo e Fiss se apóiam em outra, *data venia*, equivocada e linear premissa, qual seja, de que a função judicial seja permeada unicamente por uma dimensão estática e totalizante<sup>244</sup>.

Tal concepção tradicional, calcada nos ideais de soberania e estatalidade, traz a reboque um indubitado desprestígio e desestímulo dos meios não estatais de resolução de conflitos, como se estes configurassem uma “justiça de segunda classe”, carente de maior consistência jurídica e eficácia prática em sua atuação<sup>245</sup>.

Repare, por oportuno, que o compartilhamento da jurisdição com outras instâncias estatais e não estatais não retira do Judiciário a sua fulcral importância nesta quadra histórica tão complexa e multifacetada.

---

<sup>240</sup> Aqui vale a advertência de Proto Pisani no sentido de que “a tendência de se privilegiar meios conciliatórios seria benéfica desde que não se consubstancie numa oportunidade em que o economicamente débil seja constrito a renunciar ao direito ou a se submeter a transações iníquas ou abusivas”. (PROTO PISANI, Andrea. *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato. Il Foro Italiano*, Parte V, Roma, 2000, p. 87).

<sup>241</sup> FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade*. Coordenação da Tradução Carlos Alberto de Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 124.

<sup>242</sup> WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e cultura da pacificação*. In: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrino Grinover. (Coords.). Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 684-690.

<sup>243</sup> Por todos, Fritz Baur apresenta uma concepção solipsita extremada, ao comparar a atuação judicante ao momento de cura de um doente. (cf. BAUR, Fritz. *O papel ativo do juiz*. Revista de Processo, n. 27, a. VII, jul./set. 1982, p. 193-194).

<sup>244</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009, p. 163.

<sup>245</sup> Idem, *Ibidem*, p. 163.

Apenas reposiciona-o e recoloca-o em uma posição mais democrática e cônica, com o seu chamamento a atuar em hipóteses residuais que efetivamente reclamem a passagem judiciária, bem como que por outros meios não tenham sido dirimidos<sup>246</sup>.

Abrindo-se um parêntese nesse flanco, tem-se, inclusive, que a nevrálgica importância do Judiciário se intensifica na quadra hodierna com o inevitável fenômeno da judicialização da política (cfr. item 4.1).

Picardi<sup>247</sup> já enunciava a vocação do nosso tempo para jurisdição, em uma análise tricotômica tomando por estribo os três últimos séculos e a correlata proeminência de cada um dos Poderes de Estado na relação espaço x tempo.

Dito isso, importante notar que o conceito de acesso à justiça há muito não é encarado apenas sob o aspecto formal, de modo que a normatividade do vetor constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CR/88) confere valorosa substância ao princípio sob comento, dando origem ao que hodiernamente se denomina *acesso à ordem jurídica justa* - ideia que traz a reboque a salutar desjudicialização dos conflitos, com a proeminência dos meios coexistenciais de solução de conflitos<sup>248</sup>.

Releva notar que desde a redemocratização do país e a previsão expressa do acesso à justiça no texto constitucional, o número de litígios propostos apresentou um crescimento exponencial, sendo que continua aumentando a quantidade da população que aciona diretamente o Judiciário, independentemente do grau de maturação do conflito levado ao sistema de justiça estatal, bem como no que pertine à deflagração de algum outro meio não adjudicatório de resolução de conflito.

---

<sup>246</sup> Nesse sentido, pontifica Jacob que “a engrenagem judiciária formal de Cortes de Justiça, naturalmente, continuará a ser necessária e vital não só para lidar com importantes questões de direito, incluindo temas de significação constitucional, como também para julgar questões vultosas e substanciais que afetem interesses vultosos e substanciais” (JACOB, I.H. *Access to Justice in England*, seção X do volume original *apud* CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, nota 148, p. 76).

<sup>247</sup> Em apertada síntese, PICARDI esclarece que: “no início do século XIX, Friedrich K. Von Savigny, com uma feliz expressão, falou de ‘vocação’ do seu tempo para a legislação e a ciência jurídica. No século XX, a fim dos anos trinta, Mariano D’Amelio retoma tal expressão em um conhecido ensaio sobre a vocação do século XX para a codificação; mas, ao fim dos anos setenta, Natalino Irti falará da época da decodificação. Ao início do século XXI, a situação parece enfim diferente e mais complexa. Poderíamos sintetizá-la falando de vocação do nosso tempo para a jurisdição e a doutrina jurídica”. (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organizador e Revisor Técnico da Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 2.).

<sup>248</sup> OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. *Uma Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e a ideia da Desjudicialização*. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, Ano 7, v. XI, p. 67-98, jan./jun.2013.

Ocorre que em face das deficiências do sistema de assistência jurídica aos pobres (proto-cidadãos ou cidadãos invertidos<sup>249</sup>) e do descumprimento de direitos fundamentais, o acesso à justiça no Brasil ainda se encontra muito longe do ideal, a par dos números alarmantes e das já altíssimas taxas de congestionamento judicial<sup>250</sup>.

Ademais, atualmente diversos fatores contribuem para o aumento da litigiosidade, entre eles a confiança do brasileiro nas instituições destinadas à promoção da justiça (a demonstrar que, prioritariamente, perante a existência de conflito o brasileiro busca solução judicial e encontra acesso ao judiciário).

Muita das vezes (ouso dizer, na maciça maioria dos casos), o acesso não se transmuda em efetiva tutela do direito pretendido, donde se infere uma verdadeira ineficiência sistêmica da função jurisdicional enquanto serviço público<sup>251</sup>.

Interessante notar, nesse particular, a arguta advertência de Zamorra y Castillo<sup>252</sup> no sentido de que “o processo rende, com frequência, muito menos do que deveria – em função dos defeitos procedimentais, resulta muitas vezes lento e custoso, fazendo com que as partes quando possível, o abandonem”.

Em igual direção, Calmon de Passos<sup>253</sup> bem sintetiza que o problema primeiro, no que diz respeito ao ordenamento jurídico, é menos o que formalmente ele se propõe a realizar, e muito mais o que ele instrumentaliza para assegurar sua efetividade.

Aqui vale uma reflexão fulcral a encerrar verdadeiro paradoxo. Apesar do *input* dirigido, via de regra, à judicialização (ainda que açodada) do conflito, a massa da população brasileira sequer compreende em sua inteireza o teor de uma sentença.

Explica-se: a aplicação massificada e vertical do Direito pelos Tribunais é lastreada em signos construídos a partir de uma permeabilidade com a ideologia dominante e, assim, se mantém em suas aplicações.

---

<sup>249</sup> PAOLI, Maria Célia. *Violência e Cidadania*. M.C. Paoli (org.), Violência brasileira. São Paulo: Brasiliense, 1983.

<sup>250</sup> A carga de trabalho do Judiciário nos idos de 1990 não ultrapassava a cifra de 5,1 milhões de novos casos em 1990, tendo experimentado um aumento exponencial de quase 500% até 2014, na trilha de diagnóstico desenvolvido por Gabbay e Cunha. (GABBAY, Daniela Monteiro e CUNHA, Luciana Gross, orgs. *Litigiosidade, Morosidade e Litigância Repetitiva no Judiciário: Uma Análise Empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012).

<sup>251</sup> A expressão “serviço público” foi trabalhada como teoria por Duguit e Jèze, com o que surgiu a denominada Escola do Serviço Público, também chamada de Escola de Bordeaux (DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, 2º vol, ed. 1927 *apud* MEDAUAR, Odete. *Serviço público*. Revista de Direito Administrativo, v. 189, p. 100-113, 1992).

<sup>252</sup> ZAMORRA Y CASTILLO. *Processo, autocomposição e autodefesa*. Cidade do México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991. p. 238.

<sup>253</sup> CALMON DE PASSOS. José Joaquim. *Democracia, Participação e Processo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.84.

Nessa linha, a incompreensão das camadas menos favorecidas da sociedade brasileira acaba por se confundir e retratar o afastamento das aspirações de tal parcela social, cujas culturas foram historicamente alijadas das instâncias de construção de saberes válidos<sup>254</sup>.

No mesmo diapasão, Cappelletti<sup>255</sup> já enunciava que os litigantes eventuais costumeiramente se sentiam verdadeiros *estranhos no ninho*, intimidados em um ambiente excessivamente formal, dotado de linguagem tecnicista e inacessível, habitado pelas opressoras figuras do juiz e advogados.

Conforma diagnóstico de Alves da Silva<sup>256</sup>, a acessibilidade restrita da justiça àqueles iniciados, detentores das senhas para operar as formas, reforça a necessidade de desformalização do acesso e da diversificação dos mecanismos procedimentais de resolução de conflitos.

Afinal de contas, o avassalador número de demandas<sup>257</sup>, decididamente, não representa para a população uma ampla consciência acerca do âmbito de proteção de seus direitos, muito menos dos instrumentos adequados à efetivação de tais direitos.

Nesse passo, a desjudicialização deve, pois, mirar de imediato à transposição, ainda que tardia, da cultura extremamente adversarial que a sociedade brasileira.

A via judicial não é – nem convém que seja – o remédio único para qualquer tipo de interesse resistido, contrariado ou insatisfeito, nem deve, em linha de princípio, protagonizar a cena jurídica, mas, ao contrário, deve preservar-se como função estatal de índole substitutiva, operando, em certos casos, sob um registro residual ou subsidiário<sup>258</sup>.

<sup>254</sup> LEAL, Jackson de Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. *Op. cit.*, p. 3.

<sup>255</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 9.

<sup>256</sup> Nas palavras do autor: “a justiça é acessível apenas àqueles que têm a chave para operar as formas. Estes, e não o juiz, nem a lei, nem as partes, têm o poder para conduzir os processos e influir nos julgamentos. Por mais que a instrumentalidade do processo tenha enfatizado o caráter secundário das regras de forma, a cultura jurídica parece dependente de um nível de formalismo que limita o acesso da população comum à justiça. A ampla aceitação dos Juizados Especiais em todo o país é um sinal claro de que os problemas da Justiça brasileira passam pela desformalização do acesso e do procedimento e pela diversificação dos mecanismos de resolução de conflito” (ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. *op. cit.*, pp. 152-153).

<sup>257</sup> A partir de pesquisa realizada pelo IBGE, recentemente o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), estimou em cerca de incríveis e assustadores 100 milhões o número de ações em trâmite perante o Judiciário brasileiro. A considerar que somos um país de atualmente 204 milhões de habitantes, para cada dois cidadãos, um é litigante. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/confagrado-nos-tribunais-brasil-tem-um-processo-em-andamento-para-cada-dois-habitantes-16822961>. Acesso em 18.08.2015.

<sup>258</sup> A partir da propugnada subsidiariedade da justiça estatal, o eminente Professor da USP identifica que tal visão permite a abertura de um leque de externalidades positivas, quais sejam: “(a) liberação de espaço para que os interessados ou contraditores oportunizem a resolução do conflito fora e além do *strepitus fori*, assim poupando-se dos ônus e riscos inerentes à deflagração da lide judicial, ao tempo em que, desse modo, podem exercer a vera cidadania em seu sentido mais profícuo e verdadeiro; (b) os conflitos instaurados, ao serem trabalhados (e não fulminados!) podem, naturalmente, atingir seu ponto de maturação, o que inclui a devida reflexão das partes envolvidas quanto às possibilidades de êxito na sustentação das respectivas das respectivas

A radiografia detectada por Mancuso quanto ao melhor delineamento fático e probatório a partir da incidência de meios suasórios que fomentem o consenso ganha fulcral importância no novel regime processual, com a incontestada acolhida pelo Novo Código de Processo Civil (art. 381, NCPC), da autonomia do direito à prova, afastando a produção antecipada de provas de uma natureza unicamente cautelar.

Tal tema será objeto de minudenciado exame, como uma das hipóteses eleitas para demonstrar o aprofundamento democrático erigido pelo Novo Código de Processo Civil (cfr. item 7.2 *infra*).

Feita essa digressão, um acesso à justiça ressignificado deve se apartar de uma visão processual neoliberal (estribada, dentre outros fatores, na promoção de estatísticas vazias), a qual, decididamente, zomba da normatividade do projeto constitucional.

Nessa senda, a compulsão obsessiva por metas tradutoras do fetiche da efetividade acabam por escantear o devido processo legal, com o que se produzem, em larga escala, sentenças fordistas<sup>259</sup>, indubitavelmente, refratárias ao *giusto processo*.

#### **4. DIRETO AO PONTO. JUDICIALIZAÇÃO E DESJUDICIALIZAÇÃO. FACES DA MESMA MOEDA.**

##### **4.1. Protagonismo do Judiciário na Cena Contemporânea e Judicialização da Política**

Cumprido, neste momento, tecer algumas nodais linhas sobre o recrudescimento do papel do Judiciário nas sociedades contemporâneas.

Na trilha da derrocada dos ideais dos Estados Sociais e a deficiência das demais instâncias políticas em realizar suas atividades essenciais, vem-se atribuindo um papel peculiar ao Judiciário na implementação de uma espécie de democracia muito particular, mediante a judicialização da política.

Tal expressão ganhou delineamento a partir do paradigmático trabalho coordenado por Tate e Vallinder<sup>260</sup>, intitulado *The Global Expansion of Judicial Power (1995)*.

---

posições (o *délai de réflexion*, referido na experiência francesa); (c) essas *démarches* premonitórias operam como um filtro ou um elemento de contenção ao demandismo judiciário, seja evitando que controvérsias pouco complexas ou corriqueiras se convertam em lides (a chamada judicialização do cotidiano), seja permitindo que os conflitos, uma vez submetidos aos meios suasórios, de duas uma: ou resultam resolvidos, ou, quando menos, ficam melhor delineados em sua configuração fática e jurídica, levando a que a eventual lide judicial tenha instrução probatória abreviada e a decisão seja, tendencialmente, justa e adequada ao caso” (MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Acesso à justiça. Condições legítimas e ilegítimas*.cit., pp. 168-169).

<sup>259</sup> Para uma profunda abordagem jusfilosófica do fordismo e do pós-fordismo, confira-se KUMAR, Krishan. *Op. cit.*, p. 48-77.



A judicialização da política perpassa todo o discurso jurídico do século XX e corporifica o coroamento de um movimento de reforço do papel do Judiciário (após a superação da fase autonomista do Direito Processual), devido à incapacidade de as instituições majoritárias darem provimento às demandas sociais e à conseqüente busca destas perante o Estado-juiz.

Tal fenômeno de escala global, marcado pela transferência de poder das instâncias políticas representativas para os tribunais vem se dando em inúmeros países desde o final da Segunda Guerra Mundial, em ondas associadas a processos de democratização.

As modalidades de transferência são várias, desde a adoção de constituições analíticas e generosas no catálogo de direitos, passando pela criação de tribunais de extração constitucional, pela ampliação do acesso à justiça a interesses metaindividuais até os impactos da assinatura de tratados internacionais sobre os ordenamentos jurídicos nacionais.

Em termos mais específicos, a judicialização da política tem reconfigurado a face da democracia representativa em duas dimensões principais, quais sejam: a fiscalização abstrato-normativa de leis em sentido estrito e de atos emanados do executivo e, principalmente, a fraturante interferência dos Tribunais no estabelecimento e condução governamental de políticas públicas.

Percebe-se, nesse contexto, a tentativa de arranjos e rearranjos institucionais preordenados à delimitação dos espaços dos diversos sistemas (político, jurídico e econômico), em um subjacente contexto de interferências recíprocas e, precipuamente, da crise de representação.

Em precisa radiografia dos tempos modernos, Garapon<sup>261</sup> constata a judicialização das relações sociais em nossa época, ao afirmar que os juízes são cada vez mais instados a se manifestar em uma variadíssima gama de setores da vida social.

Contudo, o Judiciário não pode ser a solução mágica para os problemas dos fracassos e insuficiências de políticas de *Welfare State*.

---

<sup>260</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York Univ. Press, 1997.

<sup>261</sup> Nas precisas palavras do autor francês, “o controle crescente da justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos deste final do século XX. Nada mais pode escapar ao controle do juiz. As últimas décadas viram o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando e afirmando, cada dia um pouco mais, sua autoridade. Os juízes são chamados a se manifestar em um número de setores da vida social cada dia mais extenso”. (GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*. Tradução Maria Luiza de Carvalho. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 24).

Aliás, em determinadas circunstâncias, corre-se o risco de “criar” cidadãos de segunda classe (despolitização da sociedade), os quais, em vez de reivindicarem seus direitos no campo da política, apostam no paternalismo jurisdiscista.

Nessa senda, mesmo diante de inequívoca ineficiência estrutural, não se pode olvidar que a crise de legitimação estatal a acoirar fundamentalmente os países periféricos coloca o Judiciário em papel de proeminência, ocupando espaços contramajoritários e conferindo concretude aos direitos fundamentais não observados pelas demais instâncias políticas<sup>262</sup>.

Marcado por um déficit histórico e premido pela assunção de uma cultura constitucional tardia, observa-se em âmbito nacional a utilização *correntia* da judicialização, com vistas à implementação de direitos fundamentais (o que, na forma do modelo de 1988, pode conduzir a judicialização da política como expressão e possibilidade de correção de nosso histórico déficit democrático).

Nada mais do que um dos vários sintomas inseridos em uma patológica moldura de quase colapso das instituições brasileiras.

De acordo com Campilongo<sup>263</sup>, a representação política está em crise<sup>264</sup>.

---

<sup>262</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, *passim*.

<sup>263</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, *passim*.

<sup>264</sup> Em sentido contrário, a partir de uma visão sociológica sobre o tema, ver: POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 7-8. Para a autora, com esteio em profundo estudo empírico: “as falsas premissas do silogismo da judicialização não resistem ao teste dos fatos. Para concluir-se que a política é judicializada, o STF é ativista e o Legislativo encontra-se enfraquecido, faz-se necessário olhar não apenas para o volume de ações impetradas, mas também para os resultados daquelas efetivamente decididas pelo STF. Como ele decide as ações contra normas promulgadas pelo Legislativo? E como ele as decide no mérito, e não apenas liminarmente, de modo a efetivamente limitar a expressão da vontade majoritárias? Essas perguntas ainda não foram respondidas pela literatura sobre judicialização, assim como não o foram outras igualmente relevantes para uma defesa minimante consistente do argumento de que há algum tipo de retração do Legislativo, seja na origem, seja nos efeitos do processo de judicialização. É possível comprovar empiricamente a existência de um vazio normativo no Congresso Nacional a respeito daqueles temas nos quais o STF é chamado a decidir no controle abstrato de constitucionalidade? E essas decisões tendem a refrear a produção legislativa, permitindo ao Congresso que o STF substitua sua vontade pela dele? Seriam muitas as questões a serem respondidas para que se pudesse operar a passagem da premissa que se apóia no grande volume de ADIs impetradas no STF para a conclusão que o Congresso legisla pouco e mal. O limitado repertório de casos que usualmente acompanham os libelos que associam a expansão do poder judicial do STF à retração da capacidade de representação do Legislativo também não é, de nenhum modo, suficiente para conferir lógica ao falaz silogismo da judicialização. Ademais, tais casos já mencionados consistem naquilo que, em Estatística, denomina-se *outliers*, isto é, registros que se desviam significativamente do restante dos dados componentes de uma amostra”. Mais a frente, a partir da experiência brasileira, nomeadamente com esteio na atividade judicante do Pretório Excelso, a autora afirma que a judicialização nacional acaba por fortalecer a representação, *in verbis*: “desde 1988 o STF vem exercendo sua função contramajoritária de modo bastante parcimonioso e, mais do que isso, vem contribuindo, no exercício do controle de constitucionalidade, para o fortalecimento da vontade majoritária expressa pelas instituições representativas, isto é, pelos poderes Legislativo e Executivo, ajustadas as premissas, tem-se como conclusão do silogismo da judicialização o fortalecimento da representação”. (Idem, *Ibidem*, p. 9).

Apesar de o sistema político desempenhar hoje uma função específica, as demais expectativas criadas no plano da sociedade redundaram em eloquente fracasso, notadamente pela infactibilidade de se decidir no presente como será o futuro.

Persiste uma ingênua convicção na capacidade prestigiadora do sistema político, determinante da crise da representação hodierna. Essa ambição totalizante do sistema político invariavelmente deságua em frustrações. Para os fracassos, encontram-se desculpas simplórias, sem que se discutam politicamente os limites do sistema político.

A ausência de representatividade política adequada conduz a outra falácia, a eventual capacidade do mercado para decidir, substituindo os mecanismos de escolha coletiva. Sai a política e entra a economia, transferindo-se para o sistema econômico os malogros do sistema político.

No espaço legislativo, assiste-se a uma democracia representativa em crise e a um parlamento sem agenda. Por seu turno, o Executivo não promove as políticas públicas necessárias para garantia dos direitos fundamentais<sup>265</sup>.

Lord Woolf<sup>266</sup> durante a reforma inglesa de 1988, a qual flertou com o *civil law*, asseverou que um enorme numerário financeiro era usado pelo sistema judicial para resolução de um contencioso decorrente do não cumprimento de direitos fundamentais sociais, e que seria melhor direcionar esses valores no gasto e asseguramento de políticas públicas de saúde, habitação e aos quais se poderiam agregar, no Brasil, inúmeros outros direitos fundamentais não assegurados minimamente a nossos cidadãos, geradores de milhões em nosso sistema judiciário.

Barroso<sup>267</sup> afirma, nesse passo, que a concretização da democracia não se perfaz tão somente com a observância estrita do princípio majoritário, mas também e, fundamentalmente, com a efetivação dos direitos fundamentais proclamados na tessitura constitucional.

Nesse diapasão, atribui-se aos direitos fundamentais (teorização adequada dos direitos fundamentais) uma dúplice função, qual seja, de integração dos indivíduos no processo político-comunitário e de ampliação do chamado espaço público.

---

<sup>265</sup> BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte, Del Rey, 2012, p. 13.

<sup>266</sup> WOOLF, Harry. *Civil justice in the United Kingdom*. The American Journal of Comparative Law, p. 709-736, 1997.

<sup>267</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Ed. Saraiva, v. 3, 1996.

Testemunha-se, nessa vereda, uma criação progressiva de uma nova arena pública em torno do Poder Judiciário, externa ao circuito clássico sociedade civil-partidos-representação-formação da vontade majoritária, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular.

Cada vez mais, o Judiciário é instado a se manifestar sobre questões que extrapolam a arena estritamente legal, sendo obrigado a se posicionar sobre a intimidade e a vida privada das pessoas.

No paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, ter acesso aos direitos não significa apenas ser livre contra os abusos do poder, nem recebê-los segunda uma concepção alheia de bem-estar (multiculturalismo das sociedades pós-modernas e o consequente dissenso racional acerca dos *standards* mínimos dos valores fundamentais<sup>268</sup>).

Sob outro giro, não se pode negar que a desneutralização<sup>269</sup>, a emergência de seu ativismo e, sobretudo, a judicialização da política são processos afirmativos do Judiciário, em escala mundial, compreendendo tanto os sistemas de *commom law* como os de *civil law* (de todo modo, mister assinalar uma irreversível tendência no cenário globalizado de uma interpenetração entre os sistemas de *civil law* e *common law*<sup>270</sup>).

Segundo Vianna<sup>271</sup>, o Judiciário abandona o seu canto neutro e se identifica com a preservação dos valores universais em uma sociedade que cada vez menos se reconhece no seu Estado, em seus partidos e no seu sistema de representação.

Para Zaffaroni<sup>272</sup>, o limite entre o político e o judicial não pode ser definido formalmente no Estado Moderno. A Justiça moderna não pode ser apolítica, mesmo porque é inarredável o reconhecimento de que o poder judiciário é governo.

A definição do judiciário, por isso, não pode ser estabelecida na “afirmação de que não estabelece regras erga omnes, de que não é legislador”, porquanto a realidade tem demonstrado que não lhe resta, às vezes, outro recurso do que sê-lo.

Nesse mesmo sentido, Pogrebinschi<sup>273</sup> ressalta que o conceito de representação política deve ser alargado de modo a abranger as Cortes Constitucionais, que não podem, afinal, deixar de ser reconhecidas como instituições políticas.

<sup>268</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. cit., p. 290.

<sup>269</sup> Sobre a desconstrução do mito da neutralidade do juiz e do processo no que toca à construção do direito do caso concreto, v. SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 26 e ss e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 19.

<sup>270</sup> TROCKER, Nicolò. *La Formazione Del Diritto Processuale Europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2012, passim.

<sup>271</sup> VIANNA, Luiz Werneck; et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>272</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

A análise empírica aqui cederá lugar a uma argumentação normativa que, por meio de uma discussão dos conceitos de delegação, legitimidade e *accountability*, buscará defender que o que se chama de judicialização pode vir a ser encarado como representação.

Trata-se de ampliar a representação política como expressão da vontade majoritária, concebendo novos arranjos institucionais para sua vocalização.

Especificamente sobre o tema, afigura-se imperiosa a advertência veiculada pelo multicitado mestre Cappelletti<sup>274</sup> no sentido de que não se pode apostar em uma *república de juízes* (juristocracia).

A criatividade da função jurisdicional pressupõe desvendar a seguinte questão: O Juiz é mero intérprete-aplicador do Direito ou se participa, *lato sensu*, da atividade legislativa, de criação do Direito.

Pouco importa, segundo se sustenta, se há diferenciação ontológica entre interpretação e criação do Direito<sup>275</sup>. O verdadeiro problema está no grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do Direito pelos Tribunais.

Sustenta, ainda, o Mestre de Florença que na tarefa de criar a lei o juiz não detém total liberdade para interpretação, pois o sistema jurídico estabelece certos limites à liberdade judicial, que tanto podem ser limites processuais quanto substanciais.

Não há oposição entre as duas atividades, já que o processo de criação ocorre em função da necessidade de preencher as lacunas resultantes do processo Legislativo, o que é feito por meio da interpretação. A norma do caso concreto, como cediço, somente se perfaz mediante a integração erigida pelo processo hermenêutico.

A questão, frise-se, está no grau de criatividade, modos, limites e aceitabilidade da criação. O grau de criatividade é maior quando a decisão do juiz está baseada na equidade, e menor quando julga e interpreta argumentando em alguma lei ou precedente.

Porém, em ambos os casos, a atividade do juiz se assemelha ao do legislador, visto que este também não é totalmente livre, pois tem na Constituição ou nas decisões judiciais a limitação de sua liberdade<sup>276</sup>.

---

<sup>273</sup> POGREBINSCHI, Thamy. *Op. cit.*, p. 11.

<sup>274</sup> CAPPELLETTI, Mauro; trad: DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Juízes legisladores?* SA Fabris Editor, 1999, p. 36-39.

<sup>275</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. cit. p. 16.

<sup>276</sup> Mesmo tendo como pano de fundo a seara penal, as ideias desenvolvidas sob a ótica do sistema constitucional podem ser transpostas para a hipótese em comento. Nesse passo, o eminente penalista constrói didática metáfora ao desenhar os espaços de conformação legiferante deixados pelo constituinte originário ao legislador derivado, comparando-os aos sinais verde, amarelo e vermelho, a depender do exaurimento do tratamento da matéria de natureza constitucional. (FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de*

A dúvida levantada por Cappelletti é se essa concepção de juiz-legislador não minaria a ideia fundamental da separação dos poderes, ameaçando a democracia e conduzindo ao Estado totalitário.

Nessa perspectiva, Calmon de Passos<sup>277</sup> mergulha fundo nas mazelas do fenômeno em questão, assentando que a “juridificação das relações sociais e a judicialização de sua aplicação, sem a democratização da sociedade, mascara um retrocesso assustador”<sup>278</sup>.

Em igual direção, temendo a despolitização da sociedade, Garapon<sup>279</sup> diagnostica que a brutal aceleração da expansão jurídica nesse quartel de século não é conjuntural, mas ligada à própria dinâmica hodierna das sociedades democráticas.

proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, *passim*).

<sup>277</sup> Como fundamento para tanto, destaca Calmon de Passos que: “todo ato de aplicação do direito tem uma dimensão de criação do Direito. Mas esse espaço jamais pode significar que a decisão a nível micro deslegitime, desatenda ou inviabilize os objetivos postos a nível macro. Se formos rigorosos no atentar para os fatos, veremos que pouco vale teorizar sobre a supremacia do povo, como titular do poder constituinte ou de seus representantes, os legisladores, ou dos administradores e julgadores. Constituição, leis, decretos, contratos são textos, linguagem, sempre impotente, por si só, para interferir na realidade, na crueza dos fatos. Se quisermos ser fiéis à realidade, devemos concluir que ‘direito’, em termos socialmente operantes, é apenas aquele que o detentor do monopólio do uso legítimo da força diz que é direito e assegura a efetividade de sua decisão. Impensável e ideologicamente perverso imaginar o magistrado como um agente político vocacionado para se contrapor ao poder político e ao poder econômico ou conformá-los. Parece, portanto, que há um dilema intransponível ou impossível de solução a se pretender dar ao magistrado o poder de submeter o poder político e o econômico. O magistrado desempenha sempre o papel que lhe é adequado em função de como se organiza politicamente a sociedade e do processo de produção que foi institucionalizado. O Poder Judiciário só pode atuar a nível micro e nestes termos seu agir se assemelha à esmola que antigamente se dava, toda sexta ou sábado, não me lembro bem, aos mendigos que batiam a nossa porta: um pãozinho de Santo Antonio e uma xícara de farinha. Engana a fome, mas não elimina a mendicância. O que há de grave no ativismo judicial é que ele dá a esmola não desfalcando seu patrimônio, mas o do povo brasileiro, porquanto, penalizando a empresa, ou a inviabiliza ou ela transfere o ônus para o consumidor; e penalizando o Estado, penaliza o contribuinte, que é dele o dinheiro que diz público e que por isso mesmo é descuidado às vezes criminosamente”. (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 63-64).

<sup>278</sup> Nesse sentido, são válidas as advertências de Streck no que pertine à construção de condições de possibilidade preordenadas à evitação de arbitrariedades. Em sendo assim, o Professor da UNISINOS pontifica que: “se é inexorável que, a partir do segundo pós-guerra, diminui o espaço de liberdade de conformação do legislador em favor do controle contramajoritário feito a partir da jurisdição constitucional, é exatamente por isso que devem ser construídas as condições de possibilidade para evitar discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos, ou seja, o constitucionalismo destes tempos pós-positivistas assenta seus pilares no novo paradigma linguístico-filosófico, superando qualquer possibilidade de modelos interpretativos (se se quiser, hermenêuticos) sustentados no esquema sujeito-objeto”. (STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 393).

<sup>279</sup> Contextualizando o tema, o eminente magistrado francês afirma que: “essa reviravolta judiciária da vida política – primeiro fenômeno – vê na justiça o último refúgio de um ideal democrático desencantado. O ativismo judiciário, de que ele é o sintoma mais aparente, é apenas uma peça de um mecanismo mais complexo, que necessita de outras engrenagens, como o enfraquecimento do Estado, o progresso da sociedade civil e, logicamente, a força da mídia. Os juízes só podem assumir tal posição se encontrarem uma nova visão política, pois aparentemente ela não se satisfaz mais com as instâncias políticas tradicionais. Sua linguagem é a do direito – dos direitos do homem na Europa, dos direitos das minorias na América-, e a sua gramática, o processo. O enfraquecimento do Estado é apenas a consequência da globalização da economia: o mercado, ao mesmo tempo em que despreza o poder tutelar do Estado, multiplica a recorrência ao jurídico. Esse movimento duplo – fluxo do direito e refluxo do Estado – é facilmente percebido e, de resto, seria ele assim tão novo?”. (GARAPON, Antoine. *Op. cit.*, p. 26.).

Uma verdadeira derrubada do homem democrático, inevitavelmente desencantado após um quádruplo desabamento experimentado na pós-modernidade: político, simbólico, psíquico e normativo.

Em outro enfoque, no Estado de Bem Estar Social cabe ao governo providenciar a execução de leis que garantam os novos direitos, inclusive os sociais, difusos e coletivos. Quanto mais abstrata for a legislação, mais espaço terão os juízes para interpretá-la.

Essa mudança de comportamento dos juízes corresponde à própria mudança do Estado Moderno (Bem Estar Social) e ao papel desempenhado pelo Direito.

Esse Estado assumiu cada vez mais compromissos - ao invés de deixar tudo nas mãos do mercado - e interveio drasticamente na vida social, necessitando, para isto, de uma forte produção legislativa e de uma máquina administrativa e burocrática ampla o suficiente para realizar tais tarefas.

Nesse sentido, ao tentar explicar a judicialização sob uma perspectiva mais teórica, Santos<sup>280</sup> associa a expansão do direito nas sociedades contemporâneas à crise do Estado-Providência observada nos países centrais do capitalismo a partir do final da década de 1970.

O eminente professor lusitano arrola alguns fatores que corporificaram tal crise, quais sejam: (i) incapacidade financeira de o Estado atender às despesas sempre crescentes da previdência estatal; (ii) criação de enormes burocracias com elevado nível de ineficiência; (iii) clientelização e normalização dos cidadãos; (iv) revoluções tecnológicas que imprimiram significativas alterações nos sistemas produtivos e na regulação do trabalho; (iv) difusão do modelo neoliberal; (v) proeminência das agências financeiras internacionais (Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional - FMI); e (vi) globalização da economia.

Em outra vereda, a crise que se abatera sobre o *Welfare State* causou impactos profundos sobre o sistema jurídico, a atividade dos Tribunais e o significado sociopolítico do poder judicial nos países ditos desenvolvidos.

Dentre tais impactos, destaca-se (i) a sobrejuridificação<sup>281</sup> das práticas sociais, ao lado (ii) da explosão da litigiosidade; (iii) complexificação dos litígios; (iv) aumento das

---

<sup>280</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, José. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo: ANPOCS, n. 30, 1996. Disponível em: [http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm). Consulta em 09 de novembro de 2015.

<sup>281</sup> Segundo Boaventura de Sousa Santos o instrumentalismo jurídico observado no Estado-Providência traduz-se: “em sucessivas explosões legislativas e conseqüentemente, numa sobrejuridificação da realidade social, que põe fim à coerência e à unidade do sistema jurídico. Surge um caos normativo, que torna problemática a vigência do princípio da legalidade e impossível a aplicação da subsunção lógica” (Idem, *Ibidem*, p. 1).

desigualdades sociais e enfraquecimento dos movimentos sociais; e (v) crise da representação política tradicional (sistema partidário e representação política).

Nessa nova realidade – gigantismo estatal, legislativo, administrativo e burocrático - aumentaram as funções e a responsabilidade dos juizes, sendo que a justiça constitucional, especialmente na forma do controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade.

O Judiciário, portanto, se vê premido em uma esquina com duas opções, quais sejam: a) permanecer fiel à concepção tradicional do século XVIII, dos limites da função jurisdicional; b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador e o administrador.

Dito isso, a ideia de constituição, fruto da engenharia política liberal-burguesa do século XIX, foi pensada como centro emanador do ordenamento jurídico.

O direito constitucional principiou o século XX como sinônimo de segurança e legitimidade.

Ocorre que, a par do triunfo da democracia liberal adverte Cittadino<sup>282</sup> que a sociedade convive paradoxalmente com o fim da utopia igualitária, com as constantes violações de direitos humanos, com o sentimento de vazio associado a uma compreensão da política enquanto mera estratégia de engenharia social, com as concepções de Estado Mínimo e de mercado concorrencial que agravam a sensação de desamparo e fragilidade.

Consoante as percucientes lições de Santos<sup>283</sup>, as promessas emancipatórias que ladearam a formação dos Estados Democráticos nunca passaram de fantasia jurídica.

Os centros de dominação estatal apenas trocaram suas vestes, agora trajando um modelo individualista e administrativo, além de ancorados em um pseudodiscurso de igualdade.

---

<sup>282</sup> CITTADINO, Gisele. “Judicialização da Política, Constitucionalismo democrático e separação de poderes”. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FABERJ, 2002.

<sup>283</sup> Em passagem emblemática, Boaventura de Sousa Santos afirma que: “somos herdeiros das promessas da modernidade e, muito embora as promessas tenham sido auspiciosas e grandiloquentes (liberdade, igualdade, fraternidade), temos acumulado um espólio de dívidas. Cada vez mais e de forma mais insidiosa, temos convivido no interior de Estados Democráticos clivados por sociedades fascizantes em que os índices de desenvolvimento são acompanhados por indicadores gritantes de desigualdade, exclusão social e degradação ecológica. Utilizando a expressão de Warat, a promessa de igualdade nunca passou de uma fantasia jurídica. ‘Uma nova forma de hierarquia se estabelece, desta maneira, sob a forma de uma sociedade individualista e administrativa. Se todos se tornam juridicamente iguais, eles vêm a ser igualmente dominados por uma instância que lhes é superior. A uniformidade, a igualização e a homogeneização dos indivíduos facilita o exercício do poder absoluto em vez de impedi-lo’”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Cortez, 2008, p. 6).



Em outra medida, a normatividade constitucional que consolida a eficácia ao sistema do *judicial review*<sup>284</sup>, amplia, em decorrência, o espectro dos sujeitos institucionais na comunidade de intérpretes como direito à participação no controle da constitucionalidade das leis<sup>285</sup>.

Uma nova formatação institucional possibilita, através da procedimentalização da aplicação do direito, a criação de outros *loci*, ainda que embrionários, de manifestação da esfera pública, com capacidade de atuação sobre o poder político, conectando o cidadão e suas associações com o Poder Judiciário.

Nesse exato sentido, Carcova<sup>286</sup> delinea a função do Judiciário nos países periféricos do capitalismo internacional, os quais ele nomina de “novas democracias”.

Tais sociedades em desenvolvimento, como o Brasil, ostentam, como cediço, grave déficit democrático, cabendo ao Direito e, precipuamente, ao Judiciário, o balizamento de um processo de ressignificação de práticas, normas e instituições, aptas a suplantarem a cultura do autoritarismo em direção à construção de um imaginário democrático.

Portanto, nessa quadra histórica, a ficção kantiana do sujeito pré-político dá lugar agora à intersubjetividade habermasiana<sup>287</sup>, construída sob o fluxo da comunicação discursivo-linguística.

Ou seja, o sujeito racional e solitário está morto. É pela via da intersubjetividade que se regressa ao mundo da ética, do direito e da política.

Esse novo *locus* da esfera pública, erigido em torno do direito, de suas instituições e procedimentos (clara concepção habermasiana), estaria mobilizando formas e mecanismos de representação funcional, como o Poder Judiciário, Ministério Público, sindicalismo, vida associativa, sem a pretensão de concorrer com o sistema de representação política.

---

<sup>284</sup> Segundo Zaneti Júnior, “na configuração constitucional que se estabeleceu no Brasil, em razão da sua tradição jurídica e da prática do *judicial review* frente ao permissivo constitucional do pleito civil *lato sensu*, tem institucionalizado, no Poder Judiciário, território privilegiado da democracia participativa e garantido o acesso do cidadão e dos corpos da sociedade civil à prática democrática”. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo...*cit., p. 132).

<sup>285</sup> HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

<sup>286</sup> CÁRCOVA, Carlos Maria. *Los jueces en la encrucijada. Entre el decisionismo y la hermenéutica controlada*. In: CÁRCOVA, Carlos Maria (org.). *Derecho, política y magistratura*. Buenos Aires: Ed. Biblos, 1996. p. 135 – 149.

<sup>287</sup> Habermas busca ultrapassar o paradigma kantiano da subjetividade por um modelo dialógico e argumentativo, no contexto de uma filosofia da comunicação baseada no viés linguístico, a transição da reflexão monológica para o diálogo. (HABERMAS, Jürgen. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 3.)

O incontestado delineamento de uma complementariedade entre as representações política e funcional, mirando a compensação do déficit democrático, o que reforça a ideia de compartilhamento da jurisdição, pluralismo jurídico e ampliação dos espaços de emanção da processualidade.

Tais representações formam a noção de soberania complexa<sup>288</sup>, a qual amplia a influência da sociedade no processo político, aproximando-se o corpo social de um esperado protagonismo no processo decisório estatal.

Em outras palavras, a autoinstituição do social pelos caminhos institucionalmente disponíveis, entre os quais e não somente os da democracia representativa.

Em sendo assim, a partir da radiografia minudenciada, não se verifica uma migração linear do lugar da democracia para o da Justiça, mas da sua ampliação pela generalização da representação, que pode ser ativada tanto pela cidadania política nas instituições clássicas, quanto pela cidadania social.

Em singelo arremate, concorda-se com Picardi<sup>289</sup> no sentido de que a ampliação do âmbito da jurisdição (uma vez constatado que, no nosso tempo, o pêndulo<sup>290</sup> de orientou em tal sentido) não parece hoje apenas conjuntural, seja porque deita suas raízes, como se disse, na passagem do Estado Liberal Clássico para o Estado Social de Direito, seja pela extensão e profundidade do fenômeno.

Afinal de contas, entre outros fatores, não se pode tergiversar sobre a prevalência do neopositivismo<sup>291</sup>, a par de sua vagueza semântica, como apertada síntese do pensamento jurídico contemporâneo, cujo tripé se apóia no: (i) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos; (ii) desenvolvimento da técnica legislativa das cláusulas gerais e, o que interesse precipuamente ao presente item (iii) redefinição do papel da jurisprudência como fonte do direito<sup>292</sup>.

---

<sup>288</sup> ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. Vol.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 320-332..

<sup>289</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organizador e Revisor Técnico da Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 9.

<sup>290</sup> Em feliz passagem, Didier Jr. assevera que: “a história do pensamento jurídico costuma-se desenvolver-se em movimento pendular: essas transformações puxam para um lado; as críticas, para o outro. No final do ‘cabo de guerra’, chega-se ao equilíbrio”. (DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. 3ª ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 163).

<sup>291</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. cit., p. 78 e segs.

<sup>292</sup> DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. cit., p. 160.

Nessa senda, partindo-se do caráter indubitavelmente criativo da interpretação, revela-se de assaz inocuidade lutar contra a força normativa subjacente ao sistema do *judge make the law*. Não há como fugir: quem interpreta atribui sentido, não apenas reconhece um sentido já existente<sup>293294</sup>.

Em *terrae brasilis*, tal caráter se acentua, considerando o hibridismo do controle constitucional brasileiro, em que se miscigenizam traços e expressões próprios do controle concreto de constitucionalidade haurido sob a experiência norte-americana, bem como do controle concentrado austríaco, o que acaba por colocar o Brasil em uma incontestada posição de vanguarda no cenário internacional, em se tratando da amplitude e possibilidades subjacentes ao controle de constitucionalidade<sup>295</sup>.

#### **4.2. Judicialização e Desjudicialização. Faces da Mesma Moeda. Construindo um Conceito**

A grosso modo, utilizando-se do prefixo *des*, poderíamos iniciar a necessária empreitada em conceituar o fenômeno da *desjudicialização* como sendo um conjunto de ações ou práticas executadas fora da esfera judicial.

Esse primeiro e singelo enfrentamento literal já descortina uma das facetas da desjudicialização, qual seja, a sua aplicação no âmbito extrajudicial, com a transferência da solução de litígios para o campo administrativo. Exemplos de tal exteriorização se multiplicam na legislação brasileira, o que será objeto de tópico próprio (cfr. item 5.1.2. *infra*).

Contudo, o tema, por óbvio, extrapola em muito os lindes estritamente literais, irrompendo projeções de maiores montas e repercussões. É o que se verá a partir de agora.

---

<sup>293</sup> GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 131.

<sup>294</sup> Acerca da incidência entre interpretação e aplicação, Streck estabelece que “o texto não existe em uma espécie de ‘textitude’ metafísica; o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da faticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação. Salta-se do fundamental para o compreender (e, portanto, aplicar). Aqui, a importância da diferença ontológica entre texto e norma, que é, pois, a enunciação do texto, aquilo que dele se diz, isto é, o seu sentido (aquilo dentro do qual o significado pode se dar), que exatamente representa a ruptura dos paradigmas objetivista-aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência). Trata-se, enfim, da superação dos dualismos que caracterizam o pensamento metafísico”. (STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 227).

<sup>295</sup> Para uma detalhada e profunda abordagem sobre tal fenômeno, confira-se ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo...*, cit. pp. 5-61.

Sobre o tema, juntamente com Pedroso, Trincão e Dias<sup>296</sup>, importante contextualizar que as transformações políticas, sociais e econômicas em um dada sociedade, dado o caráter cultural do processo (aqui já tão decantado), por óbvio, impacta no subjacente padrão de litigação a ser observado.

Conforme será ressaltado, esses processos de transformação não percorrem trilhas de obviedade, muito menos lineares, apontando, em simultâneo, para diversas direções.

Por um lado, avança a já detectada judicialização (ou juridificação) da vida em sociedade. A outro giro, apresenta-se uma clara tendência para a desjudicialização, desjuridificação e informalização da resolução de litígios.

Dito isso, considerando a dialeticidade havida entre judicialização e desjudicialização dos conflitos surgidos no tecido social, impõe-se certo refinamento acerca das claras distinções entre *jurídico* e *judicial*.

A partir de tais nodais diferenciações, direciona-se a (aparente) dicotomia entre judicialização e desjudicialização, bem como o seu abrigo perante o manto da jurisdicionalização.

Nunca é demais lembrar que a presente temática, em última análise, encerra o núcleo duro do presente trabalho, pois lida com o objeto da hipótese aqui veiculada, qual seja, uma abordagem crítica das modalidades de resolução de conflitos na cena contemporânea, enquanto instâncias formais, necessariamente, democráticas, plurais e participativas.

As alterações ocorridas em tais formas de encaminhamento e gestão dos conflitos nas sociedades pós-modernas merecem a máxima atenção, por encerrarem o contexto no qual se coloca o circuito judicialização – desjudicialização.

Pois bem.

Precisamos ter em mente a cristalina distinção entre o *jurídico* e o *judicial*, bem como de que *desjudicializar* é apenas uma das faces de um processo social amplo, resultante da natural busca pelo Judiciário e por outras instâncias adjudicatórias para resolução de conflitos sociais.

Nessa toada, o *jurídico* se apresenta em um contexto de maior amplitude, integrado por todas as instâncias de processamento e produção do Direito em uma dada sociedade.

Por seu turno, o *judicial* se refere estritamente ao Poder Judiciário, *locus* por excelência da aplicação do Direito, mediante a equalização de direitos aparentemente colidentes, ou fazendo composições a respeito dos mesmos.

---

<sup>296</sup> PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. Tribunais em sociedade: por caminhos da(s) reforma(s) da justiça. Coimbra: Coimbra Ed., 2003, p. 415.

Nesse vértice, parece claro que inexistente qualquer relação de sinonímia entre *jurídico* e *judicial*. A partir de tal inflexão, tem-se que a grande maioria das instituições que compõem o sistema jurídico exercem suas funções sem a interferência direta do campo judicial, de modo que a população pode acessar o direito por meio de tais órgãos, sem a necessidade de instauração de uma demanda formal no circuito judiciário.

Em outra medida, a distinção entre *jurídico* e *judicial* se intensifica quando estamos diante de debates acerca das novas formas de resolução de conflitos na sociedade contemporânea, vez que, se por um lado, há natural incremento da procura pelo Judiciário, em uma cenário de litigiosidade exacerbada, por outro, há uma expansão de métodos resolutivos para outras instâncias jurídicas (as ditas instâncias “alternativas”).

Destarte, o já bem identificado fenômeno da global expansão do Judiciário acaba por impulsionar a reboque um decorrente e concomitante protagonismo de outras instâncias jurídicas.

A judicialização, ao revés do que pode parecer à primeira vista, não apresenta qualquer contraste linear com a desjudicialização. Como destacado no título deste tópico, representam as faces de uma mesma moeda, de um mesmíssimo fenômeno.

Nessa senda, seja por meio da judicialização, seja através da desjudicialização, o que importa ao cidadão no mundo real é ter acesso à justiça institucionalizada<sup>297</sup>, conectando-o à efetiva possibilidade de realização da cidadania (com a tutela de seu direito) e à busca da visibilidade através da inserção no sistema jurídico<sup>298</sup>.

Ademais, mister apontar que a teoria sistêmica luhmanniana desconstrói análises sempre pautadas na centralidade do Poder Judiciário, ao concluir que não há judicialização ou desjudicialização, como dentro ou fora do sistema (cfr. item 1.3. *supra*).

Isso porque se está a tratar do sistema jurídico como um todo e não de um de seus atores – o Judiciário.

A desjudicialização seria aqui compreendida, portanto, como mais uma pauta de legitimação das ações pelo procedimento<sup>299</sup>, cuja diversidade decorre do pluralismo e da maior autonomia dos indivíduos.

---

<sup>297</sup> Parece ser essa a sinalização proposta por Cappelletti, ao pavimentar o caminho do acesso à justiça em sua 3ª onda renovatória, por meio do estudo do “conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça...*, cit., p. 67-68).

<sup>298</sup> CARNEIRO, Sueli. Apresentação realizada na Sessão “O Judiciário e o acesso à justiça”. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *O Judiciário em debate*. São Paulo: Idesp: Editora Sumaré, 1995, p. 9-30.

<sup>299</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Coleção Pensamento Político. Editora Universidade de Brasília, 1980.

Com efeito, afigura-se em premissa basilar que a institucionalização de meios jurídicos (e não necessariamente judiciais) – possa significar um acesso efetivo a qualquer instância jurídica que reconheça o cidadão como real portador de direitos.

Essa busca pelo reconhecimento dos direitos e pela visibilidade (pública) das demandas (sejam elas submetidas aos Tribunais ou a outras instâncias jurídicas adjudicatórias) foi nominada por Rojo<sup>300</sup> como *jurisdicionalização*.

O caráter bifronte da *jurisdicionalização*, concretizado pela *judicialização* e pela *desjudicialização* encerra um duplo movimento, marcado por uma dialeticidade que o sustenta e lhe confere substrato.

Essa dúplici movimentação aponta, por um lado, para a sobrevivência da crença ainda incutida em grande parte da população em submeter seus conflitos à batuta do Poder Judiciário<sup>301</sup>.

Porém, de forma concomitante, reconhece-se a existência de uma desinstitucionalização do conflito, quando se constata que (relevante) parcela de tais conflitos foge ao circuito tradicional<sup>302</sup>.

Isto é, tais conflitos teriam sua gestão/resolução devidamente encaminhada sem a interferência do aparato judiciário e seus respectivos atores (juízes, promotores, defensores e advogados).

Esse duplo movimento, que se pensado estritamente a partir de sua segunda exteriorização – da desinstitucionalização – poderia questionar a judicialização – aspecto indispensável para o reconhecimento da expansão do Poder Judiciário.

Mas, é exatamente esta dialética entre judicialização e desjudicialização que confirma tal expansão, desde que a mesma não seja definida pelas expressões mais utilizadas, tais como judicialização da política ou mesmo judicialização das relações sociais, mas sim pelo conceito de *jurisdicionalização*.

Com efeito, considerando como mais adequada a expressão *jurisdicionalização* para a expansão do Poder Judiciário que se articula com as demais instâncias jurídicas formais, e o duplo movimento – judicialização e desjudicialização - dá a real dimensão do fenômeno que se instaurou na sociedade contemporânea.

---

<sup>300</sup> ROJO, Raúl Enrique. *La justicia en democracia*. In Sociologias. Porto Alegre: IFCH/UFRGS, ano 2, n. 3, p. 94 – 125, jan-jun. 2000.

<sup>301</sup> CAMPILONGO, Celso. Apresentação realizada na Sessão “O Judiciário e o acesso à justiça”. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *O Judiciário em debate*. São Paulo: Idesp: Editora Sumaré, 1995, p. 9-30.

<sup>302</sup> Idem, *Ibidem*.

Portanto, o conceito de jurisdicionalização é o único capaz de dar conta dessa dinâmica, abarcando tanto à judicialização como a desjudicialização, enquanto dimensões inseparáveis da mesma demanda: a reivindicação de uma instância simbólica chamada a dizer o que é justo.

Esta procura de instrumentos jurídicos de resolução de conflitos, como dito, não se circunscreve ao circuito judiciário, isto é, à instauração de um processo formal perante um Tribunal, mas a qualquer instância que, utilizando métodos adjudicatórios, possa dizer o justo, equalizando e produzindo direitos.

Assim o conceito de judicialização, como tem sido utilizado, é muito restrito para definir o fenômeno, havendo necessidade de se remeter à definição semântico-normativa de jurisdicionalização.

O conceito de jurisdicionalização permite, pois, incluir a judicialização e a desjudicialização, ambas expressões da natural e permanente busca pelo reconhecimento de direitos no plano da processualidade jurídica.

Nos dizeres de Sadek<sup>303</sup>, a focalização de instâncias formais de garantia e de efetivação de direitos individuais e coletivos, como pretensão objetiva de distribuição de justiça.

Portanto, conforme já se expôs, a exacerbada compreensão acerca dos limites da cláusula de inafastabilidade do controle jurisdicional gravada no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, acabou por recrudescer a judicialização das relações sociais.

A abertura dos diques do Judiciário não se fez acompanhar, contudo, por um incremento dos mecanismos procedimentais de efetiva solução das demandas (antes represadas pela supressão das liberdades fundamentais e pelo amesquinamento da cidadania).

A garantia constitucional do acesso à justiça, inicialmente, encarada sob um claro viés de prestígio à nova cidadania, acabou por redundar em um efeito paradoxal; a ineficácia da justiça e sua morosidade emplacaram um descrédito da população para com o Poder Judiciário<sup>304</sup>.

---

<sup>303</sup> SADEK, Maria Tereza. (Org.). *Experiências de acesso à justiça*: introdução. In: SADEK, Maria Tereza. *Acesso à Justiça*. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2001 (Pesquisas, n. 23).

<sup>304</sup> Esse descrédito se apresenta recorrente segundo a Fundação Getúlio Vargas. Os números do Relatório ICJ Brasil confeccionado pela FGV, em seu 6º ano, 1º trimestre ao 4º trimestre de 2014, seguem uma tendência, “já identificada nos relatórios anteriores, de má avaliação do Judiciário como prestador de serviço público. De maneira geral, os entrevistados consideram que o Judiciário presta um serviço público *lento, caro e difícil de utilizar*. Para 88% dos entrevistados o Judiciário resolve os conflitos de forma lenta ou muito lentamente, 77% disseram que os custos para acessar o Judiciário são altos ou muito altos e 67% dos entrevistados acreditam que o Judiciário é difícil ou muito difícil para utilizar”. Disponível em:

### 4.3. Desjudicialização e Compartilhamento da Jurisdição

O noticiado compartilhamento da jurisdição encontra em Sander<sup>305</sup> indúvidoso pioneirismo, o qual se confunde com o próprio marco inicial temporal<sup>306</sup> das ADRs nos Estados Unidos (discurso proferido por Frank Sander na *Pound Conference* - 1976), oportunidade em que foram cunhados os conceitos de *court-connected programs* e *multi-door courthouse*.

Nessa vertente, a proposta de Sander consistia na inserção dos meios alternativos de resolução de conflitos no próprio sistema de justiça estatal, de molde a efetivar o modelo “*multiportas*”.

A partir do desenvolvimento de tal arquetipo, os Tribunais passariam a contar com Centros de Soluções de Conflitos anexos, por meio dos quais os cidadãos acessariam meios distintos de resolução de conflitos (mediação, arbitragem, *factfinding*, dentre outros<sup>307</sup>).

Tal como ocorre no sistema inglês, o sistema *multiportas* norte-americano, desde a sua gênese, já articulava a necessidade de adequação entre as variadas portas de solução e cada espécie distinta de conflito.

Crucial marco legislativo nesse complexo cenário se deu com a edição do *Alternative Dispute Resolution Act* (1998)<sup>308</sup>, o qual determinou que todas as Cortes Federais criassem seu próprio programa de ADRs, por meio de regras locais, fomentando que as partes considerassem a possibilidade de resolução consensual e adequada de seus conflitos.

Essa experiência, conforme esclarece Gabbay<sup>309</sup>, fora replicada no âmbito das Cortes Estaduais, gerando um ambiente favorável e propício à consolidação cultural das ADRs em território norte-americano.

Isso porque à medida que os Tribunais ampliavam a oferta de tais serviços, mais as partes os demandavam e mais os advogados se viam obrigados a aprender a utilizar o novel instrumental.

<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/14089/Relat%C3%B3rio%20ICJBrasil%20-%20ano%206.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 18 de janeiro de 2016.

<sup>305</sup> SANDER propugnava que “*a flexible and diverse panoply of dispute resolution process, with particular types of cases being assigned to differing process (or combination of process)*”. (SANDER, Frank. *Varieties of Dispute Processing. Federal Rules Decisions* 70, 1979, p. 111-140).

<sup>306</sup> GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 100-117.

<sup>307</sup> Idem, *Ibidem*, p.114.

<sup>308</sup> [http://www.epa.gov/adr/adra\\_1998.pdf](http://www.epa.gov/adr/adra_1998.pdf). Acesso em 09 de agosto de 2015.

<sup>309</sup> GABBAY, Daniela Monteiro. *Op. cit.*, pp. 118-119.



Nesse ritmo, é de se evidenciar que a reboque da interação circular<sup>310</sup> entre o direito processual e a resolução de conflitos, impõe-se, antes de mais nada, a apriorística identificação de quais são os meios adequados para a resolução de cada sorte de conflito.

Tomando isso como indubitosa premissa, com a devida vênia, não se poder concordar com Wambier, Almeida e Talamini<sup>311</sup>, ao asseverarem que em hipóteses como a ora versada – adoção de métodos não estatais de resolução de conflitos – a jurisdição seria exercida por delegação do Estado.

A armadilha na hipótese parece cristalina. Servindo-se de lições propedêuticas de Direito Administrativo, somente pode haver a delegação caso aquele que delega ostentar com exclusividade a titularidade daquele bem ou poder.

Na hipótese, conforme já se discorreu, o Estado não detém qualquer exclusividade na resolução de conflitos, de modo que não poderia delegar o que não inteira e integralmente lhe pertence<sup>312</sup>.

---

<sup>310</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Dirito e Processo*. Nápoli: Morano Editore, 1958, p. 33; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A teoria circular dos planos (direito material e direito processual)*. In: Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 165-196, 2006. Em igual sentido, Calmon de Passos ao pontificar que “antes de o produto condicionar o processo é o processo que condiciona o produto. Em nível macro, a norma jurídica de caráter geral é algo determinado pelo processo de sua produção, um processo de natureza política. É esse processo que reclama rigorosa disciplina, em todos os seus aspectos – agentes, organização e procedimentos – sob pena de se privilegiar o arbítrio dos decisores. Não há como se dissociar o direito obtido como produto da organização política da sociedade que o produz e do processo político mediante o qual as reduções de complexidade se efetivam nesse primeiro momento, macropolítico e macroeconômico. Nem para aí o processo de produção do direito, pois ele prossegue numa segunda etapa, aquela que, no nível micro, deve editar a norma reguladora de um conflito precisamente delimitado em termos de pessoas, de tempo, de lugar e de circunstâncias. Também aqui, como ali, antes de o produto condicionar o processo, é o processo que condiciona o produto. E também aqui não podemos dissociar o produto do processo de sua produção, que reclama, como antes, rigorosa disciplina, em todos os seus aspectos – agentes, organização e procedimentos – sob pena de se privilegiar o arbítrio dos decisores” (CALMON DE PASSOS, Joaquim José. *Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal*. Revista de Processo, nº 102, São Paulo: RT, abr. 2001. Em outra passagem, o mestre baiano pontifica que não há como extremar “o ser do direito do dizer sobre o direito, o ser do direito do processo de sua produção, o direito material do direito processual” (Idem, *Ibidem*, p. 64). Em arremate, ratificando que o direito somente passa a existir depois de processualmente produzido, Paula Sarno Braga aduz que: “daí ser possível dizer que o direito material (em verdade, situação jurídica substancial) e o processo são noções indissociáveis entre si, pois todo direito é produzido processualmente e todo processo visa à produção de direito. É o direito material que comporá o objeto de decisão no processo” (BRAGA, Paula Sarno. *Norma de Processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro*. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 164-167).

<sup>311</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil – v. I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 37.

<sup>312</sup> Precisas as palavras de Zaneti Júnior no sentido de que “o modelo constitucional de processo, com a subjacente alteração paradigmática, impinge a alteração de um discurso fundado em regras codificadas, centrado no juiz, apodítico e demonstrativo, que aplicava o direito material posto e fundado nos direitos subjetivos preconcebidos, para um discurso democrático, que relaciona de forma equilibrada autor, juiz e réu em colaboração, com viés problemático e argumentativo, fundado na participação das partes para obtenção da melhor solução jurídica; em síntese, na garantia substancial do contraditório. A cláusula aberta de controle judicial encerra, portanto, um verdadeiro mandado de otimização de cumprimento da justiça e realização do direito, o que, por óbvio, não se restringe à cena judiciária. O Poder Judiciário, dentro desse hibridismo, deve

Ainda sob essa ótica, com seu habitual vanguardismo, já em 1987, ao dissecar as causas, sintomas e respostas oficiais à crise da Justiça, Grinover<sup>313</sup> sinalizou a (atual) dicotomia entre *deformalização do processo* e *deformalização das controvérsias*, inserida em uma concepção mais abrangente de acesso à justiça.

Consoante a nossa maior processualista, a deformalização do processo se apóia na utilização de técnicas processuais preordenadas à simplificação do próprio processo; torná-lo mais rápido, econômico, de acesso fácil e direto, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflitos de interesses.

Por seu turno, a deformalização das controvérsias questiona a própria exclusividade da jurisdição no que concerne à missão resolutive de conflitos, de modo a pavimentar os equivalentes jurisdicionais como verdadeiras vias extrajudiciais e alternativas ao processo.

Sob outro flanco, não se pode olvidar que o pluralismo das sociedades pós-modernas e o conseqüente dissenso racional acerca dos *standards* mínimos dos valores fundamentais<sup>314</sup> não permite, pois, que os cidadãos sejam obstados a resolverem de forma desjudicializada seus próprios conflitos.

Negar tal possibilidade à sociedade representa indubidosa negação do caráter emancipatório que ainda se espera do Direito, bem assim a efetiva participação popular no âmbito da prestação jurisdicional.

A visão ora detectada mostra-se perfeitamente consentânea a uma (sonhada) revolução democrática da justiça, tal qual cognominada por Santos<sup>315</sup>, o qual aposta em uma concepção forte de pluralismo jurídico, com vistas a nos libertar de um sufocante monopólio estatal e científico do direito.

---

estar comprometido com a preservação dos valores democráticos na aplicação do direito. Por outro lado, a recuperação da tópica para o discurso jurídico (retorno ao problema), a constitucionalização dos princípios e as cláusulas gerais (nova codificação pós-positivista) são o espaço de abertura para a percepção de um processo civil comprometido com a proposta do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF/88) e com o aprofundamento da democracia participativa, constituindo o Poder Judiciário como espaço privilegiado para o debate democrático e impondo a passagem da jurisprudência, de um papel meramente secundário, para o de fonte primária do direito". (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo...* cit. pp. 52-53).

<sup>313</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 179.

<sup>314</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. Ensaio filosófico. São Paulo: Loyola, 2004, p. 290.

<sup>315</sup> Segundo o mestre português, propugna-se um novo senso comum jurídico, calcado em uma nova atitude teórica, prática e epistemológica e ancorado em três premissas principais: "a primeira é uma crítica ao monopólio estatal e científico do direito. Esta premissa exige que sejam desveladas as alternativas ao dogmatismo jurídico e à teoria positivista do direito apostando numa concepção forte de pluralismo jurídico e numa concepção política do direito. A concepção de um direito plural que está presente de diferentes formas em diferentes espaços de sociabilidade e que neles pode assumir o papel contraditório de ser simultaneamente fonte de poder, diferenciação e exclusão e de luta contra o poder, a diferenciação e a exclusão está (sic) no centro do novo senso comum jurídico que defendo" (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3a Ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 6).

No mesmo compasso, Grau<sup>316</sup> descortina a replicação conservadora do *status quo* envolta em um hermético discurso de assecuramento da segurança jurídica ao pontificar que o fim do direito positivo posto pelo Estado, inelutavelmente, mira a conservação e manutenção do *status quo*.

Não se pode perder de vista que na república<sup>317</sup> a gestão da coisa pública deve estar associada à democracia deliberativa, entendida como uma ordenação política na qual os indivíduos envolvem-se, por meio da discussão pública, na resolução coletiva dos problemas comuns, aceitando como legítimas as instituições estatais quando estas contribuem para a formação de um contexto de deliberação livre e pluralista.

A democracia participativa e deliberativa pressupõe, nesse particular, a criação de instrumentos que permitam o incremento da participação dos indivíduos nos processos decisórios estatais (e não estatais), fincada na premissa que a produção do Direito não se restringe ao âmbito e ao monismo estatal.

Aliás, é bom que se diga que na atualidade, são oportunas as libertadoras palavras de Habermas<sup>318</sup> ao afirmar que “na perspectiva da teoria do poder, a lógica da divisão dos poderes só faz sentido, se a separação funcional garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder administrativo ao comunicativo”, o que se dá por meio da ação estatal em coautoria decisional com os cidadãos<sup>319</sup>.

Fomenta-se, portanto, essa empreitada cooperativa-procedimental, que se apresenta por meio de “procedimentos” que possibilitam a participação igualitária e efetiva de todos os interessados no processo de produção das leis, bem como no processo de aplicação das normas<sup>320</sup>.

---

<sup>316</sup> O ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal bem assevera que “uma outra marca que afeta a reprodução do direito a que estou a me referir – direito positivo, posto pelo Estado -, seja enquanto visualizado como direito formal, seja quando tomado como direito moderno, está em que seu fim é a conservação dos meios, ainda que tantas vezes isso se tenha pretendido ocultar sob a afirmação de que ele estaria voltado a assegurar a ordem e a paz”. (GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 102/103).

<sup>317</sup> “República é o regime político no qual aqueles que exercem funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, de forma eleita e mediante mandatos renováveis periodicamente”. (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, 3ª Ed., p. 15).

<sup>318</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v.1, p.233.

<sup>319</sup> MONTAGNOLI, José Américo Silva. *Autoria Decisional, sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito*, p. 3622. Disponível no site eletrônico [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose\\_americo\\_silva\\_montagnoli.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose_americo_silva_montagnoli.pdf). Consulta realizada em 26 de setembro de 2015.

<sup>320</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Direito Constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação das decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 52.

Em decorrência, exsurge como corolário lógico desse quadro multifacetado a efetivação do pluralismo de instâncias, com vistas à efetivação do justo na sociedade contemporânea.

Por tudo até o momento aduzido já se pode concluir que uma visão estritamente processual do acesso à justiça se revela insuficiente e redutora. Impõe, nessa medida, um verdadeiro compartilhamento da jurisdição com outros meios de processamento do justo.

Nos dizeres de Salles<sup>321</sup>, trata-se, na verdade, de caminhar para uma nova concepção de jurisdição, não compreendida a partir do monopólio do Estado, mas concebida como uma entre várias formas de solucionar as disputas surgidas na sociedade.

Nesse viés, a jurisdição estatal deve ser vista como um dos instrumentos entre os vários existentes com a mesma finalidade.

Respeitadas as garantias básicas da Constituição da República, epigrafadas sob o timbre do processo justo e das garantias discursivo-procedimentais, devem-se emprestar inteira validade e condições de efetividade aos mecanismos alternativos à jurisdição estatal.

Conforme, inclusive, adverte Ribeiro<sup>322</sup>, não se propõe um novo conceito para jurisdição, mas apenas o desapego à tradicional visão de que só o Poder Judiciário pode tutelar direitos.

Nesse ponto, mister apontar que a teoria sistêmica luhmanniana desconstrói análises sempre pautadas na centralidade do Poder Judiciário, ao concluir que não há judicialização ou desjudicialização, como dentro ou fora do sistema.

Isso porque se está a tratar do sistema jurídico como um todo e não de um de seus atores – o Judiciário.

A desjudicialização seria aqui compreendida, portanto, como mais uma pauta de legitimação das ações pelo procedimento<sup>323</sup>, cuja diversidade decorre do pluralismo e da maior autonomia dos indivíduos.

## **5. AINDA A DESJUDICIALIZAÇÃO. DESJUDICIALIZAÇÃO E SUAS FACETAS**

---

<sup>321</sup> SALLES, Carlos Alberto de. *Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias e Acesso à Justiça: A Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional Recolocada*. In *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. Coords. Luiz Fux; Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 779/792.

<sup>322</sup> RIBEIRO, Flávia Pereira. *Op.cit.*, p. 24.

<sup>323</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Coleção Pensamento Político. Editora Universidade de Brasília, 1980, passim.

A desjudicialização<sup>324</sup> é, portanto, marcada pelo movimento de reformulação da função judiciária, minimizando seu papel em vista do impositivo pluralismo de instâncias, contrastado que é com a cena pós-moderna plúrima e descentralizada.

Concentra-se o movimento, pois, na transferência de procedimentos antes exclusivamente judicantes para a alternância de meios. Ao Judiciário passa a restar a condição de mais uma alternativa de processamento, a critério dos interessados, ou mesmo, quando excluído da sua função, resta a de controle da legalidade dos procedimentos outros.

Afina-se, pois, à fulcral premissa de que se revela necessária a desconstrução da ideia de acesso à justiça apenas como a possibilidade de se ingressar nas vias judiciais<sup>325</sup>.

A bem da verdade, o acesso, numa dimensão neoconstitucional e em um mundo pós-moderno, está relacionado à qualidade da prestação jurisdicional, e, nesta acepção, é fundamental a atividade de filtragem de conflitos a fim de se determinar qual a ferramenta mais adequada.

Exsurge, portanto, com intenso holofote a figura do *princípio da adequação*<sup>326</sup>.

---

<sup>324</sup> Para uma ampla abordagem sobre o tema no direito comparado, confira-se: VARANO, Vincenzo (Org.). *L'altragiustizia: il metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 2007.

<sup>325</sup> Imperioso, nesse particular, externar a posição de Pinho e Paumgarten, a qual aderimos em sua plenitude. Nesse sentido, Pinho bem expõe que “estamos pregando aqui uma ampliação no conceito processual de interesse em agir, acolhendo a ideia da adequação, dentro do binômio necessidade-utilidade, como forma de racionalizar a prestação jurisdicional e evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário. Poderíamos até dizer que se trata de uma interpretação neoconstitucional do interesse em agir, que adequa essa condição ao regular exercício do direito de ação às novas concepções do Estado Democrático de Direito. Entretanto esta é apenas uma das facetas desta visão. A outra, e talvez a mais importante, seja a consciência do próprio Poder Judiciário de que o cumprimento de seu papel constitucional não conduz, obrigatoriamente, à intervenção em todo e qualquer conflito. Tal visão pode levar a uma dificuldade de sintonia com o Princípio da Indelegabilidade da Jurisdição, na esteira de que o juiz não pode se eximir de sua função de julgar, ou seja, se um cidadão bate às portas do Poder Judiciário, seu acesso não pode ser negado ou dificultado, conforme preceitua o artigo 5º, inciso XXXV da Carta de 1988. O que deve ser esclarecido é que o fato de um jurisdicionado solicitar a prestação estatal não significa que o Poder Judiciário deva sempre e necessariamente, ofertar uma resposta de índole impositiva, limitando-se a aplicar a lei ao caso concreto. Pode ser que o juiz entenda que aquelas partes precisem ser submetidas a uma instância conciliatória, pacificadora, antes de uma decisão técnica”. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. PAUMGARTEN, Michele Pedrosa. *A experiência italo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça*. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, volume 8, disponível em <http://www.redp.com.br>. Consulta em 17 de agosto de 2015).

<sup>326</sup> Sobre o princípio da adequação, bem anota ALMEIDA que: “a multiplicidade de procedimentos tem o condão de tornar o processo instrumento idôneo para a consecução dos escopos traçados para a jurisdição”. (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. Revista de Processo, vol. nº 195, São Paulo: RT, ano 36, maio 2011, p. 185-208). Em igual sentido, ao destrinchar a impropriedade e superficialidade da utilização terminológica indistinta do termo “alternativos” para qualificar institutos como mediação, conciliação, negociação e arbitragem, Paula Costa e Silva destaca, nesse particular, que única relação que, num Estado de Direito, pode legitimamente existir é uma relação de adequação. (COSTA E SILVA, Paula. A nova face da justiça: Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 35).

Conforme já se acentuara, na boa companhia de Pinho e Paumgarten<sup>327</sup>, impõe-se clarificar essa nova dimensão do Poder Judiciário, aparentemente minimalista numa interpretação superficial, mas que na verdade revela toda a grandeza desta nobre função do Estado.

Nessa perspectiva, efetividade não significa ocupar espaços e agir sempre (decididamente, essa pretensão totalizante não deu certo), mas intervir se e quando necessário, como *ultima ratio* e com o intuito de reequilibrar as relações sociais, envolvendo os cidadãos no processo de tomada de decisão e resolução dos conflitos.

## 5.1. Exteriorizações da Desjudicialização

Sob um olhar pra pragmático, o fenômeno da desjudicialização<sup>328</sup> tem se exteriorizado a partir de 03 (três) principais vertentes ou facetas.

Vamos a elas.

### 5.1.1. Desjudicialização e Métodos Adequados de Resolução de Conflitos

Conforme se demonstrou em tópico anterior, a desjudicialização se perfaz em um fenômeno de maior espectro, caracterizado pela busca de instâncias institucionalizadas para o processamento e distribuição do direito, calcada em ordem democrática e plural, não podendo ser confundida com os métodos adequados de resolução de conflitos.

Em outras palavras, encerra uma ampla inflexão de busca social por instâncias institucionalizadas de acesso ao direito e processamento do justo, em uma cena pós-moderna plural, democrática e heterogênea.

Pressupõe, em igual direção, a coexistência de instâncias em um sistema pluriprocedimental, com a disseminação de uma processualidade ampla para espaços diversos, que não estritamente judiciais.

---

<sup>327</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça*. cit. Consulta em 17 de agosto de 2015.

<sup>328</sup> Nesse sentido, afirma Daniela Olímpio de Oliveira que: “a desjudicialização vem quase sempre associada a mecanismos alternativos de solução de controvérsias e, mais recentemente, aos procedimentos cartorários que tiveram sua exclusividade judicial eliminada. Observa-se, porém, que o movimento é mais amplo e profundo, sendo inserido no contemporâneo contexto neoprocessualista, que busca simplificar a técnica processual, com uma aplicação finalística, de modo a considerar a melhor aplicação das garantias constitucionais às instâncias de processamento do direito material”. (OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. *Op. cit.*, p. 185).

Sem dúvida, os métodos adequados de resolução de conflitos perfazem a faceta mais intensa do quadro da desjudicialização, mas, repise-se, com ela não podem ser confundidos.

A outro giro, mais um esclarecimento inicial deve ser feito.

O carimbo “alternativo” não significa automática e aprioristicamente que esse ou aquele método se descortine como um instrumento positivo ou vanguardista.

O esgotamento e a crise da jurisdição estatal não conferem de imediato a tais métodos a etiqueta de justos, adequados e eficientes.

Como se verá a seguir, o princípio da adequação é que dá o tom na pertinência da utilização dos métodos adequados de resolução de conflitos, de modo a conformá-los como meios idôneos de efetivação dos direitos fundamentais no plano procedimental.

Feito esse necessário intróito, iniciemos, pois, o tratamento analítico do tema.

Ao descrever a “terceira onda” de acesso à justiça, Cappelletti e Garth sugeriram uma diversidade de meios capazes de contribuir para a concretização do acesso à justiça. Tais métodos abrangeriam medidas alternativas, extraprocessuais, que teriam como traço comum a necessidade de intensa e permanente reflexão acerca da questão<sup>329</sup>.

Nessa vereda, (a par de seu método de pensamento estar mergulhado em uma perspectiva socializante do fenômeno processual), Cappelletti propõe essa inflexão ao novo, isto é, a abertura e diversidade de possibilidades contidas nessas alternativas.

Com efeito, pode-se afirmar que um acesso à justiça ressignificado adquire uma dinamicidade ampla, atestada pela multiplicidade de reformas identificadas com esse conceito.

Constatadas as deficiências e limitações de um modelo exclusivamente jurisdicional, e inclusive o estímulo à democratização e utilização de mecanismos alternativos por parte do próprio Estado, surge a reflexão da importância do papel dos corpos intermediários dispersos na sociedade para uma modalidade descentralizada e participativa de acesso à justiça.

Assim, surgem novos espaços e atores aptos a participar da administração da justiça, paralelamente ou em substituição aos órgãos estatais, além de novas práticas dotadas de juridicidade.

---

<sup>329</sup> Nessa senda, poderiam ser incluídas em tais métodos “alterações nas formas de procedimento, mudança nas estruturas dos Tribunais ou a criação de novos Tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto juízes como defensores, modificações no direito substantivo destinado a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios”. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 71).

O denominador comum dessas propostas ancoradas na descentralização e participação é o propósito de democratizar a administração da justiça, em uma perspectiva que supera o trato do acesso à justiça dentro das categorias centradas nos procedimentos, vinculadas exclusivamente ao processo civil, e pretende consolidar uma nova relação com o direito por meio de novas práticas jurídicas.

Nessa mirada, além de analisar criticamente as causas e consequências histórico-jurídicas de uma compulsiva e frenética judicialização de conflitos, busca-se, ainda, aferir se o discurso oficial da efetivação dos métodos alternativos de resolução de conflitos se encontra inserido em uma verdadeira ruptura de paradigma<sup>330</sup>.

Ou, ao revés, encerra mais uma faceta de uma abordagem meramente efficientista, corolária do neoliberalismo processual. Neoliberalismo processual com a sua real etiqueta da efetividade meramente quantitativa<sup>331</sup>.

Aqui, imperiosa a reflexão proposta por Santos<sup>332</sup> no sentido que os projetos que miram a institucionalização dos métodos ditos “alternativos” de resolução de conflitos, em sua maioria, não possuem qualquer aspecto emancipatório ou, quiçá, representativo de superações paradigmáticas.

Segundo o eminente professor da Universidade de Coimbra, tais projetos não encerrariam qualquer objeto de insurgência, tampouco de rompimento com as estruturas do direito tradicional.

Nessa toada, a incorporação ou captura das soluções “alternativas” de resolução dos conflitos pelo Estado não estaria inserida em uma quebra paradigmática, mas sim envolta em uma tentativa estatal de aliviar a assoberbada e burocratizada demanda judiciária<sup>333</sup>.

---

<sup>330</sup> Com uma pulga atrás da orelha, precisa e arguta a observação de Paula Costa e Silva ao afirmar que: “se os meios de composição autônoma ou arbitral de resolução de controvérsia forem entendidos, como muitas vezes até confessadamente são, como meios alternativos em sinonímia com meios de alívio da pendência dos tribunais, traem-se os meios e revelam-se as intenções. (COSTA E SILVA, Paula. *A nova face da justiça...*, cit., p. 35-36).

<sup>331</sup> Essa abordagem efficientista e traduzida na celeridade a qualquer preço, cujo slogan se apóia no desafogo das prateleiras e armários dos Tribunais, sem dúvida, se coloca ao arripio dos ditames de um acesso à justiça ressignificado pela normatividade constitucional. Nesse sentido, precisa Gabriela Maia Rebouças ao asseverar que: “a celeridade é o argumento que, de tão contrastante, acaba por confundir finalidade e consequência. Se pensarmos em acesso à justiça, a finalidade não seria desafogar, mas garantir direitos, resolver conflitos, harmonizando e pacificando a sociedade. Se o Judiciário consegue dar respostas com qualidade em um tempo adequado, um tempo em que cada vez mais se otimiza a prestação jurisdicional, a celeridade faz do desafogar uma consequência. Mas parece que na ânsia de atingir números, desafogar torna-se a própria finalidade”. (REBOUÇAS, Gabriela Maia. *Reflexões sobre esgotamentos e perspectivas de um direito judicialmente organizado: ampliando o acesso à justiça*. Trabalho Publicado nos anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE nos dias 09 a 12 de junho de 2010).

<sup>332</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Cortez, 2008, p. 11.

<sup>333</sup> A partir dessa prática perversa, o Judiciário se vê premido em uma esquina paradoxal. À medida que busca saídas (sobre as consequências) para o seu congestionamento, acaba por se deslegitimar como instância democrática de resolução de conflitos. Em sentido uníssono, Gabriela Maia Rebouças reforça que: “assim, o



A partir de um olhar sobre o direito estrangeiro, Chase<sup>334</sup> já enunciava que, a par de ser aconselhável a instituição de soluções paralelas fora do circuito judiciário, tornou-se comum a apropriação das alternativas pelo mecanismo oficial de resolução de conflitos.

A uma, porque a sua exteriorização, em várias oportunidades, acaba ocorrendo de forma anexa aos próprios Tribunais. E, a duas, por conta da captura institucional empreendida pela lei e pelos operadores do direito.

Segundo arguta observação de Paula Costa e Silva<sup>335</sup>, vale lembrar que “outro dos slogans na construção das relações entre o sistema formal de justiça e os meios alternativos visa tornar manifestas as vantagens da mediação e reza: “Negociação em vez de decisão”. Nesta sua formulação, o slogan é neutro, mas faz-nos recordar o adágio popular de que “mais vale um mau acordo do que uma boa demanda”.

Ao se referir à mediação (mas com o raciocínio que pode ser aplicado *tout court* aos demais métodos adequados), prossegue a eminente Professora de Lisboa<sup>336</sup> ao desconstruir o instituto da mediação, expondo suas virtudes e inconvenientes, tudo com vistas a que escapemos da cilada em imaginar que os métodos adequados perfaçam uma solução mágica para a crise da justiça.

Judiciário como espaço hegemônico de resolução de conflitos vai perdendo força em um modelo de economia calcada na minimização de gastos públicos e na maximização da liberdade. Em sociedades complexas, multiplicam-se as potencialidades de conflitos. A tendência é sempre um aumento da demanda por resolução, onerando substancialmente o sistema judicial, o próprio Estado. E, ao mesmo tempo, agravando as condições anacrônicas de um direito esvaziado em seu potencial transformador e amplamente reduzido a questões apenas processuais, "o Judiciário acaba sendo indigente na produção de respostas para seus problemas". O apelo, portanto, aos sistemas privados é propagandeado como recurso para desafogar o Judiciário. E, nos últimos anos, ouvimos esse bordão em unísono. Mas, é evidente que a preocupação em otimizar o sistema judicial não pertence àquele que busca outros sistemas de resolução. O raciocínio 'devo procurar um outro meio de resolução para não sobrecarregar mais o juiz' não faz sentido algum, a não ser se provém do próprio sistema, que emite um comando para que a sua procura seja comedida ou ponderada por alternativas". (REBOUÇAS, Gabriela Maia. *Reflexões sobre esgotamentos e perspectivas de um direito judicialmente organizado: ampliando o acesso à justiça*. Trabalho Publicado nos anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE nos dias 09 a 12 de junho de 2010).

<sup>334</sup> CHASE, Oscar. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 137.

<sup>335</sup> COSTA E SILVA, Paula. *O acesso ao Sistema Judicial e os Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias: alternatividade efetiva e complementariedade*. Cit., p. 93-106.

<sup>336</sup> Na esteira de Paula Costa e Silva, “a aproximação do slogan ao adágio não deve ser entendida como traduzindo qualquer hostilidade relativamente à mediação. A mediação tem seguramente vantagens (maior celeridade na obtenção de uma solução; regra geral, e porque ambas as partes aceitam a solução, maior rapidez de cumprimento das obrigações fundadas no acordo; maior adequação de uma solução que, ao invés do *tudo ou nada*, pondera o *tanto quanto* possível a uma ulterior convivência entre as partes; confidencialidade), mas tem, também, inconvenientes, quer para as partes em concreto (ausência de poderes de autoridade do mediador que implica a falência do procedimento quando as partes não são cooperantes ou não o são em termos que permitam uma solução autônoma, com recurso ulterior necessário a tribunal, onde, aparentemente, se parte do ponto zero; ausência de esquemas de composição provisória do conflito), quer para o sistema de aplicação da Justiça em geral (descrédito dos esquemas formais de Justiça sempre que a mediação ou qualquer outro meio surge associada à resolução de problemas que os tribunais são incapazes, quer por falta de preparação técnica, quer por falta de meios, de resolver)”. (Idem, *Ibidem*).

Conforme esclarece a própria Paula Costa e Silva<sup>337</sup>, “a compreensão deste limite é absolutamente determinante para que a mediação não venha a aparecer, nomeadamente no discurso político, como mais um meio de salvação da Justiça que, por esforço dos seus limites, acaba por não responder adequadamente nem sequer ao tipo de litigiosidade em que pode apresentar grandes vantagens”.

Aqui, conforme adiantado linhas acima, o princípio da adequação se revela em premissa crucial para a contextualização temática que se propõe.

Isso porque, há situações em que o método adequado de resolução de conflito apresenta enorme potencial de pacificação das partes em conflito, com a consequente resolução autônoma do conflito.

Há outras hipóteses, contudo, que face às especificidades do direito material subjacente, o método adequado pouco teria serventia na busca de solução da controvérsia.

Com efeito, articula-se a necessidade da ventilada adequação entre as variadas portas de solução e cada espécie distinta de conflito.

Volvendo à eventual captura dos métodos adequados pelo discurso oficial estatal, mister um maior aprofundamento do tema.

Delinea-se, pois, um efeito colateral em tal fenômeno, qual seja, o Estado se vê premido a fazer uma inflexão (pseudo)democrática, ao abrir mão, em tais ocasiões, do seu imperioso poder de dizer o direito.

Uma espécie de racionalidade gerencial agiria nesse particular, como uma (nova) forma velada de opressão pelos detentores do poder político e econômico.

Vamos ao necessário e emblemático exemplo!

A Resolução 125 CNJ<sup>338</sup>, a par de instituir uma Política Nacional de Tratamento Adequado aos Conflitos, sem dúvida, toma para o espaço judiciário um papel de centralidade na capilarização dos métodos adequados de resolução de conflitos para todo o território brasileiro<sup>339</sup>.

---

<sup>337</sup> Idem, Ibidem.

<sup>338</sup> Destacam-se entre os *consideranda* norteadores e informadores da Res. 125 do CNJ: “que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos da Resolução /CNJ 70, de 18 de março de 2009; que o direito de acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/1988, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa; que, por isso cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorram em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação”.

<sup>339</sup> Com a melhor das intenções (sem atentar para o perigo da captura institucional dos meios adequados de resolução de conflitos pelo Judiciário), Mancuso pontifica que: “cabe lembrar que é fundamental essa

Questionamentos, portanto, se fazem impositivos.

Em uma nítida estratégia de regulamentar e padronizar as práticas ditas alternativas, pode ser entendido por um objetivo de castrar ou controlar, e com isso reduzir o potencial emancipatório das dinâmicas que podem se tornar contrárias aos interesses do sistema oficial em seu monopólio de dizer o Direito.

Evidente tentativa de singularizar as formas plurais de acesso à justiça.

Nessa linha, esse caráter nitidamente estruturado e estruturante, incompatível com o discurso de restauração, propiciador de diálogo e informalidade – o que poderia contribuir com a construção de outro (verdadeiramente alternativo) paradigma de acesso à justiça e à resolução de conflitos.

Sobre a *vexata quaestio*, oportuno registrar que o privilégio de uma cultura de pacificação e o escopo de fomentar soluções mais adequadas em face dos conflitos são fatores que se somam ao alto grau de exigência de eficiência imposto à justiça estatal, mote inspirador de reformas no sistema da justiça civil em todo o mundo<sup>340</sup>.

Em partes do globo isso acontece pela necessidade de justificar o orçamento direcionado às atividades dos órgãos jurisdicionais, ao passo que em outros (talvez a experiência brasileira), a complementariedade de métodos aparece como medida para maquiagem os efeitos do excesso demandista e da morosidade na prestação jurisdicional.

Sob um olhar genérico não se pode identificar qual entre as mencionadas razões seria o real propulsor da promoção da mediação e de outras formas de ADRs (à toda evidência, a nova cena processual, protagonizada pelo Novo Código de Processo Civil e por que não dizer a Lei Geral de Mediação, Lei 13.140/15, contribuirá sobremaneira para aferirmos e contrastarmos o discurso oficial com a realidade a ser formatada).

Contudo, é certo que, isoladamente, a inserção de qualquer método, inclusive o da mediação, não foi, não é, e não será a panaceia<sup>341</sup> para solucionar as grandes mazelas do sistema de justiça.

intervenção do Conselho Nacional de Justiça, dada sua competência para ‘zelar pela observância do art. 37 (da CF/1988)’ (art. 103-B, §4º, I), dispositivo aquele que exige a *eficiência* na atividade estatal, o que, por óbvio, inclui a prestação jurisdicional”. (MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Acesso à justiça: condicionantes Legítimas e Ilegítimas...* cit., p. 28).

<sup>340</sup> ANDRADE, Juliana Loss. Notas sobre a inclusão da Mediação Civil em Modelos de Justiça Clássicos e a experiência europeia. In: SPENGLER, Fabiana Marion; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Acesso à Justiça, Jurisdição (in)eficaz e mediação*. Curitiba: Multideia, 2013.

<sup>341</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *A institucionalização da mediação é a Panaceia para o acesso à justiça?* <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0fd4b8a8354a77a3>. Acesso em 31 de julho de 2015.

Simultaneamente, não se negam os grandes avanços que podem ser alcançados com a promoção do sistema multiportas<sup>342</sup> da justiça (pluralidade de métodos de resolução de conflitos/sistema pluriprocessual), a qual, uma vez oferecida eficazmente, importa em uma democratização da justiça, concretização da cidadania dos atores sociais, além de implicar, muitas vezes, um menor custo econômico e social.

Nessa moldura, parece inexistirem dúvidas quanto à adoção pelo CPC/15 do sistema multiportas, tal como se infere do texto normativo inscrito em seu art. 3º. Contudo, uma advertência se revela imperiosa.

Sob a fina manta de um discurso pseudosocial e eficientista, inserido na epígrafe do neoliberalismo processual, não se pode admitir a imposição de conciliação e mediação, máxime em causas de menor complexidade.

Como cediço, às partes devem ser dadas opções para que elas, no exercício de sua autonomia privada e devido às peculiaridades de seu caso, optem de forma livre pelos métodos adequados de resolução de conflitos.

#### **5.1.1.1. Métodos Adequados de Resolução de Conflitos , Novo Código de Processo Civil e Lei Geral da Mediação**

Ainda envolto no tema dos métodos adequados de resolução de conflitos, considerando a contextualização empreendida, bem como a ordem do dia, não se pode furtar a analisar a interface entre métodos adequados, CPC/15 e a Lei Geral da Mediação, cujo início de vigência data de dezembro último.

Sobre tal temática, imperiosa se faz detida incursão sobre o ideário que inspirou o Novo Código de Processo Civil brasileiro.

Antes de mais nada, mister grifar que a tarefa de aplicar o Direito, fundamentalmente um novel Diploma que impõe um novo olhar ideológico sobre o processo, revela-se então em uma obra hermenêutica, um trabalho sempre recomeçado, uma construção viva e cotidiana, permeado pela modificação cultural de todos os envolvidos no fenômeno processual.

---

<sup>342</sup> Tradução livre do termo clássico “*multi-door court-house*” advindo da interpretação do icônico trabalho apresentado por SANDER (*Varieties of disputing process*, 1979).

Nessa toada, revela-se extreme de dúvidas que a estruturação procedimental para a realização *initio litis*<sup>343</sup> da mediação e/ou conciliação se perfaz em um dos elementos componentes da ossatura do Novo Código de Processo Civil.

Interessante notar que a audiência de conciliação e mediação prevista no art. 334, *caput*, do CPC/15 não por acaso ressuscita o modelo de Klein da *Erstetagsatzung* (primeira audiência) do final do século XIX<sup>344</sup>.

Tal sistema já previa a importância de um momento prévio para o exercício da oralidade e concentração na resolução judicial. Parece, pois, que Franz Klein já antevia a necessidade e importância dos modelos de *case management*<sup>345</sup>, tão decantados nessa quadra histórica.

Sem dúvida, vemos e vivemos um museu de grandes novidades.

Dito isso, é de se grifar que a recém aprovada Lei Geral da Mediação (Lei nº 13.140/15), cujo início de vigência dar-se-á em dezembro de 2015, não pode ser recebida pela comunidade jurídica como mais um elemento a compor um cenário artificial caracterizado por uma busca desenfreada pela eficiência<sup>346</sup> judicial meramente quantitativa, no qual sobrelevam frenéticas tentativas de desobstrução dos canais jurisdicionais<sup>347</sup>.

---

<sup>343</sup> Art. 334, *caput*, NCPC. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

<sup>344</sup> Vale anotar, na companhia de Darci Guimarães Ribeirto, que a reforma de 1983 da legislação processual austríaca tornou a *Erste Tagsatzung* facultativa. Nas palavras do referido autor, “a reforma da ZPO austríaca, de 1983, tornou a *Erste Tagsatzung* facultativa, de acordo com o entendimento do Juiz, eis que nem sempre se afigurava compensadora. Também no sistema Austríaco a audiência tem função de conciliação, saneamento e serve de preparação para o debate sobre o mérito. Segundo o § 230 da ZPO, nesta ocasião são argüidas e decididas as questões relativas à incompetência do juízo, carência de ação e ausência de pressupostos processuais”. (RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 759, ano 1988, p.767-791, jan. de 1999).

<sup>345</sup> ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. *Gerenciamento de Processos* Judiciais. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144.

<sup>346</sup> Conforme anotam Streck, de Oliveira e Trindade, “com efeito, fica cada vez mais evidente o crescimento, no campo do Direito, de posturas pragmaticistas, que defendem a solução de problemas jurídicos de forma desvinculada de qualquer padrão de racionalidade (seja ela imanente ou transcendente). Para tais posturas, o importante é que o problema seja resolvido de uma maneira rápida e ‘eficaz’, independentemente dos critérios utilizados para se chegar à sua solução. Quando muito, esses setores do pensamento jurídico admitem um critério de ordem econômica (mercado), que, no mais das vezes, atende a uma lógica de ‘custos e benefícios’”. (STRECK, Lenio Luiz; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz; TRINDADE, André Karam. O “cartesianismo processual” em terrae brasilis: A Filosofia e o Processo em Tempos de Protagonismo Judicial. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 1, p. 5-22, 2013).

<sup>347</sup> Em arguta observação, Taruffo acentua que “la razón de esta intervención del legislador está en la crisis profunda que caracteriza el funcionamiento de la justicia civil pública y em la incapacidad del mismo legislador para ponerle remedio. Em estas situaciones, la predilección del legislador por los métodos ADR no está motivada por particulares razones culturales (aunque las: dado que la justicia del Estado no funciona, el legislador trata de desviar la mayor cantidad posible ideologias neoprivatistas influyen em las directrices legislativas) sino em una razón práctica simple y dramática de controversias hacia afuera de lós canales

A esperada e necessária sistematização do instituto da mediação deve alavancar todas as potencialidades de tal método alternativo (*rectius*: adequado<sup>348</sup>) de solução de conflitos, não podendo traduzir números vazios que se apartam de uma visão democrática e garantística do processo, em conformidade com o projeto constitucional.

Propugna-se, nessa vereda, que o aludido Diploma (em consonância com os enunciados previstos no Novo Código de Processo Civil, bem como àqueles constantes da Resolução CNJ 125/2010)) possa se traduzir em um dos inúmeros fatores catalisadores de uma verdadeira transformação em corações e mentes dos litigantes e seus patronos.

Ou seja, a verdadeira transposição de uma cultura eminentemente adversarial para um acesso à justiça direcionado à busca da paz social, permeado pelo incremento da intervenção dos cidadãos na busca de soluções a serem obtidas mediante o diálogo e o consenso.

Nesse passo, segundo Spengler<sup>349</sup> “a mediação pode organizar as relações sociais, auxiliando os litigantes a encarar os problemas com autonomia, possibilitando o entendimento mútuo e o consenso, com isto reduzindo a dependência de um terceiro (juiz)”.

Conforme já se expôs, não se pode olvidar que o Novo Código de Processo Civil, ao adotar o sistema multiportas, encerra em suas iniciais disposições normas concernentes aos métodos consensuais de resolução de conflitos.

Não por acaso a menção aos referidos métodos é minudenciada nos 3 (três) parágrafos do art. 3º, cuja cabeça ressoa em sede infraconstitucional o princípio do acesso à ordem jurídica justa, tal como encartado no art. 5º, inciso XXXV<sup>350</sup>, da Carta Republicana.

jurisdiccionales, com el fin de reducir la carga laboral de los jueces y de permitir a las partes encontrar alguna solución a sus problemas. En esencia, el legislador envía a los ciudadanos un mensaje de este tipo: dado que el Estado no está en capacidad de ofrecer una tutela jurisdiccional eficiente para sus derechos, diríjense a outro sitio – a la conciliación o al arbitraje – para resolver sus controversias”. (TARUFFO, Michele. *Páginas sobre Justicia Civil*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 115).

<sup>348</sup> Segundo PINHO, Nuria Belosso Martín chama atenção para a mudança terminológica que já se verifica no direito espanhol. Inicialmente as práticas autocompositivas eram denominadas formas de “resolução alternativa” de conflitos. Com o tempo, passou-se a adotar a expressão “resolução complementar” e, atualmente, utiliza-se a fórmula “resolução adequada”. MARTÍN, Nuria Belosso. *A mediação: A melhor osta ao conflito?*, in SPENGLER, Fabiana Marion. LUCAS, Douglas Cesar. (org.): *Justiça Restaurativa e Mediação: polícias públicas no tratamento de conflitos sociais*, Ijuí: Unijuí, 2011, p. 321. *apud* PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. *A Mediação e o Código de Processo Civil Projetado*, in *Revista de Processo*, ano 37, vol. 207, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 213/238.

<sup>349</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. *O Tempo do Processo e o Tempo da Mediação*. In: REDP Vol. VIII, julho/dez 2011.

<sup>350</sup> Watanabe reforça a ideia aqui defendida no sentido de que tal dispositivo há de ser interpretado “não apenas como garantia de acesso ao Judiciário, mas como garantia de acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada”. (WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. *Revista de Processo*, n. 195, maio/2011, p. 381-389).

Ilustrando o ora asseverado, o Novo Código de Processo Civil estabelece em seu art. 3º, *in verbis*:

*Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.*

*§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.*

*§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.*

*§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.*

A técnica legislativa em apreço parece, pois, ir ao encontro da necessária ruptura do paradigma atual, delineando os institutos da mediação, arbitragem, conciliação e outros métodos congêneres como legítimos instrumentos concretizadores do vetor constitucional do acesso à ordem jurídica justa.

Nesse diapasão, bem assinala Watanabe<sup>351</sup> que os métodos “alternativos” se colocam como meios de gestão adequada de tratamento e resolução de conflitos, e não como medida de alívio aos Tribunais.

Em outras palavras, exsurge como inarredável a conclusão de que a solução adjudicada por muitas das vezes não se afigura como a mais adequada para a justacomposição do litígio.

---

<sup>351</sup> Watanabe pontifica que “os meios alternativos de resolução de controvérsias devem ser estudados e organizados não como solução para a crise de morosidade da Justiça, como uma forma de reduzir a quantidade de processos acumulados no Judiciário, e sim como método para se dar tratamento mais adequado aos conflitos de interesses que ocorrem na sociedade. A redução dos processos será uma resultante necessária do êxito de sua adoção, mas não seu escopo primordial. Para a solução de muito desses conflitos – e sobre isto não se tem mais dúvida atualmente, pela sua natureza e especificidade –, é muito mais adequado um meio alternativo, em especial a conciliação ou a mediação, do que uma sentença do juiz. Nas chamadas relações jurídicas continuativas, que têm duração no tempo, em que as partes estão em contato permanente, a solução do conflito deve ser promovida com a preservação da relação existente entre as partes, pondo-se em prática a chamada ‘justiça coexistencial’, com a pacificação das partes – o que a solução sentencial dificilmente terá condições de promover”. (WATANABE, Kazuo. “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses – Utilização dos Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias”. In: *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, Presente e Futuro*. Orgs. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. Malheiros Editores, 2013, p. 558).

O próprio Taruffo, ao dissecar os principais caracteres das ADRs (Alternative Dispute Resolution)<sup>352</sup>, bem assinala que as técnicas veiculadas pelos métodos adequados de resolução de conflitos encerram uma espécie de justiça coexistencial, além de atuar em hipóteses que, segundo ele, dificilmente seriam levadas à cognição judicial.

No Brasil, por questões históricas, desenvolveu-se sempre a equivocada crença de que a arena para toda e qualquer resolução de conflitos deveria ser o Poder Judiciário, visão, aliás, extremamente redutora (e autoritária), pois se assenta na premissa de que a resolução de conflitos seja uma exclusividade da jurisdição.

A judicialização dos conflitos sob esse enfoque redundou, por um lado, em um estado de permanente beligerância na sociedade, impassível de per si encontrar soluções verdadeiramente pacíficas para as suas crises.

E, de outra banda, conduziu a uma quantidade avassaladora de processos instaurados perante o Poder Judiciário, o qual por uma série de fatores não consegue emprestar aos mesmos uma solução efetiva e adequada<sup>353</sup>.

Mesmo diante de inequívoca ineficiência estrutural, não se pode olvidar que a crise de legitimação estatal a acoirar fundamentalmente os países periféricos e semiperiféricos coloca o Judiciário em papel de proeminência, ocupando espaços contramajoritários e conferindo concretude aos direitos fundamentais não observados pelas demais instâncias políticas<sup>354355</sup>.

Registre-se, nesse passo, que a sistematização dos métodos alternativos (adequados) de resolução de conflitos<sup>356</sup> não pode nem deve ser encarada a partir de uma perspectiva

<sup>352</sup> Segundo o autor norte-americano Robert Mnookin, “alternative dispute resolution (ADR) refers to a set of practices and techniques aimed at permitting the resolution of legal disputes outside the courts. It is normally thought to encompass mediation, arbitration, and a variety of “hybrid” processes by which a neutral facilitates the resolution of legal disputes without formal adjudication”. (MNOOKIN, Robert. *Alternative Dispute Resolution*. Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. Paper 232. 1998). Em tradução livre: “As ADRs se referem a um conjunto de práticas e técnicas destinadas a permitir a resolução de litígios fora do âmbito dos Tribunais. São normalmente concebidas para abranger a os institutos da mediação, da arbitragem, além de uma variedade de processos híbridos, nos quais um terceiro neutro e imparcial facilita a resolução de litígios, sem a prolação de julgamento formal”.

<sup>353</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. “Mediação e Conciliação na Res. 125 do CNJ e no Projeto de Código de Processo Civil”. In: *O Processo em Perspectiva: Jornadas Brasileiras de Direito Processual: Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Coords. Aluisio Gonçalves de CastroCamilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. Malheiros Editores, 2013, p. 39-45..

<sup>354</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, passim.

<sup>355</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. In: *Novos Estudos, CEBRAP*, nº 58, novembro de 2000.

<sup>356</sup> Nesse sentido, denota-se que a utilização corrente do vocábulo “alternativos” na verdade não se coaduna com a normatividade constitucional, vez que, conforme bem anota Humberto Dalla Bernardina de Pinho, “mas, não custa lembrar, apenas a jurisdição é monopólio do Estado e não a solução dos conflitos”. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo*



absenteísta do Estado (neoliberalismo processual<sup>357358</sup>), máxime após a assunção do paradigma democrático erigido pela Carta Republicana de 1988.

Com efeito, na quadra histórica experimentada pelo Brasil, os métodos “alternativos” (adequados) de resolução de conflitos devem ser funcionalizados como instrumentos concretizadores de um processo democrático e garantístico.

E mais! Devem se inserir em uma concepção mais ampla e abrangente de jurisdição (compartilhada), na linha do cerne veiculado na presente dissertação.

Fora isso, o reconhecimento da necessidade de pluralidade de instâncias na quadra pós-moderna, nos leva a afirmar a pertinência atual de uma ampla teoria geral do processo/procedimento que abarque os diversos métodos e meios de resolução de conflitos, sejam eles estatais ou não (cfr. item 6.2. *infra*).

Afinal de contas, a teoria geral do processo sequer pode se circunscrever aos processos estatais, sejam eles jurisdicionais ou não, devendo, pois, ter sua aplicação estendida aos processos decisórios não estatais (como sói ocorrer nas entidades intermédias).

código de processo civil. In. JAYME, Fernando Gonzaga. FARIA, Juliana Cordeiro de. LAUAR. Maira Terra (orgs). *Processo Civil: Novas Tendências em homenagem ao Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira*, Editora Del Rey: Belo Horizonte, 2011). Em igual direção, Paula Costa e Silva anota que: “a expressão meios alternativos logo nos remete para uma relação. Uma coisa só é alternativa por referência a outra, a alternatividade não é qualidade absoluta. Ora, pressupor a existência de uma relação entre os diversos meios que se aglomeram sob a expressão ADR desfoca a real relação entre eles existente. Na verdade, se o exercício de direito de acção através de tribunais arbitrais ou de tribunais judiciais consubstancia uma verdadeira relação de alternatividade, o mesmo não sucede se, de uma lado, colocarmos mediação e conciliação e, do outro, exercício do direito de acção através de tribunais sejam estes judiciais ou arbitrais. Neste caso, a única relação que, num Estado de Direito, pode legitimamente existir é uma relação de adequação. A mediação e a conciliação serão modos legítimos de resolução de conflitos se forem os modos adequados de resolução desses conflitos. Esta observação não é inconsequente pois ela repercute efeitos sobre a compatibilidade constitucional de soluções que impliquem a criação de entraves processuais ou de desvantagens patrimoniais no acesso aos tribunais”.(COSTA E SILVA, Paula. *A nova face da justiça: Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 35). Em outra passagem, a mestre lusitana, a par da demonstrada divergência com a indistinta e irrefletida utilização da expressão “alternatividade” (por conta da adequação dos meios de resolução de conflito), bem aduz, com esteio em Taruffo, que uma verdadeira alternatividade somente se perfaz a partir de uma escolha verdadeiramente livre pelas partes. Ou seja, só haverá livre escolha caso todos os meios em concurso forem funcionalmente equivalentes, sob pena de a alternatividade encerrar mera retórica. (Idem, *O Acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementariedade*. Revista de Processo, vol. nº 158/2008, São Paulo: RT, abril 2008, p. 93-106).

<sup>357</sup> NUNES, Dierle. “Uma Breve Provocação aos Processualistas: O Processualismo Constitucional Democrático”. In: *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, Presente e Futuro*. Orgs. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. Malheiros Editores, 2013, p. 218-237.

<sup>358</sup> Em preciso diagnóstico, Motta e Hommerding assentam que “o interessante, aqui, é perceber que o neoliberalismo processual apropriou-se do discurso socializante da jurisdição (fundamentalmente, do argumento do acesso à justiça) para desnaturá-lo; permite-se a produção de decisões em larga escala, na lógica da produtividade, sem, contudo, uma preocupação real com a aplicação social do Direito ou com a produção de respostas constitucionalmente adequadas. O papel judicial aumenta, mas sem uma estrutura institucional que o permita o exercício socializador da atividade decisória (afinal, cobra-se do juiz, sobretudo, produtividade – art. 93, II, c, da CRFB/88); além disso, o papel técnico, institucional e problematizante do processo fica relegado a um segundo plano”. (MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O QUE É UM MODELO DEMOCRÁTICO DE PROCESSO? Disponível em [www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1383852047.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf). Consulta em 12 de agosto de 2015).

Essa visão, é bom que se diga, mantém-se fiel aos cânones informadores da 3ª Onda Renovatória proposta por Cappelletti<sup>359</sup>, cuja *ratio* propugnava que “o movimento de acesso à justiça e sua terceira onda, que enfatiza a importância dos métodos alternativos de solução de litígios, reflete o núcleo mesmo dessa filosofia política; a filosofia para a qual também os pobres fazem jus à representação e informação, também os grupos, classes, categorias não organizadas devem ter acesso a remédios eficazes; enfim, uma filosofia que aceita remédios e procedimentos alternativos, na medida em que tais alternativas possam ajudar a tornar a Justiça equitativa e mais acessível<sup>360</sup>”.

Destarte, a sistematização legal dos métodos adequados de resolução de conflitos no ordenamento pátrio deve se apartar da busca por uma eficiência quantitativa e artificial da Justiça<sup>361</sup>, fomentada pelo modelo neoliberal, contribuindo, pois, para a efetivação de um acesso à justiça verdadeiramente democrático, inspirado pela tessitura constitucional<sup>362</sup>.

O próprio Dinamarco<sup>363</sup>, expoente pátrio da superada visão instrumental sobre o fenômeno processual reconhece nos métodos “alternativos” (*rectius*: adequados) a natureza de equivalentes jurisdicionais.

Do ponto de vista puramente jurídico, as diferenças são notáveis e eliminariam a ideia de que se equivalem porque somente a jurisdição tem, entre seus objetivos, o de dar efetividade ao ordenamento jurídico substancial, o que obviamente está fora de cogitação nos chamados meios alternativos.

Mas o que há de substancialmente relevante no exercício da jurisdição, pelo aspecto social do proveito útil que é capaz de trazer aos membros da sociedade, está presente também nessas outras atividades: é a busca de pacificação das pessoas e grupos mediante a eliminação de conflitos que os envolvam.

---

<sup>359</sup> CAPPELLETI, Mauro. GARTH, Bryant. Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective – A General Report. Access to Justice. A World Survey. Mauro Cappelletti and Bryant Garth, eds. (Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978).

<sup>360</sup> CAPPELLETTI, Mauro (sem indicação de tradutor), *Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça*, In Revista de Processo, vol. 74. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

<sup>361</sup> Fabiana Marion Spengler bem observa que: “os conflitos sociais que chegam ao Judiciário precisam deixar de ser analisados como meras abstrações jurídicas, olhando-se para os protagonistas dos processos judiciais como pessoas com rostos e histórias que requerem respostas qualitativas e céleres para suas demandas”. In: Retalhos de Mediação.

<sup>362</sup> NUNES, Dierle. “Uma Breve Provocação aos Processualistas: O Processualismo Constitucional Democrático”.. cit., p. 218-237.

<sup>363</sup> Segundo o mestre paulista, “a crescente valorização e emprego dos meios não-judiciais de pacificação e condução à ordem jurídica justa, ditos meios alternativos, reforça a ideia da equivalência entre eles e a atividade estatal chamada jurisdição”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 122).

Tal é o escopo social magno da jurisdição, que atua ao mesmo tempo como elemento legitimador e propulsor da atividade jurisdicional.

Mesmo divergindo das premissas veiculadas por Dinamarco (confusão entre jurisdição e a exclusividade de resolução de conflitos no seio social, muito por conta da instrumentalidade processual e seus escopos metajurídicos), fato é que ele próprio reconhece a equivalência entre os métodos adequados de resolução de conflitos e a atividade jurisdicional estatal.

Não se pode olvidar que, ainda da década de 40, Carnelutti<sup>364</sup> já trabalhava com a categoria dos *sucedâneos* da jurisdição estatal.

Pois bem.

Como visto, a legislação processual aprovada insere os métodos consensuais de resolução de conflitos em instrumentos destinados a viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, com todas as suas potencialidades e especificidades.

O Novo Código de Processo Civil, em incontestante opção pela consensualidade, impinge ao Estado o dever de, sempre que possível, promover a solução consensual dos conflitos (art. 3º, §3º, NCPC).

A norma em apreço sintetiza e perfaz em sede infraconstitucional a necessidade de o Estado Brasileiro efetivar a denominada Política Nacional de Adequado Tratamento dos Conflitos. Nessa senda, adquire curial relevo a Resolução CNJ 125.

Sem ingressar em qualquer discussão alusiva à possibilidade de regulação primária do tema por meio de Resolução<sup>365</sup>, fato é que o Conselho Nacional de Justiça editou a normativa em epígrafe com vistas à consolidação de uma Política Pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos (ancorada na prática de métodos autocompositivos no âmbito judicial).

Sob o viés pragmático, considerando a cultura legal-hierárquica<sup>366</sup> típica dos países periféricos que adotaram em sede infraconstitucional o sistema da *civil law* (como sói ocorrer em *terrae brasiliis*), a edição da Resolução sob comento até pode mirar mediatamente o escopo de difusão acerca da funcionalidade dos novéis institutos.

---

<sup>364</sup> CARNELUTTI, Francesco. Note sull'accertamento negoziale. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. 1, p. 3-24, 1940.

<sup>365</sup> Eventual usurpação da competência privativa da União para legislar sobre direito processual, em suposta violação ao art. 22, inciso I, da Constituição da República.

<sup>366</sup> DAMASKA, Mirjan R.. *Op. Cit.*, p. 23.

Porém, decididamente, descortina a ideia anacrônica de o Estado-Juiz intervir em toda e qualquer sorte de conflito<sup>367</sup>.

Sobre o tema, Pinho e PaumGartten<sup>368</sup> chamam a atenção para o caráter onívoro e ineficaz da jurisdição, que, em períodos de crise, reage, sistemicamente, regurgitando mais e mais procedimentos judiciais, em um espécie de *feedback* negativo, onde as verdadeiras causas da explosão da litigiosidade são varridas pra debaixo do tapete.

Ilustrativa, nesse viés, a justificação para fins de edição da Resolução nº 125 do CNJ contida no Manual de Mediação Judicial confeccionado pelo Ministério da Justiça nos idos de 2013<sup>369</sup>, a qual parte da inequívoca premissa (escopo centralizador descortinado pelo discurso oficial) de que cabe ao Judiciário a efetivação da política pública de tratamento adequado de conflitos, seja por meios hetero ou autocompositivos.

Pois bem.

O CPC/2015 cuida das formas alternativas (adequadas) de solução de conflitos a partir do art. 165, espalhando-se a correlata normatização até o art. 175.

---

<sup>367</sup> OST, François. *Júpiter, Hércule, Hermes: Tres Modelos de Juez*. In: DOXA, nº 14, 1993. pp. 169-194, in <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em 30 de junho de 2015.

<sup>368</sup> Grifam os íncritos autores que “o marcante crescimento do acesso à justiça, que evoluiu conjuntamente com a passagem da concepção liberal para a concepção social do Estado moderno, permitiu que diferentes grupos sociais buscassem meios eficazes de tutela para a solução dos seus conflitos. Tecnicamente o que se chama explosão litigiosidade, que tem muitas causas, mas que nunca foi analisado de forma mais profunda. É notório como a nossa estrutura jurídico-política foi sempre muito atenta aos remédios (portanto reformas perenes das normas), quase nunca às causas, deixando de lado análises atentas sobre a litigiosidade que cresce, que é constantemente traduzida na linguagem jurídica e que se dirige à jurisdição sob a forma irrefreável de procedimentos judiciais. Em face de tal hipertrofia, a direção da política do direito deve ser no sentido de uma jurisdição mínima, contra uma jurisdição tão onívora e ineficaz” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça*. cit. Consulta em 17 de agosto de 2015).

<sup>369</sup> “A criação de uma Resolução do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a conciliação e a mediação partiu de uma premissa de que cabe ao Judiciário estabelecer a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses resolvidos no seu âmbito – seja por meios heterocompositivos, seja por meios autocompositivos. Esta orientação foi adotada, de forma a organizar, em todo território nacional, não somente os serviços prestados no curso da relação processual (atividades processuais), como também os que possam incentivar a atividade do Poder Judiciário de prevenção de demandas com as chamadas atividades pré-processuais de conciliação e mediação. A criação da Resolução 125 do CNJ foi decorrente da necessidade de se estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento de práticas já adotadas pelos tribunais. Desde a década de 90, houve estímulos na legislação processual à autocomposição, acompanhada na década seguinte de diversos projetos piloto nos mais diversos campos da autocomposição: mediação civil, mediação comunitária, mediação vítima-ofensor (ou mediação penal), conciliação previdenciária, conciliação em desapropriações, entre muitos outros. Bem como práticas autocompositivas inominadas como oficinas para dependentes químicos, grupos de apoio e oficinas para prevenção de violência doméstica, oficinas de habilidades emocionais para divorciandos, oficinas de prevenção de sobreendividamento, entre outras”. [http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/manual\\_mediacao\\_judicial\\_4ed.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/manual_mediacao_judicial_4ed.pdf), p. 27. Acesso em 01 de julho de 2015.

São, portanto, apenas 11 (onze) artigos, de modo que o regramento à toda evidência se apresenta como parcimonioso, remetendo, ainda que implicitamente, à legislação específica o exaustivo tratamento da matéria.

Nesse particular, adquirem realce ainda mais intenso as normatividades decorrentes da recém aprovada Lei Geral da Mediação (Lei nº 13.140/05) e da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, bem como a imperiosa necessidade de se conferir uma coesão sistêmica entre eles e o regramento genérico albergado no Novo Código de Processo Civil.

A partir de tal mosaico normativo, tem-se que a Lei nº 13.105/15 concentra seus esforços na mediação realizada no âmbito do Poder Judiciário, o que por óbvio não exclui a possibilidade de efetivação dos métodos autocompositivos em espaços externos aos Tribunais (é de se registrar, nesse flanco, considerando o referido *gap normativo*, que a Lei Geral da Mediação (Lei nº 13.140/15) estabeleceu em seu texto regramentos específicos acerca da mediação extrajudicial, bem como da mediação entabulada no âmbito da Administração Pública, além de outras normas atinentes à mediação judicial).

Aliás, o próprio *caput* do art. 175 do CPC/2015 estabelece que “as disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas em lei específica”.

Não obstante, resta claro que Novo Código de Processo Civil pouco se esforça na construção de soluções preordenadas à desjudicialização dos conflitos, optando por transferir tal encargo à Lei Geral de Mediação e outros diplomas.

Sob outro giro, quer parecer que o novel diploma processual fez a inequívoca e salutar opção pela facultatividade da mediação, nota que permite ao referido instituto manter sua essência naturalística (cfr. art. 166, §4º, CPC/2015).

Retomando a breve análise acerca das disposições concernentes à mediação na topografia do novel diploma processual, interessante notar que a temática sob comento resta inserida na Seção V (“Dos Conciliadores e dos Mediadores Judiciais”), a qual, por sua vez, se encontra disciplinada do Capítulo III da Lei Processual, cujo objeto versa acerca “Dos Auxiliares da Justiça”.

Neste ponto, a técnica legislativa empregada, com todas as vênias devidas, parece não ter sido a adequada, vez que se perdeu a oportunidade ímpar de objetivamente regular a matéria em tópico próprio, sob a epígrafe dos métodos adequados de resolução de conflitos.

Aliás, de forma preambular, o art. 3º demonstrava tal inclinação, a qual, contudo, não se confirmou, com a disciplina do tema em recorte que trata subjetivamente dos conciliadores e mediadores judiciais (Seção V, do Capítulo III, do NCPC).

Dito isso, o art. 165, *caput*, da Lei nº 13.105/15 inaugura a normatização do tema estabelecendo que “os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.”.

Tal previsão se encontra em consonância com o dever imposto aos Tribunais pelo Conselho Nacional de Justiça, na esteira das cristalinas normatividades insertas nos art. 7º, *caput* e art. 8º, *caput*, ambos da Resolução CNJ nº 125<sup>370</sup>.

Por seu turno, o *caput* do art. 166, do NCPC enumera os princípios informadores da conciliação e da mediação, a saber: (i) independência; (ii) imparcialidade; (iii) autonomia da vontade; (iv) confidencialidade; (v) oralidade; (vi) informalidade e (vii) decisão informada.

Tais vetores são ressoados, de igual modo, na Lei nº 13.140/15, à exceção dos princípios da independência e da decisão informada, os quais no corpo do Marco Geral da Mediação cedem lugar à isonomia entre as partes, isonomia entre as partes, busca do consenso e boa-fé (art. 2º, da Lei nº 13.140/15).

Aqui não há qualquer comprometimento sistêmico, pois todos os princípios enumerados tanto na Lei nº 13.105/15 como na Lei n 13.140/15 se complementam e são extraídos da essência naturalística dos métodos autocompositivos de construção do consenso.

O art. 165, do CPC/2015, por sua vez, adota a distinção conceitual entre os institutos da mediação e da conciliação, estabelecendo os limites de atuação do terceiro (mediador ou conciliador) como critério diferenciador.

Nesse viés, ao conciliador é facultada a possibilidade de sugerir soluções para a resolução da contenda (art. 165, §2º), ao passo que o mediador concentra suas funções em auxiliar os conflitantes a *per si* identificarem alternativas de benefício mútuo no caminho da construção do consenso (art. 165, §3º).

---

<sup>370</sup> Art. 7º Os Tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras. Art. 8º Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (“Centros”), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

Conforme ensina Warat<sup>371</sup>, “o mediador tem a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa”, ou seja, o mediador possui uma função mais intensa no que pertine à aproximação das partes em conflito, calcando sua atividade em métodos mais psicológicos do que jurídicos.

No entanto, o elemento diferenciador sob comento é alvo de críticas por parcela da doutrina especializada, face à sua eventual inadequação e insuficiência.

Nessa perspectiva, descortina-se como mais adequado que a distinção seja pautada em critérios eminentemente objetivos, vinculados à funcionalidade de cada instituto e a correlata natureza do conflito subjacente<sup>372</sup>.

Conferindo concretude ao princípio da autonomia de vontade, o art. 168, *caput*, permite que o conciliador ou o mediador possa ser escolhido pelas partes de comum acordo. E, em hipótese de discordância entre as partes, o §2º, do art. 168 remete à distribuição entre aqueles inscritos no registro do Tribunal.

O artigo 167, *caput*, por sua vez, em consonância com o comando inserto no art. 165, *caput*, prevê a necessidade de inscrição dos mediadores e conciliadores em um registro atualizado e mantido pelo Tribunal.

Já o §1º do artigo 167 estabelece que preenchidos os requisitos mínimos estabelecidos pelo Tribunal, dentre os quais, necessariamente, a capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada o conciliador ou o mediador, com o certificado respectivo, requererá inscrição no registro do Tribunal.

Os §§§ 2º, 3º e 4º se debruçam acerca dos dados referentes aos conciliadores e mediadores, cadastro no rol da lista existente no tribunal, regras equânimes para a distribuição de feitos, controle finalístico e estatístico da atividade desempenhada e publicação, ao menos anual, de uma espécie de ranking dos mediadores e conciliadores.

---

<sup>371</sup> WARAT, Luís Alberto. *O ofício do mediador*. Vol. I. Florianópolis, Habitus, 2001.

<sup>372</sup> Por todos, colhe-se o magistério de SOUZA ao asseverar que “este critério é absolutamente inadequado para distinguir entre os dois métodos, por várias razões: a) não é possível ou sequer necessário controlar se houve ou não sugestão de conteúdo para o acordo por parte do terceiro que atuou junto às partes na solução do conflito – não importa efetivamente saber de quem partiu a ideia ou proposta que foi aceita pelas partes em litígio, o que importa é verificar se ela foi livremente aceita, por resolver de uma maneira satisfatória o conflito, atendendo a todos os interesses essenciais dos envolvidos; b) a formulação ou não de propostas de solução pelo terceiro é algo que pode ou não ocorrer conforme o contexto, já que o diálogo poderá fluir mais ou menos naturalmente em cada caso concreto, a depender da postura das partes, e a apresentação de possibilidades de solução pelo terceiro pode servir apenas para alimentar este diálogo, mesmo que ela seja rechaçada por todos os envolvidos, que podem passar, a partir daí, a apresentar suas próprias alternativas de solução. Na redação do acordo, não existe qualquer necessidade de registrar quem foi o autor de cada item ali previsto, de modo que tal distinção se revela impréstável para qualquer distinção efetiva”. (SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de Conflitos e o Novo Código de Processo Civil*. Acesso à Justiça, Direitos Humanos & Mediação, p. 203).

Nessa senda, mister a salutar advertência empreendida por Pinho<sup>373</sup> no sentido de se estabelecer rankings meramente estatísticos para fins de avaliação dos mediadores - em uma infeliz síntese de apego vazio aos números – e sua manifesta incompatibilidade com o instituto da mediação.

Como visto (e já grifado alhures), o apego descomprometido aos números afigura-se em constatação sintomática de um novo e ineficiente sistema que preconiza tão somente a redução a qualquer custo da avalanche de processos que timbra o cotidiano judiciário.

Nas palavras de Spengler<sup>374</sup>, “aferir números e usá-los para avaliar a mediação e a conciliação bem como os profissionais que desenvolvem esse trabalho é cair na vala comum, na qual se encontra a quantidade sobrepondo-se à qualidade”.

Por fim, o art. 167, §5º<sup>375</sup> traz a reboque didática norma, a qual, a par de encerrar certa polêmica porquanto a restrição imposta aos advogados, colore de eticidade o exercício das funções de mediador e conciliador, além de caminhar para a consolidação da figura do mediador profissional.

As demais disposições normativas, fiéis à topografia em que se encontram inseridas, preveem as hipóteses de exclusão (art. 173), impedimento (arts. 170 e 172), impossibilidade temporária para o exercício da função (art. 171) e remuneração (art. 169) dos conciliadores e mediadores.

---

<sup>373</sup> Consoante nos adverte Humberto Dalla Bernadina de Pinho, é “preciso que não permitamos certos exageros. Não se pode chegar ao extremo de ranquear os mediadores, baseando-se apenas em premissas numéricas. Um mediador que faz cinco acordos numa semana pode não ser tão eficiente assim. Aquele que faz apenas um pode alcançar níveis mais profundos de comprometimento e de conscientização entre as partes envolvidas. Da mesma forma, um mediador que tem um ranking de participação em 10 mediações, tendo alcançado o acordo em todas, pode não ser tão eficiente assim. É possível que tenha enfrentado casos em que as partes já tivessem uma pré-disposição ao acordo ou mesmo que o ‘nó a ser desatado não estivesse tão apertado’. Nos preocupa muito a ideia do apego às estatísticas e a busca frenética de resultados rápidos. Esses conceitos são absolutamente incompatíveis com a mediação”. (PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. O novo CPC e a mediação. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.48, n.190, p. 219-235, t. 1, abr./jun.2011. p. 228).

<sup>374</sup> SPENGLER, Fabiana Marion, NETTO, Theobaldo Spengler. A Mediação e a Conciliação Propostas pelo Projeto 8.046/2010 (Novo Código de Processo Civil Brasileiro – CPC) como Mecanismos Eficazes de Tratamento de Conflitos. Texto produzido mediante pesquisa junto aos projetos: “Multi-door courthouse system – avaliação e implementação do sistema de múltiplas portas (multiportas como instrumento para uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e eficaz financiado pelo CAPES/CNJ e “ Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos”, financiado pelos recursos do Edital FAPERGS nº 02/2011 – Programa Pesquisador Gaúcho (Pqg), edição 2011 e pelos recursos do Edital CNPq/CAPES nº 07/2011, Processo nº 400969/2011-4.

<sup>375</sup> Art. 167, § 5º: “Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções. ”.



Feita uma breve digressão acerca do tímido regramento<sup>376</sup> sobre mediação e conciliação contido no Novo Código de Processo Civil (em, *data venia*, equivocada topologia), passa-se à análise da Lei nº 13.140/15 (Lei Geral da Mediação).

Conforme dito alhures, o entrelaçamento normativo entre o Novo Código de Processo Civil, a Lei Geral de Mediação e a Resolução nº 125 do CNJ impõe ao intérprete a edificação de uma leitura sistêmica que permita à mediação uma franca aplicação em todas as suas potencialidades, de modo a não se anteporem obstáculos irrazoáveis ao pleno desenvolvimento do instituto, máxime na nova cena processual que se desenha hodiernamente.

Dito isso, como destacado linhas acima, afigura-se de obviedade ululante que o Novo Código de Processo Civil centraliza suas preocupações na mediação judicial (será que a partir de comportamentos replicadores de um receio em perder o monopólio do tratamento do conflito?<sup>377</sup>), o que não afasta a possibilidade de efetivação dos métodos autocompositivos em espaços externos aos Tribunais.

Nesse espaço carente de normatização, a Lei Geral da Mediação (Lei nº 13.140/15) estabeleceu em seu texto regramentos específicos acerca da mediação extrajudicial, bem como da mediação entabulada no âmbito da Administração Pública, além de outras normas atinentes à mediação judicial.

Considerando, pois, a inevitável confluência de zonas de interseção entre o Novo Código de Processo Civil e a Lei Geral de Mediação, já surgem vozes propalando soluções

---

<sup>376</sup> Em posição contrária, Mariana Freitas de Souza e Wilson Pimentel sustentam que: “o Novo Código não tem, acertadamente, o objetivo de exaurir a regulamentação dos institutos da mediação e da arbitragem, que já são ou serão tratados por leis especais. Ele aborda – frise-se, na condição de um Código de Processo Civil, e, portanto, conjunto de regras sobre a prestação da jurisdição pelo Poder Estatal – os pontos em que esses métodos alternativos de solução de conflitos tangenciam a atividade do Poder Judiciário e, sob essa ótica, devem ser lidos e examinados os artigos do NCPC que tratam dos referidos institutos” (SOUZA, Mariana Freitas de; PIMENTEL, Wilson. *O Novo CPC e a sua dose re regulamentação dos mecanismos alternativos de solução de disputas* In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A Mediação no Novo Código de Processo Civil*. Coords. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 286). Decididamente não se pode concordar com a posição externada, vez que restringem e encurtam o espectro de incidência da jurisdição ao campo da estatalidade. Fora isso, a simbólica inauguração de uma nova cena processual por uma codificação que se pressupõe democrática e ancorada nos esteios constitucionais não pode se contentar com a enumeração oca e vazia de institutos processuais, supondo delirantemente que não carregam consigo qualquer carga ideológica.

<sup>377</sup> Sobre o tema Fabiana Marion Spengler responde à indagação formulada asseverando que: “se a resposta for positiva, está na contramão da história, pois a ideia é substituir a cultura da sentença pela cultura do acordo e mostrar ao cidadão que ele não precisa do Estado, sempre, para resolver seus conflitos. Como ele vai compreender essa lógica se a mediação/conciliação acontece e se subjuga ao Estado e ao Judiciário? Se o controle é feito pelo Tribunal e pelo CNJ? Como se cria uma nova cultura mantendo as mesmas raízes, o mesmo substrato, o mesmo controle?”. Essa questão, na verdade, transmuda-se em uma das grandes temáticas subjacentes aos efeitos da institucionalização da mediação. (SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos: da teoria à prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 140).

simplistas que se estribam na apressada aplicação dos métodos tradicionais de resolução de antinomias (situação de incompatibilidade entre normas válidas) entre as leis.

Os referidos métodos se pautam em premissas (de exclusividade de incidência normativa) que não dão mais conta da complexidade da era pós-moderna. Longe de dizer que tais parâmetros não possuem mais qualquer aplicação na cena hodierna.

Há uma extensa gama de conflitos de leis que se contentam perfeitamente com a aplicação dos indigitados critérios, quais sejam: i) critério hierárquico (norma superior prevalece sobre norma inferior); ii) critério cronológico (norma posterior prevalece sobre norma anterior – art. 2º, LINDB ; e iii) critério da especialidade (norma especial prevalece sobre norma geral).

Porém, decididamente, não incidem na hipótese vertente, em que se descortina um convite à compatibilização dos diplomas legais sob comento.

Vejam, pois, os fundamentos que sustentam a assertiva em questão.

Antes de mais nada, considerando o espectro normativo do NCPC e da Lei 13.140/05, mister se esclarecer que as aparentes antinomias existentes entre os regramentos em epígrafe somente se relacionam à mediação judicial, uma vez que, conforme já se pontuara, a novel legislação processual civil passa ao largo das regulações acerca da mediação extrajudicial e da mediação no âmbito da Administração Pública<sup>378</sup>.

Feito esse nodal esclarecimento, somos da posição de que eventuais antinomias entre o Novo Código de Processo Civil e o Marco Geral da Mediação podem e devem ser dissipadas a partir de uma interpretação compreensiva e calcada no diálogo de fontes, máxime em um panorama onde se espera um mínimo de racionalidade do hermeneuta.

Nesse aspecto, a superação de paradigmas, havida como resultado natural da aplicação dos métodos clássicos de resolução de antinomias, dá lugar a convivência entre paradigmas, em cujo interior dialogam leis de campos de aplicação distintos e, por vezes, convergentes<sup>379</sup>.

Conforme bem observa Tartuce<sup>380</sup>, em um contexto de verdadeira hipertrofia legislativa, bem como em um cenário que se fomenta a busca por consenso de variados

---

<sup>378</sup> MAZZOLA, Marcelo. *Mediação e Direito Intertemporal: duas leis em vacância e um convite à compatibilização*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. nº 46, São Paulo: RT, ano 12, julho-setembro 2015, p. 209-225.

<sup>379</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de defesa do consumidor*. Cláudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 62-63.

<sup>380</sup> TARTUCE, Fernanda. *Interação entre novo CPC e Lei de Mediação: primeiras reflexões*. Ensaio contido no sítio eletrônico <http://portalprocessual.com/interacao-entre-novo-cpc-e-lei-de-mediacao-primeiras-reflexoes>. Consulta em 16 de novembro de 2015.

matizes, revela-se inequívoca a franca possibilidade de subsunção concomitante entre o Novo Código de Processo Civil e a Lei Geral de Mediação (sem a exclusão apriorística de qualquer texto normativo constante de tais diplomas).

Afinal de contas, ambos os sistemas normativos deitam raízes em princípios comuns, dentre os quais se destacam a autonomia da vontade, a imparcialidade, a confidencialidade, a oralidade e a informalidade.

Tais mandados de otimização, inclusive, devem funcionar como normas interpretativas em casos de aparentes antinomias entre os diplomas legais em tela.

### 5.1.2. Desjudicialização e Extrajudicialidade

Em um segundo aspecto, a partir da lente da desjudicialização<sup>381</sup> observa-se um movimento de retirada de atribuições não jurisdicionais do judiciário para o campo da extrajudicialidade. A opção pela via administrativa se escora na simplificação procedimental e a alocação

Nesse sentido, ao redor do globo, evidencia-se com intensidade a desjudicialização dos atos executivos, jungindo-se à função judicial a prolação de atos decisórios que contenham carga cognitiva, de modo a remeter a prática de atos executivos a instâncias de ordem eminentemente administrativa.

Destaca-se, em âmbito nacional, dentre tantas, a edição da Lei nº 11.447/07, a qual instituiu a possibilidade do inventário, partilha e divórcio extrajudiciais, assim realizados através do cartório de notas.

Em outra vereda, acentua-se a premente discussão<sup>382</sup> já ultrapassada em terras estrangeiras acerca da desjudicialização da execução, destacando, nesse particular, a recente

---

<sup>381</sup> Segundo bem anota Oliveira “a desjudicialização já é mesmo um movimento do sistema processual civil pátrio, incidindo em várias ocasiões. Trata-se de algo recente, muito ligado ao próprio neoconstitucionalismo e a fenomenologia da abertura principiológica, portanto bem afeto à desregulamentação. O pano de fundo está mesmo na crise da lei e do enrijecimento da estrutura do Estado. As discussões que se sobressaem estão envoltas à desobstrução da justiça e a realização do Direito, especialmente no campo das relações sociais. (...) No campo do processo civil, assiste-se a procedimentos inteiros sendo desjudicializados através de uma série de legislações que nesse período vão se firmando. Em algumas ocasiões, apenas fases de um procedimento são passadas à instância extrajudicial; em outros pontos, vê-se todo o procedimento sendo dado à alternativa administrativa; sendo, ainda, observados, movimentos extrajudiciais específicos da tutela coletiva, bem como etapas inteiras de um processo judicial, como a hipótese da desjudicialização da execução”. (OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. *Op. cit.* pp. 170-171).

<sup>382</sup> RIBEIRO, Flávia Pereira. *Op. cit.*, passim.

aprovação da Lei Portuguesa nº 32/2014, a qual instituiu o Procedimento Extrajudicial Pré-Executivo<sup>383</sup>.

A par dessas emblemáticas ilustrações, certo é, ainda que timidamente, as alterações legislativas que redundaram em desjudicialização de procedimentos não são tão recentes, como aparentemente se poderia supor.

Fato é que, ao menos desde 1992, a legislação pátria já sinaliza uma forte tendência no que pertine à retirada de atribuições – fundamentalmente de ordem administrativa e/ou que envolvam certa dose de consensualidade – do Judiciário, para o terreno da extrajudicialidade<sup>384</sup>.

Nesse ritmo, a Lei nº 8.455/92, ao alterar o CPC/73, permitiu a introdução no sistema processual das denominadas *perícias extrajudiciais*, autorizando o juiz a dispensar a perícia judicial quando as partes per si apresentarem documentos técnicos que considerem suficientes em sede probatória.

Soma-se, ainda, ao *thema* da desjudicialização, a Lei nº 8.951/94, a qual introduziu novos parágrafos ao art. 890, do CPC/73, permitindo que as consignações em pagamento, cujo objeto envolvam obrigações em dinheiro, tenham o correlato procedimento retirado da esfera judiciária.

Essa salutar possibilidade foi felizmente repetida nas disposições normativas encartadas nos parágrafos do art. 539, do CPC/2015, em mais um vistoso exemplo atinente à desvinculação do Judiciário no que se refere à consecução de medidas de natureza meramente administrativa. Na mesma linha, apresenta-se a Lei nº 9.703/98, a qual dispõe sobre os depósitos judiciais, extrajudiciais e consignação em pagamento em relação à quitação de tributos federais.

No mesmo compasso do Decreto-Lei 70/66, que, além de possibilitar o financiamento da casa própria<sup>385</sup> - a casa própria, sonho da classe média, representava, ao fim

---

<sup>383</sup> Em estudo amplo e vertical sobre o tema, confira-se MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *O procedimento extrajudicial pré-executivo: Lei nº 32 de 30 de maio de 2014: Inspiração para o sistema processual do Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

<sup>384</sup> Em igual sentido, Mancuso diagnostica que: “a instalação desse novo ambiente é perceptível a mais de título: a notória e crescente busca por meios auto e heterocompositivos fora e além da estrutura judiciária estatal; a outorga de força executiva judicial ou extrajudicial a decisões e resoluções oriundas de instituições não integrantes do rol dos órgãos jurisdicionais (arrolados em *numerus clausus* no art. 92, da CF/1988), tais o *compromisso de cessação de prática sob investigação* perante o CADE (Lei 12.529/2011, art. 85, §8º); o *termo de ajustamento de conduta*, bastante utilizado pelo Ministério Público (Lei 7.347/85, art. 5º, §6º); a *sentença arbitral* (CPC/73, art. 890, §§ 1º e 2º; novo CPC, art. 539 e parágrafos). Nesse diapasão, registre-se o expressivo exemplo do *plano extrajudicial de recuperação de empresa*, que, submetido à homologação judicial, gera importantes efeitos regulatórios e pacificadores na relação entre devedor e credores (Lei 11.101/2005, arts. 161 a 167). (MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Acesso à justiça: condicionantes Legítimas e Ilegítimas...* cit., p. 27).

<sup>385</sup> RIBEIRO, Flávia Pereira. *Op. cit.*, p. 45.

e ao cabo, a síntese de uma aparente homogeneização entre as classes sociais – delegou ao agente fiduciário atividade (que se considerava) tipicamente estatal, a Lei nº 9.514/97 dispõe sobre o sistema de financiamento imobiliário, alicerçada nos pilares da extrajudicialidade.

Traçando as principais linhas desse percurso histórico, não se pode deixar de mencionar a paradigmática Lei nº 9.307/96 (Lei da Arbitragem).

Há vinte anos atrás, o referido diploma normativo representou a quebra do monopólio jurisdicional estatal, ao possibilitar a delegação a árbitros, escolhidos pelas partes e fora do sistema judicial, a solução de conflitos, com a grife da coisa julgada.

Portanto, desde o referido marco da normatização da arbitragem no Brasil, afirma-se que o Estado não mais detém o monopólio da jurisdição, vez que à sentença arbitral atribuíram-se exatamente os mesmos efeitos do provimento judicial, na esteira do art. 32, da Lei nº 9.307/96.

Em igual direção e, não por acaso, a Lei da Arbitragem estabelece em seu art. 18 que o “o árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário”.

Não restam dúvidas, pois, quanto ao caráter jurisdicional da arbitragem<sup>386</sup>.

A outro giro, a Lei nº 10.931/04, por seu turno, ao alterar a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), transferiu ao campo administrativo a solução de conflitos envolvendo retificação de registro de imóveis.

O respectivo procedimento prevê a competência do Oficial de Registro para a realização de retificações no registro do imóvel, corrigindo possíveis erros de matrícula, atividade eminentemente administrativa, antes submetida à burocracia judiciária.

Por seu turno, a importantíssima Lei nº 11.790/08, em efetivo movimento de concretização da cidadania, passou a permitir o registro de declaração de nascimento fora do prazo legal, a ser realizado diretamente nas serventias extrajudiciais, sem mais a necessidade de intervenção judicial.

No mesmo diapasão, a Nova Lei de Falências (Lei nº 11.101/05), ao modernizar o procedimento falimentar, instituiu a denominada recuperação extrajudicial (da sociedade empresária ou do empresário), de modo a permitir uma prévia negociação entre credores e devedor, ainda em sede pré-processual.

---

<sup>386</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 45; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 39.

Mais recentemente, como dito linhas acima, a Lei nº 11.441/07 instituiu procedimento de natureza administrativa em relação a inventários, partilhas, separações e divórcios consensuais.

A mudança, sem dúvida, vem contribuindo para um acesso à justiça dotado de maior eficácia, por meio de um procedimento célere e desburocratizado, porquanto necessária apenas a escritura pública, sem a necessidade de audiência e outros atos judiciais.

Todavia, o espectro de incidência da Lei nº 11.441/07 poderia ter sido, indubitavelmente, mais abrangente.

Vários procedimentos judicialiformes, ainda inseridos na pesada burocracia judiciária, poderiam ter sido desjudicializados, a exemplo do cancelamento de usufruto, da consolidação ou reversão da propriedade, no fideicomisso, da adjudicação compulsória de propriedade imobiliária, da expedição de alvarás, entre outros.

De todo modo, os exemplos pinçados, além de simplificar o acesso ao direito pelos cidadãos em hipóteses, majoritariamente, abarcadas pela jurisdição voluntária, cumprem importante função na desburocratização de um Judiciário que clama pela redefinição de seus lindes de atuação democrática e institucional.

### 5.1.3. Desjudicialização e Tutela Coletiva

Em um último ângulo, sobreleva-se destacar com cores mais fortes a incidência da desjudicialização, sob a forma de técnicas extrajudiciais de tutela coletiva, máxime em se considerando a gênese democrática indissociável da evolução histórico-normativa dos direitos e interesses transindividuais<sup>387</sup> no ordenamento brasileiro.

A tutela coletiva de tais direitos serve, portanto, de inequívoca ponte cidadã no que pertine à conformação das decisões estatais.

---

<sup>387</sup> A proteção normativa aos direitos metaindividuais (transindividuais ou coletivos *lato sensu*) tem seu marco temporal no no ordenamento brasileiro, com a vanguardista disciplina da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), editada na esteira da 1ª Constituição da Era Vargas (Constituição Democrática de 1934), Carta Constitucional que já previa tal instituto (embora dotado de parca aplicação prática). Sem dúvida alguma, o (micro)sistema de proteção aos direitos e interesses transindividuais se intensificou com a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e, em seguida, com o delineamento de sua estatura constitucional com a promulgação da Constituição Cidadã de 1998. Em sede infraconstitucional, colmatando com vigor o microsistema da tutela coletiva, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) aperfeiçoou os meios processuais para a a tutela de tais direitos. Sobre o percurso histórico das ações coletivas no Brasil e no direito comparado, por todos, confira-se MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

Aqui, ganham intenso relevo os institutos do inquérito civil, recomendação e do termo de ajustamento de conduta como feições desjudicializadas da tutela de direitos e interesses metaindividuais.

Nesse aspecto, propõe-se, fundamentalmente, uma verdadeira refundação do instituto do inquérito civil.

O instituto do inquérito civil originariamente teve repouso legal na Lei nº 7.347/85, tendo 03 (três) anos após, com a edição da Carta Republicana de 1988, adquirido *status* constitucional.

A partir do regramento constitucional do instituto, outros Diplomas Legais também previram o inquérito civil em seus respectivos textos normativos, tais como a Lei Federal nº 7.853/89 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

De igual modo, as Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais e do Ministério Público da União<sup>388</sup> encerraram disposições concernentes ao instituto do inquérito civil.

Enfim, com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), deu-se a consolidação do denominado microssistema da tutela coletiva, sistema de natureza policêntrica marcado pela interpenetração recíproca de normas unidas por princípios e lógica jurídica comuns, na esteira dos mandamentos normativos insertos no art. 21, da Lei nº 7.347/85 e no art. 90, Lei nº 8.078/90.

Nessa toada, robustecendo a feição democrática conferida ao *parquet*, o Constituinte Originário alçou como função institucional do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos<sup>389</sup>.

A partir do delineamento constitucional em tela, a doutrina e a jurisprudência pátria sempre realçaram o aspecto eminentemente instrumental do inquérito civil, destinado precipuamente a conferir estribo fático-probatório à propositura da ação civil pública<sup>390</sup>.

Conforme noticiam Didier Jr. e Zaneti Jr.<sup>391</sup>, o Exmo. Sr. Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, enquanto exercente da função de assessor do Gabinete Civil da Presidência da República, ao exarar manifestação no processo alusivo ao Projeto de Lei que viera a se converter na Lei nº 7.347/85, já dava destaque à instrumentalidade essencial e caracterizadora do inquérito civil.

---

<sup>388</sup> Respectivamente, o art. 26, inciso I da Lei nº 8.625/93 e o art. 6º, da Lei Complementar nº 75/93.

<sup>389</sup> Art. 129, inciso III, da CR/88.

<sup>390</sup> Por todos, MAZZILI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 22ª Ed. Editora Saraiva, 2009.

<sup>391</sup> DIDIER JÚNIOR., Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil, Processo Coletivo*. Volume 4. 6ª edição. Editora JusPodivm, 2011, p. 225.

Á época, o eminente decano do Pretório Excelso asseverou que o inquérito civil tratava-se de mero procedimento administrativo e preparatório, preordenado tão somente a coligir substrato probante, para fins da ulterior e responsável propositura de ação civil pública<sup>392</sup>.

No mesmo diapasão, Carvalho Filho<sup>393</sup> anota que “o inquérito civil é um procedimento administrativo de colheita de elementos probatórios necessários à propositura da ação civil pública”.

O pensamento ora detectado é consectário de seu tempo, sendo ainda proeminente nos dias atuais, face à excessiva judicialização dos conflitos, sejam eles individuais ou coletivos<sup>394</sup>, como se a pena do juiz fosse necessariamente a única e exclusiva tradutora do acesso à ordem jurídica justa<sup>395</sup>.

Não se trata de minorar a importância do Poder Judiciário nos quadrantes atuais, vez que, ao lado do sufrágio universal, a garantia irrestrita de acesso à jurisdição talvez seja a conquista mais representativa do Estado Democrático de Direito.

Bem ao revés!

Com efeito, apenas se assevera que a pós-modernidade, impregnada e informada pelo valor da solidariedade<sup>396</sup>, não mais se contenta com a resolução de conflitos exclusivamente pela arena judiciária. Transparece, portanto, como indispensável a necessária associação da ideia de acesso à justiça à ideia de acesso ao direito, de modo que antes de

---

<sup>392</sup> Consoante afirmara o Ministro Celso de Mello “trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura, um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública”. (Idem, *Ibidem*, p. 225).

<sup>393</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública. Comentários Por Artigo*. 7ª edição. Lumens Juris Editora, 2012, *passim*.

<sup>394</sup> O vocábulo coletivo será utilizado em sinonímia com as conceituações estabelecidas dentro do gênero trans ou metaindividual, classificação tripartida consagrada pelo art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>395</sup> O destacado Professor Paulista e ex-membro do Ministério Público destaca que: “por outro lado, é necessário ir ainda um pouco mais longe: afirmar a precedência, em algumas circunstâncias, das formas consensuais de solução de controvérsias em relação àquelas adjudicatórias. As partes, ao resolverem consensualmente uma disputa pendente entre elas, podem chegar a uma solução melhor que aquela que seria adjudicada por um juiz ou árbitro. A esse propósito, cresce a consciência quanto aos predicados das soluções de consenso. Elas são menos disruptivas das relações entre as partes, podem ser alcançadas com maior imediatidade, são menos custosas para os interessados e para o sistema judicial, além de permitirem abranger a integralidade do conflito, isto é, o conjunto de controvérsias pendentes entre as partes – não apenas aquela levada a juízo. O reconhecimento do valor das soluções consensuais ocorre mesmo diante da constatação de que, em situações determinadas, elas podem produzir resultados indesejáveis”. (SALLES, Carlos Alberto de. “Processo: Procedimento Dotado de Normatividade”. In: *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, Presente e Futuro*. Orgs. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. Malheiros Editores, 2013, p. 201-217).

<sup>396</sup> Idem, *Ibidem*, p.143.



assegurar o acesso à proteção judiciária dos direitos fundamentais, o Estado deve dedicar-se diretamente à concretização da expectativa de gozo dos direitos dos cidadãos<sup>397</sup>.

Destarte, mister se caminhar em direção ao paulatino rompimento do paradigma demandista, nota típica dos países (especialmente os periféricos) que adotaram o sistema da *civil law* (ao menos em sede infraconstitucional<sup>398</sup>).

O princípio da obrigatoriedade da ação civil pública, para aqueles que o enxergam inserto na norma constitucional estampada no art. 129, inciso III, da Carta de Outubro<sup>399</sup>, deve, pois, ser revisto (ou, ao menos, mitigado) em um cenário que a judicialização nem sempre logra êxito em tutelar efetiva e eficazmente o subjacente bem da vida.

Tenciona-se, pois, lançar mão de ideias direcionadas a reavivar e potencializar a função do inquérito civil, à luz de cânones participativos, policêntricos, dinâmicos e eminentemente consensuais<sup>400</sup>, com vistas a lhe conferir autonomia para a tutela dos direitos e interesses transindividuais.

Na esteira do que já acima se delineara, o privilegiado realce dado à instrumentalidade do inquérito civil resta inserido em um processo histórico-social que coloca a jurisdição estatal como *prima ratio* das resoluções de conflitos.

Em decorrência, reduzir o inquérito civil à sua função investigatória obnubila suas claras potencialidades de se transmutar em um instrumento verdadeiramente efetivo e resolutivo na tutela dos interesses transindividuais.

E aqui, o contraditório adquire viva e capital importância.

No sentido do que ora se sustenta, com a argúcia habitual, sinalizam Didier Jr. e Zaneti Jr.<sup>401</sup> que partindo da consolidada premissa de que os procedimentos são métodos de exercício de poder, e na conseqüente processualização dos procedimentos, nada impede a

<sup>397</sup> GRECO, Leonardo. *O acesso ao Direito e à Justiça*. Estudos de Direito Processual, p. 197-223, 2005.

<sup>398</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. cit., p. 25-35.

<sup>399</sup> Ao nosso sentir, a dicção constitucional em exame estabelece, em igual estatura normativa, o inquérito civil e a ação civil pública como instrumentos idôneos e preordenados à efetiva e adequada tutela dos direitos metaindividuais.

<sup>400</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, passim.

<sup>401</sup> Na esteira dos expoentes Didier Jr. e Zaneti Jr., “em verdade o que importa observar no curso do procedimento são as garantias constitucionais atinentes ao Estado Democrático de Direito, se existe risco de malferir essas garantias e existe interesse público em preservá-las, o Ministério Público deverá zelar por esse interesse também no inquérito civil” (...)“obviamente, a função investigatória do inquérito civil atenua a garantia do contraditório, mas não a elimina. É possível afirmar que, atualmente, vivemos uma fase de ‘processualização’ dos procedimentos: os procedimentos, na medida em que são métodos de exercício do poder, vêm sendo modulados com a previsão de respeito ao princípio do contraditório, e isso pode ser visto com a difusão da ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais (aplicáveis no âmbito das relações jurídicas privadas), na consolidação da garantia do contraditório no âmbito administrativo com a Constituição Federal de 1988”. (Idem, *Ibidem*, p. 231).

introjeção do contraditório para o espaço do inquérito civil, desde que não elimine a sua função investigatória

As garantias inseridas na noção do denominado *processo justo*<sup>402</sup>, portanto, não se restringem somente à seara judicial, espraiando seus efeitos normativos também aos procedimentos extrajudiciais, tal como o inquérito civil.

Bebendo na fonte de doutrina peninsular de escol<sup>403</sup>, Salles<sup>404</sup> comunga de uma das ideias centrais ora veiculadas, ao enunciar que “é do próprio Fazzalari a tentativa de uma concepção do processo mais abrangente, aproximando esse conceito daquele de procedimento, valorizando o contraditório e permitindo sua extensão a outros processos decisórios estatais” (cfr. capítulo 6).

Por seu turno, Grinover<sup>405</sup> pontifica que a ampla processualidade (transposta, de igual modo, para o âmbito administrativo), banhada pela cláusula do devido processo legal, se coloca como fator legitimante do exercício da própria jurisdição.

Nesse sentido, como bem destaca Medauar<sup>406</sup>, “entre administrativistas e processualistas, registra-se tendência à aceitação de uma processualidade que vai além daquela vinculada à função jurisdicional, admitida, assim, a processualidade no âmbito da Administração Pública”.

Face à diagnosticada “processualização dos procedimentos”, em um cenário pós-positivista de ponderação constitucional de mandados de otimização<sup>407</sup>, pode e deve o

<sup>402</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’ (modelli a confronto)*, in Revista de Processo, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 23, abril-junho de 1998, n° 90, págs.95-150. MORELLO, Augusto Mario. *El proceso justo: del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*. La Plata: Platense, 1994, p. 230. Examinando o tema também sob o viés do ordenamento pátrio: GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Novos estudos jurídicos, v. 7, n. 14, 2008.

<sup>403</sup> FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*, Pádua, CEDAM, 1994.

<sup>404</sup> SALLES, Carlos Alberto de. “Processo: Procedimento Dotado de Normatividade”. cit, p. 205.

<sup>405</sup> Nos precisos dizeres de Ada Pellegrini Grinover, “o processo civil moderno é banhado pela cláusula do devido processo legal, assegurada expressamente pela Constituição da República (art. 5º, LIV), vista – como já tive oportunidade de afirmar – não apenas sob o enfoque individualista da tutela de direitos subjetivos das partes, mas sobretudo como conjunto de garantias objetivas do próprio processo, como fator legitimante do exercício da jurisdição. Tais considerações, cumpre desde logo observar, são igualmente válidas para o âmbito administrativo (certo que com as peculiaridades de que se reveste essa função estatal), quer pela expressa previsão do texto constitucional, quer pela ênfase que vem recebendo da autorizada doutrina a “processualidade” do direito administrativo”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Antecipação de tutela no inquérito civil à luz das garantias constitucionais fundamentais do contraditório e da prova* inequívoca. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 8, 2010, pp. 1-19).

<sup>406</sup> MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 23.

<sup>407</sup> Por todos, ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso. Estudos para a Filosofia do Direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010 e SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Lumen Juris, 2003.

Ministério Público observar o contraditório no bojo do inquérito civil, desde que não haja concreta vulneração do seu precípuo escopo investigatório, considerando que o desenvolvimento procedimental expressa uma pluralidade de valores, não apenas um valor único<sup>408</sup>.

Tem-se, pois, que a função investigatória ínsita ao inquérito civil não lhe poda a possibilidade de ser um instrumento catalisador de soluções desjudicializadas<sup>409</sup>, com a plena e eficaz participação de tantos quantos possam contribuir para a resolução dialética e consensual do conflito metaindividual.

E quanto mais participativo possível for o inquérito civil, melhor será a qualidade da prova nele produzida, seja ela estribo fático-probatório para a propositura de uma ação civil pública, seja ela substância norteadora do consenso estabelecido extrajudicialmente.

Nessa perspectiva, não se pode perder de vista que em hipóteses de necessária judicialização do conflito coletivo, a observância do contraditório qualificará a carga probatória da prova produzida em sede de inquérito civil, primando, pois, em via reflexa, pelos princípios da duração razoável do processo e economia processual<sup>410411</sup>.

De outro flanco, a assimilação do contraditório pelo inquérito civil pode redundar, ainda, em incontestante democratização do acesso à prova pelos demais colegitimados inseridos no microsistema da tutela coletiva, máxime as associações.

Partindo de um recorte específico europeu, com o tracejar de uma evolução que se inicia no século XIX, Cappelletti<sup>412</sup> diagnostica a proliferação e empoderamento das ditas

<sup>408</sup> SALLES, Carlos Alberto de. “Processo: Procedimento Dotado de Normatividade”. cit, p. 211.

<sup>409</sup> A feição desjudicializada, democrática e resolutive do inquérito civil se perfaz atualmente com a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta, bem como por meio da expedição de Recomendações e promoção de Audiências Públicas, estas duas últimas categorias inseridas na função de *ombudsman* desempenhada pelo *parquet*, na trilha do art. 127, *caput* c/c art. 129, inciso II, ambos da CRFB/88. v. GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>410</sup> Segundo o autor “seria um manifesto equívoco imaginar-se que somente as provas produzidas em Juízo podem ser valoradas pelo juiz no caso concreto, existindo outros requisitos muito mais importantes na produção da prova que a participação do juiz. O respeito ao contraditório é certamente o maior deles, devendo a prova ter uma maior carga probatória conforme mais respeito tenha sido concedido a tal princípio no caso concreto, independentemente do responsável pela condução da produção probatória. Em nosso entendimento quanto mais público tiver sido o inquérito civil e maior tiver sido a participação do investigado, maior credibilidade a prova terá diante do juiz da ação civil pública, aumentando assim sua carga probatória no convencimento do magistrado”. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória sui generis*. MAZZEI, Rodrigo. NOLASCO, Rita Dias (orgs.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 143).

<sup>411</sup> Como exemplo, a disposição normativa inserta no art. 427, do Código de Processo Civil, in verbis: “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”.

<sup>412</sup> Na dicção do Mestre de Florença, “o início da superação da aversão contra os corpos intermediários se tem já no século em curso, especialmente com o reforço do movimento sindical operário. O indivíduo isolado tenta ainda uma vez unir-se – desta vez para ‘romper a cadeia’ de sua debilidade diante do poder industrial. Na França, por exemplo, a partir de 1884, a legitimidade dos sindicatos dos trabalhadores era claramente

sociedades intermédias, envoltas em um contexto de massificação e coletivização dos direitos, marcado pelo constante embate com os detentores do poder econômico.

O Ministério Público, na gradativa e custosa construção da democracia brasileira, se insere em um abismo onde jaz em sepulcro o associativismo brasileiro. A ausência de fruição de direitos básicos sintetizados sob a epígrafe da dignidade humana conduz a esse estado quase que letárgico da maioria da população brasileira.

Nesse passo, o *parquet*, na nevrálgica posição de guardião do regime democrático, se vê instado pelo próprio corpo social a ocupar espaços que nos países centrais do neoliberalismo são comumente preenchidos pelos grupos intermediários<sup>413</sup>.

Essa é a inarredável conformação histórica que dá o tom do cotidiano brasileiro, decorrente da democratização tardia e de inúmeros outros fatores que escapam ao limitado objeto deste breve escrito. Fato é que no tecido social pátrio a quantidade de associações verdadeiramente representativas é ínfima, de modo que os subjacentes interesses coletivos acabam por vezes carentes da devida tutela protetiva, seja extra ou judicialmente.

Desta feita, a observância do contraditório e a efetiva participação de todos os envolvidos naquele determinado conflito coletivo no espaço do inquérito civil podem servir de embrião para que se cogite da utilização de provas emprestadas pelas associações representativas na tutela dos interesses afetos aos respectivos grupos, de modo a iniciar a superação do déficit democrático ora delineado.

É de observar, ainda, que a celebração de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), verdadeiramente ordenado ao desmanche do conflito coletivo, pressupõe a irradiação de um contraditório mínimo.

A valorização do inquérito civil se vocaciona, pois, a concretizar um acesso à justiça verdadeiramente democrático (acesso à ordem jurídica justa), inspirado pela tessitura constitucional<sup>414</sup>.

---

reconhecida. Mas foi apenas em tempo mais recente que novas ‘sociedades intermediárias’ começaram a emergir e proliferar. Novos grupos, novas categorias e classes individuais sabedoras de sua comunhão de interesses e necessidades, como, também, do fato de que somente unindo-se podiam superar sua debilidade, começaram a unir-se, para protegerem-se contra os novos despotismos de nossa época; a tirania da maioria; a opressão da moderna corporate society; o relaxamento ou a corrupção dos burocratas; o cego egoísmo dos poluidores (...).” (CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. Revista de Processo. 1977, p. 11).

<sup>413</sup> Na Alemanha, por exemplo, conforme notícia MENDES, a defesa judicial dos interesses coletivos, em sentido amplo, é realizada basicamente por meio das denominadas ações associativas, as *Verbandsklagen*. (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 111.

<sup>414</sup> NUNES, Dierle. NUNES, Dierle. “Uma Breve Provocação aos Processualistas: O Processualismo Constitucional Democrático”.cit., p. 218-237.

Retomando o acima aduzido, a natureza multifacetada e transindividual dos interesses contrapostos em conflitos coletivos indica com mais vigor a efetivação de soluções desjudicializadas e consensuais..

Portanto, em um panorama de necessária reconstrução democrática do processo<sup>415</sup>, deve o Ministério Público, em conformidade com a sua genética vanguardista, atuar como agente catalisador, permitindo que as mais distintas vozes envolvidas naquele determinado conflito (coletivo) sejam ouvidas e contribuam eficazmente para a construção dialética do consenso.

O *parquet* que se quer moderno, resolutivo e pautado pelos valores constitucionais não deve prescindir da alteridade democrática para a consecução de seu múnus estabelecido pelo Constituinte Originário.

Nessa senda, a partir da inspiração constitucional, mister a superação de paradigmas que reduzem a participação do cidadão nos procedimentos decisórios estatais.

Segundo Tupinambá<sup>416</sup>, “a constitucionalização do Direito Processual tem desafogado a angústia de um limitado entendimento jurídico que se mostra atolado e inútil para relações alargadas que se espriam em diferentes tipos de possibilidades e cenários, autorizando novas perspectivas de participação no processo”.

O alargamento aludido se intensifica na hipótese, vez que os direitos transindividuais não obedecem à lógica linear dos litígios bipolares.

Conforme alerta Mendes<sup>417</sup>, “o rompimento com a visão tradicional esbarraria em dificuldades de ordem política, em razão das forças retrógradas, e de ordem psicológica, pois, como dizia Bertrand Russel, é muito mais fácil conservar do que inovar, pois requer muito menos esforço de imaginação, de ânimo e de inteligência”.

Os direitos transindividuais escapam, pois, à *ratio* liberal-individualista e se mostram imprescindíveis à sobrevivência da sociedade contemporânea. Os também denominados

---

<sup>415</sup> Deitando raízes em SILVA (SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004), ABREU destaca que “muitas vezes as normas processuais não expressam valores democráticos, frustrando o compromisso constitucional de se construir uma sociedade justa e fraterna, calcada no amplo acesso à justiça e no aperfeiçoamento do sistema judicial, para tão somente atender à agenda administrativa ou aos interesses do eventual inquilino do poder. Recorda que o legislador deve direcionar-se para o aprimoramento do sistema judiciário, recusando inovações tendentes a atender exclusivamente a projetos político-econômicos governamentais em dissonância com os valores jurídicos superiores” *Op. cit.*, p. 378-379.

<sup>416</sup> TUPINAMBÁ, Carolina. “Novas tendências de participação processual – O *amicus curiae* no anteprojeto do novo CPC”. In: *O Novo Processo Civil Brasileiro. Direito em Expectativa. Reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil*. coord. Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 105-140.

<sup>417</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Op. cit.* p. 33.

novos direitos (difusos, coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos) dizem respeito a setores, grupos, classes e coletividades inteiras.

Com seu histórico pioneirismo, o Mestre de Florença<sup>418</sup> já em 1977 diagnosticava a ascensão cultural-normativa dos direitos metaindividuais, pontuando que, à época, as Constituições democráticas modernas, assim como as Declarações de Internacionais já ostentavam em seu texto previsões de tutela protetiva de tais direitos.

Nessa esteira, a nota marcante dos direitos e interesses transindividuais é a conflituosidade interna entre os próprios grupos envolvidos.

Tal natural e legítima colidência encontra em Mazzilli<sup>419</sup> a denominação de interesses macrossociais.

Nesse ritmo argumentativo, o subjacente pluralismo ínsito às contendas coletivas impõe uma maior amplitude dialética à procedimentalização do inquérito civil, premissa básica a possibilitar a construção do consenso desjudicializado.

Frise-se, nesse particular, que o influxo do contraditório participativo para o espaço do inquérito civil mira de imediato possibilitar a solução dos conflitos pelas partes fora da esfera judicial.

E, sob o prisma mediato, contribuir para a modificação da cultura judiciária brasileira de judicialização compulsiva dos litígios.

Ademais, permite um maior aprofundamento probatório, no que toca à efetiva comprovação do cometimento de lesão ou ameaça de lesão a qualquer interesse metaindividual, propiciando, como já destacado linhas acima, uma melhor preparação do processo, caso venha a ser instaurado.

Destarte, a abertura das plúrimas subjetividades à multiplicidade das subjetividades<sup>420</sup> em tensão dentro da moldura de determinado conflito coletivo pode conduzir à paulatina construção de uma cooperação ética entre as partes envolvidas.

---

<sup>418</sup> Na esteira de Cappelletti, “os direitos e os deveres não se apresentam mais, como nos Códigos Tradicionais, de inspiração individualística-liberal, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas meta-individuais e coletivos. Este fenômeno, timidamente e esporadicamente aparecido em primeiro lugar em certas legislações especiais – sobretudo a partir das primeiras leis especiais em matéria de relações de trabalho até o fim do século em curso – se esteve generalizando a tal ponto que não há, hoje, nem Constituição democrática moderna, nem declaração internacional dos direitos do homem que o insira, no capítulo das liberdades fundamentais, direitos e deveres ‘sociais’ e ‘coletivos’, uma vez ignorados ou descuidados”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 128).

<sup>419</sup> MAZZILI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 51.

<sup>420</sup> MENDES, Alexandre Fabiano. *A atualidade do comunismo. A produção do comum no pensamento político de Toni Negri*. Revista Direito e Práxis, v. 3, n. 4, p. 2-25, 2012.

Como observa Salles<sup>421</sup>, a conceituação discutida promove uma abertura, permitindo conceituar o fenômeno processual para além dos limites da jurisdição estatal e, muito especificamente, com aplicação ao domínio administrativo, ao qual expressamente remete.

Sem embargo, curial transportar para a arena pré-processual *sub examen* as percucientes e vanguardistas ideias externadas por Cabral<sup>422</sup>, a partir das quais se pode inferir a dificuldade prática no estabelecimento de ajustes consensuais em conflitos coletivos envolvendo o Estado.

Na linha de tal pragmático diagnóstico, inúmeros órgãos estatais, quando posicionados no polo passivo de um procedimento pré-processual ou já em sede judicial, recusam-se a atuar em conjunto com o autor ou mesmo reconhecer o acerto de seus argumentos.

Segundo Cabral, tais órgãos sentem-se ‘obrigados’ a defender o ato impugnado pelo tão só fato de figurarem como réus. De outro lado, parte da jurisprudência afirma, em hipóteses diversas, que um determinado sujeito, quando figura em tal tipo de ação, ‘somente pode ser réu’ ou ‘sempre atua como assistente litisconsorcial do autor’.

A radiografia em exame é corolária de uma concepção procedimental arcaica e estática, a qual não se coaduna com os ditames constitucionais que hoje informam o processo, bem como e, fundamentalmente, com a natureza múltipla (e conflituosa internamente) dos direitos metaindividuais.

Nessa ordem de convicções, em sede de inquérito civil, a pecha de investigado coloca a respectiva parte em uma espécie de quadro mental paranoico<sup>423</sup>, onde não se revela como possível a assunção de qualquer outro comportamento que não o de se defender.

Tal constatação é sintomática e redundante em incontestável empobrecimento funcional do inquérito civil, vez que transformando-o em mero instrumento para o exercício futuro da ação

---

<sup>421</sup> Carlos Alberto de Salles ao assentar que inexistente qualquer razão para manter uma clausura epistemológica em torno do processo judicial bem diagnóstica que “inegável a constatação de o processo não se restringir ao modo judicial de solução de controvérsias. A tomada de decisão, mediante determinadas condições, significativas de um modo específico de decidir, é traço presente também em procedimentos adjudicatórios privados, da Administração Pública e até mesmo do Legislativo. Diante da evidente equivalência de características definidoras do que venha a ser processo, não há qualquer razão para manter uma clausura epistemológica em torno do processo judicial. Por certo, com a identificação das especificidades de cada área, seus valores, objetivos e modos de atuação, justifica-se o estudo do processo ou da processualidade como fenômeno geral, de maneira a propiciar a comparação de diferenças e a assimilação de qualidades recíprocas, bem no espírito de uma Teoria Geral do Processo”. (SALLES, Carlos Alberto de. “Processo: Procedimento Dotado de Normatividade”. cit, p. 211).

<sup>422</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Despolarização do processo e ‘zonas de interesse’: sobre a migração entre polos da demanda*. Revista Forense, v.404, p.3-42, 2009.

<sup>423</sup> CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2003.

civil pública, fomenta-se, em decorrência, a vetusta visão de necessária judicialização do conflito coletivo.

Por esses e outros fundamentos, exsurge como salutar a possibilidade de se introjetar no bojo do inquérito civil a efetivação de práticas mediativas e restaurativas, palco facilitador da atividade interlocutório-discursiva das partes<sup>424</sup>, com vistas à real consecução da democracia participativa.

Os referidos métodos são vocacionados a restabelecer o canal perdido de comunicação entre os membros do corpo social, no afã do estabelecimento de soluções pacíficas para seus conflitos.

E, nesse particular, não se pode olvidar que o estabelecimento de uma comparticipação discursiva no bojo do inquérito civil lhe confere a imprescindível nota da legitimidade democrática, vez que o promotor de justiça, assim como o juiz, dada a dificuldade contramajoritária que lhes caracteriza, possuem as respectivas funções justificadas axiologicamente sob o pálio da concretização dos direitos fundamentais plasmados na Carta Constitucional.

Descortina-se como imperioso asseverar que a propugnada flexibilização discursiva do inquérito civil não obsta o exercício de qualquer função institucional conferida ao *parquet* no recorte constitucional de atribuições.

Muito pelo contrário!

Potencializa o agir ministerial e o emancipa de uma necessária vinculação com o Poder Judiciário, conferindo-lhe indubitável estribo democrático<sup>425</sup>.

Ademais, mister grifar que o processo/procedimento, centro nuclear de promanação de decisões estatais (cfr. capítulo 6), deve ser encarado como uma garantia contra o exercício ilegítimo de poderes públicos e privados em todos os campos (jurisdicional, administrativo,

---

<sup>424</sup> Segundo Lon Fuller: “the mediation has the capacity to reorient the parties towards each other, not by imposing rules on them, but by helping them to achieve a new and shared perception of their relationship, a perception that will redirect their attitudes and dispositions toward one another”. (FULLER, Lon. *Mediation. Its forms and Functions*. CAL. L. REV. vol. 305, 1971).

<sup>425</sup> Sob o viés eminentemente pragmático, a visão ora externada, ainda tem o condão de rechaçar teses minoritárias que sinalizam a carência da ação por ausência de pressuposto processual de validade, quando demandas coletivas forem propostas lastreadas unicamente em conteúdo probatório colhido sem a observância do contraditório. Cfr. TUCCI, Rogério Lauria. “Ação Civil Pública: Falta de legitimidade e de interesse do Ministério Público”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1997, nº 745, p.83-84. Fora isso, permite um incremento do valor probante das provas produzidas em sede de inquérito civil, de modo a permitir a revisão de entendimentos pretorianos consolidados no âmbito dos Tribunais Superiores no sentido de que tais elementos probatórios são meramente indiciários.



legislativo), com o fito de controlar os provimentos dos agentes políticos e garantir a legitimidade discursiva e democrática de tais decisões<sup>426427</sup>.

A participação procedimental, portanto, encerra o exercício de um direito fundamental concretizador da democracia participativa, pilar do Estado Democrático de Direito. Daí a importância de o procedimento observar, ainda que minimamente, considerando a confluência de outros direitos fundamentais em seu bojo, o vetor constitucional do contraditório participativo.

Em igual sentido, fundamentalmente em conflitos de índole coletiva, a boa-fé, a lealdade e a alteridade<sup>428</sup> devem permear a conduta das partes, tudo com vistas à construção do direito vivo no espaço desjudicializado do inquérito civil.

Essa conduta cooperativa (cfr. item 7.1) adquire realce ainda maior nos conflitos transindividuais envolvendo a Administração Pública, uma vez que jungida pelos vetores plasmados no art. 37, *caput*, da Constituição da República, bem como considerando a legitimação concorrente e disjuntiva prevista no art. 5º, da Lei nº 7.347/85, deve atuar ao encontro da concretização do interesse público primário.

Mais uma vez transportando as lições de Cabral<sup>429</sup> para a fase pré-processual, tem-se que “nestas ações, o interesse geral na boa gestão pública, na legalidade, na moralidade administrativa, exige uma postura processual que possa ser convencida imparcialmente, com neutralidade, sem comprometimento necessário com um interesse material que não a mais eficiente realização do interesse público”.

De outro vértice, a denominada comunidade de trabalho<sup>430</sup> (*Arbeitsgemeinschaft*) pode encontrar na mediação (e em outras práticas restaurativas) arena adequada para a resolução consensual de conflitos coletivos, tudo estribado na cooperação e, repise-se, no espaço institucional do inquérito civil.

---

<sup>426</sup> MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Op. cit.*, p. 195,

<sup>427</sup> No mesmo sentido, Salles pontua que “o processo passa a colocar-se, portanto, de maneira mais ampla, como mecanismo de regulação do exercício do poder em geral, não apenas do jurisdicional, mas também daquele existente em outras esferas de poder atuantes ou presentes na sociedade, mesmo que estritamente privadas”. (SALLES, Carlos Alberto de. “Processo: Procedimento Dotado de Normatividade”. cit., p. 214).

<sup>428</sup> PROUDHON vislumbra a justiça sob a ótica da reciprocidade – como a faculdade de reconhecer, em nós mesmos e no outro, uma idêntica dignidade. (PROUDHON, Pierre-Joseph. “La justice dans La Révolution et dans l’Église”. In: *Corpus des oeuvres de philosophie de langue française*. Paris: Fayard, 1998. *apud* ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. Vol.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 360).

<sup>429</sup> CABRAL, Antonio do Passo Cabral. *Despolarização do processo e ‘zonas de interesse’: sobre a migração entre polos da demanda*. cit., p. 3-42.

<sup>430</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 213.

Sem perder de vista a essência naturalística do inquérito civil (procedimento eminentemente probatório sem o requisito do perigo da demora<sup>431</sup>), o princípio da cooperação pode permitir que os envolvidos em um dado conflito coletivo obtenham o quanto antes, mediante a troca direta de informações e provas, a real e global noção de extensão da contenda (cfr. item 7.2).

Nesse viés, a adequada produção probatória em sede de inquérito civil<sup>432</sup>, permeada pela efetiva participação e respeito ao contraditório, pode antecipar a solução de composições pelos próprios interessados e, ainda, evitar a judicialização de demandas infundadas.

Com efeito, os elementos probatórios colhidos em sede de inquérito civil podem e devem servir de meio para a obtenção de soluções não adjudicadas de conflitos coletivos.

Registre-se, ainda, que a efetiva colaboração entre as partes em um espaço extrajudicial, despidas de toda sorte de máscaras, cada qual disposta a assumir livre e responsabilmente posições legítimas e consentâneas à concretização de direitos fundamentais<sup>433</sup>, pode levar o inquérito civil a novas fronteiras.

Tais fronteiras, vale dizer, já foram conquistadas por alguns países.

Nesse particular, sob a ótica da tutela coletiva no direito comparado, a experiência dos *pre-actions protocols* ingleses e dos *protocoll* italianos adquire intenso realce.

Os referidos institutos têm demonstrado que a celebração de acordos desjudicializados entre entidades que detêm adequada representatividade de grupos sociais ou

---

<sup>431</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, passim.

<sup>432</sup> O Anteprojeto de Lei (sobre a reforma do direito probatório) resultante das pesquisas envidadas pelos mestrandos e doutorandos inscritos na disciplina “Observatório das Reformas Processuais”, ministrada pelo Prof. Dr. Leonardo Greco no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, aponta na direção democrática delineada neste breve escrito. Especificamente ao disciplinar o procedimento probatório extrajudicial e sua aplicabilidade normativa ao inquérito civil, estabelece em seu art. 29, §3º que: “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. §3º. 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”.

<sup>433</sup> Em passagem inesquecível, HABERMAS rememora que: “a justificação da existência do Estado não se encontra primariamente na proteção de direitos subjetivos privados iguais, mas sim na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade políticas em que cidadãos livres e iguais se entendem acerca de que fins e normas correspondem ao interesse comum de todos. Dessa forma espera-se dos cidadãos republicanos muito mais do que meramente orientarem-se por seus interesses privados. (HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. Lua Nova, v. 36, p. 39-53, 1995).

categorias cumpre importante papel na efetiva tutela dos respectivos interesses transindividuais<sup>434</sup>.

A experiência britânica no que concerne aos *pre- actions protocols* se encontra delineada pelas *Civil Procedure Rules*, produto do paradigmático Relatório elaborado pelo Magistrado Lord Woolf<sup>435</sup>.

O modelo inglês dos *pre-actions protocols*<sup>436</sup> é de natureza vinculativa e compulsória, funcionando como verdadeiro ônus a ser cumprido pelas partes para a redução da quantidade de processos, por meio de soluções consensuais, ou para melhorar a qualidade destes, através do incremento qualitativo da cognição<sup>437</sup>.

A efetiva participação democrática observada em tais protocolos pode servir de espelho para a refundação do inquérito civil como espaço adequado para a construção da solução consensual dos conflitos pelas próprias partes envolvidas.

As convenções coletivas<sup>438</sup> em comento possuem um espaço discursivo mais amplo, de modo a propiciar que as partes inseridas em um conflito coletivo possam definir regras mínimas direcionadas a evitar a judicialização ou, informadas pelo espírito cooperativo, estabeleçam convencionalmente prévias normas aptas a facilitar o deslinde da lide na seara judicial.

A Itália, por seu turno, caminha de forma salutar na mesma direção, de modo a se inferir no cenário globalizado uma interpenetração entre os sistemas de *civil law* e *common law*.

---

<sup>434</sup> Na Inglaterra: “The CPR (1998) system introduced a set of ‘pre-action protocols’ which prescribe ‘obligations’ which the the prospective parties and their legal representatives must satisfy before commencing formal proceedings. (...) Pre-action protocols are intended to promote efficient exchange of information between the prospective parties, including pre-action disclosure of ‘essential’ documents held by each side.” (ANDREWS, Neil. *The Three Paths of Justice – Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England*, ed. Springer, London, 2012, p.64).

<sup>435</sup> WOOLF, Harry. *Civil justice in the United Kingdom*. The American Journal of Comparative Law, p. 709-736, 1997.

<sup>436</sup> Conforme anota Susana Amaral Silveira “os protocolos vieram no bojo de um conjunto de mudanças que tiveram por objetivo, dentre outros, criar uma cultura de cooperação entre as partes, incentivando a comunicação e a troca de informações e documentos entre elas desde cedo, estimulando, por exemplo, a contratação conjunta de um perito antes mesmo de iniciada a ação, de modo que o acordo informado fosse facilitado e o Judiciário passasse a ser visto como o último recurso dos cidadãos, em vez de ser o primeiro”. (SILVEIRA, Susana Amaral. *Op. cit.*, p. 20-21).

<sup>437</sup> ARAUJO. José Aurélio de. *Op. cit.*, p. 79.

<sup>438</sup> Nesse sentido, Araújo afirma que “as instituições públicas, como os tribunais, a Ordem dos Advogados, o Ministério Público e a Defensoria Pública são exortados a se transformarem em catalizadores da celebração dessas convenções, contribuindo para a criação de uma rede de compromissos entranhada nos diversos grupos que compõem a sociedade civil, para que eventuais divergências entre seus integrantes sejam resolvidas por mecanismos consensuais, o que contribuirá positivamente para a harmonização dos interesses em conflito e a consequente paz social”. (Idem, *Ibidem*, p. 78).

A questão cultural, nesse particular, adquire inequívoca relevância, uma vez que, ao contrário do que ocorre no Brasil, percebe-se no direito europeu uma verdadeira cooperação entre grupos comumente colocados em lados opostos na arena judicial, mas que há muito já internalizaram a primordial função a ser desempenhada no enfrentamento da explosão da litigiosidade, máxime aquela caracterizada pelos conflitos massificados (e coletivos).

Dito isso, os *protocolli* peninsulares atuam em espaços carentes de normatização pela lei processual italiana (assim como sói ocorrer com o inquérito civil brasileiro), de modo que esses *gaps* normativos são preenchidos por normas persuasivas e incentivadoras de práticas forenses virtuosas, procedimentais ou meramente organizacionais, criadas em conjunto pelos grupos envolvidos<sup>439</sup>.

Em suma, há um esforço coletivo e colaborativo no que pertine à adoção de boas práticas, precipuamente destinadas à solução consensual e desjudicializadas dos conflitos metaindividuais, dando concretude, pois, ao princípio democrático.

Ao fim deste subtópico, colhe-se a edificação de ideias destinadas a potencializar a função do inquérito civil no cenário neoprocessual hoje vivenciado, propugnando uma maior abertura dialética de sua procedimentalização, com vistas eminentemente a contribuir para a gradativa construção de uma cultura nacional menos demandista, bem como visando conferir-lhe o necessário substrato democrático.

Os valores democráticos erigidos como esteio do sistema constitucional devem nortear a racionalidade normativa pela qual se orienta o modo de produção de decisões estatais na pós-modernidade.

Nos subjacentes limites temáticos, buscou-se asseverar que a comparticipação discursiva no bojo do inquérito civil lhe confere a imprescindível nota da legitimidade democrática, além de dialogar com a dificuldade contramajoritária ínsita ao exercício das funções ministeriais.

Assim, a sugerida flexibilização discursiva do inquérito civil adéqua o exercício das funções institucionais pelo Ministério Público à cogente normatividade constitucional, além de emancipá-lo de uma necessária vinculação com o Poder Judiciário.

Nessa toada, o inquérito civil deve se conformar procedimentalmente aos plurais valores constitucionais, permitindo e fomentando uma real participação dos envolvidos nos subjacentes conflitos coletivos, através do contraditório e do princípio da cooperação.

---

<sup>439</sup> ARAUJO. José Aurélio de. *Op. cit.*, p. 78.

No mesmo diapasão, demonstrou-se que a instituição de um modelo cooperativo em um espaço extrajudicial, possibilitando que as subjetividades se dispam de toda sorte de máscaras, cada qual disposta a assumir livre e responsavelmente posições legítimas e consentâneas à concretização de direitos fundamentais, pode levar o inquérito civil a novas fronteiras.

*Last but not least*, desenhou-se brevemente que boas práticas adotadas majoritariamente na Inglaterra e na Itália têm contribuído para a consolidação de uma fecunda cultura direcionada à construção de solução consensuais de conflitos coletivos pelo próprio corpo social.

A par de todo o exposto, uma péssima notícia aparece no horizonte legislativo, qual seja, a tramitação no Senado do PLS 233/2015, de autoria do Senador Blairo Maggi.

O referido projeto de lei dispõe sobre o inquérito civil, sobre procedimentos administrativos correlatos a cargo do Ministério Público para a colheita de provas e sobre as peças de informações, previstos na Constituição Federal, art. 129, incisos III e VI, e na Lei Complementar nº 75 de 20 de maio de 1993, arts. 6º, inciso VIII, e 8º.

Em suma, tenciona a regulamentação da instauração e da tramitação do inquérito civil no âmbito dos Ministérios Públicos da União e dos Estados, bem como a requisição e o recebimento de documentos e informações para instruir outros procedimentos administrativos de sua competência.

A regulamentação do inquérito civil em si não apresenta qualquer conteúdo deletério. Muito pelo contrário.

Porém, aprisionar o inquérito civil em um vetusto arquétipo e condená-lo a um instrumento de mera colheita de provas e informações a subsidiarem eventual ação civil pública, como faz o indigitado projeto de lei, decididamente presta um desserviço à sociedade.

Conforme se demonstrou à exaustão, o inquérito civil não é nem pode ser uma mera colheita de substrato probatório para a propositura de ulterior ação civil pública.

Tal projeto, dentre tantos, só evidencia um Parlamento sem agenda, que atende a interesses de ocasião, sem uma cautela com uma completude e adequação sistêmicas.

Por derradeiro, não se pode deixar de mencionar, ainda, a aprovação da Lei nº 13.245/16, em 12 de janeiro de 2016, a qual alterando o art. 7º, da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB), possibilitou a introjeção do contraditório em procedimentos administrativos ditos inquisitoriais.

A par da polêmica gerada pela aprovação do novel diploma, muito mais afeta, sem dúvida, ao campo processual penal, em razão da possibilidade de se franquear limitadamente o acesso aos autos do inquérito policial aos advogados, fato é que a referida lei caminha por uma estrada que o ordenamento brasileiro parece ter pavimentado nos últimos 20 anos.

Essa estrada a que me refiro atende pelo nome de consensualidade no campo do Direito Público.

Historiando o percurso legislativo de 1992 até hoje, Cabral<sup>440</sup> bem conclui que parece ser irreversível a tendência de introjeção do consenso no campo do direito público, desconstruindo mitos, máxime o da indisponibilidade do interesse público<sup>441</sup>.

## 6. PROCESSO E PROCEDIMENTO. UMA APROXIMAÇÃO SEMÂNTICO-NORMATIVA

### 6.1. Ampla Processualidade<sup>442</sup>

Na perspectiva que ora se propõe, apresenta-se uma premissa basilar, qual seja, o processo/procedimento se perfaz em método de produção de normas jurídicas.

Nesse sentido, conforme bem assevera Didier Jr.<sup>443</sup>, o poder de criação de normas (poder normativo) somente pode ser exercido processualmente.

Assim, fala-se em processo legislativo, processo administrativo, processo jurisdicional e, ainda, o processo negocial, método de criação de normas jurídicas pelo exercício da autonomia privada.

Todas essas espécies de processo devem seguir o modelo tracejado no texto fundamental, que consagra o devido processo legal, com todos os seus corolários. Em outras

---

<sup>440</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais*. In: Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V.1. Negócios Processuais: Salvador, Ed. Juspodivm, 2015, pp. 541-557.

<sup>441</sup> Sobre o tema, BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo, v. 239, p. 1-32, 2005.

<sup>442</sup> Acerca da ampla processualidade, Didier Jr. esclarece que “sucede que, atualmente, é muito rara, talvez inexistente, a possibilidade de atuação estatal (ou privada, no exercício de um poder normativo) que não seja “processual”; ou seja, que não se realize por meio de um procedimento em contraditório. Cogita-se, então, um direito fundamental à processualização dos procedimentos: “que sustenta a processualização de âmbitos ou atividades estatais ou privadas que, até então, não eram entendidas como susceptíveis de se desenvolverem processualmente, desprendendo-se tanto da atividade jurisdicional, como da existência de litígio, acusação ou mesmo risco de privação da liberdade ou dos bens” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento...*, cit., p. 30).

<sup>443</sup> Idem, *Ibidem*.

palavras, a definição do conteúdo eficaz da relação jurídica-processual somente se perfaz a partir da observância do modelo de processo estabelecido na Constituição.

A ideia da ampla processualidade é concebida sob a influência das lições de Fazzalari<sup>444</sup>, o qual expande o espectro semântico-normativo do processo, aproximando esse conceito daquele de procedimento, valorizando o contraditório participativo e permitindo sua extensão a outros processos decisórios estatais (a análise fazzalariana se restringe ao âmbito estatal, o que, por óbvio, não retira a possibilidade de aplicação dos fundamentos de sua teoria ao campo não estatal).

Fazzalari concebe, pois, o procedimento como um gênero, de que o processo seria uma espécie. Neste sentido, segundo a concepção fazzalariana, processo é o procedimento estruturado em contraditório<sup>445</sup>.

Não mais se justifica, pois, o aprisionamento metodológico e epistêmico do fenômeno da processualidade às amarras da função jurisdicional.

Dissecando o tema, Medauar<sup>446</sup> anota e historia com precisão o entendimento que grassava majoritariamente entre os processualistas, qual seja, de uma processualidade restrita à função jurisdicional.

Conforme explica a eminente administrativista, tal entendimento de funda, principalmente, na própria antecedência histórica dos estudos e aplicação dos temas fundamentais do processo, sempre referenciado ao arquétipo jurisdicional.

Essa precedência, portanto, explica muito o enraizamento cultural da ideia de processo circunscrito aos limites exclusivamente jurisdicionais. Ademais, a concepção privatista do processo, reinante até meados do século XIX também militava nesse sentido.

---

<sup>444</sup> O eminente doutrinador italiano Elio Fazzalari bem explicita que: “se, em primeira aproximação, indicamos como ‘provimento’ os atos com os quais os órgãos do Estado (os órgãos que legislam, aqueles que governam em sentido lato, aqueles que prestam justiça e assim por diante) emanam, cada qual no âmbito de sua própria competência, disposições imperativas, e como ‘procedimento’ a sequência de atividades que precede o provimento, o prepara, e com ele se conclui, se acolhemos essa primeira sumária noção, estamos no ponto de constatar que, em regra, o provimento de um órgão do Estado constitui, exatamente, a conclusão de um procedimento, o ato final desse mesmo procedimento: no sentido de que a lei não reconhece ao provimento validade e/ou eficácia se esse não é, entre outros, precedido da série de atividades preparatórias estabelecida pela própria lei. Se, pois, ao procedimento de formação do provimento, às atividades preparatórias através das quais se verifica o pressuposto do provimento mesmo, são os ‘interessados’ ainda chamados a participar em contraditório, em uma ou mais fases, atingimos a essência do ‘processo’: que é, exatamente, um procedimento do qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre eles, os ‘interessados’, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato”. (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*, Pádua, CEDAM, 1994, traduzido do original, p. 75).

<sup>445</sup> FAZZALARI, Elio. *Processo. Teoria generale*, cit., p. 1.072. No Brasil, por todos GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 68-69 e 102-132 e NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 207.

<sup>446</sup> MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.12-13.

E, por último, mas não menos importante, a excessiva preocupação com a afirmação científica do direito processual, enquanto monumento eminentemente tecnicista, o que certamente inibiu o diálogo para com esquemas de atuação de outros poderes estatais.

Pois bem.

Vale dizer que as ideias lançadas por Fazzalari modificaram toda a estrutura do processo, idearia desde os pandectas, baseada no direito de ação e no processo entendido como relação jurídica.

Destarte, delineia-se a aproximação da conceituação (semântico-normativa) entre processo e procedimento, como instrumentos decisórios estatais, em cujo bojo a participação dos cidadãos desempenha relevante papel de controle e justificação.

Afasta-se, em consequência, uma compreensão linear no sentido de que o procedimento apenas se apresenta como aspecto formal do processo. Fomenta-se, pois, a edificação de uma processualidade verdadeiramente ampla, com espectros de incidência a qualquer sorte de provimentos decisórios, sejam eles estatais ou não-estatais.

E, independentemente, da instância (estatal ou não estatal – vinculação à eficácia horizontal dos direitos fundamentais<sup>447</sup>) de seu processamento, a estrita observância do devido processo legal (formal e substancial<sup>448</sup>) se afigura em condição da realização do próprio procedimento.

Nessa mesma linha, comunga-se da tese proposta por Salles<sup>449</sup>, a qual, na esteira das lições fazzalarianas, propugna uma conceituação ampla de processo como *procedimento decisório dotado de normatividade*, de modo a reconhecer como obrigatória sua presença em

---

<sup>447</sup> SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-302.

<sup>448</sup> Nos dizeres de Comoglio, “a passagem da noção de um devido processo legal para a de um processo democrático teria ocorrido para atribuir a essa garantia fundamental uma concepção não meramente formal, mas sim substancial. com tal acréscimo, o instituto acolhido entre as garantias fundamentais teria assumido, além do encargo de atribuir categórica efetividade aos meios e formas de tutela obteníveis juntos à justiça estatal, o compromisso com os valores de correção, equidade e justiça procedimental” (COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia. *Revista de Processo*, v. 116, p. 158, jul.-ago.2004.).

<sup>449</sup> O destacado Professor Paulista e ex-membro do Ministério Público destaca que: “Por outro lado, é necessário ir ainda um pouco mais longe: afirmar a precedência, em algumas circunstâncias, das formas consensuais de solução de controvérsias em relação àquelas adjudicatórias. As partes, ao resolverem consensualmente uma disputa pendente entre elas, podem chegar a uma solução melhor que aquela que seria adjudicada por um juiz ou árbitro. A esse propósito, cresce a consciência quanto aos predicados das soluções de consenso. Elas são menos disruptivas das relações entre as partes, podem ser alcançadas com maior imediatidade, são menos custosas para os interessados e para o sistema judicial, além de permitirem abranger a integralidade do conflito, isto é, o conjunto de controvérsias pendentes entre as partes – não apenas aquela levada a juízo. O reconhecimento do valor das soluções consensuais ocorre mesmo diante da constatação de que, em situações determinadas, elas podem produzir resultados indesejáveis”. (SALLES, Carlos Alberto de. “Processo: Procedimento Dotado de Normatividade”. In: *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, Presente e Futuro*. Orgs. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. Malheiros Editores, 2013).



outros campos (para além do judicial), onde o exercício do poder precise ser submetido a procedimentos significativos de valores determinados.

O processo é encarado, portanto, como instrumento<sup>450</sup> de regulação de qualquer espécie de poder decisório, ainda que a decisão seja produto do consenso formado entre as partes (descarta-se aqui toda e qualquer concepção instrumentalista que vê no processo o meio – instrumento – para alcançar os fins – objetivos – do Estado).

Alarga-se, pois, imensamente o espectro de incidência do fenómeno processual, não se esgotando na mera atividade adjudicatória, relacionada à solução de controvérsias, comumente desenvolvida na arena judiciária, para se espriar a uma variadíssima gama de possibilidades, tanto no espaço estritamente estatal como para além de *loci* marcados pelas notas de estatalidade.

Interessante notar, sob tal aspecto, que os próprios Cintra, Grinover e Dinamarco atestam que inexistente qualquer razão para manter uma clausura epistemológica em torno do processo<sup>451</sup> judicial.

Propõe-se, pois, a ampliar a concepção de processo justo para outros centros de processamento dos direitos e realização constitucional.

Cuida-se da processualidade ampla, assegurada, não obstante, também em outras esferas. Afinal, verificando, por um lado, o esgotamento da exclusividade estatal na aplicação

---

<sup>450</sup> Neste ponto, é de se ressaltar que a utilização do vocábulo “instrumento” foi proposital justamente para externar a divergência com a concepção instrumental de processo propugnada por Dinamarco em sua clássica obra “A Instrumentalidade do Processo”. Concorde-se, nesse particular, com a posição sufragada por Calmon de Passos, o qual desconstrói com precisão a *data maxima venia* superada abordagem instrumentalista do processo. A contundente crítica é descortinada quando Calmon assevera que “falar-se, pois, em instrumentalidade é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves consequências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o ser do direito do dizer sobre o direito, o ser do direito do processo de sua produção, o direito material do direito processual. Uma e outra coisa fazem um. Parodiando Gadamer, ao afirmar que o ‘ser’ que pode ser compreendido é linguagem também assevero que o processo (comunicação, palavra) nada mais é que a linguagem que dá concreção ao (pensamento) direito. E se o rigor terminológico é algo indissociável de qualquer saber com pretensões de racionalidade, portanto de respeitabilidade, esse rigor se faz muito mais exigente num saber, como o jurídico, quase que totalmente constituído daquele conhecimento conceitual a que já aludimos. Nele, precisão e rigor terminológicos são essenciais. Faltando isso falta a ciência do direito, substituída pelo discurso (no sentido comum da palavra) jurídico, totalmente desprovido de autoridade”. Mais a frente, o saudoso mestre baiano arremata que “falar de instrumentalidade no nível do que é especificamente humano – o discurso, a comunicação, a ação - ou é imaturidade de reflexão, por déficit filosófico, ou manipulação ideológica perversa, por déficit de solidariedade. Se equívoco, cumpre haver esclarecimento. Se manipulação, precisa ser denunciada e combatida”. (CALMON DE PASSOS. José Joaquim. *Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal*. Revista de Processo, nº 102, São Paulo: RT, abr. 2001).

<sup>451</sup> Para a trinca de autores que revolucionou o ensino de Direito Processual no Brasil, “processo é conceito que transcende ao direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício de poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e mesmo não estatais (processos disciplinares dos partidos políticos ou associações, processos das sociedades mercantis para aumento de capital etc)”. (CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 29ª ed., 2013, p. 310).

do Direito, de outra ponta, assiste-se à expansão da processualidade e do devido processo legal a outras instâncias.

Insta assinalar, por oportuno, que a adoção da teoria fazzalariana do processo como procedimento em contraditório funda-se na adoção do paradigma do Estado Democrático de Direito, devendo ser compreendida a partir deste marco definidor e da compreensão do modelo constitucional de processo.

O devido processo legal deixa de ser concebido sob um viés puramente liberal do fenômeno jurídico, passando a ser informado e impregnado pelos direitos fundamentais, em uma perspectiva dinâmica e substancial, de modo a ser visualizado em sua dupla dimensão (processual e material) como direito de defesa e, simultaneamente, como direito a ações positivas, de modo particular como direito à organização e ao procedimento.

Por seu turno, o contraditório adquire o viés de participação e deliberação das partes de forma a influir na formação do convencimento para os provimentos estatais e não-estatais.

Nesta sede, subjaz a necessidade de preservação e oportunização de espaços institucionais (estatais e não-estatais) para o debate acerca dos interesses externados pelos cidadãos, em verdadeira projeção dos direitos fundamentais para a arena procedimental.

Propugna-se, portanto, uma processualidade ampla (com o afastamento do obsoleto binário processo x procedimento), constitucionalizada e inclusiva, enxergando-se os cidadãos como co-autores e partícipes ativos dos comandos decisórios estatais e não estatais.

A tríade democrática inclusão-discurso-processo torna convincente a proposta de atuação coautorizada do povo nas construções decisórias do Estado, enquanto exigência inafastável de uma democracia radical<sup>452</sup>.

Nesse ritmo, no paradigma jurídico constitucional eleito pelo povo brasileiro, a racionalidade decisória desloca-se da pessoa do julgador para se acoplar a procedimentos que, processualizados, garantam os direitos de participação e de fiscalização permanentes atribuídos àqueles que sofrerão os efeitos da decisão judicial<sup>453</sup>.

A suscitação de argumentos concernentes aos aspectos fáticos e jurídicos para a construção de um procedimento que tem no provimento (decisão) que os considera seu ato final<sup>454</sup>, portanto, afigura-se em condição inafastável para que os destinatários da decisão judicial se reconheçam como seus coautores.

---

<sup>452</sup> MONTAGNOLI, José Américo Silva. *Op. Cit.*, p. 3622.

<sup>453</sup> THIBAU, Vinícius Lott. O Direito à prova no paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito – Considerações sobre a Procedimentalidade Brasileira. In: TAVARES, Fernando Horta (coord). *Constituição, direito e processo. Princípios Constitucionais do Processo*. Curitiba: Juruá, 2007, pp. 305/330.

<sup>454</sup> FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*, Pádua, CEDAM, 1994, p. 08.

Afinal de contas, democracia não pode ser encarada somente como o governo do povo, mas essencialmente, sob um viés deliberativo, como a garantia da participação popular nas deliberações estatais (e não estatais).

E, na esteira de tais premissas aventadas, espera-se vivamente que o processo/procedimento se perfaça em arena democrática preordenada à construção permanente do Estado Democrático de Direito, bem como em metodologia normativa de garantia do catálogo de direitos fundamentais estampados na Carta Republicana.

O tema, pois, é encarado a partir do entrelaçamento dos pilares da democracia participativa, pluralismo jurídico, cidadania e vocação emancipatória do homem, tudo permeado pela busca de uma maior aderência do processo à realidade sócio-jurídica subjacente e da consolidação da participação popular no processo e pelo processo.

Nesse viés, o processo se revela em instrumento de exercício do poder de produção da norma jurídica.

Como corte metodológico, considerando os fins da presente dissertação, não se incursionará no cotejo de doutrinas pátrias e alienígenas que divergiram sobre a natureza do processo e do procedimento<sup>455</sup>.

A outro giro, dentro da noção de processualidade ampla, o fenômeno processual/procedimental engloba ritos estatais e particulares<sup>456</sup>.

Segundo Braga<sup>457</sup>, os processos particulares ou privados englobam processos de formação e de adimplemento restritivo dos negócios jurídicos, bem como o processo arbitral.

Em tais procedimentos, as partes envolvidas atuam no exercício da sua autonomia e poder negocial, poder este que não é ilimitado, sofre óbvias restrições decorrentes do ordenamento jurídico.

Não é demais lembrar que os direitos fundamentais também podem atuar como limites a essa autonomia privada.

Incidem os direitos fundamentais nas relações jurídicas particulares, avultando sua importância, sobretudo naquelas caracterizadas pelo desequilíbrio de poderio social e econômico entre as partes envolvidas, ou que tenham por objeto bem indisponível e essencial para a preservação da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>455</sup> Para tanto, remete-se o leitor a BRAGA, Paula Sarno. *Op. cit.*, passim.

<sup>456</sup> BRAGA, Paula Sarno. *Devido Processo Legal nas Relações Privadas*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 40 e ss.

<sup>457</sup> Idem, *Ibidem*, pp. 204-205.

Chega-se, enfim, à análise do devido processo legal formal (procedimental) e substancial<sup>458</sup>, enquanto direito fundamental inserto na CF/88 (art. 5º, LIV, CR).

O *due process of law* atua, séculos a fio, nas relações públicas, confinando e contendo os poderes do Estado (administrador, legislador e juiz) para impedir e banir seus excessos e arbitrariedades.

É chegado o momento de incidir, também, nas relações particulares, para limitar os poderes privados – sobretudo nos processos de formação e adimplemento restritivo dos negócios jurídicos, e no processo arbitral.

O devido processo legal, enquanto exigência de moderação e legalidade no exercício do poder, deve vincular os particulares, para deter e reprimir abusos e desmandos privados e negociais.

Conforme se grifou linhas acima, a defesa da necessidade de uma procedimentalidade balizadora das decisões foi inaugurada, na teoria do processo, por Fazzalari, a partir de sua percepção de que o processo, seria um procedimento em contraditório, e não uma relação jurídico-processual.

Esta última é que permitiria o exercício e a concatenação de vínculos jurídicos de subordinação entre os sujeitos processuais e imporia uma predominância do papel do juiz (de sua perspectiva), com uma visão da jurisdição como atividade exclusiva dos juízes (independente de balizamentos processuais), tal como idealizada no âmbito da teoria do processo por Oskar Von Bulow<sup>459</sup>.

Aqui reside outra fulcral importância da adoção da teoria fazzalariana de processo, tomada neste trabalho como marco teórico, qual seja: a partir de um panorama de cogência constitucional, onde subjaz a democracia participativa como um de seus principais eixos de sustentação, pode-se afirmar que não existe entre os sujeitos processuais submissão, mas, sim, interdependência, fazendo-se inaceitável o esquema da relação jurídico-processual que impõe submissão das partes ao juiz.

---

<sup>458</sup> Acerca da distinção entre as vertentes procedimental e substancial do devido processo legal, Marco Antonio dos Santos Rodrigues, com seu habitual e brilhante didatismo, esclarece que “o devido processo legal procedimental é norma que traz como finalidade que o processo se desenvolva com condições mínimas adequadas, proporcionando um processo justo a todos que participarem da relação processual. Já o devido processo legal substancial está ligado à exigência de razoabilidade das normas, servindo como parâmetro para controle da edição de atos normativos e de decisões adotadas pela Administração Pública” (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *Op. cit.*, p. 145).

<sup>459</sup> Obra lançada originalmente em 1868. BÜLOW, Oskar Von. *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozess-Voraussetzungen*. Aalen: Scientia, reimpressão, 1869. Traduzida para o português: BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama*. São Paulo: LZN, 2005

A difusão de vínculos notada por Fazzalari permitiria, pois, a ampliação do fenômeno da participação dos interessados no *iter* de formação dos provimentos (entendendo-se como tais, aqueles em cuja esfera o ato é destinado a incidir).

Portanto, na concepção de contraditório por ele defendida, serão sujeitos deste tão-somente as partes, e não o autor do provimento, o Estado. O autor afirmava, ainda, que o esquema processual, de paritária e dialética participação de todos os sujeitos interessados, permitiria a articulação do jogo democrático.

Obviamente, Fazzalari articula sua teoria em nítido contraste com o ideal pandectístico da relação jurídico processual estruturado por Bulow em 1868, buscando uma forma de legitimação decisória pelo debate (e procedimento), e não a partir da jurisdição (e da sabedoria do juiz), sendo inviável a conciliação dos dois esquemas teóricos, apesar de inúmeras tentativas empreendidas pelos partidários da teoria bulowiana.

Nesse aspecto, Gonçalves<sup>460</sup> é enfático ao dizer que a concepção de procedimento em contraditório é incompatível com a teoria do processo como relação jurídica, pois o contraditório é o direito de participar com igualdade de armas e a ideia de relação jurídica estaria ligada à presença de liame de exigibilidade, subordinação. Em sendo assim, diz o autor que uma garantia deste quilate (paridade) não se afina nem se coaduna com a ideia de sujeição.

Um ponto negativo, contudo, merece ser destacado<sup>461</sup>.

Quando da estruturação de sua teoria, Fazzalari não demonstrou maior preocupação com uma aplicação dinâmica dos princípios constitucionais. Sua teoria trabalha exclusivamente no campo da técnica processual.

Contudo, rompe paradigmas e representa um claro contraponto à ideia que centraliza o estudo do Direito Processual em torno da jurisdição e do papel do juiz. Representa, ainda, um abandono do estudo lastreado nos institutos da ação e da jurisdição, tentando demonstrar a centralidade da categoria “processo” na reconstrução da sistemática da justiça.

---

<sup>460</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 132.

<sup>461</sup> Considerando a maior amplitude da conformação constitucional brasileira, bem como diante do estabelecimento de uma dicotomia entre processo público e privada e, ainda, por uma negativa lógico-privatista quanto ao estabelecimento do discurso no âmbito procedimental, Zaneti Júnior empreende adequada crítica à teoria fazzalariana. Confira-se: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo*. cit. pp. 187-188).

Fazzalari percebe com argúcia a importância da participação técnica das partes no *iter* de formação das decisões e alça tal participação a elemento estrutural e legitimante das atividades processuais.

A teoria fazzalariana, assim como qualquer estudo de fôlego, merece ser contextualizada ao circuito espaço-tempo em que inserida.

Nesse viés, ao garantir uma percepção da importância técnica da participação endoprocessual das partes, permite, juntamente com as novas bases do constitucionalismo e da teoria do direito, novos e importantes horizontes para uma nova etapa da ciência processual que consiga suplantiar os horizontes do liberalismo, da socialização e do neoliberalismo processual, de modo a se alcançar uma procedimental democratização do processo.

Assim, evidencia-se a intuição do mestre italiano que percebeu a necessidade de se buscar um controle procedimental do exercício da função estatal, com que contribui enormemente para o estudo atual do Direito Processual.

## 6.2. Por uma Teoria Geral do Procedimento

A esta altura impede pontificar algumas premissas metodológicas que nos levarão a asseverar a existência atual de uma teoria geral<sup>462</sup> do procedimento alargada à impositiva pluralidade de instâncias, em contraposição à uma teoria geral do processo aprisionada nas amarras de uma jurisdição estatal que se pressupunha exclusiva.

O centro argumentativo perpassa pela nuclear afirmação de que o processo se afigura em instrumento democrático de exercício do poder, seja ele estatal ou não, de modo que a teoria geral do processo abarca seus aportes tanto para o tridente das funções estatais

---

<sup>462</sup> Consoante Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes “a teoria geral do processo permite identificar a essência dogmática do direito processual, em seus *quatro institutos fundamentais* (jurisdição, ação, defesa e processo. Ela é responsável pelo estabelecimento do conceito de cada um e, acima disso, determina as funções que desempenham no sistema; o direito processual como um todo e cada um de seus ramos em particular compõem-se em torno da estrutura representada pelo *poder* a ser exercido, pelas *posições* das pessoas interessadas e pelas *formas* como esses complexos de situações jurídicas subjetivas se exteriorizam em atos coordenados aos objetivos preestabelecidos, sempre relacionados com a oferta de uma tutela jurisdicional àquele que tiver razão. Além disso, a teoria geral do processo também identifica e define os grandes *princípios e garantias* que coordenam e tutelam as posições dos sujeitos do processo e o modo de ser dos atos que legitimamente realizam ou podem realizar. Por fim, ela reúne e harmoniza os institutos, os princípios e a as garantias, compondo assim o *sistema processual*”. (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 16).

(jurisdicional, legislativa e administrativa – processualização das três funções estatais<sup>463</sup>), como para os métodos adequados de resolução de conflitos. métodos não estatais de resolução de conflitos, desde que não capturados pelo tribunal.

Renegar, pois, a inserção dos métodos adequados em uma teoria geral significaria renunciar a um trato científico do tema<sup>464</sup>.

Identificado o núcleo duro da hipótese, passemos, pois, as premissas-satélites.

A primeira premissa a ser afirmada nesse particular é que existe vida fora do Judiciário. Ou seja, conforme se afirmara e rearfirmara ao longo do presente trabalho, existe produção do Direito e do justo para além dos limites do Poder Judiciário.

Na trilha do acentuado alhures, o Judiciário **não** é o único e exclusivo órgão-mecanismo de resolução de controvérsias na sociedade multifacetada e pluralista em que vivemos.

A partir de tal constatação, parte-se para outra, qual seja, essa perspectiva elasticada se mostra absolutamente compatível com a cogente leitura constitucional pela qual a participação popular e a democracia direta representam o centro axiológico-normativo do sistema.

Enfim, *acesso à justiça* (englobado pelos métodos adequados de resolução de conflitos) e *acesso ao Judiciário* decididamente não podem ser confundidos, sob pena de se emprestar uma visão míope ao vetor constitucional do acesso à ordem jurídica justa plasmado no art. 5º, XXXV, da Carta Republicana.

A terceira se apóia no princípio da adequação, como justificativa para a existência de uma teoria geral do processo<sup>465</sup>.

Paula Costa e Silva<sup>466</sup> nos traz a notícia que desde 1961 (art. 265, CPC) já se permitia a adaptabilidade ou flexibilidade do processo às necessidades do caso concreto.

Tal previsão normativa a encerrar o princípio da adequação judicial foi replicada no atual CPC lusitano, em seu art. 547º, o qual detemrina que o “juiz deve adotar a tramitação

<sup>463</sup> Paula Sarno Braga inventaria a indistinção da utilização pela Carta Constitucional do termo “processo” para fins de qualificação do fenômeno nos três níveis de atuação estatal (administrativa, jurisdicional e legislativa). BRAGA, Paulo Sarno. *Norma de Processo e Norma de Procedimento...*, p. 145.

<sup>464</sup> Essas são as palavras de Cândido Rangel Dinamarco ao defender a inserção da arbitragem na teoria geral do processo (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 16). E como *ubi eadem ratio, ibi eadem jus*, defendemos que essa inserção seja ampliada a todos os métodos adequados e não estatais de resolução de conflitos.

<sup>465</sup> “O princípio da adequação, nestes termos, funciona, pois, como princípio unitário e básico, a justificar, mesmo, a autonomia científica de uma teoria geral do processo”. (LACERDA, Galeno. *O código como sistema legal de adequação do processo*. Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, p. 163-170, 1976).

<sup>466</sup> COSTA E SILVA, Paula. *Acto e Processo*. cit, p. 126.

processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo”.

A quarta e última premissa, por seu turno, se apóia em emprestar juridicidade aos ditos procedimentos desjudicializados (métodos autocompositivos e procedimentos administrativos estatais e não estatais), inserindo-os em uma concepção mais ampla e abrangente de processo, em uma necessária relação entre desjudicialização, ampla processualidade e alargamento da concepção de processo justo para outras esferas que não àquelas estritamente judiciais.

Portanto, o formalismo democrático e a subjacente tutela protetiva dos direitos fundamentais processuais se expandem para todo e qualquer centro procedimental de emanção do justo, seja ele estatal ou não.

Dito isso, aqui se insere a pertinência do (subjacente) questionamento alinhavado no título deste tópico.

Teoria Geral do Procedimento?

Respondendo a pergunta feita, em recente e já obrigatória obra sobre o tema, Braga<sup>467</sup> edifica com propriedade a impertinência e a fragilidade da vetusta distinção entre “processo” e “procedimento”.

Conforme anotado por Didier Jr.<sup>468</sup>, a distinção apresentava algum fundamento em um tempo em que se admitia procedimento sem contraditório (no âmbito administrativo). Contudo, ante aos influxos normativos da Constituição da República, que consagrou o contraditório no processo administrativo (art. 5º, LV, CRFB/88), a diferenciação se tornou arcaica e obsoleta.

Em sendo assim, a partir dos inarredáveis e cogentes influxos constitucionais sobre o fenômeno processual, apresenta-se oca e disfuncional uma distinção robusta que pretenda distanciar os institutos do processo e do procedimento.

E mais!

Ao se revisitar a teoria do processo, é possível, encarando o viés garantístico do processo, sustentar a existência de uma teoria geral do processo/procedimento, compreendida por meio da definição de um processo democrático (cfr. item 6.2).

---

<sup>467</sup> BRAGA, Paula Sarno. Norma de Processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro. Salvador: JusPODIVM, 2015, passim.

<sup>468</sup> DIDIER JR., Fredie *apud* BRAGA, Paula Sarno. *Ibidem*, p. 23.



Ou seja, da efetiva possibilidade de se construir uma precisa e uníssona base principiológica para a compreensão do fenômeno processual, seja ele de corte jurisdicional, administrativo, legislativo, arbitral, ou até mesmo, negocial<sup>469</sup>.

Com efeito, processo e procedimento são expressões que se vinculam a uma mesmíssima realidade e se destinam a definir um só fenômeno<sup>470</sup>.

Conforme bem expõe Braga<sup>471</sup>, a inócua distinção entre processo e procedimento empreendida pelos administrativistas, no sentido de que o termo processo deveria restar adstrito à seara jurisdicional, é pautada em um receio injustificado (de que as regras relativas ao processo judicial venham a ser inadequadamente aplicadas no âmbito administrativo, gerando confusão entre o *modus operandi* da Administração e do Judiciário).

O medo dos administrativistas, contudo, não resiste a um sopro democrático, considerando a irresistível cogência constitucional, embebida pela exigência do devido processo legal formal e substancial, além de todos os seus corolários.

Fora isso, cada processo, em sua respectiva esfera estatal, terá regramento próprio, com a disciplina peculiar das formalidades e exigências necessárias para que seja legítimo e devido o desempenho da função em questão.

Ficam, pois, afastadas as regras relativas a outros processos que não estejam com ele relacionados e que não sejam indispensáveis para o exercício democrático e devido daquele poder<sup>472</sup>.

Nessa toada, a hipótese ora defendida tenciona unir o sobredito alargamento semântico-normativo de processo à ideia da desjudicialização, assentando que os métodos coexistenciais e não-contenciosos de resolução de conflitos não só podem contribuir para uma melhor distribuição da justiça, com a edificação de uma verdadeira cultura de pacificação (desde que apartada de uma instrumentalização neoliberal e efficientista), mas também que devem cumprir tal precípua desiderato por meio da estrita observância da normatividade extraída da dinamicidade dos princípios constitucionais processuais.

---

<sup>469</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 142.

<sup>470</sup> Nesse sentido, Paula Costa e Silva assevera que: “substancialmente, os termos processo e procedimento referem-se a realidades idênticas. Em ambos os casos, estamos perante um facto complexo pela quantidade, composto por um conjunto de factos que se sucedem no tempo e que visam preparar um resultado final. Como deve, então, ser chamada a categoria em que se integram processo e procedimento? Diríamos que tanto pode ser designada de processo como de procedimento. Parece-nos que não se pode avançar nenhuma razão substancial para justificar a opção por um nome. Fundamental é que se compreendam ambas as realidades na categoria. (COSTA E SILVA, Paula. *Acto e Processo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 122-123).

<sup>471</sup> Idem, *Ibidem*, p. 139.

<sup>472</sup> COSTA E SILVA, Paula. *Acto e Processo*. cit, pp. 124-125.

Para tanto, abebera-se em obra paradigmática de Didier Jr.<sup>473</sup>, fruto de sua tese de livre-docência apresentada à Faculdade do Largo de São Francisco, o qual confirma a existência de uma teoria geral do processo que não se circunscreve e muito menos se exaure no campo estritamente estatal.

Em outras palavras, da inarredável cogência do denominado *processo justo* e de todos os seus consectários.

Nessa fina sintonia, a ampla internalização do aporte dos meios adequados de resolução de conflitos dependem, sem dúvida, da análise se tais mecanismos garantem às partes todos os direitos e prerrogativas que lhe são assegurados inclusive pela via constitucional.

Justamente sob esse flanco, uma teoria geral do procedimento se faz necessária para abrigar sobre um mesmo conjunto de princípios e regras a institutos que, embora distintos (processo judicial e demais procedimentos estatais e não estatais), apresentam graus de afinidade e que podem ter sua compreensão facilitada se examinados como conjunto organizado.

Exatamente o que ocorre na hipótese vertente, haja vista estarmos diante de espécies de um denominado macrossistema de solução de controvérsias. Nesse sentido, uma sociedade de natureza plural, múltiplos também devem ser os mecanismos que são postos para resolução dos conflitos havidos no tecido social.

Estes diversos expedientes e vias de diluição das controvérsias integram, assim, o macrossistema de solução de controvérsias.

Nos dizeres de Tartuce<sup>474</sup>, descortina-se a existência de um sistema pluriprocessual de enfrentamento de controvérsias, configurado pela presença no ordenamento de diversos mecanismos diferenciados para o tratamento de conflitos, compreendendo mediação, arbitragem e processo judicial, entre outros.

Em sendo assim, correto dizer que nenhuma norma que regule ou venha a regular qualquer modalidade procedimental e o próprio processo judicial pode ir de encontro ao amplo sistema procedimental que tem nos valores constitucionais a sua matriz maior.

Sob tais influxos, é de se pontificar que a teoria geral do procedimento já existe e está posta desde a Constituição da República, com o que se espri sua normatividade para todo o espectro de procedimentos decisórios, sejam eles estatais ou não.

---

<sup>473</sup> DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. 3ª ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

<sup>474</sup> TARTUCE, Fernanda. *Op. cit.*, p. 87.

A outro giro, impende assinalar a lúcida advertência de Dinamarco<sup>475</sup> ao ponderar que a extensão da adoção de uma teoria geral do processo/procedimento deve ser metodologicamente útil, nem tão ampla, a ponto de a generalidade minar a sua utilidade metodológica, nem tão restrita: o critério para a determinação do âmbito da teoria geral do processo, com visos de unidade metodológica, é o exercício do poder.

A premissa metodológica aventada por Dinamarco, com os olhos voltados à hígida construção de uma teoria geral do procedimento, incide *in casu*, vez que, conforme asseverado linhas acima, o procedimento é encarado como meio de regulação de qualquer espécie de poder decisório, ainda que a decisão seja produto do consenso formado entre as partes<sup>476</sup>.

Frise-se, nessa mirada, que qualquer sorte de procedimento envolve (ou ao menos deveria envolver) relações de poder, procedimento em contraditório, princípios, valores e garantias a serem resguardados e sistematizados sob uma teoria geral.

Nessa linha de raciocínio, preservadas as características essenciais do processo judicial e dos demais procedimentos estatais e não estatais, não há qualquer fundamento metodológico que infirme a necessidade da adoção de uma teoria geral do procedimento (abeberada pela cogência constitucional) a abarcar as variadas formas de resolução de conflitos postas na pós-modernidade.

Calcado nas premissas articuladas, é de se afirmar, pois, que processo judicial e as demais espécies procedimentais colocam-se *pari passu* no mesmo plano, sob a epígrafe de modalidades ou espécies de soluções de conflito, considerando-os à luz da teoria geral do procedimento (informada pela tessitura constitucional) como tipos adequados de ferramentas a serviço da pacificação social<sup>477</sup>.

Portanto, ao fim e ao cabo deste tópico, calcado nas premissas articuladas, é de se afirmar que processo judicial e os métodos adequados de resolução de conflitos (estatais e não estatais), colocam-se *pari passu* no mesmo plano, sob a epígrafe de modalidades ou espécies de soluções de conflito, considerando-os à luz da teoria geral do procedimento (informada

---

<sup>475</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, cit., pp. 73/77.

<sup>476</sup> Conforme Anota SALLES: “o processo passa a colocar-se de maneira mais ampla, como mecanismo de regulação do exercício do poder em geral, não apenas do jurisdicional, mas também daquele existente entre outras esferas de poder atuantes ou presentes na sociedade”. SALLES, Carlos Alberto de. *Mecanismos Alternativos de Solução...In Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira.* (Coords.). Luiz Fux; Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 779/792

<sup>477</sup> GABBAY, Daniela Monteiro. *op. cit.* p. 14.

pela tessitura constitucional) como dois tipos de ferramentas a serviço da pacificação social<sup>478</sup>.

A reboque do analítico exame ora empreendido, propugna-se a adoção de uma teoria geral do procedimento a abarcar o processo judicial e os métodos adequados de resolução de conflitos).

Na trilha de uma convergência que prima pela tentativa de resolução consensual dos conflitos (art. 3º, §3º, NCPC), os métodos adequados de resolução de conflitos aparecem na nova cena processual como modalidades resolutivas inseridas em uma concepção mais alargada de jurisdição, a qual não mais se contenta com o ultrapassado arquétipo calcado em uma exclusividade que não deu certo.

Nessa senda, a adoção de uma teoria geral do procedimento permite uma correção metodológica a amparar a edificação de uma processualidade verdadeiramente ampla, com espectros de incidência a qualquer sorte de provimentos decisórios, sejam eles estatais ou não-estatais.

E, independentemente, da instância (estatal ou não estatal) de seu processamento, a estrita observância do devido processo legal (formal e substancial) se afigura em condição da realização do próprio procedimento.

Ainda, não se pode olvidar que o modelo cooperativo procedimental indubitavelmente adotado pela novel legislação processual (cfr. tópico 7.1) esprou sua normatividade para o momento pré-processual, atingindo em cheio os métodos adequados de resolução de conflitos, tudo com vistas a estabelecer que as partes caminhem pela via da concretização dos direitos fundamentais.

Em tempos em que o justo é visto como tolerância, solidariedade, pluralismo, um processo/procedimento justo será também entendido como aquele que possibilita variáveis possibilidades de solução de controvérsias.

Fomenta-se, em decorrência, uma visão libertadora do paternalismo que ainda timbra o cotidiano da jurisdição brasileira, de sorte a instar as partes que cooperativamente sejam coprodutoras das normas resolutivas de seus próprios conflitos.

Nessa senda, a adoção de uma teoria geral do procedimento será de grande utilidade prática na medida em que descortinará a existência de um sistema pluriprocessual de enfrentamento de controvérsias calcado na premissa da adequação procedimental ao direito tutelado e não o inverso (*one size does not fit all*).

---

<sup>478</sup> Idem, Ibidem.

Porém, para a real construção de uma teoria geral procedimental abeberada nos valores constitucionais mister se atravessar o canal rumo à mudanças culturais e paradigmáticas, com uma maior e efetiva atuação dos indivíduos e das instituições na resolução dos seus próprios conflitos.

## **7. PARA ILUSTRAR. APROFUNDAMENTO DEMOCRÁTICO NA NOVA CENA PROCESSUAL**

Caminhando para o fim, para não dizer que não falei de flores, não se poderia deixar de lado a análise de institutos veiculados com ineditismo pelo CPC/2015.

Dentro da coerência metodológica que informa o presente trabalho, optou-se por incursionar pelas figuras dos procedimentos probatórios autônomos e dos negócios jurídicos processuais, os quais ilustram, com excelência, ao nosso pensar, um aprofundamento democrático na condução procedimental, superando as distorções sectárias e maniqueístas ditadas pelo privatismo e pelo publicismo, tudo com vistas a delinear o processo como arena adequada para a promoção de uma verdadeira e renovada cidadania participativa.

Enfim, são institutos que representam, indubitavelmente, um emblemático retorno das partes ao processo (mesmo em sua fase pré-processual, como sói ocorrer com os procedimentos probatórios autônomos), após um período de hipertrofia publicista erigido pelo *Código Buzaid*.

Antes, porém, seguem-se breves linhas acerca do instituto da cooperação (ou processo cooperativo), tal como inserto e inscrito no art. 6º, CPC/2015, modelo processual, o qual encerra o *locus* epistêmico- normativo em que se inserem tanto os procedimentos probatórios autônomos, como também os negócios jurídicos processuais.

### **7.1. Processo Cooperativo**

Sem rodeios, o processo cooperativo se descortina como a sede adequada para o desenvolvimento dos procedimentos probatórios autônomos, bem como dos negócios jurídicos processuais, dentro da moldura democrática desenhada pelo CPC/15.

Isso porque o novel sistema, estribado no dever de cooperação e na boa-fé (arts. 5º e 6º, NCPC), tenciona possibilitar que as partes o quanto antes, mediante a troca direta de informações e provas, obtenham a real e global ciência da amplitude do conflito e de suas chances de vitória ou de capitulação (procedimentos probatórios autônomos).

E, de igual modo, que ela cooperem entre si em busca da formatação de um procedimento adequado à natureza casuística do direito material<sup>479</sup> (negócios jurídicos processuais).

Nada mais, nada menos do que um exercício responsável pelas partes do direito (progressivo) de acesso à justiça. E, fundamentalmente, sem migalhas paternalistas que insistem em aprisionar os indivíduos em arquétipos adormecidos no ontem.

Nessa senda, o princípio da cooperação fora erigido como norma fundamental processual pelo art. 6º, do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15<sup>480</sup>), sancionado em 16 de março de 2015 pela Presidência da República e cujo início de vigência ocorreu na data de 18 de março de 2016.

O referido dispositivo prescreve que: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Parece, pois, por qualquer ângulo interpretativo que se examine a questão, inexistirem dúvidas quanto à eleição do modelo cooperativo de processo pelo Novo Código de Processo Civil, em uma emblemática superação da linear dicotomia entre publicismo e privatismo processual.

Pois bem.

O modelo cooperativo, de acordo com Mitidiero<sup>481</sup>, parte da ideia de que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana.

Pinho e Alves<sup>482</sup> frisam que o direito português foi o primeiro a consagrar o princípio da cooperação de forma expressa em sua legislação processual.

---

<sup>479</sup> Marina França Santos bem anota que, em relação ao revogado regime processual brasileiro: “no paradigma processual civil brasileiro são excepcionais e restritas à autorização legal as hipóteses em que é possível às partes disporem sobre o procedimento que as rege no curso de um processo. Trata-se de premissa que encontra respaldo em uma visão de processo ainda não inteiramente confortável com a radicalização do postulado democrático da participação e nitidamente autocentrada em uma ideia de causalidade necessária entre a existência de regras heterônomas e a segurança jurídica, o que não se coaduna mais com a conformação do direito no século XXI”. (SANTOS, Marina França. *Intervenção de Terceiro Negociada: Possibilidade Aberta pelo Novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo. Vol 241/2015. p. 95-108).

<sup>480</sup> Aliás, andou bem o Novo Código de Processo Civil ao explicitar textualmente as garantias fundamentais processuais, conforme se infere do Capítulo I (*Das Normas Fundamentais do Processo Civil*), do Título Único, do Livro I, da Parte Geral. Nessa linha de ideias, o didatismo contido na novel legislação processual é digno de aplausos, pois, no Brasil, se observa diuturnamente uma esquizofrênica subversão hierárquica das normas jurídicas. Isto é, quanto mais se afasta da Lei Maior, maior concretude normativa parece adquirir o texto legal. Portanto, a par da aplicação direta dos princípios e regras constitucionais desde 1988, o desenho didático das normas fundamentais do processo civil contido na Lei nº 13.105/15 cumpre relevante mister na necessária aproximação do processo ao projeto constitucional (distanciando-o, por via de consequência, da pecha de ser um expediente burocrático e estéril na tutela de direitos).

<sup>481</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção temas atuais de direito processual civil; v.14.

O art. 266º, 1º, da revogada codificação lusitana estabelecia uma espécie de cláusula geral de cooperação. O Novo Código de Processo Civil Português, aprovado pela recentíssima Lei nº 41, de 2 de junho de 2013, manteve o dispositivo que normatiza o princípio da cooperação, com a mesma redação, porém em nova e adequada topografia, qual seja, no título referente aos princípios fundamentais do processo civil.

A topologia sob comento não poderia ser mais apropriada (assim como sói ocorrer com a novel legislação processual brasileira), vez que o princípio da cooperação esprai sua normatividade em direção à garantia da participação procedimental, a qual pressupõe o exercício do contraditório participativo pelas partes.

O contraditório<sup>483</sup>, novamente, adquire vivaz relevo, afigurando-se, pois, a partir de uma concepção dinâmica, em adequado instrumento para a viabilização do diálogo humano e da cooperação procedimental, a qual, implica, por seu turno, a necessária previsão de direitos e deveres de conduta para os envolvidos.

Com efeito, o contraditório nesta fase de desenvolvimento da ciência processual é preordenado a promover a participação das partes na investigação da verdade e, por via de consequência, na formação e construção da norma reguladora daquele determinado conflito<sup>484</sup>.

Afinal de contas, o contraditório se perfaz no elemento normativo estrutural da comparticipação, viabilizando, assim, o policentrismo procedimental.

Na sempre vanguardista pena de Calmon de Passos<sup>485</sup>, “a luta civilizatória é no sentido do vetor emancipação. Em nível macro, ou se politiza para se juridicizar ou

---

<sup>482</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. *A Cooperação e a Princiologia no Processo Civil Brasileiro. Uma Proposta de Sistematização*. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 12, n. 12, 2013.

<sup>483</sup> Em consonância com a *mens legis* de explicitamento dos princípios constitucionais processuais, o contraditório se apresenta (expressa ou tacitamente) em 03 (três) dispositivos dentro da topografia das *Normas Fundamentais do Processo Civil*, quais sejam:

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

Art. 9º: Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I – à tutela provisória de urgência; II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III – à decisão prevista no art. 701.

Art. “10: O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

<sup>484</sup> PICARDI, Nicola. *Audiat et Altera Pars*. As matrizes-históricas culturais do contraditório. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 141.

<sup>485</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: Reflexões de um jurista que trafega na contramão*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 32.

retrocedermos à barbárie. Em nível micro, ou se bilateraliza (contraditório) e se controla a decisão jurisdicional ou se instaura o mais intolerável dos arbítrios”.

Dissecando os modelos normativos de democracia vivenciados pelas sociedades pós-modernas, ao verbalizar sua versão ético-procedimental, Habermas<sup>486</sup> capturara a essência ontológica da cooperação ao bem dizer que “espera-se dos cidadãos republicanos muito mais do que meramente orientarem-se por seus interesses privados”.

Esse é o ponto de partida para se compreender a cooperação, cuja premissa fulcral é a comparticipação responsável, externalizada por meio da adoção de genuínas posturas republicanas.

A cooperação, portanto, assume papel de relevo na conformação do atuar das partes, de modo a estabelecer os pilares para um verdadeiro modelo procedimental cooperativo, marcadamente caracterizado pela comparticipação, lealdade e boa-fé.

Nesse quadro, a noção de boa-fé objetiva<sup>487488</sup> também cumpre relevante funcionalidade direcionada a impregnar de eticidade o comportamento exercido pelas partes.

O princípio da boa-fé encontra guarida na legislação processual civil pátria, mais especificamente no art. 14, inciso II, Código de Processo Civil, o qual determina que as partes procedam com lealdade e boa-fé.

O CPC/2015, por seu turno, como não poderia deixar de ser, confere à boa fé uma papel de protagonista na estruturação ético-normativa do processo, estabelecendo em suas normas fundamentais, mais precisamente em seu art. 5º que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Ou seja, a boa-fé, a lealdade e a alteridade<sup>489</sup> devem permear a conduta das partes, tudo com vistas à construção do direito vivo no espaço processual.

Registre-se, por oportuno, que o princípio da cooperação não deve ser encarado como mera exortação às partes, importando sim em correlatas cominações, como sói ocorrer precipuamente nos países da *common law*<sup>490</sup>.

---

<sup>486</sup> HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. Lua Nova, v. 36, p. 39-53, 1995.

<sup>487</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. Editora Revista dos Tribunais, 1999, passim.

<sup>488</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. *Op. cit.*, nota 10, p. 292. Segundo os autores, “na acepção objetiva, a boa-fé pode ser entendida como norma ou regra de conduta, a qual denota um standard de comportamento correspondente àquilo que possa ser razoavelmente esperado do homem médio em suas relações sociais, dadas, logicamente, as particularidades da situação concreta”.

<sup>489</sup> PROUDHON vislumbra a justiça sob a ótica da reciprocidade – como a faculdade de reconhecer, em nós mesmos e no outro, uma idêntica dignidade. (PROUDHON, Pierre-Joseph. “La justice dans La Révolution et dans l’Église”. In: *Corpus des oeuvres de philosophie de langue française*. Paris: Fayard, 1998. *apud* ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. Vol.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 360).



No direito processual inglês, a emblemática expressão *cards on the table approach*<sup>491</sup> bem ilustra a cooperação que se espera das partes.

Para além do dever genérico de cooperação, o qual se espalha a todos os sujeitos processuais, a melhor doutrina lusitana destaca ainda a previsão de deveres específicos resultantes da incidência do princípio da cooperação.

De acordo com Teixeira e Souza<sup>492</sup>, a cooperação implica em deveres impostos a partes e aos juízes.

Quatro deles são direcionados ao magistrado, quais sejam, os poderes-deveres (ou deveres funcionais) de esclarecimento, de consulta, de prevenção e de auxílio. E outros dois são destacados às partes: o dever de litigância de boa-fé e o de esclarecimento.

Em *terrae brasilis*, Didier Jr.<sup>493</sup> bem diagnostica que o princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro. Segundo o festejado autor, o modelo cooperativo “caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes”.

Acerca do modelo cooperativo de processo, não se está aqui a empreender uma visão romântica, esperando que as partes andem de mãos dadas rumo ao desfecho da contenda.

De outro lado, não se compadece com o Estado Democrático de Direito a superada visão de Calamandrei<sup>494</sup> de que o processo é apenas um jogo.

Nesse particular, conforme ensina Greger<sup>495</sup>, afigura-se equivocado relacionar a ideia de cooperação no processo à colaboração harmônica das partes ou à imagem do juiz como terapeuta social. Especificamente no que pertence à atuação das partes, sustenta o eminente

<sup>490</sup> Nesse particular, a partir da experiência norte-americana da *discovery* pré-processual, colhe-se o teor da Regra 68 das *Federal Rules of Civil Procedure*, o qual impõe que a parte que não aceitara o acordo arque com as custas processuais caso o resultado do processo não iguale ou supere o que lhe adviria da aceitação da proposta recusada.

<sup>491</sup> ZUCKERMAN, Adrian. *Learning the facts – discovery*, In: CHASE, Oscar G. e HERSHKOFF, Helen (coords). *Civil Litigation in comparative context*. Ed. Thomson/West, St. Paul, 2007, p.208.

<sup>492</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997 *apud* GALINDO, Maíra Coelho Torres. *Processo Cooperativo: O contraditório dinâmico e a questão das decisões-surpresa*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 53.

<sup>493</sup> Fredie Didier Jr. afirma que “a condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques a algum dos sujeitos processuais”. (DIDIER JR, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Revista de Processo. vol. 198/2011. p. 213-226. Ago/2011).

<sup>494</sup> CALAMANDREI, Piero. Il processo como giuoco. In: CAPPELLETTI, Mauro (coord). *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, vol. 1.

<sup>495</sup> GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. *Revista dos Tribunais online*. Vol. 206/2012, abr. 2012.

autor tedesco que o princípio da cooperação não supõe o dever de que elas ofereçam o seu processo em íntimo companheirismo.

Porém, adequadamente compreendida, a exigência de cooperação faz com que elas participem e discutam uma gestão adequada do processo pelo juiz.

A proposta de solução do Estado Democrático de Direito é pela busca de uma efetiva participação dos envolvidos na realização dos fins estatais. Esta proposta representa para o sistema de pacificação dos conflitos a necessidade de interação e comparticipação entre as partes que compõem a relação processual.

Esse, pois, o sentido que deve permear a compreensão acerca da cooperação entre as partes. Nesse modelo prega-se a adoção de um “procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade<sup>496</sup>”.

Desse modo, o peso da reconstrução jurídica, que no modelo do Estado Social deve ser suportado por um *Juiz Hércules*, é deslocado para uma comunidade deliberante<sup>497</sup>.

Do ponto de vista de Ost<sup>498</sup>, o juiz do Estado Democrático de Direito é um *Juiz Hermes*<sup>499</sup>, o Deus da pacificação, um intérprete, um porta-voz do Direito. Um verdadeiro agente fomentador da comunicação intersubjetiva em busca do consenso.

Portanto, como modelo de gestão do processo, a cooperação rejeita a jurisdição como polo metodológico do processo civil, ângulo de visão evidentemente unilateral do fenômeno processual, privilegiando em seu lugar a própria ideia de processo como centro de sua teoria, concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática do Estado Constitucional<sup>500</sup>.

---

<sup>496</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 39.

<sup>497</sup> LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In: *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, pp. 157-170, setembro de 2007.

<sup>498</sup> OST, François et al. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. Doxa, v. 14, p. 169-194, 1993.

<sup>499</sup> A partir da construção de Ost, Gabriela Maia Rebouças bem coloca que “auspiciosa, também, e encantadora é a figura do juiz Hermes elaborada por François Ost. Um juiz mediador, a princípio, um juiz mensageiro, cuja tarefa não é hercúlea, como o de Dworkin. Mas que se reconhece no seio de uma hermenêutica circular, que é o ser mesmo da linguagem. Que nos joga em movimento e nos obriga a mediar passado e presente e nos lançar em futuro incerto, em um horizonte aberto de possibilidades, e móvel”. (REBOUÇAS, Gabriela Maia. *Tramas entre subjetividades e direito: a constituição do sujeito em Michel Foucault e os sistemas de resolução de conflitos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 136).

<sup>500</sup> Em sentido contrário ao aqui exposto, a partir de uma concepção nominada de garantista, Glauco Gumerato Ramos propõe uma inversão na ordem da trilogia estrutural do estudo do direito processual. Segundo ele “através do exercício da ação (liberdade) será formado o processo (garantia) que viabilizará a atuação legítima da jurisdição (poder). Desdobra-se, pois, em um imperativo lógico que a sequência da exposição e da contextualização do trinômio fundamental somente pode ser ação-processo-jurisdição. Seria uma decorrência lógica – derivada da própria natureza das coisas – e adequada ao ambiente republicano em que convivem o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, como consequência da própria estrutura jurídica estabelecida pela Constituição”. (RAMOS, Glauco Gumerato. *Proceso jurisdiccional, república y los institutos fundamentales Del derecho procesal*. *Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 251-272, out./dez. 2014).

Com efeito, na pós-modernidade, o processo representa o mini *locus* para a sempre inacabada construção cotidiana da democracia substancial.

E, nessa mirada, o processo cooperativo, expungindo qualquer caracter de paternalismo, insta as partes que se dispam de toda sorte de máscaras, cada qual disposta a assumir livre e responsavelmente posições legítimas e consentâneas à concretização de direitos fundamentais<sup>501</sup>.

Aliás, nessa perspectiva, a eficácia direta das garantias fundamentais impõe um juiz tolerante e partes que se comportem com lealdade.

Em necessário arremate, o processo deve ser encarado atualmente como o produto da cooperação entre partes e o Estado Juiz, na realização dos direitos fundamentais e na garantia do processo justo, o qual, decididamente, não pode desconsiderar a força jurígena da liberdade das partes.

Ou seja, busca-se enxergar o processo não somente em sua dimensão técnica e de eficiência, de estrutura formal de construção dos provimentos, realizada em simétrica paridade de armas<sup>502</sup>, mas também como estrutura de legitimação e formação dos provimentos, balizada por princípios processuais constitucionais dinâmicos, o que permitirá um controle formal e material das decisões e fornecerá os elementos constituídos de seu conteúdo, mediante o fluxo discursivo de todos os participantes.

## **7.2. Procedimentos Probatórios Autônomos**

### **7.2.1. Procedimentos Probatórios Autônomos: ainda medidas cautelares<sup>503</sup>?**

---

<sup>501</sup> Em passagem inesquecível, Habermas rememora que: “a justificação da existência do Estado não se encontra primariamente na proteção de direitos subjetivos privados iguais, mas sim na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade políticas em que cidadãos livres e iguais se entendem acerca de que fins e normas correspondem ao interesse comum de todos. Dessa forma espera-se dos cidadãos republicanos muito mais do que meramente orientarem-se por seus interesses privados”. (HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. cit., p. 39-53).

<sup>502</sup> FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano: Giuffrè, n.3, p. 861-880, 1958.

<sup>503</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Os efeitos processuais da audiência pública*. In Revista de Direito do Estado, v.2, pp. 120-135, 2006. Tomando por base o modelo processual pátrio ainda vigente, bem como as clássicas lições de Moacyr Amaral Santos esclarece Antonio do Passo Cabral que: no Brasil, assim como em muitos outros países, as medidas probatórias preparatórias tradicionalmente são baseadas em juízo de cautelaridade, o que deriva da origem histórica de institutos destinados à busca de produção antecipada de prova (*ad perpetuam rei memoriam*). Deve-se verificar a presença do *periculum in mora*, havendo necessidade de justificar a utilidade da prova no processo principal a ser ajuizado, p. 210.

Impõe-se neste momento traçar um breve panorama comparativo entre as topologias inseridas no revogado CPC/73 e na novel legislação processual civil, tudo com vistas a posteriormente comprovar que as demandas probatórias autônomas, tal como reguladas pelos artigos 381 a 384, do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), decididamente não mais ostentam qualquer natureza cautelar.

Iniciando, pois, a necessária empreitada, mister observar que o CPC/1973 insere(ia) as demandas probatórias autônomas (produção antecipada de prova, exibição e justificação) em seu Livro III (Do Processo Cautelar), Capítulo III (Dos Procedimentos Cautelares Específicos).

A exibição é(ra) regulada na Seção V (arts. 844 a 855), a produção antecipada de prova na Seção VI (arts. 846 a 851) e, por seu turno, a justificação encontra(va) sua correlata normatização na Seção IX (arts. 861 a 866) .

Como visto, para a revogada codificação processual, ao menos topograficamente, as demandas probatórias autônomas são(eram) consideradas espécies do gênero processo cautelar.

O processo cautelar, tido como um *tertium genus* (ao lado das atividades cognitiva e executiva, tripé a compor classicamente a forma de exteriorização da atividade jurisdicional estatal), é o remédio prescrito para garantir a preservação de determinadas situações sem as quais restaria frustrado o provimento de mérito nos processos de conhecimento e de execução.

Valendo-se dessa assertiva, extrai-se como característica do provimento cautelar a *provisoriedade*, porque os efeitos do provimento cautelar tendem a desaparecer quando protegido o interesse substancial ou mesmo quando rejeitada a pretensão vertida no processo de conhecimento ou de execução.

Para alguns, ainda, o principal marco distintivo do processo cautelar seria a *instrumentalidade*, já que se desenvolve a serviço de um processo definitivo<sup>504</sup>.

De outro lado, fala-se em *sumariedade* à razão de que o processo cautelar se justifica pela urgência, exigindo-se uma cognição rarefeita e menos profunda<sup>505</sup>.

Contudo, a principal característica das medidas probatórias autônomas é justamente o que as diferencia das demais espécies cautelares (segundo a dicção do CPC/73), o que nos leva a crer que tais demandas integram um grupo diferenciado dentre as demais.

---

<sup>504</sup> CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000, p. 41.

<sup>505</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. *La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi*. In *Rivista de Diritto Processuale*, 1990, p. 965.

Embora inclusas no gênero, quer parecer que as demandas probatórias visam a assegurar situações processuais específicas, enquanto as demais resguardam o interesse substancial, entendido como núcleo da situação subjetiva favorável<sup>506</sup>.

Melhor nos parece, portanto, que se trata de *ações procedimentalmente cautelares* (em contraposição às *substancialmente cautelares*), na expressão elaborada por Calmon de Passos<sup>507</sup>.

Nessa toada, a alocação topológica das medidas probatórias autônomas no Livro III do *Código Buzaid* demonstrava a manifesta intenção do legislador processual de 1973 em enxertar tais medidas na categoria das cautelares, atribuindo a elas, portanto, a função de assegurar a eficácia de outro processo.

Em outras palavras, tal como desenhados pela lei processual revogada, os procedimentos probatórios prévios foram destinados a neutralizar os efeitos maléficos do tempo sobre o processo – havendo, portanto, necessidade de que se demonstrem (ou pelo menos se afirmem) os clássicos pressupostos cautelares do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para a sua concessão.

Nessa linha de ideias, sob os auspícios do *Código Buzaid*, para que se instaurasse um procedimento probatório anterior ao processo, via de regra, necessitar-se-ia demonstrar a existência de uma situação que mereça ser acautelada, ou seja, de que há um perigo de que a produção de provas na fase própria do processo de conhecimento reste inviabilizada.

Vinculavam-se, desta feita, tais procedimentos aos mesmos pressupostos exigidos para a concessão de qualquer outra medida cautelar, sem atentar para as suas peculiaridades.

Todavia, esta exigência para a concessão das medidas em comento não se conformava com a tendência verificada nos demais países, tanto os da tradição da *civil law* como os da *common law*, bem como com as novéis e inéditas disposições encartadas na Lei 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil).

É o que se passa a demonstrar, de modo a completar o cotejo analítico linhas acima anunicado.

---

<sup>506</sup> Assim em CALVOSA, Carlo. *La tutela cautelare (profilo sistematico)*. Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1963, pp. 233/234, diferenciando *interesse sostanziale* e *interesse processuale* e afirmando a excepcionalidade das medidas de asseguarção da prova no rol das medidas cautelares típicas. Da mesma forma, SALVANESCHI, Laura. “I provvedimenti di istruzione preventiva”. In *Rivista de Diritto Processuale*, 1998, p. 801. Com outras palavras, mas demonstrando entendimento parecido, Chiara Besso, tratando dos institutos da *istruzione preventiva* e do *sequestro giudiziario di prove*, ensina que “*il provvedimento è diretto a garantire non l'utilità della futura regolamentazione del rapporto sostanziale, ma l'effettività della futura conoscenza dei fatti controversi da parte del giudice di merito*” apud BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*. Torino: G. Giappichelli, 2004, p. 7.

<sup>507</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo civil*, v. 10, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 32.

Nessa perspectiva, sobreleva-se apontar aprioristicamente se o Novo Código de Processo Civil alterou em seu corpo o *locus* topográfico das medidas probatórias autônomas.

De início, imperioso pontificar que o CPC/2015 extinguiu “o processo cautelar” autônomo, tal como regulado no Livro III do CPC/73, entendido como sendo uma atividade objeto de autuação e tramitação específicas e que componham autos próprios.

Por óbvio, o CPC/2015 não extinguiu (e nem poderia) as pretensões de natureza cautelar, vez que ladeadas pelas tutelas antecipatórias se perfazem em técnicas processuais de abrandamento dos efeitos perniciosos do tempo no processo.

Nessa trilha, o Novo Código de Processo Civil, em seus artigos 300 a 310, unifica o regime das tutelas provisórias satisfativas e cautelares sob a etiqueta “Da Tutela de Urgência”. Tais tutelas serão apresentadas e conhecidas nos mesmos autos da atividade principal.

Em sendo assim, a parte poderá veicular um pedido de tutela de urgência de natureza antecipada em caráter antecedente e naqueles autos se seguirá a atividade principal, se for o caso (art. 303, §1º).

De igual modo, havendo uma atividade principal que necessite ser instrumentalizada por uma tutela de urgência de natureza cautelar, tal pleito cautelar será formulado nos mesmos autos em que tramita o pedido principal (art. 308).

Destarte, o CPC/2015 institucionaliza, de uma vez por todas, o denominado “sincretismo processual”. Isto é, em uma única relação processual, corporificada nos mesmos autos, o Estado-Juiz desenvolverá as atividades de cognição, cautelar e de execução.

Por si só a extinção do processo cautelar autônomo já confere pistas de qual foi a opção da Lei nº 13.105/15 no que pertine à conseqüente inserção topográfica das demandas probatórias autônomas e correlata definição de natureza jurídica.

Nesse ritmo argumentativo, o novel diploma processual inseriu as demandas probatórias autônomas em sua Parte Especial, Livro I (Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença), Capítulo XII (Das Provas).

A produção antecipada de prova vem regulada na Seção II, artigos 381 a 383, os quais serão objeto de minudenciada análise no próximo tópico. Por seu turno, a exibição de documento ou coisa possui sua disciplina legal albergada na Seção VI, artigos 396 a 404<sup>508</sup>.

---

<sup>508</sup> Segundo Alexandre Câmara, a exibição de documento ou coisa, tal como regulada pelo NCPC, não ostenta qualquer autonomia, tratando-se de mero incidente processual. Tanto por isso não pode ser jungida à classe dos procedimentos probatórios autônomos, objeto deste singelo ensaio. Na esteira das lições do eminente Desembargador fluminense, “trata-se de mero incidente processual, e não de um processo autônomo. Basta ver que a lei processual, muito claramente, estabelece que o requerimento de exibição é resolvido por decisão (arts. 400 e 402), e não por sentença. Este incidente de exibição pode ser provocado por qualquer das partes, que pode

Mas e a justificação? Terá o novel legislador se esquecido de tal instituto? Pensamos que a resposta a tais indagações é necessariamente negativa.

A uma por conta da expressa previsão contida no § 5º, do art. 381, o qual dispõe que: “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”.

A duas, na ótima companhia de Didier Jr.<sup>509</sup>, em razão da unificação dos procedimentos probatórios autônomos<sup>510</sup>, com a fusão da produção antecipada de prova e da ação de justificção, tal como haviam sido reguladas pelo CPC/73<sup>511</sup>.

Nos dizeres do eminente mestre baiano, a doutrina postulava essa fusão há tempos, em razão da superposição que havia entre os procedimentos – a produção antecipada de prova (CPC/73) servia à prova testemunhal, mas pressupunha urgência; a justificção apenas servia à prova testemunhal, e dispensava a urgência. Cuidou-se, pois, de simplificação procedimental a merecer aplausos (face à unificação das vias procedimentais para a produção antecipada de prova).

Com efeito, a nova posição topográfica dos procedimentos probatórios autônomos<sup>512</sup> já indica que eles não ostentam qualquer natureza cautelar. Ademais, a partir da definição de

dirigir o pedido de exibição em face da parte adversária ou de terceiro que tenha consigo a coisa ou o documento a ser exibido. E o procedimento do incidente varia conforme o pedido seja dirigido contra a outra parte ou contra terceiro”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 244).

<sup>509</sup> DIDIER JR., Fredie; BR Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, pp. 141/142.

<sup>510</sup> A unicidade da ação probatória autônoma é inclusive referenciada por Flávio Luiz Yarshell ao bem esclarecer que “a rigor, a determinação desses ‘canais’ seria desnecessária diante do reconhecimento da premissa já mencionada. Nesse assunto, a mesma atipicidade que marca o direito de ação – e que, não custa relembrar, também é característica do direito de provar – deve também se estender ao direito à prova. Por outras palavras, e para empregar raciocínio centrado na visão e terminologia mais corriqueiras (embora com menor reigor científico), há – ou bastaria que houvesse – apenas uma ‘ação probatória’ autônoma. As diferentes disposições legais a respeito podem e devem ser entendidas como regulamentadoras de temas como competência, processo e procedimento, inclusive de forma a adequar a atuação estatal às peculiaridades da prova a ser produzida antecipadamente e – por que não? – do direito material ao qual está relacionada a providência de instrução. Portanto, só com esse alcance é que se pode falar em diferentes ‘ações probatórias’ autônomas” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 415/416).

<sup>511</sup> Daniel Assumpção Neves ressalta a incongruência da manutenção autônoma dos institutos da produção antecipada de prova e da justificção, tal como delineados pelo CPC/73, diante da constatação de que em hipóteses de produção de prova testemunhal há regimes distintos sem qualquer fundamento diferenciador que os legitime e lhes dê sustento. Para a mesmíssima hipótese, a justificção autônoma independe da demonstração de urgência, bastando a demonstração de sua utilidade prática, o que não ocorre com a produção antecipada de prova (NEVES, Daniel Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 353).

<sup>512</sup> De acordo com Alexandre Câmara, o gênero demandas probatórias autônomas possui as seguintes espécies: a) demanda cautelar de assegução de prova; b) demanda de descoberta (*discovery* ou *disclosure*) da prova; c) arrolamento de bens; d) justificção. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 237.

suas características nucleares, evidencia-se que eles se desvinculam do requisito da urgência, caminhando, pois, para a consagração *de lege lata* do direito autônomo à prova<sup>513514</sup>.

Dissecando a respectiva natureza jurídica, Didier Jr.<sup>515</sup> afirma que o processo autônomo de produção antecipada de prova é de jurisdição voluntária, pouco importando o potencial conflito quanto à existência do direito à prova.

Jurisdição voluntária, pois, repise-se, inexistente necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova.

Por fim, com vistas a decididamente afastar a natureza cautelar dos ditos procedimentos cautelares autônomos, mister se incursionar especificamente sobre a hipótese albergada no art.381, inciso I, do Novo Código de Processo Civil, uma vez que sempre se imprimiu o timbre da cautelaridade à clássica prova *ad perpetuam rei memoriam*.

A produção antecipada de prova, tal como outrora regulada pelos artigos 846 a 851 do revogado Código de Processo Civil de 1973, tencionava assegurar a prova quando fundadas eram as razões a indicar que a sua produção no momento em tese oportuno – a fase instrutória do processo de conhecimento – restaria prejudicada pelo decurso do tempo.

Como cediço, durante a fase instrutória do processo, são praticados predominantemente<sup>516</sup> atos que guardam como traço de semelhança a finalidade de constituir provas.

Provas recaem sobre fatos controvertidos e a sua constituição nos autos da ação de conhecimento destina-se, em última análise, a influenciar o julgador no exercício de formação de sua convicção, por meio de uma atividade dialética essencialmente dinâmica que permeia todo o *iter* iniciado com o requerimento da prova e finalizado com a valoração do seu resultado.

Com estribo em tal conceituação, pode-se dizer que a produção antecipada de prova cumpre a função da fase probatória, mas em momento anterior, de maneira que a prova fica a salvo do perigo representado pelo tempo<sup>517</sup>.

---

<sup>513</sup> Sobre o tema, no âmbito nacional, por todos YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. Em terra estrangeira, BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*. Torino: G. Giappichelli, 2004

<sup>514</sup> Uma das facetas procedimentais da autonomia do direito à prova se apresenta na ausência de prevenção do juízo perante o qual se processa a demanda probatória autônoma para fins de conhecimento da eventual demanda que se venha a propor com esteio na prova colhida, *ex vi* o disposto no art. 381, §3º, do NCPC.

<sup>515</sup> DIDIER JR., Fredie; BR Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 138.

<sup>516</sup> *Predominantemente e não exclusivamente*. O alerta oportuno é dado por José Carlos Barbosa Moreira. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 5.



Trata-se de autêntica antecipação do momento tipicamente instrutório do processo de conhecimento.

E, nessa vereda, divergindo de doutrina majoritária<sup>518</sup> formada no seio do revogado CPC/73, tem-se que a produção antecipada de prova possui por escopo a evitação da lesão ao direito à produção da prova e, por tal razão, tem caráter inibitório<sup>519</sup>.

Em igual direção, Didier Jr. e Braga<sup>520</sup> pontificam que a produção antecipada de provas e a justificação se perfazem em medidas satisfativas do direito autônomo à prova, realizado em procedimento típico de jurisdição voluntária.

Como visto, sob o regime da novel legislação processual, quer seja em razão de sua alocação topográfica, quer seja face à sua natureza, as demandas probatórias autônomas não se perfazem em medidas cautelares<sup>521</sup>.

### **7.2.2. A Autonomia do Direito à Prova reconhecida pelo Novo Código de Processo Civil. Acertamento Fático e Fomento ao Consenso**

Com louvável ineditismo, os incisos II e III do art. 381, do Novo Código de Processo Civil<sup>522</sup> trazem em seus enunciados normativos claras possibilidades de quebras paradigmáticas.

Isso porque os procedimentos probatórios autônomos simplesmente afirmam a autonomia do direito à produção da prova<sup>523</sup> no ordenamento processual. Não é pouca coisa.

<sup>517</sup> Nas palavras de José de Moura Rocha, a produção antecipada de prova “assegura a eficácia ou o resultado de alguma etapa processual”, nisto diferenciando-se das medidas assecuratórias do processo. ROCHA, José de Moura. “Produção antecipada de prova”. In *Revista de Processo*, nº 20, outubro-dezembro de 1980, p. 56.

<sup>518</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo cautelar*, 11 ed. São Paulo: Edição Universitária de Direito, 1989, p. 304. A passagem completa está assim redigida na edição que consultamos: “A ação antecipatória é genuinamente cautelar, quando movida em caráter preparatório, pois satisfaz à necessidade emergencial de evitar ou superar o perigo de se tornar impossível ou deficiente a produção da prova se se tiver de aguardar a propositura da ação principal e a chegada da fase probatória normal”.

<sup>519</sup> DIDIER JR., Fredie *et. al.* *Op. cit.*, p. 140.

<sup>520</sup> Segundo os eminentes autores, “a visão que parece mais apropriada, entretanto, é no sentido de que ambas as medidas – produção antecipada de provas e justificação – não são propriamente cautelares e não pressupõem, necessariamente, a demonstração do perigo da demora (urgência) para serem admissíveis. São, pois, satisfativas do chamado direito autônomo à prova, direito este que se realiza com a coleta da prova em típico procedimento de jurisdição voluntária” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. *Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação*. Revista de Processo, São Paulo; Vol. 218, Abr. 2013, p. 13).

<sup>521</sup> Em sentido contrário parece se inclinar Alexandre Câmara ao pontificar que a primeira modalidade de demanda probatória autônoma a ser contemplada no NCPC é a demanda *cautelar* de asseguarção de prova (art. 381, I). (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 237).

<sup>522</sup> Art. 381, NCPC. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: (...) 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.

<sup>523</sup> Sob uma perspectiva constitucional, Vinícius Lott Thibau afirma que: “o enquadramento lógico-jurídico do direito à prova como desdobramento do devido processo constitucional nos afirma o *status* de direito

Nessa rota, o primeiro deles prevê a antecipação da prova quando esta puder viabilizar a solução do conflito pela autocomposição ou outro meio, medida de todo consonante sistemicamente com a busca de soluções adequadas e não exclusivamente judicializadas para a composição do conflito de interesses<sup>524</sup> (art. 3º, §º3º, do CPC/2015).

Estimula-se, portanto, a propositura da ação probatória autônoma, na esperança de que a prova produzida fomente as partes a resolver o conflito de forma consensual, de modo a descortinar um verdadeiro meio “alternativo” (adequado) de resolução de conflito.

Em tal espécie, não se pressupõe urgência, muito menos o risco de que a prova não possa ser produzida futuramente.

Portanto, não há cautelaridade (referibilidade a um direito acautelado), revelando-se o processo autônomo de produção antecipada de prova em autêntico exemplo de jurisdição voluntária, conforme já grifado linhas acima.

Por seu turno, o inciso III abrange a hipótese de a produção antecipada de prova justificar ou evitar a propositura da demanda. Abre-se, assim, o flanco de aquele que pretende ajuizar uma ação verificar de forma antecipada se os fatos que pretende provar como estribo de sua pretensão realmente servem de substrato idôneo para o pedido.

Tal substrato probatório mínimo perpassa pela definição precisa dos fatos, bem como a identificação e a revelação do conteúdo das provas que a eles correspondam.

A partir de tal aferição, poderá o interessado concluir que não se afigura aconselhável a propositura da demanda, evitando, de tal modo, o ajuizamento de uma pretensão verdadeiramente descabida.

Conforme salientado por Didier Jr.<sup>525</sup>, aqui há o reforço democrático de que as provas não têm como único destinatário a figura do magistrado, vez que as partes como coprodutoras da norma a ser construída também se mostram aptas ao recebimento e valoração da carga probante.

---

fundamental juridicamente inderrogável que aquele atualmente ocupa, por conquista histórica do povo em prol da necessária previsibilidade decisória”. (THIBAU, Vinícius Lott. *O Direito à prova no paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito – Considerações sobre a Procedimentalidade Brasileira*. In: TAVARES, Fernando Horta (coord). *Constituição, direito e processo. Princípios Constitucionais do Processo*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 329).

Em um viés eminentemente processual, por todos, YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 419.

<sup>524</sup>CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coords). *Novo Código de Processo Civil: anotado e comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 220.

<sup>525</sup> DIDIER JR., Fredie et. al. *Op. cit.*, p. 140.

Afinal de contas, o direito à prova é um desdobramento da garantia constitucional do devido processo legal<sup>526</sup>, a qual se projeta para o exercício da ação e da defesa, por meio do contraditório.

Nesse sentido, fomenta-se a produção antecipada da prova em tais hipóteses, a fim de se obter um suporte fático-probatório mínimo para a deflagração de uma ação futura ou a formação estratégica de que tal demanda seria deveras inviável.

Para um olhar desaperecebido e descomprometido tais disposições normativas parecem dizer pouca coisa.

Ledo engano!

Na trilha de forte e clara tendência percebida no estrangeiro<sup>527</sup>, tais enunciados inauguram um inédito sistema no âmbito do processo civil brasileiro, permitindo a criação e o desenvolvimento de instrumentos destinados à colheita de provas em momento pré-processual, desvinculados do requisito do *periculum in mora*.

A detectada tendência se inclina no sentido de utilizar as medidas probatórias com vistas à certificação fática, o que se obtém por intermédio de um compartilhamento de informações entre os litigantes.

Acredita-se, nesse particular, que o compartilhamento de todo o arsenal de informações importantes para o deslinde de uma controvérsia, favorece o consenso e, por via de consequência, o desafogamento das instâncias judiciárias<sup>528</sup>.

Destarte, a justificação principal para a instauração de tais procedimentos prévios reside no acertamento ou certificação dos fatos<sup>529</sup>.

Em tal momento pré-processual, se permite às partes a antevisão da amplitude vertical e horizontal da controvérsia e, assim, as reais e subjacentes possibilidades de êxito em futura demanda.

A outro giro, a certificação fática edifica eficaz meio de fomento ao consenso, na medida em que reduz o espaço para elucubrações sobre a ocorrência de determinados fatos,

---

<sup>526</sup> Por todos, CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>527</sup> Não se pode olvidar, contudo, do sempre pertinente e atual alerta de Barbosa Moreira no sentido de que “a mera importação de modelos estrangeiros nem sempre resulta em ganhos efetivos, dada às diferenças estruturais e conjunturais dos ordenamentos exportadores e importadores”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*. Temas de Direito Processual, Oitava Série. São Paulo: Forense, 2004, pp. 07/10).

<sup>528</sup> A título de exemplo, Chiara Besso noticia percentuais baixíssimos de demandas que efetivamente alcançam a fase do *trial* nos Estados Unidos e na Inglaterra. (BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*. Torino: G. Giappichelli, 2004, p. 17.)

<sup>529</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Os efeitos processuais da audiência pública*. cit., pp. 120-135.

de modo a desestimular as partes a enfrentarem os custos e demais revezes de um processo judicial.

Nesse diapasão, não se pode olvidar que a partir do momento em que as partes têm a oportunidade de conhecer as “armas” do seu adversário, são levadas a traçar suas estratégias processuais valendo-se de um arsenal maior de informações.

Isto é, a partir da efetiva ciência do material probatório disponível ao adversário, as partes podem traçar uma avaliação estratégica de êxito em demanda judicial futura.

Partindo de novas premissas, é natural que vislumbrem novas possibilidades.

A *certificação* dos fatos cumpre a função de apresentar um panorama completamente novo, um horizonte absolutamente desconhecido até então.

E, diante desse novo cenário, a deflagração de um processo judicial nem sempre se apresenta como a melhor alternativa.

É porque, neste caso, os litigantes são levados a repensar suas reais chances, momento em que permite antever se os êxitos possíveis e/ou prováveis “pagam” os “custos” de um processo.

Isto é, conhecedor da real amplitude de suas pretensões, aquele litigante contumaz e açoitado, por meio dos procedimentos probatórios autônomos, poderá ponderar com maior solidez e agilidade os revezes de toda sorte que poderá sofrer com a instauração e julgamento do futuro processo, com o que se sentirá motivado à obtenção da solução negociada.

Por tal fundamento, não raras as vezes, o autor pode se convencer de que mais vale desistir da demanda para não ser condenado ao pagamento dos ônus sucumbenciais, enquanto o réu pode ser levado a crer que sua defesa é infundada e um acordo se apresenta como alternativa mais vantajosa.

Em outras palavras, a produção da prova em momento pré-processual possibilita às partes uma melhor apreciação das chances e dos riscos decorrentes do ajuizamento de uma ação, ou do oferecimento de peça de resistência.

A antevisão estratégica aqui desponta, pois, como grande funcionalidade subjacente ao accertamento fático propiciado pelos procedimentos probatórios autônomos.

Ou seja, o conhecimento mais célere das alegações e provas detidas por cada uma das partes, possibilita que elas avaliem de forma mais rápida as chances de sucesso ou fracasso, além de propiciar uma melhor preparação do processo nas hipóteses em que ele não puder ser evitado.

Em tais situações, parece evidente que o câmbio antecipado de informações e provas facilitará a administração do futuro processo ao melhor delinear a posição das partes no

subjacente conflito, bem como no que concerne à precisa delimitação do objeto litigioso e, ainda, em relação às provas que eventualmente precisarão ser produzidas.

Tudo isso aponta seguramente para uma cognição judicial mais adequada, descortinando-se inequivocamente como meio concretizador do dever de cooperação das partes para com a administração da justiça.

Por essas e outras razões, merece aplausos a consagração pelo Novo Código de Processo Civil do direito autônomo à prova, descortinada com a incontestante desvinculação dos procedimentos probatórios autônomos ao requisito da urgência.

Em outro flanco, a autonomia do direito à prova se demonstra com a ausência de instrumentalidade hipotética (sem vinculação de instrumentalidade a um processo dito principal), referibilidade e acessoriedade das demandas probatórias autônomas<sup>530</sup>.

Ainda há que se registrar a projeção da autonomia dos procedimentos probatórios em comento para o campo eminentemente processual, tal como se infere da acertada redação constante do §3º, do art. 381, do NCPC<sup>531</sup>.

Ao cabo deste tópico, é de se edificar que os procedimentos autônomos em análise alastram sua eficácia probatória em relação ao acerto de fatos que embasem a demanda judicial eventualmente instaurada, ou mesmo a evitação da litigância, com o estímulo à efetivação do consenso em sede pré-processual.

Com efeito, não se pode perder de vista que em hipóteses de judicialização do conflito, o compartilhamento do arsenal fático qualificará a carga probatória da prova produzida em sede pré-processual, primando, pois, em via reflexa, pelos princípios da duração razoável do processo e economia processual<sup>532</sup>.

No mesmo diapasão, imperioso referenciar que a temática sob comento ainda se insere sob o ainda pouco explorado terreno da *pré-processualidade*. Os denominados procedimentos preliminares, inclusive, perfizeram um dos temas do XIII Congresso Mundial

---

<sup>530</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Op. cit.*, p. 310. Sobre o tema Yarshell alude que “o direito autônomo à produção da prova, de forma não diretamente vinculada ao pleito de declaração do direito material e ao processo instaurado para esta finalidade”.

<sup>531</sup> Art. 381, § 3º: A produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta. Em igual sentido, v. Súmula 263, TFR – “a produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal”

<sup>532</sup> Como exemplo, a disposição normativa inserta no art. 427, do Código de Processo Civil, *in verbis*: “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”.

de Direito Processual, ocorrido em 2007, no Brasil. Após o Congresso, foram publicadas as discussões que nele se travaram<sup>533</sup>.

A grande maioria dos relatórios de cada Estado indicou que a fase pré-processual, também chamada de preliminar (entendida como o período compreendido entre o surgimento da controvérsia no plano material e o início formal do processo – ajuizamento da ação) não tem sido objeto de extensa regulamentação, mas que uma reformulação nesse sentido tem sido buscada.

Ademais, embora os ordenamentos dos países analisados não apresentem uma regra geral e detalhada sobre a atuação das partes durante a fase pré-processual, observam-se disposições esparsas a esse respeito.

Dois elementos introduzidos pelo direito inglês - *pre action protocols*<sup>534</sup> e *offers to settle*<sup>535</sup> – são, em conjunto, de grande valia para um sistema de direito processual, especialmente um que confira importância a que as partes tentem autocomposição antes do processo e, se isso não for possível, preparem-se bem e de forma leal para a demanda, conhecendo as alegações e provas uma da outra desde cedo.

Falando em direito inglês, chega-se o momento de se incursionar pelo direito alienígena, colhendo-se as boas práticas experimentadas em terras estrangeiras.

### 7.2.3. Giro pelo Mundo

---

<sup>533</sup> SILVEIRA, Susana Amaral. Acordos Incentivados. Uma Contribuição Britânica nos caminhos buscados pelo Judiciário Brasileiro. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2010, p. 87-88.

<sup>534</sup> Segundo Paula Costa e Silva, os *pre action protocols* se perfazem genericamente em: “procedimentos padronizados e extrajudiciais de composição autônoma de conflitos”. (COSTA E SILVA, Paula. *O Acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementariedade*. Revista de Processo, vol. nº 158/2008, São Paulo: RT, abril 2008, p. 93-106). Já os *offers to settle*, em linhas gerais, tal como regulados na Parte 36 das CPRs, são propostas de acordos pré-processuais. Importante contextualizar, por oportuno, na trilha de Susana Amaral Silveira, que tanto os *pre action protocols*, como os *offers to settle* fizeram parte de um abrangente movimento capitaneado por Lord Woolf, cujas conclusões foram acolhidas em sua maioria por meio das *Civil Procedural Rules* (CPR) em vigor desde 1999 e que, como cediço, constituem grande marco no processo civil inglês. (SILVEIRA, Susana Amaral. *Acordos Incentivados. Uma Contribuição Britânica nos caminhos buscados pelo Judiciário Brasileiro*. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2010, p. 15).

<sup>535</sup> A instituição dos indigitados instrumentos - *pre action protocols* e *offers to settle* – representam a ossatura do sistema processual inglês, o qual reputa-se maduro, cooperativo e que coloca as partes em um indubitado co-protagonismo, vez que prima pela autocomposição das partes em um plano pré-processual e, caso seja inviável a judicialização do conflito, estas se colocam *pari passu* em termos de conhecimento das alegações e provas de cada qual.

Conforme anteriormente enunciado, há uma robusta tendência percebida nos ordenamentos alienígenas ocidentais, com clara inspiração anglo-saxã<sup>536</sup>, no estabelecimento e desenvolvimento de instrumentos pré-processuais destinados à colheita de provas, desvinculados do requisito do *periculum in mora*, com alvos determinados no acerto fático e no fomento ao consenso.

Iniciemos, pois, uma rápida análise das principais ordenações estrangeiras que atualmente preveem os procedimentos probatórios autônomos como instrumentos de desestímulo à litigância e fomento à conciliação.

### 7.2.3.1. EUA e Inglaterra

Na experiência anglo-saxã, os institutos da *discovery* (EUA) e da *disclosure* (Inglaterra) são simbolicamente sintetizados pela clássica expressão *cards on the table approach*. Ou seja, pautam-se no desvendamento pelas partes das provas e trunfos de que dispõem antes da fase do *trial*, em uma concretização da cooperação entre as partes, as quais são vistas como coresponsáveis pela administração da justiça.

Nesse ritmo, especificamente nos Estados Unidos da América, tudo indica que a inserção da *discovery* no ordenamento norte-americano consistiu em uma tentativa do legislador das *Federal Rules* em promover o intercâmbio de informações entre os litigantes, guardado o dever de cooperação e colaboração (sendo amplas as possibilidades sancionatórias<sup>537</sup> em desfavor das partes e/ou de seus advogados na hipótese de procederem de má-fé no desenvolvimento da *discovery*), e, assim, estimular a composição do conflito<sup>538</sup>.

---

<sup>536</sup> Nesse sentido, Nicolò Trocker anota que: “dicevo della tendenza degli ordenamenti processuali moderni a prefigurare forme di preliminary *discovery* e di facilitare scambio di ‘informazione’ tra le parti in fase pre-processuale anche per promuovere la composizione stragiudiziale delle liti”. (TROCKER, Nicolò. *La Formazione Del Diritto Processuale Europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2012, p. 333).

<sup>537</sup> A partir da experiência norte-americana da *discovery* pré-processual, colhe-se o teor da Regra 68 das *Federal Rules of Civil Procedure*, o qual impõe que a parte que não aceitara o acordo arque com as custas processuais caso o resultado do processo não iguale ou supere o que lhe adviria da proposta recusada. Rule 68. Offer of Judgment. (a) MAKING AN OFFER; JUDGMENT ON AN ACCEPTED OFFER. At least 14 days before the date set for trial, a party defending against a claim may serve on an opposing party an offer to allow judgment on specified terms, with the costs then accrued. If, within 14 days after being served, the opposing party serves written notice accepting the offer, either party may then file the offer and notice of acceptance, plus proof of service. The clerk must then enter judgment. (b) UNACCEPTED OFFER. An unaccepted offer is considered withdrawn, but it does not preclude a later offer. Evidence of an unaccepted offer is not admissible except in a proceeding to determine costs. (c) OFFER AFTER LIABILITY IS DETERMINED. When one party’s liability to another has been determined but the extent of liability remains to be determined by further proceedings, the party held liable may make an offer of judgment. It must be served within a reasonable time—but at least 14 days—before the date set for a hearing to determine the extent of liability. (d) PAYING COSTS AFTER AN UNACCEPTED OFFER. If the judgment that the offeree finally obtains is not more favorable than the

Tal modelo, como se sabe, inspirou anos mais tarde a modificação dos sistemas europeus. A previsão original das *Federal Rules*, entretanto, não passou incólume ao longo dos anos.

Uma primeira reforma, promovida nos anos de 1980 e 1983, incorporou à *discovery* a noção de *proporcionalidade*, de modo que a amplitude do procedimento fosse proporcional à real necessidade apresentada pelo caso concreto, ao valor envolvido na controvérsia, à capacidade econômica das partes e à relevância da questão objeto da pretensão.

Ademais, e seguindo-se uma inequívoca tendência publicista observada ao longo do globo na época, promoveu-se uma ampliação dos poderes dos juízes, fazendo deslocar para estes a organização da fase pré-julgamento, o que até então ficava a cargo dos advogados, predominantemente.

A segunda reforma, implementada em 1993, notabilizou-se por exigir uma aferição de proporcionalidade sobre a própria *discovery*, exigindo que sua instauração ficasse condicionada a um juízo positivo de utilidade pelo magistrado. Outrossim, o procedimento passou a ser delimitado por um número máximo dos meios de “descobrimento”. Contudo, a modificação mais importante deste segundo movimento se deu no sentido de obrigar a parte a apresentar o elenco de documentos e das possíveis testemunhas, independentemente de requisição da outra parte.

Uma terceira reforma entrou em curso em 2000 alterando o padrão de relevância dos meios de *discovery* – a relevância genérica do meio cedeu lugar a uma aferição da relevância de forma mais específica, à luz das circunstâncias concretas dos fatos, tal como afirmados pelas partes<sup>539</sup>.

Portanto, com esteio na aplicação da cooperação, a utilização da *discovery* impõe às partes o dever de apresentar todos os documentos que detêm, evitando-se assim surpresas e a assunção de comportamentos contraditórios pelos envolvidos.

Por sua vez, a experiência inglesa no que concerne à *disclosure* se encontra delineada pelas *Civil Procedure Rules*, produto do paradigmático Relatório elaborado pelo Magistrado Lord Woolf<sup>540</sup>.

---

unaccepted offer, the offeree must pay the costs incurred after the offer was made. (As amended Dec. 27, 1946, eff. Mar. 19, 1948; Feb. 28, 1966, eff. July 1, 1966; Mar. 2, 1987, eff. Aug. 1, 1987; Apr. 30, 2007, eff. Dec. 1, 2007; Mar. 26, 2009, eff. Dec. 1, 2009. Extraído do sítio eletrônico [www.uscourts.gov/file/rules-civil-procedure](http://www.uscourts.gov/file/rules-civil-procedure). Consulta realizada em 02 de outubro de 2015.

<sup>538</sup> BESSO, Chiara. *Op. cit.*, pp. 78/79.

<sup>539</sup> Idem, *Ibidem*, pp. 125/129.

<sup>540</sup> WOOLF, Harry. *Civil justice in the United Kingdom*. The American Journal of Comparative Law, p. 709-736, 1997.



Em apertada síntese, a *disclosure* possibilita que cada parte apresente uma lista de documentos, permitindo-se ao potencial adversário examiná-la e obter cópias<sup>541</sup>.

No exercício do *case management*, o juiz pode se pronunciar para limitar a informação a um documento específico ou a um grupo de documentos, havendo ainda a possibilidade de o juiz intimar as partes para que esclareçam as informações adicionais que considere relevantes.

Também por meio dos *written statements*, semelhantes às declarações escritas de testemunhas, infere-se a intenção de propiciar às partes um amplo conhecimento das possibilidades concretas do litígio, de maneira a evitar surpresas no curso do eventual e futuro processo.

Há, nesse sentido, clara mitigação da oralidade característica da *discovery* norte-americana, muito em decorrência da discricionariedade conferida ao magistrado subjacente à instituição do *case management* pelas CPRs<sup>542</sup>.

### 7.2.3.2. Alemanha

Consoante nos informa e ensina Barbosa Moreira<sup>543</sup>, o processo civil alemão passou por um movimento de renovação no campo do direito probatório mais recentemente, sendo notável a tendência do legislador tedesco no sentido de fortalecimento do primeiro grau de jurisdição.

Nessa vereda, em clara repartição da responsabilidade pela administração da justiça, revelam-se consentâneas ao robustecimento da 1ª instância medidas probatórias que se destinem à ampliação do horizonte de conhecimento das partes acerca dos fatos, favorecendo, ainda, o aumento de chances de soluções consensuais e antecipadas do conflito.

---

<sup>541</sup> É o que prevê a *Rule 31* das *Civil Procedure Rules*, as quais perfazem um Código de Processo Civil aplicado no âmbito da Inglaterra e do País de Gales. *Rule 31.10* das *CPR*: (1) *The procedure for standard disclosure is as follows.* (2) *Each party must make and serve on every other party, a list of documents in the relevant practice form.* (3) *The list must identify the documents in a convenient order and manner and as concisely as possible.* (4) *The list must indicate (a) those documents in respect of which the party claims a right or duty to withhold inspection; and (b) (i) those documents which are no longer in the party's control; and (ii) what has happened to those documents.* Extraído do sítio eletrônico <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil>. Consulta realizada em 02 de outubro de 2015.

<sup>542</sup> GRADI, Marco; SILVA, Paula Costa; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Seminário sobre os 10 anos de vigência do Código de Processo Civil inglês”. In: *Revista de Processo* nº 170, ano 34, abril de 2009, pp. 157/160.

<sup>543</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão”. In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 201/202.

Cuida-se de um reforço do instituto do *Hinweispflicht*, a partir da nova redação do §139 da ZPO, que impõe aos órgãos judiciários o dever de adotar as providências necessárias para que as partes elucidem os fatos relevantes para a causa.

Após a indigitada reforma, os juízes passaram a deter amplos poderes para determinar, inclusive *ex officio*, a exibição de documentos pelas partes ou por terceiros.

Mais recentemente, implementou-se significativa alteração na ZPO (§485 e §485, II), com a construção de procedimento probatório independente ou autônomo denominado *selbständiges Beweisverfahren*, o qual conta com eficácia probatória plena (desvinculada da demonstração do *periculum in mora*), apostando na prévia e ampla certificação fática dirigida à construção dialética do consenso.

Com efeito, a alteração do §485 da ZPO procurou caracterizar a produção antecipada de prova como verdadeiro meio alternativo (adequado) de solução de conflito. Ademais, inaugurou outra hipótese de procedimento probatório *ante causam* (§485, II), inclusive com a supressão da referência à cautelaridade em sua terminologia (procedimento probatório independente ou autônomo)<sup>544</sup>.

Em sendo assim, na trilha de tendência já detectada, observa-se a acolhida pelo ordenamento processual alemão da autonomia do direito à prova, claramente direcionada à uma ampla certificação fática para, assim, estimular a resolução consensual dos conflitos.

### 7.2.3.3. Itália

A Itália, por seu turno, seguiu a convergência delineada no velho continente em relação à instituição do procedimento probatório autônomo desvinculado do *periculum in mora*, à semelhança da *discovery* norte-americana.

Nesse sentido, a Lei nº 80/2005 cumpriu fulcral papel, trazendo importantes inovações ao regime processual italiano, máxime a incontestante previsão dos procedimentos probatórios autônomos. Os multicitados procedimentos foram introduzidos pelo art. 696-bis do *Codice di Procedura Civile*<sup>545</sup>, o qual estabelece a possibilidade de ocorrência de perícias

<sup>544</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Os efeitos processuais da audiência pública*. cit., pp. 120-135.

<sup>545</sup> art. 696-bis. (Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite).

L'espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, può essere richiesto anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'articolo 696, ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito. Il giudice procede a norma del terzo comma del medesimo articolo 696. Il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti. Se le parti si sono conciliate, si forma processo verbale della conciliazione.

pré-processuais com nítido e cristalino escopo conciliatório e de accertamento fático, desvinculado do pressuposto cautelar da urgência (previsto no art. 696, 1º comma)<sup>546</sup>.

#### 7.2.3.4. França

Em França, mister anotar de início a adoção do procedimento de *attestation*, o qual, em linhas gerais, se perfaz no recolhimento de declarações escritas das testemunhas em sede pré-processual, de modo a possibilitar que as partes avaliem de pronto e, de forma menos custosa, suas estratégias processuais e correlatas chances de êxito.

Tal procedimento se dirigia, ainda, ao fomete ao consenso, com a consequente diminuição dos processos levados ao conhecimento da jurisdição de piso francesa.

A *Cour de Cassation* atribui a tal meio eficácia probatória correspondente à atribuída às declarações prestadas oralmente em audiência<sup>547</sup>.

De igual modo, foi a jurisprudência francesa quem admitiu o uso da *référé probatoire* para a designação de perícias e oitiva de testemunhas, ainda que em um primeiro momento apenas diante da presença dos requisitos clássicos das medidas cautelares. Caminhou-se, pois, nesse particular, do *référé probatoire* ao *référé preventif*.

Com o Novo Código de Processo Civil, especialmente pela dicção do seu artigo 145 (em tal espécie, não se pressupõe urgência, muito menos o risco de que a prova não possa ser produzida futuramente)<sup>548</sup>, permite-se a instauração do procedimento preparatório com vistas à conservação da prova, mas também visando ao accertamento fático.

A norma francesa, contudo, vincula o procedimento probatório a um processo de conhecimento potencial.

Conforme nos esclarece Besso, a questão chegou à Corte de Cassação, a qual pontificou a autonomia da prova anterior ao processo, afirmando que o referido artigo 145

Il giudice attribuisce con decreto efficacia di titolo esecutivo al processo verbale, ai fini dell'espropriazione e dell'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Il processo verbale è esente dall'imposta di registro. Se la conciliazione non riesce, ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito. Si applicano gli articoli da 191 a 197, in quanto compatibili. Extraído do sítio eletrônico <http://www.altalex.com/documents/news/2014/12/10/dei-procedimenti-speciali-dei-procedimenti-sommari>.

Consulta realizada em 03 de outubro de 2015.

<sup>546</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Os efeitos processuais da audiência pública*. cit., pp. 120-135.

<sup>547</sup> BESSO, Chiara, *Op. cit.*, pp. 83/84.

<sup>548</sup> Artigo 145 do *Code de Procédure Civile*: “S’il existe un motif légitime 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 admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé”.

dispõe sobre uma medida preventiva que independe do *periculum in mora*<sup>549</sup>, exigindo-se tão-somente que o procedimento probatório recaia sobre fatos relevantes a influenciarem diretamente a resolução do conflito.

#### 7.2.4. Perspectivas e Expectativas

Na trilha de uma demonstrada convergência observada em terras estrangeiras e dentro de uma sistematicidade interna que prima pela tentativa de resolução consensual dos conflitos, os procedimentos probatórios autônomos aparecem na nova cena processual também como catalisadores dos recorrentes esforços apontados em direção à redução da litigiosidade.

Isso porque, conforme já se grifou alhures, reputa-se que o compartilhamento de todo o arsenal de informações importantes para o deslinde de uma controvérsia, favorece o consenso e, por via de consequência, o desafogamento das instâncias judiciárias.

Sob outro enfoque, o Novo Código de Processo Civil traz uma verdadeira alteração paradigmática no instituto da prova, pois se passa a reconhecer a função da prova na formação do convencimento das partes no que se relaciona à avaliação de suas chances em uma eventual demanda.

Ou seja, insere e eleva democraticamente as partes à função de destinatárias da prova, tendo como precípua objetivo prevenir a propositura de ações infundadas ou fadadas ao insucesso, porque desprovidas de respaldo fático idôneo.

Está-se diante, claramente, de uma bem-vinda libertação<sup>550</sup> das amarras ideológicas perpetuadas até então pelo art. 130, do Código Buzaid.

Ainda, não se pode olvidar que o modelo cooperativo procedimental indubitavelmente adotado pela novel legislação processual esprai sua normatividade para o momento pré-processual, atingindo em cheio os procedimentos probatórios autônomos, tudo com vistas a estabelecer que as partes se coloquem *pari passu* na direção da concretização de direitos fundamentais.

---

<sup>549</sup> BESSO, Chiara, *Op. cit.*, p. 92.

<sup>550</sup> DENTI, Vittorio. Armonizzazione e diritto alta prova. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Giufrè, a*, 1994, 48: 673-681. Vittorio Denti ao analisar a *discovery* norte-americana assinala que o novel modelo perpassa por uma modificação radical no comportamento das partes e de terceiros, conforme se colhe da seguinte passagem: “*trapiantare i procedimenti di discovery angloamericani significa non soltanto anticipare temporalmente la fase di preparazione della causa, ma modificare radicalmente l'atteggiamento delle parti e dei terzi di fronte all'indagine che mira alla ricerca della verità*”, p. 678.

Nessa senda, os procedimentos probatórios autônomos tencionam a modificação da cultura judiciária brasileira de judicialização compulsiva dos litígios, sem que as partes tenham feito a avaliação séria de suas reais condições de êxito ou de fracasso, aumentando sobremaneira a participação e a responsabilidade dos advogados e das instituições na solução dos conflitos em sede pré-processual.

Mas a tarefa que se apresenta está longe de ser singela.

A franca aplicação dos procedimentos probatórios autônomos em todas as suas potencialidades desafia a cultura extremamente adversarial e demandista que assola e dá o tom da práxis forense tupiniquim.

Imaginar um edificante compartilhamento de informações em sede pré-processual parece ainda um sonho distante, além de não se coadunar com a visão de Calamandrei<sup>551</sup> de que o processo é apenas um jogo, ainda reinante em *terrae brasilis*.

### 7.3. Negócios Jurídicos Processuais

À toda evidência, a temática afeta aos negócios processuais (acordos ou convenções processuais) será uma das de maior relevo com o início de vigência do Novo Código de Processo Civil, vez que tenciona romper com uma consolidada cultura processual de inibição do autorregramento da vontade.

Fato é que ao permitir o redesenho procedimental pelas próprias partes, os negócios jurídicos processuais contribuem para a efetivação de pautas emancipatórias<sup>552</sup> no espaço do processo.

Nesse viés, a cláusula geral de acordo procedimental (ou de atipicidade dos negócios processuais) estabelecida pelo art. 190, do Novo Código de Processo Civil<sup>553</sup> revoluciona o paradigma atual ao permitir o aprofundamento da participação das partes no processo<sup>554</sup>.

---

<sup>551</sup> CALAMANDREI, Piero. Il processo como giuoco..., cit..

<sup>552</sup> Sobre o entrelaçamento da liberdade, emancipação e democratização do processo, DIDIER JR., com sua habitual perspicácia anota que “é curioso, e um tanto contraditório, como processualistas estufam o peito para falar em democratização do processo, defendendo técnicas de facilitação do acesso à justiça, p. ex., e, simultaneamente, ignoram o papel da liberdade, pilar da democracia, no processo. Discurso que afasta a liberdade do ambiente processual tem ranço autoritário. Processo e liberdade convivem. Liberdade não é nem pode ser palavra maldita na Ciência do Direito Processual e no próprio Direito Processual Civil” (DIDIER JR., Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios Processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, pp. 19-25).

<sup>553</sup> “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

Em boa companhia, na vanguardista pena de Calmon de Passos<sup>555</sup>, tem-se que o processo histórico deve ter como horizonte a concretização do máximo de emancipação e do mínimo de regulação, o que implica “no máximo de soluções não estatais dos conflitos de interesses, vale dizer, o amadurecimento das instituições sociais favorecedoras da solidariedade e da cooperação entre os homens, ao invés de estimuladoras da competição e dos conflitos”.

Nessa linha, conforme bem anota Cabral<sup>556</sup>, a implementação dinâmica dos princípios fundamentais do processo mediante a estruturação técnica adequada permitirá uma democratização do processo sem preocupações com o esvaziamento do papel diretor do juiz e do papel contributivo das partes na formação das decisões.

Com o desenvolvimento da democracia deliberativa, os procedimentos judiciais inarredavelmente passam a ser compreendidos como uma sede em que, para fins de produção da norma concreta a ser aplicada no caso, os indivíduos devem ser tratados como partícipes ativos do debate processual, coprodutores da norma da sentença.

Parece, pois, ser este o flanco adequado para o entendimento de que os negócios processuais são autênticos instrumentos de coprodução da norma pelas próprias partes, em inequívoca opção pela efetiva participação democrática das partes na construção da norma que irá reger aquele determinado conflito.

### 7.3.1. Dicotomia Publicismo x Privatismo<sup>557</sup>. Necessidade de Superação

---

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”.

<sup>554</sup> Consoante afirma o mestre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, expoente do marco teórico do formalismo-valorativo, revela-se “fora de dúvida que o direito processual, como fenômeno cultural, constitui produto exclusivo do homem, sendo, por conseqüência, inevitavelmente empolgado pelo conceito, um tanto fluídico, é verdade, de liberdade. Por isso mesmo, o tecido interno do processo forma-se pela confluência das idéias, por objetos sociais, utopias, interesses econômicos, sociais, políticos e estratégias de poder reinantes em determinada sociedade, com notas específicas de tempo e espaço. Constitui, portanto, um grave equívoco, assimilá-lo, apesar de seu caráter formal, a um mero ordenamento de atividades, dotado de cunho exclusivamente técnico, composto por regras estabelecidas de modo totalmente arbitrário pelo legislador. A estrutura mesmo do processo civil não é moldada pela simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente por escolhas de natureza política, em busca dos meios mais adequados e eficientes para a realização dos valores, especialmente os de conteúdo constitucional. Esses valores, no fundo, é que estruturam a vida jurídica de cada povo, de cada nação, de cada Estado”. Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do Juiz e a Visão Cooperativa do Processo. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 15 de abril de 2015.

<sup>555</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Op. Cit.*, p. 133.

<sup>556</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2ª ed.: Salvador, Ed. Juspodivm, 2014, p. 133.

<sup>557</sup> Para uma ampla abordagem sobre o tema, confira-se GRECO, Leonardo. *Publicismo e Privatismo no Processo Civil*. Revista de Processo, n. 164. São Paulo: Ed. RT, out. 2008. Mais recentemente, cuja defesa de tese tive a honra e sorte de acompanhar presencialmente na mítica Faculdade do Largo de São Francisco,

Colocadas as coisas nos seus devidos lugares, o estabelecimento de que os negócios processuais se perfazem em instrumentos de coprodução da norma pelas próprias partes, em um contexto de interação circular entre direito material e direito processual, não encerra qualquer postura neoprivatista (tal como nominada por Barbosa Moreira<sup>558</sup>), enclausurada em uma linear dicotomia publicismo x privatismo<sup>559</sup> que não mais se justifica hodiernamente.

Revela-se, mister, assinalar, desde logo, que a gênese privatística do negócio jurídico não encerra qualquer prenúncio de uma indesejada (neo)privatização do processo.

Por primeiro, conforme assentam Macedo e Peixoto<sup>560</sup>, o conceito de negócio jurídico pertence à Teoria do Direito e, por isso mesmo, revela-se plenamente aplicável ao direito processual civil, como o é a qualquer outro ramo especializado do Direito.

Em igual sentido, bem adverte Cabral<sup>561</sup> que o propalado *gap* epistêmico-metodológico entre direito público e direito privado não mais se compadece hodiernamente,

confira-se CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais: entre publicismo e privatismo*. Tese de Livre-Docência. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015.

<sup>558</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. Revista Síntese de Direito Civil, 2005.

<sup>559</sup> Sobre o tema, revelam-se mandatórias as palavras de Robson Renault Godinho ao afirmar que “não se pode considerar constitucionalmente adequada uma realidade em que o processo deixa de ser *coisa das partes* e praticamente passa a ser uma *coisa sem partes*, quando, na realidade, deveria ser uma *coisa com partes*” (GODINHO, Robson Renault. *Negócios Processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil*. Coleção Liebman/Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 42). Desenvolvendo com maestria o jogo dicotômico e retórico *coisa das partes* x *coisa sem partes*, Godinho, em sua versão original da tese de doutoramento, nos brinda com a seguinte passagem: “chega a ser intrigante a dificuldade com que a doutrina trabalha a noção de participação das partes no processo, como se houvesse uma ruptura ontológica com a conepção ‘liberal’ e qualquer tentativa de recrudescer o protagonismo das partes macularia todo o monumento técnico construído no século XX. Essa crença na absoluta publicização do processo resultou em uma espécie de trauma cultural. (...) A autonomia privada – não é exagerado afirmar – vem recebendo no processo civil estatal uma intolerância automática, uma resistência irrefletida ou uma indiferença constante, como se, ao iniciar o processo, as partes renunciassem à liberdade jurídica. (...) a crença na onisciência e na onipotência do julgador, além de discutível ideológica e metodologicamente, pode levar a exclusão do diálogo no processo, alijando as partes da necessária participação para que seja construída a decisão final. Isso demonstra que um discurso de efetividade do processo pode significar, na verdade, uma ditadura mal disfarçada, inaugurando uma nova ‘fase’ da ciência processual, em que o processo deixa de ser *coisa das partes* e praticamente passa a ser uma *coisa sem partes*. Não se propõe uma omissão judicial, mas, sim, um retorno das partes ao processo. As conquistas que advieram com a publicização do processo tornam a cena madura para a convivência natural com uma 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’”. (GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. Tese de doutoramento. São Paulo: PUC, 2013, pp. 30, 66 e 205).

<sup>560</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Negócio Processual Acerca da Distribuição do Ônus da Prova*. Revista de Processo. Vol. 241/2015. p. 463-487.

<sup>561</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais*. In: Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V.1. Negócios Processuais: Salvador, Ed. Juspodivim, 2015, pp. 541-557.

contrastado que é com as premissas plurais e complexas que informam e permeiam a produção normativa na pós-modernidade<sup>562</sup>.

Com efeito, a previsão quanto à disponibilidade (regrada) das partes em matéria processual exige novas condutas dos sujeitos processuais, para além de uma contraposição oca entre concepções puramente publicistas e privatistas<sup>563</sup> do fenómeno processual.

O devido processo legal deixa, pois, de ser concebido sob um viés puramente liberal do fenómeno jurídico, passando a ser informado e impregnado pelos direitos fundamentais, em uma perspectiva dinâmica e substancial, de modo a ser visualizado em sua dupla dimensão (processual e material) como direito de defesa e, simultaneamente, como direito a ações positivas, de modo particular como direito à organização e ao procedimento<sup>564</sup>.

Nessa toada, Xavier<sup>565</sup> destaca que a técnica de flexibilização acarreta uma dinamismo diferente às condutas dos sujeitos processuais, para permitir que as partes tenham uma maior contribuição sobre a gestão do processo, sendo certo que esses fatores devem ser bem equacionados para que não haja uma superposição de interesses, vontades ou de atos entre os sujeitos processuais.

Ademais, do mesmo modo que as partes têm de se adaptar ao ativismo judicial, os juízes também devem ser mais tolerantes com os mecanismos processuais que autorizam maior disponibilidade procedimental pelas partes.

---

<sup>562</sup> Afirma Cabral que “em nosso sentir, trata-se de uma premissa antiquada e inadequada ao Direito contemporâneo. Apesar de sua natureza pública, o processo não é infenso aos acordos e convenções. Josef Kohler, em obra clássica sobre os acordos processuais, já afirmava que o contrato não é apenas uma figura do direito civil, mas que pode nascer e se desenvolver em qualquer ramo do Direito, podendo verificar-se também no direito público, e assim no direito processual. Atualmente, ao mesmo tempo em que, no direito privado, afirma-se a constante inserção de valores publicistas, admite-se que o contrato e o acordo também passaram a ser figuras do direito público. Friedrich Carl von Savigny, há mais de 150 anos, já afirmava que o contrato era um instrumento presente no direito público e no direito internacional. De fato, há mais de um século que a contratualização é um fenómeno que escapou da seara do direito privado e ingressou também em campos publicistas, trazendo para estes foros mecanismos de cooperação entre Estado e indivíduo na produção normativa. Hoje é patente que a conduta pública (em geral, e não apenas no processo) está hoje contratualizada, mesmo no direito do Estado (p.ex., no campo das relações administrativas) e no direito do trabalho, espaços onde sempre se concebeu haver forte intervenção pública e restrições à autonomia da vontade”. (Idem, *Ibidem*, p. 542).

<sup>563</sup> Para a abordagem da questão no direito comparado, por todos, v. AROCA, Juan Montero (coord.), *Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

<sup>564</sup> “A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento do consenso. Os procedimentos encontram como que um reconhecimento generalizado, que é independente do valor do mérito de satisfazer a decisão isolada, e este reconhecimento arrasta consigo a aceitação e consideração de decisões obrigatórias”. (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, pp. 31-32). Completa Fazzalari que o procedimento somente se justifica pela participação.

<sup>565</sup> XAVIER, Trícia Navarro. *Convenções em Matéria Processual*. Revista de Processo. Vol. 241/2015, p. 489-516.



A eminente magistrada capixaba ainda nos traz notícias acerca do regramento da matéria nos principais países europeus filiados à família da *civil law*.

Em terras tedescas, o Código de Processo Civil conhecido como ZPO e em vigor desde 1879, embora de alta qualidade técnica e sobrevivente de várias mutações sociais, políticas e econômicas, seguindo a tendência de outros sistemas jurídicos, efetuou relevante reforma processual em 2002, introduzindo modificações na gestão da lide civil, para assegurar uma justiça mais acessível.

A reforma fortaleceu o impulso formal e material do processo, dando mais protagonismo de direção ao juiz. Adotou-se, ainda, um sistema processual mais flexível, com capacidade de adaptação às características singulares da causa, autorizando a estipulação de “contratos processuais” pelas partes.

Na própria Itália, berço da tradição processual publicista, o denominado *acordo de procedimento* foi instituído pela reforma legislativa em 18.06.09, quando da edição da Lei 69/2009, que promoveu diversas alterações no *Codice di Procedura Civile*, buscando a efetividade e a melhora na qualidade e no funcionamento da justiça.

Com isso, alguns institutos foram remodelados, com o aperfeiçoamento de relevantes técnicas processuais, oportunidade em que se instituiu o calendário do processo<sup>566</sup>, inspirado no contrato de procedimento do direito francês, em que o juiz, junto com as partes e após a fixação dos pontos controvertidos e a definição dos meios de prova requeridos pelos litigantes, faz uma estimativa temporal do procedimento, de acordo com a urgência e a complexidade da causa.

Em França, a possibilidade de modificação contratual do procedimento, o denominado *contrat du procédure*<sup>567</sup>, foi estabelecida no Decreto 2005-1678 de 28 de dezembro de 2005, passando a adotar um processo mais fluido e elástico, capaz de se modelar para atender às particularidades da causa, tendo como protagonista o juiz.

De outro lado, iniciou-se no direito francês um movimento, traduzido na necessidade de existência de um modelo jurídico negocial, ao lado de um modelo jurídico imposto pelo Estado.

---

<sup>566</sup> Negócio Processual típico com inédita previsão na legislação processual brasileira, conforme se infere do art. 191, do Novo Código de Processo Civil, *in verbis*: “art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário”.

<sup>567</sup> CADIET, Loïc. *Case management judiciaire et déformalisation de la procédure*. Revue française d'administration publique, n. 1, p. 133-150, 2008.

Como consequência, passou-se a refletir sobre a contratualização da justiça, do processo e dos modos de regramento dos litigantes, tema este aparentemente (e apenas aparentemente) paradoxal com o processo, que é um desacordo.

Harmonizou-se, assim, o princípio da cooperação com o princípio do contraditório, normas estas que direcionam as técnicas contratuais. Esses contratos, por sua vez, podem revelar-se de várias formas e momentos, como as convenções que visam evitar o processo, as que ocorrem durante o processo, os acordos relativos ao juiz, entre outros.

A flexibilização procedimental, de igual modo, vem sendo adotada em diversos outros países, descortinando inequívoca tendência mundial<sup>568</sup>.

Feita esse breve incursão ao direito alienígena, interessante notar que o maior expoente do publicismo processual brasileiro, Barbosa Moreira<sup>569</sup>, em seu peculiar vanguardismo, desde 1982, já havia se debruçado de forma minudenciada sobre a questão dos negócios processuais celebrados pelas partes.

Nominou-os de convenções processuais, pontificando que a vontade das partes pode ordenar-se a influir no modo de ser do processo, no conteúdo da relação processual, concebendo-se também que as partes queiram criar a obrigação de assumir determinando comportamento, de praticar ou deixar de praticar certo ato processual, como não recorrer, desistir do recurso interposto, não executar a sentença, desistir da ação e da execução.

Ainda, estabeleceu conclusões solares no que pertine ao regime jurídico aplicável aos negócios realizados fora do âmbito processual.

Como visto, perfeitamente possível se inferir que, mesmo sob um olhar publicista acerca do fenômeno processual, há que se conceber um espaço mínimo para o exercício da convencionalidade pelas partes.

Em acurada radiografia sobre o tema, Greco<sup>570</sup> bem emoldura o subjacente debate ao pontificar que a concepção publicística do processo relegou a segundo plano a reflexão acadêmica sobre os limites da autonomia da vontade das partes a respeito da multiplicidade de questões que podem ser suscitadas no processo ou, simplesmente, a considerá-la sempre dependente da aprovação ou homologação do juiz, vigilante guardião dos fins sociais e do interesse público a serem atingidos e preponderantemente tutelados.

---

<sup>568</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>569</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das Partes sobre Matéria Processual*. In: *Temas de Direito Processual*, Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 89 e segs.

<sup>570</sup> GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual – Primeiras Reflexões*. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (coords). *Os poderes do Juiz e Controle das Decisões Judiciais – Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008.

Em outras palavras, há que se caminhar em direção a um democrático equilíbrio entre os poderes do juiz e os poderes dispositivos das partes.

Na trilha de Greco<sup>571</sup>, soa como clarividente a advertência de que a cooperação e o diálogo humano devem constituir o clima dominante no desenvolvimento do processo.

Exige *pari passu* o mútuo reconhecimento das posições de vantagem que cada um dos interlocutores está em condições mais favoráveis de tutelar, sem rivalidades, nem autoritarismos, mas no espírito construtivo do processo mais justo possível e da conseqüente solução mais adequada possível da causa.

Sob o viés hermenêutico, a vetusta dicotomia publicismo *versus* privatismo também não mais se justifica sob os influxos do Estado Democrático de Direito, vez que a necessária abertura interpretativa à participação pressupõe a substituição do sujeito solipsista pela intersubjetividade dialógica<sup>572</sup>.

Em feliz síntese, Rodrigues<sup>573</sup> assevera de forma conciliatória que o processo se perfaz em um ambiente de diálogo humano, animado pelas garantias constitucionais e preordenado à prestação jurisdicional justa, não podendo, pois, ser encarado como coisa das partes e, muito menos, como atividade solitária do magistrado.

Como visto, na atual quadra histórica, não se pode concordar com as críticas que a figura dos negócios processuais, tal como erigido pela novel legislação processual, encerrariam uma medida neoprivatista<sup>574</sup>.

A tutela endoprocessual da liberdade e a edificação de pautas emancipatórias no espaço processual seguramente não se transmudam em valores menores e, muito menos, representam ameaças aos escopos da jurisdição.

Conforme se verá com mais vagar em tópico seguinte, o denominado autorregramento da vontade, na sua relação e interface com as normas processuais cogentes,

---

<sup>571</sup> GRECO, Leonardo. *Op. Cit.*, p. 28.

<sup>572</sup> Segundo Villey, em nome de uma lógica formal-demonstrativa, os modernos simplesmente abundaram a boa e velha aptidão para o diálogo. Nos dizeres do eminente filósofo francês, “a palavra dialética foi confiscada para um outro uso”, e a expressão lógica “deixou de incluir o método do diálogo”. (VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 277).

<sup>573</sup> Nos dizeres do eminente Professor da UERJ, “o processo não pode ser visto de uma forma privatista, como coisa das partes, que estariam livres para atuar, com singela direção da relação pelo juiz. Da mesma forma, o processo não é atividade puramente do juiz, que, se assim fosse, dirigiria o desenvolvimento daquele sem qualquer intervenção dos jurisdicionados. O processo é um ambiente de diálogo humano entre partes e juiz, devendo este observar as garantias constitucionais e procurar conceder uma prestação jurisdicional justa”. (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *Op. cit.*, p. 195).

<sup>574</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. Revista Síntese de Direito Civil, 2005, passim.

encontrará limites significativamente maiores do que lhe é deixado no âmbito do direito privado.

Apesar disso, ao menos no direito brasileiro, parece inquestionável, a existência de um espaço deixado aos diversos sujeitos processuais, para que possam influir a participar na construção da atividade procedimental, sem que isso represente o reflexo ou a consagração de uma postura neoprivatista do processo.

Bem ao revés!

A propugnada desconstrução dos lineares antagonismos publicismo x privatismo e liberalismo processual x socialização processual liberta o processo de estigmas vazios que não lhe conferem qualquer robustez dogmática, metodológica e muito menos democrática.

Nesse particular, com a habitual precisão, Nunes<sup>575</sup> afirma que uma verdadeira democracia processual perpassa pela superação das dicotomias maniqueístas e lineares sobre o fenômeno processual, a partir de regramentos técnicos e constitucionais adequados, preordenados à estruturação de um procedimento legítimo e técnico.

Conforme grifado didaticamente por Nunes, a superação pela democratização processual necessita da percepção da interdependência entre todos os sujeitos processuais que garanta a existência de uma advocacia e de uma magistratura forte e com enormes responsabilidades, formação técnica e poderes para o exercício de suas funções.

Essa concepção evitará o exercício de papéis clientelistas e paternalistas pelo Estado e garantirá o exercício da autonomia.

Uma das chaves mestras dessa releitura do sistema processual passa pela percepção da importância da participação ou, melhor dizendo, da comparticipação que permita o exercício pleno pelo cidadão (economicamente débil ou não) de sua autonomia pública e privada no processo.

Não é o caso de associar-se a novos sacerdotes, mas simplesmente de reconhecer a importância institucional de todos os sujeitos processuais no sistema de aplicação da tutela.

---

<sup>575</sup> Na precisa dicção de um dos expoentes da Escola Mineira de Processo, “uma verdadeira democracia processual será obtida mediante a assunção de coresponsabilidade social e política de todos os envolvidos (juízes, partes, advogados, órgãos de execução do Ministério Público e serventários da Justiça) segundo balizamentos técnicos e constitucionais adequados, de modo a se estruturar um procedimento que atenda às exigências tanto de legitimidade quanto de eficiência técnica (...) impõe-se superar a dicotomia de posições doutrinárias que ora acredita e defende como protagonistas do processo as partes e advogados, visualizando-o como mero instrumento de que os particulares se valem para resolver pacificamente as suas controvérsias (liberalismo processual), e ora analisa o processo como instrumento de bem-estar social que interessa a toda a coletividade e que, por isso, deve ter como figura central o juiz socialização do processo”. (NUNES, Dierle José Coelho. *Op. cit.*, p. 198).

Com efeito, a mandatária superação ora propugnada encontra eco nas ideias concebidas pelo processualismo constitucional democrático<sup>576</sup>, o qual encerra um marco teórico que busca a democratização processual civil mediante a problematização das concepções de liberalismo, socialização e pseudossocialização processual (neoliberalismo processual), vistas em tensão, e da percepção do necessário resgate do papel constitucional do processo como estrutura de formação das decisões, ao partir do necessário aspecto participativo e policêntrico das estruturas formadoras das decisões.

Em outra medida, com esteio em Zamora y Castillo<sup>577</sup>, não se pode incorrer no equívoco sectarista de que quanto maior seja o domínio das partes sobre a marcha do processo, mais liberal será o processo: levar a premissa às últimas consequências significa dizer que os processos mais liberais da história teriam sido os da primitiva *manus iniectio*, sobretudo porque permitiam aos credores inclusive o esquitejamento do devedor.

Quando se fala em processo autoritário e processo liberal é necessário assentar os conceitos, senão será inútil qualquer tipo de discussão. Processo liberal não se confunde com processo democrático: enquanto a monarquia inglesa aparece impregnada de liberalismo no processo, democracias populares criam inúmeros modelos de processo fortemente estatistas<sup>578</sup>.

O critério meramente político (ou histórico-político) não serve para caracterizar de liberal ou autoritário determinado processo. A sua caracterização deve ser buscada examinando o processo por dentro, em consideração às suas características específicas<sup>579</sup>.

É verdade, conforme já se expôs, que para bem compreender o problema é necessário aceitar que o processo civil é permeado diuturnamente pelas condicionantes culturais de cada sociedade<sup>580581</sup>.

Se a tônica da primeira metade do século passado foi a construção de uma grande arquitetura conceitual neutra ideologicamente, a doutrina do pós-guerra tratou de realçar a

<sup>576</sup> Por todos, v. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

<sup>577</sup> ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Liberalismo y autoritarismo en el proceso. In: *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México: Unam, 1974. t. II, p. 271.

<sup>578</sup> Idem, *Ibidem*, p. 256-257.

<sup>579</sup> Idem, *Ibidem*, p. 263.

<sup>580</sup> TARUFFO, Michele. Cultura e Processo. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXIII, n. 1, Marzo 2009. Segundo TARUFFO “*un modello processuale – e cio vale per tutti i modelli di processo – nasce dunque dalla combinazione di scelte ideologiche e di strumentazioni tecniche*”.

<sup>581</sup> O ganhador do Nobel de Literatura Mario Vargas Llosa em seu recente ensaio “A Civilização do Espetáculo” afirma que a “cultura antecede e sustenta o conhecimento, orienta-o e confere-lhe uma funcionalidade precisa, algo assim como um designio moral” (LLOSA, Mario Vargas. (Trad. Ivone Benedetti. *A civilização do espetáculo: Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 6).

necessária coordenação dos institutos processuais à realidade econômica e social do seu tempo<sup>582</sup>.

Nisso talvez resida um dos grandes legados do modelo austríaco: o de demonstrar que um processo destacado da sociedade não serve para a tutela dos direitos. Quando se fala em divisão de trabalho entre juiz e partes normalmente incorre-se no erro de confrontar os dois extremos.

Há um caminho do meio, equilibrado, que é o de permitir a direção do processo, sem retirar a autonomia das partes (princípio dispositivo em sentido material).

Devem ser rechaçadas as figuras do juiz-espectador, totalmente inerte frente aos maiores desmandos das partes, e do juiz-ditador, que atua em cada passo da marcha processual. O caminho a ser seguido é o do juiz-diretor<sup>583</sup>.

Sobre o tema *sub examen*, o multicitado e saudoso mestre Alvaro de Oliveira<sup>584</sup> bem esclarece que a superação histórica dos rígidos modelos processuais contrapostos (simbolizados pela correlata adjetivação ao juiz) deve importar no exercício da cidadania dentro do processo, mediante o que denominou de “máxima cooperação” entre os atores processuais.

Em igual sentido, na defesa de uma papel mais ativo do juiz, na tentativa de conciliar antagonismos existentes nos modelos anteriores, propõe-se, portanto, um novo arquétipo de juiz.

O juiz cooperativo seria confiante na direção do processo e nos conhecimentos das questões discutidas no bojo da dialeticidade processual, preocupado com a solução mais adequada frente à especificidade do direito material, vez que cômico da circularidade das relações travadas entre direito material e direito processual.

Seria, nessa vereda, resultado da incidência do princípio sobre a cooperação, o que importaria ao magistrado, simultaneamente, um dever de atuação em posição simétrica com as partes e um dever de preocupação com o objeto litigioso, com vistas a garantir a máxima correspondência entre as verdades endo e extraprocessuais.

---

<sup>582</sup> DENTI, Vittorio. Le ideologie del processo di fronte al problema sociale. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971.

<sup>583</sup> ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Op. cit.*, p. 286.

<sup>584</sup> “Em vez do juiz ditador, dono de um processo inquisitório e autoritário, ou de um processo totalmente dominado pelas partes, como anteparo ao arbítrio estatal (a exemplo do sucedido na Idade Média com o processo romano-canônico), importa fundamentalmente o exercício da cidadania dentro do processo, índice da colaboração das partes com o juiz, igualmente ativo, na investigação da verdade e da justiça. A concepção de Klein é reformulada mediante o necessário fortalecimento dos poderes das partes, dentro de uma visão mais contemporânea do problema. E, realmente, nos quadros dessa direção, parece haver consenso quanto às linhas do processo atual, evoluindo-se para o que se convencionou chamar de máxima da cooperação acima mencionada”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. cit.*, p. 61).

Segundo Taruffo<sup>585</sup> a ideia de um juiz diretor do processo não implica, necessariamente, em um juiz autoritário, ensinando que a consagração de certas garantias às partes, tais como, contraditório, dispositividade, igualdade e sindicabilidade das decisões, seria a chave para afastar o autoritarismo judicial e permitir a presença de um juiz ativo no processo.

Portanto, as diferenças na estruturação da divisão de trabalho entre juiz e partes demonstram (traço divisor principal entre o publicismo e o privatismo), no âmbito do processo, a mudança da própria relação entre Estado, indivíduo e sociedade.

O legado de ambas as vertentes é o de ter demonstrado que o processo civil, como conjunto de técnicas voltadas à tutela dos direitos, não é um terreno infenso à cultura, um expediente técnico de neutralidade axiológica. Pelo contrário, como manifestação cultural que é, responde às mais variadas manifestações sociais e ideológicas por trás de cada subjacente processo histórico<sup>586</sup>.

Aprofundando a temática em referência, com o dedo na ferida, Greco<sup>587</sup> em lapidar estudo sobre a dicotomia sob comento, ao acerdamente expor que a concepção hipertrofiada do publicismo sufocou a ocupação pelas partes de espaços de liberdade endoprocessuais, em mais um vistoso exemplo de práticas que, com endereço certo, dão de ombros pra uma esperada emancipação do corpo social.

Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público, conforme explica com excelência a vanguarda da doutrina administrativista<sup>588</sup>, nada seria mais democrático do que um típico e autêntico exercício da autonomia da vontade, no momento em que as partes

<sup>585</sup> TARUFFO, Michele. *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*. In: Revista trimestrale di diritto e procedura civile, Milano, n. 2, p. 451-483, 2006.

<sup>586</sup> ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. Vertentes Culturais do Processo Civil na Passagem do Século XIX ao Século XX: As vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do Estado Liberal ao Estado Social e a Atualidade de sua Discussão. In: Revista de Processo. Vol 229/2014. p. 89.

<sup>587</sup> O eminente professor destaca que: “o longo percurso tão sinteticamente trilhado neste estudo pretendeu demonstrar que o processo civil do nosso tempo, nos países de direito escrito, tem um fundamento liberal essencial, que é a sua própria razão de ser, qual seja, a função de realizar em plenitude a eficácia dos direitos dos particulares tutelados pela ordem jurídica. A força desse fundamento não se concilia com um juiz ou um processo autoritário. Ao contrário, é preciso explorar com mais argúcia os espaços de liberdade que as partes devem poder exercer na relação processual e que foram tão intensamente sufocados pela prevalência de uma sistemática concepção publicista, da qual ainda temos muita dificuldade de nos emancipar, pois somos herdeiros de uma tradição cultural de paternalismo estatal e as deficientes condições de vida e da educação básica da maioria da população brasileira infelizmente não contribuem para que os indivíduos se tornem capazes de dirigir o seu próprio destino, sem necessidade da proteção da autoridade estatal” (GRECO, Leonardo. *Publicismo vs. privatismo no processo civil*. Revista de Processo, nº 164, ano 33, outubro de 2008, pp. 29/56).

<sup>588</sup> Por todos, ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. In O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel, 1999, p. 99-127 e BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 239, p. 1-31, 2005.

envolvidas em um dado conflito, em ações cooperativas com o juiz, delineiam a moldura procedimental adequada e compatível à solução do caso concreto.

Em sendo assim, o modelo cooperativo de processo, em cujo bojo as soluções são construídas de maneira dialética (mediante a utilização da lógica tópica-argumentativa), não pode desprezar a força jurígena emergente da liberdade da partes.

Se, por um lado, o processo não é mais coisa das partes, de outro, também não pode mais ser visto, exclusivamente, como norma de direito público indisponível.

Em sendo assim, as partes, mediante a contratualização processual, participam da adaptabilidade da forma, para melhorar e tornar efetiva a prestação jurisdicional a partir da definição *in concreto* da fase instrutória e decisória, não mais deixada à abstrata previsão legal.

### 7.3.2. Flexibilização Procedimental

O Novo Código de Processo Civil inova ao possibilitar a adaptação do procedimento às peculiaridades da demanda em concreto e das subjacentes necessidades e aspirações dos sujeitos processuais.

A nova legislação processual, nesse particular, contempla o princípio da adaptabilidade procedimental e a técnica da flexibilização do procedimento, para que o *iter* procedimental possa melhor se amoldar ao caso concreto e não mais fazer com que apenas este tenha que se adequar ao procedimento abstrata e previamente estabelecido em lei<sup>589</sup>.

Nessa esteira, caso o rito predisposto pelo legislador seja insuficiente (ineficiente, inefetivo ou inadequado) para um caso concreto, excepcional, o devido processo de direito passa a um procedimento especial, flexibilizado *in concreto*<sup>590</sup>.

Com efeito, a flexibilização procedimental preordenada à especificidade do direito material discutido no bojo da dialeticidade processual dá o tom de adequação ao devido processo legal.

Bedaque<sup>591</sup>, mesmo jungido por sua concepção publicística de processo, observa que as adaptações do procedimento atendem, inteiramente, à ideia de processo justo<sup>592</sup>, desde que

---

<sup>589</sup> CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. *Flexibilização Procedimental no Novo Código de Processo Civil*. Revista de Direito Privado, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 16, vol. 64, out.-dez/2015, p. 219-259.

<sup>590</sup> REDONDO, Bruno Garcia. *Eficiência da Prestação Jurisdicional e Flexibilização do Procedimento pelo Juiz e pelas partes*. In: Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS | v. 15 | n. 30 | Jul./Dez. 2013.



“observado o contraditório e não sejam prejudiciais a qualquer das partes, adaptações do procedimento às necessidades do caso concreto atendem à ideia do processo justo, tal como regulado pela Constituição”.

Gajardoni<sup>593</sup> justifica as hipóteses de maleabilidade das formas do processo civil brasileiro em razão de dois princípios, a saber: a) princípio da adequação: que é "a imposição dirigida ao legislador federal e estadual para que construa modelos procedimentais aptos para a tutela especial de certas partes ou do direito material"; e b) princípio da adaptabilidade (ou da elasticidade processual), para designar "a atividade do juiz de flexibilizar o procedimento inadequado ou de reduzida utilidade para melhor atendimento das peculiaridades da causa."

Acrescenta o eminente autor que a flexibilização do procedimento "é condição inexorável da aplicação do princípio da adaptabilidade", bem como que ambos os princípios "se operam do ponto de vista subjetivo (das partes) ou objetivo (direito material)".

Não bastasse, o autor classifica os sistemas de flexibilização procedimental em: 1) flexibilização por força de lei, subdividido em a) flexibilidade procedimental legal genérica e b) flexibilidade procedimental legal alternativa; 2) flexibilização procedimental judicial; e 3) flexibilização procedimental voluntária das regras de procedimento.

Para os estreitos limites deste tópico, interessa-nos a última espécie proposta por Gajardoni, qual seja, a flexibilização procedimental voluntária, espécie onde se inserem os negócios jurídicos processuais. Em tal hipótese, as partes elegem o procedimento ou o ato processual da série que seja mais adequado à tutela de seus direitos.

Os negócios processuais permitem, portanto, aos litigantes modular aspectos processuais ou o próprio *iter* processual conforme sua vontade, estabelecendo-se efeitos que repute importantes para a dissolução daquela determinada controvérsia.

### 7.3.3. Um Velho Conhecido?

---

<sup>591</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>592</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e 'giusto processo' (modelli a confronto)*, In: Revista de Processo, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 23, abril-junho de 1998, n° 90, págs.95-150. Examinando o tema também sob o viés do ordenamento pátrio: GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Novos estudos jurídicos, v. 7, n. 14, 2008.

<sup>593</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Op. Cit.*, p.133.

Neste momento, passa-se a mirar as repercussões jurídico-processuais decorrentes da tradição publicista brasileira<sup>594</sup>, máxime no que pertine ao quase unânime repúdio da doutrina pátria quanto à existência no regime processual revogado dos negócios jurídicos processuais, a par da norma estampada no art. 158, do CPC/73.

Nesse particular, conforme noticia Cunha<sup>595</sup>, imperioso ressaltar que a doutrina sequer mencionava a possibilidade de negócios processuais. Alguns, diante do modelo de processo adotado, em que era marcante o publicismo, o estatismo e a protagonismo do juiz, negavam expressamente a possibilidade de negócios processuais.

Outros, como visto, aceitavam a existência de algumas convenções processuais, a exemplo da convenção para suspensão do processo.

Esse modelo de processo, que foi adotado na legislação brasileira, influenciou a doutrina, que repeliu, por isso mesmo, a importância da atividade das partes, acarretando a conclusão da impossibilidade legal da celebração de negócios jurídicos processuais.

A própria expressão *negócio jurídico* sempre soou como algo próprio do direito privado, não sendo compatível com a estatalidade da jurisdição e com os poderes conferidos ao juiz, nem com o seu protagonismo.

Nesse recorte, a quase que impositiva cultura publicista varreu para debaixo do tapete espaços mínimos de convencionalidade, de sorte a impedir uma franca exploração das potencialidades normativas decorrentes do art. 158, do Código Buzaid.

O referido dispositivo estabelecia que: “os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”.

Como se vê, a depender do colorido ideológico que se dê ao processo, conformado pela tutela constitucional da liberdade, denota(va)-se perfeitamente possível a edificação de negócios jurídicos processuais (atípicos) mesmo no antigo regime jurídico processual.

---

<sup>594</sup> Segundo Barbosa Moreira, o Código Buzaid, envolto na cultura publicista da civil law, revela-se em “obra eminentemente eclética: em seu texto aglutinam-se contribuições italianas, portuguesas, alemãs em menor dose; e, em dose muito maior do que em geral se imagina, do Código de Processo Civil do Estado do Vaticano, editado pelo Papa Pio XII em 1946, e por sua vez largamente influenciado, um projeto dos anos 20, de autoria do célebre jurista italiano Francesco Carnelutti. De qualquer maneira, o diploma processual em vigor é fiel à tradição pátria, no sentido de moldado à feição europeia continental: produto genuíno do civil law”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A importação de modelos jurídicos*. Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa”. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

<sup>595</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios Jurídicos Processuais no Direito Brasileiro*. Disponível na internet. <https://www.academia.edu/10270224>. Acesso em 17 de abril de 2015.

No mesmo diapasão, Tucci<sup>596</sup> entende que há(via) negócios jurídicos processuais em razão do disposto nesse art. 158 do CPC/73.

Em inequívoca atipicidade negocial, os atos das partes podem criar, modificar e extinguir situações jurídicas, com efeitos imediatos, salvo a desistência da ação, cuja eficácia depende de homologação judicial.

Elenca vários negócios processuais típicos e afirma que eles podem ser unilaterais e bilaterais, concluindo que a inércia do litigante pode também gerar a efetuação de um negócio jurídico processual, a exemplo da anuência implícita do réu quanto à desistência da ação, manifestada depois de apresentada a contestação.

Conforme já anotado alhures, o próprio Barbosa Moreira<sup>597</sup> admite(ia) a existência das chamadas “convenções celebradas pelas partes sobre matéria processual”, contrastadas com a legislação processual revogada. Destaca(va) que nada impede que autor e réu comprometam-se, por exemplo, a não indicar assistentes técnicos, deixando ao exclusivo encargo do perito a realização da diligência.

Em posição equilibrada sobre o *thema*, reputa o maior processualista brasileiro que a vontade das partes pode ordenar-se a influir no modo de ser do processo, no conteúdo da relação processual, concebendo-se também que as partes queiram criar a obrigação de assumir determinado comportamento, de praticar ou deixar de praticar certo ato.

Ainda não se olvide que o próprio Chiovenda<sup>598</sup> admitia claramente a figura dos negócios jurídicos processuais, visto em que certos atos a lei relaciona, imediatamente, a produção de efeitos com a vontade das partes.

Em via contrária, abeberando-se de uma visão unicamente publicista acerca do fenômeno processual, Dinamarco<sup>599</sup>, tendo como base o *Código Buzaid*, reputava que não se descortinava como possível considerar a existência de negócios jurídicos processuais no ordenamento pátrio, vez que os efeitos dos atos processuais resultariam sempre da lei, e não da vontade.

Os atos processuais das partes não teriam o efeito da livre autorregulação, que é própria dos negócios jurídicos, justamente porque os efeitos são impostos pela lei.

---

<sup>596</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Negócio jurídico processual. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 54.

<sup>597</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das Partes sobre Matéria Processual ... cit.*, p. 89 e segs.

<sup>598</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 25-26, v.3.

<sup>599</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2, p. 484.

Ainda que parcela doutrinária não admitisse a cláusula geral de negociação processual com esteio no art. 158, do CPC/73, não se pode olvidar que havia em seu corpo normativo uma série de exemplos de negócios processuais típicos (sem que a maior parte da doutrina tenha esmiuçado a respectiva natureza e os admitido como tal).

Conforme já advertia Barbosa Moreira<sup>600</sup>, dentre outros, são epigrafados com o timbre da tipicidade negocial a eleição convencional de foro, a convenção de suspensão do processo, a que versa sobre a distribuição do ônus da prova, o adiamento da audiência por convenção das partes. A subjacente liberdade de convenção entre as partes está inserida no âmbito das normas processuais dispositivas.

Em arguta observação, Cunha<sup>601</sup> enumera vários negócios processuais típicos ao longo da topologia do *Código Buzaid*.

O eminente autor pernambucano esclarece, de igual modo, que o extenso rol exemplificativo é formado em sua inteireza por negócios jurídicos processuais típicos, expressamente previstos e regulados no Código de Processo Civil brasileiro de 1973.

Como visto, pouco importando o *nomen juris* que se dê aos atos de disposição processual praticados pelas partes dentro da conformação do correlato autorregramento de vontade, fato é que eles sempre se colocaram às escâncaras ao longo do hoje revogado *Código Buzaid*.

---

<sup>600</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das Partes sobre Matéria Processual ...* cit., p. 89 e segs.

<sup>601</sup> Segundo Cunha, destestacam-se, dentre outros, os seguintes: a) modificação do réu na nomeação à autoria (arts. 65 e 66); b) sucessão do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário da coisalitigiosa (art. 42, § 1º); c) acordo de eleição de foro (art. 111); d) prorrogação da competência territorial por inércia do réu (art. 114); e) desistência do recurso (art. 158; art. 500, III); f) convenções sobre prazos dilatatórios (art. 181); g) convenção para suspensão do processo (arts. 265, II, e 792); h) desistência da ação (art. 267, § 4º; art. 158, parágrafo único); i) convenção de arbitragem (art. 267, VII; art. 301, IX); j) revogação da convenção de arbitragem (art. 301, IX, e § 4º); k) reconhecimento da procedência do pedido (art. 269, II); l) transação judicial (arts. 269, III, 475-N, III e V, e 794, II); m) renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação (art. 269, V); n) convenção sobre a distribuição do ônus da prova (art. 333, parágrafo único); o) acordo para retirar dos autos o documento cuja falsidade foi arguida (art.392, parágrafo único); p) conciliação em audiência (arts. 447 a 449); q) adiamento da audiência por convenção das partes (art. 453, I); r) convenção sobre alegações finais orais de litisconsortes (art. 454, § 1º); s) liquidação por arbitramento em razão de convenção das partes (art. 475-C, I); t) escolha do juízo da execução (art. 475-P, parágrafo único); u) renúncia ao direito de recorrer (art. 502); v) requerimento conjunto de preferência no julgamento perante os tribunais (art. 565, parágrafo único); w) desistência da execução ou de medidas executivas (art. 569); x) escolha do foro competente pela Fazenda Pública na execução fiscal (art.578, parágrafo único); y) opção do exequente pelas perdas e danos na execução de obrigação de fazer (art. 633);z) desistência da penhora pelo exequente (art. 667, III); aa) administração de estabelecimento penhorado (art. 677, § 2º); bb) dispensa da avaliação se o exequente aceitar a estimativa do executado (art. 684, I); cc) opção do exequente pelo por substituir a arrematação pela alienação via *internet* (art. 689-A); dd) opção do executado pelo pagamento parcelado (art. 745-A); ee) acordo de pagamento amigável pelo insolvente (art. 783); ff) escolha de depositário de bens sequestrados (art. 824, I); gg) acordo de partilha (art. 1.031) (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. cit.*, p.14-16).

Com efeito, sejam derivados da atipicidade prevista no art. 158, do CPC/73, sejam com esteio na extensa e não taxativa tipicidade acima arrolada, os negócios processuais decididamente não se revestiam de ineditismo na legislação processual pátria.

Talvez somente para aqueles que relutam(vam) em não enxergar, como se traduz no sabido e consabido adágio popular de que o pior cego é aquele que não quer ver.

Por derradeiro, interessante notar que o revogado art. 158, do CPC/73 foi reproduzido integralmente no novel e atual art. 200, do CPC/2015<sup>602</sup>. A redação é exatamente igual, sem tirar nem por.

E hoje, sob a confluência das explicitadas normas fundamentais processuais que inauguram a nova ordem processual (abeberadas pela tessitura constitucional), ao lado da cláusula geral de negociação processual prevista no art. 190, o art. 200 confere base normativa para que o autorregramento da vontade das partes enfim cumpra seu papel na construção do processo democrático, algo que, indubitavelmente, a imposição publicista não permitiu ao art. 158, do *Código Buzaid*.

#### **7.3.4. Limites aos Negócios Jurídicos Processuais**

Nesse tópico, procurar-se-á, em apertada síntese, tecer breves linhas acerca da necessária limitação da autonomia das partes na autorregulação do processo.

Aqui, de igual modo, infere-se a imperiosa necessidade de se andar pelo meio, pavimentando a estrada da prudência, de sorte a assegurar que o autorregramento da vontade das partes não extravase e irrompa para o espaço ocupado pelas normas processuais cogentes.

Isto é, o espaço para o exercício do autorregramento da vontade é aquele deixado pelas normas cogentes. No plano processual, os limites dessa autonomia são demarcados pelas normas processuais cuja aplicação seja inafastável pelos interessados<sup>603</sup>.

De todo modo, conforme já grifado linhas acima, o atual estágio de desenvolvimento do processo civil brasileiro, máxime com o início de vigência do Novo Código de Processo Civil, torna imune de dúvidas a existência de um espaço mínimo de convencionalidade, para que os sujeitos processuais possam influir e participar na construção da atividade procedimental.

---

<sup>602</sup> Segundo Didier Jr., o atual art. 200 do CPC/2015, ao lado dos artigos 190 (cláusula geral de atipicidade negocial) e art. 191 (calendário processual), formam o denominado microssistema de autorregramento da vontade desenhado pelo Novo *Codex*. (DIDIER JR., Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios Processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, pp. 19-25).

<sup>603</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 2011. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia, p. 144.

Na esteira do alerta empreendido por Cunha<sup>604</sup>, o grande desafio da doutrina, a partir da entrada em vigor do novo regime jurídico processual, é e será identificar os limites para os negócios jurídicos processuais.

Que há e havia negócios processuais não sobjema mais dúvidas, mesmo para aqueles que insistiam em infirmar a normatividade plasmada no antigo art. 158, do CPC/73.

O próprio art. 190 da legislação processual em vigor, ao estabelecer a inédita cláusula geral de atipicidade negocial, deixa claro que há a incontestável possibilidade de negociação sobre o procedimento e sobre regras processuais.

Pois bem.

Adentrando de pronto ao debate acerca dos limites aos negócios processuais, colhe-se da didática sistematização elaborada por Greco<sup>605</sup>. Ao sentir do eminente professor, a licitude do objeto do negócio processual passa fundamentalmente pelo respeito às garantias fundamentais do processo<sup>606</sup>.

Não parece, pois, possível um negócio processual que elimine o contraditório, ou permita, por exemplo, uma prova ilícita. Também não parece possível um negócio processual que dispensa a fundamentação da decisão ou que imponha sigilo ou segredo de justiça, afastando a exigência constitucional de publicidade nos processos judiciais.

Os negócios jurídicos processuais devem situar-se no espaço de disponibilidade outorgado pelo legislador, não podendo autorregular situações alcançadas por normas cogentes.

A legislação impõe, por exemplo, observância às normas de competência absoluta, permitindo, entretanto, negócios jurídicos típicos sobre competência relativa. Quer isso dizer que não é possível a celebração de negócio processual que modifique a competência absoluta<sup>607</sup>.

---

<sup>604</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. cit.*, p.26-27.

<sup>605</sup> GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual – Primeiras Reflexões*. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (coords). *Os poderes do Juiz e Controle das Decisões Judiciais – Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 290-292.

<sup>606</sup> Nesse exato sentido, confira-se o verbete do Enunciado de nº 6 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”.

<sup>607</sup> Nesse exato sentido, confira-se o verbete do Enunciado de nº 20 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). “Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da 1ª instância”.

Em outras palavras, não é possível negócio processual que se destine a afastar regra de proteção a direito indisponível. Também não parece possível negócio jurídico que dispense a intervenção obrigatória do Ministério Público<sup>608</sup>.

De igual modo, não parece possível haver negócio processual sobre tema que é afeto à reserva de lei. Assim, não se deve admitir, por exemplo, negócio processual que crie um recurso novo, já que só a lei pode criar recursos.

A par de elucubrações casuísticas, segundo Greco, os atos de disposição representariam o sobredito espaço de autonomia da vontade das partes, que encontrariam limites na (i) disponibilidade do próprio direito material posto em juízo, (ii) no respeito ao equilíbrio das partes e na paridade das armas e (iii) na observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito. A essa última hipótese, Greco conferiu a etiqueta de *ordem pública processual*.

Quanto ao primeiro item, afigura-se mister ponderar que a indisponibilidade do direito material deduzido em juízo não obsta de plano a celebração de negócios processuais, vez que à base do negócio estão, frise-se, situações jurídicas processuais.

A disposição de um poder processual não resulta automaticamente a disposição da situação jurídica de direito material posta em juízo<sup>609</sup>.

No que pertine ao segundo item esboçado por Greco, tem-se que o equilíbrio contratual e a paridade de armas também limitam a liberdade de disposição das partes. A igualdade das partes deve, portanto, ser concreta, e não apenas formal.

A posição de dependência de uma parte em relação à outra, a inferioridade econômica em decorrência da pobreza ou da proeminência do Estado, são circunstâncias que criam uma desigualdade concreta a exigir permanente intervenção equalizadora do juiz e a limitar o seu poder de disposição<sup>610</sup>.

Sob outro giro, é de se advertir que não se veda aprioristicamente o negócio processual em contrato de adesão. Em tese, é possível, cabendo apenas ao juiz controlar validade da respectiva cláusula, recusando-lhe aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção *abusiva* em contrato de adesão ou no qual alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

---

<sup>608</sup> Nesse exato sentido, confira-se o verbete do Enunciado de nº 254 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). “É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica.

<sup>609</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Op. cit.*, p. 145.

<sup>610</sup> Nesse exato sentido, confira-se o verbete do Enunciado de nº 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). “Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídico”.

Com efeito, a simples circunstância de o contrato ser de adesão não é suficiente para se ter como nula ou ineficaz a cláusula que disponha sobre procedimento ou sobre regras processuais.

É preciso, para que o juiz recuse-lhe aplicação, a evidência de uma abusividade, de uma nulidade ou de uma manifesta situação de vulnerabilidade.

Por fim, no que se refere à cognominada *ordem pública processual*, Greco<sup>611</sup> a caracteriza como o conjunto de requisitos dos atos processuais, impostos de modo imperativo para assegurar a proteção de interesse público precisamente determinado, o respeito a direitos fundamentais e a observância de princípios do devido processo legal, quando indisponíveis pelas partes.

Por seu turno, Nogueira<sup>612</sup> prefere edificar os limites ao autorregramento da vontade das partes no respeito ao *formalismo processual*. Segundo o autor, cuida-se de noção ampla a abranger a totalidade formal do processo, em cujo bojo se inserem não somente as formalidades, mas a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, a organização do procedimento a fim de que suas finalidades essenciais sejam alcançadas.

Para o jovem e brilhante autor, a vantagem de sintetizar os limites ao autorregramento da vontade na categoria ampla e abrangente do formalismo processual está em que, a partir dela, se torna facilmente destacável a série de normas (*lato sensu*), a abranger não só os princípios formadores do estatuto básico processual, mas também as regras ordenadoras da atividade processual.

### 7.3.5. E na prática?

Na linha do que se demonstrou, propugna-se uma mandatária superação da linear dicotomia entre publicismo e privatismo processual, a qual não mais se compadece com

---

<sup>611</sup> Segundo Greco, a ordem pública processual se apresenta “entre esses princípios indisponíveis, porque impostos de modo absoluto, se destacam: 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 nas causas que versam sobre direitos indisponíveis, as de curador especial ou de curador à lide; o controle da legalidade e causalidade das decisões judiciais através da fundamentação. (GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual – Primeiras Reflexões*. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (coords). *Os poderes do Juiz e Controle das Decisões Judiciais – Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 293).

<sup>612</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Op. cit.*, p. 146.



edificação da democracia participativa como polo metodológico central da teoria do processo civil contemporâneo.

A cogente normatividade constitucional, ancorada na ideia de democracia participativa (e discursiva), conduz, portanto, que procedimentos cooperativos e comparticipativos sejam o *locus* adequado para o exercício direto do poder pelo povo.

Em igual sentido, se coloca a questão da flexibilidade procedimental.

Tal visão encontra concretude na valorosa e inédita previsão da cláusula geral de negociação processual plasmada no art. 190, do Novo Código de Processo Civil. A tutela do valor da liberdade constantemente olvidada pela tradição (hiper)publicista brasileira enfim encontrou um espectro protetivo e concretizador.

O direito à liberdade, devidamente limitado pelo espaço das normas cogentes, contém o direito ao autorregramento, justificando o chamado princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo.

Ademais, as negociações processuais afiguram-se em meios de obtenção de maior eficiência processual, reforçando o devido (adequado) processo legal, na medida em que permitem que haja maior adequação do processo à realidade do caso.

Fomenta-se, pois, uma visão libertadora do paternalismo que ainda timbra o cotidiano da jurisdição brasileira, de sorte a instar as partes que cooperativamente sejam coprodutoras das normas resolutivas de seus próprios conflitos.

Em igual medida, tenciona-se a denominada construção progressiva da ação, mediante a proteção à liberdade e ao contraditório, tal como erigidos pela novel legislação processual civil, tudo com vistas à adequação e efetividade da prestação jurisdicional (permeada pelo respeito às garantias fundamentais processuais).

Nessa toada, os negócios processuais decididamente se apartam de uma visão privatista do processo. Representam, ao revés, majestoso exemplo de participação procedimental, em um exercício concretizador da democracia participativa, pilar do Estado Democrático de Direito.

## CONCLUSÕES

Este trabalho, mais do que o título adiantou, tencionou edificar os principais pontos de conformação do processo civil brasileiro à democrática cogência constitucional.

Simplesmente não suportamos mais que práticas poucas ortodoxas façam pouco caso do texto fundamental.

O tema da desjudicialização foi escolhido a dedo justamente por exemplificar um ilustrativo fosso entre o discurso oficial (pseudo) democrático e a aplicação do direito na realidade cotidiana.

Nesse sentido, no mundo real, a desjudicialização se perfaz em um fenômeno de maior espectro, caracterizado pela busca de instâncias institucionalizadas para o processamento e distribuição do direito, calcada em ordem democrática e plural.

Encerra, sem dúvida, uma ampla inflexão de busca social por instâncias institucionalizadas de acesso ao direito e processamento do justo, em uma cena pós-moderna plural, democrática e heterogênea.

A desjudicialização é encarada a partir de uma concepção mais alargada de jurisdição – consonante com um momento de crise jurisdicional e insuficiência das respostas estritamente estatais aos conflitos surgidos no esgarçado e rachado tecido social –, tomando como premissa o fato de a judicialização e a desjudicialização de conflitos representarem as duas faces de uma mesma moeda (jurisdicionalização).

A jurisdicionalização, portanto, é gênero do qual a judicialização e a desjudicialização são hipóteses.

Tais espécies se perfazem, portanto, nas hipóteses representativas de como as resoluções de conflitos sociais e, porque não dizer, a própria produção do direito, são encaminhadas e geridas em uma cena pós-moderna timbrada por uma necessária e democrática pluralidade.

Esse cenário pós-moderno, na trilha do que se demonstrou, traz a reboque uma infinidade de paradoxos que não conseguimos compreender a partir da ainda arraigada racionalidade burguesa-iluminista.

Nesse tom, um Judiciário cada vez mais presente na cena política, visto como instância concretizadora da cidadania (face à crise de representatividade dos demais poderes), não logra êxito em cumprir a contento a sua missão constitucional.

Esse espaço institucionalizado e privilegiado para o exercício da democracia participativa (por meio e pelo processo) ainda tropeça na efetivação dos direitos fundamentais.

Todo esse quadro foi sustentado por uma concepção filosófica apoiada em Habermas, bem como na subjacente adoção do paradigma procedimental por ele desenvolvido, como síntese da necessária superação entre as distorções do Estado Liberal e do Estado Social.

Em tal paradigma asseguram-se as bases do Estado Democrático de Direito por meio do respeito ao procedimento dialético, ao discurso e ao próprio processo, além da construção de bases sólidas preordenadas à consolidação da autonomia do indivíduo (antecedente lógico para que a participação seja efetiva, responsável e, acima de tudo, possa verdadeiramente descortinar o exercício pleno da cidadania).

A proposta habermasiana confere, ainda, importância fundamental ao espaço público, como espaço necessário no diálogo crítico com o sistema estabilizado de expectativas, através do que denomina *ação comunicativa*.

Fazendo o necessário *link* e tomando o processo como *espaço público*, encara-se a participação dos sujeitos como critério de legitimação do próprio Estado Democrático de Direitos, avultando-se no espaço endoprocessual a figura do contraditório. Em consequência, o processo se descortina como instrumento de participação democrática e cidadã.

A cogente normatividade constitucional, ancorada na ideia de democracia participativa (e discursiva), conduz, portanto, que procedimentos cooperativos e comparticipativos sejam o *locus* adequado para o exercício direto do poder pelo povo.

Exatamente como se propôs no título do presente trabalho, convida-se o cidadão a responsabilmente exercer o seu devido papel de protagonista na cena político-jurídica, de modo a expungir promessas messiânicas (fora e dentro do processo), as quais insistem em nos tomar como súditos e coadjuvantes dos nossos próprios destinos.

Nesse sentido, procurou-se demonstrar como a participação procedimental pode ser funcionalizada como garantia cidadã e democrática na formação dos provimentos estatais e não estatais, a partir de uma estrutura procedimental equilibrada e policêntrica.

A hipótese defendida, portanto, acaba por entrelaçar as premissas da ampliação da jurisdição, pluralismo jurídico, participação procedimental enquanto vetor democrático de coautoria decisional nos provimentos estatais e não estatais, além da aproximação semântico-normativa entre processo e procedimento, tudo com vistas a se afastar uma arbitrária e abstrata homogeneização jurídica que simplesmente dá de ombros à complexa e multifacetada contemporaneidade.

A adoção da (defendida) teoria geral do procedimento, com a aproximação semântico-normativa entre os institutos do processo e procedimento, também caminha nesse precípuo escopo, com o aporte de novos conceitos, máxime a partir da ressignificação do princípio do acesso à justiça, que não pode mais ser confundido como mero acesso formal ao Poder Judiciário, muito menos vinculado a ideia de reivindicação ao acesso a um sistema de direitos já dado.

Em outras palavras, perpassa precipuamente e se ancora no pluralismo de fontes e de modelos jurídicos que procedimentalizam o *justo* na contemporaneidade, tudo isso envolto na assunção de novos paradigmas hermenêuticos e novéis formas de produção do Direito.

Afinal de contas, em tempos em que o justo é visto como tolerância, solidariedade, pluralismo, um processo justo será também entendido como aquele que possibilita variáveis possibilidades de solução de controvérsias.

Por derradeiro, face à alteração paradigmática trazida pelo Novo Código de Processo Civil, optou-se metodologicamente por destrinchar dois institutos inéditos no ordenamento processual (negócios processuais e procedimentos probatórios autônomos), os quais, ao nosso sentir, descortinam e ilustram um incontestado aprofundamento democrático erigido pelo novel paradigma processual.

Tais institutos animam e colorem um cenário em que se busca um processo efetivamente democrático, em que convivam os poderes do juiz e a autonomia das partes, sem maniqueísmos ociosos e sectarismos inócuos propagados por prosélitos do ontem, sempre balizados pela conformação constitucional dos direitos fundamentais.

Nessa senda, se mostra inegável que o advento de um Novo Código de Processo Civil (e, ao longo do trabalho, não faltaram hipóteses referenciadas ao CPC/15), impõe uma necessária mudança de perspectiva, reconstruindo as bases do processo civil a partir de uma recompreensão funcionalizada aos objetivos do Estado Democrático de Direito erigido pela Carta Constitucional de 1988.

O momento encerra uma virada de paradigma no processo civil brasileiro, na efetiva busca de um modelo teórico mais aderente à indigitada cogência constitucional, com a irreversível aproximação e entendimento do fenômeno processual a partir e por meio da teorização acerca dos direitos fundamentais.

Demais disso, a alteração paradigmática, sem dúvida, deve vir acompanhada por uma profunda transformação cultural.

A mudança cultural revela-se, pois, impositiva, com uma maior e efetiva atuação dos indivíduos e das instituições na resolução dos seus próprios conflitos, o que, seguramente, contribuirá a reduzir a inércia burocrática dos operadores do direito que costumeira e automaticamente transferem a resolução de qualquer sorte de questão à batuta do Judiciário.

Nessa toada, a missão de aplicar o Direito, fundamentalmente um novel Diploma que impõe um novo olhar ideológico sobre o processo, revela-se então em uma obra hermenêutica, um trabalho sempre recomeçado, uma construção viva e cotidiana, permeado pela modificação cultural de todos os envolvidos no fenômeno processual.

O recado foi dado pelo Novo Código de Processo Civil. Agora é arregaçar as mangas e alterar a realidade, de modo que em sua constante interação contextual com o texto constitucional, possamos, ao menos, presenciar uma redução do abismo entre o dever-ser e o ser.

Portanto, na esteira de tais premissas aventadas, a partir da singela contribuição dada com o presente trabalho, espera-se vivamente que o processo se perfaça em arena democrática preordenada à construção permanente do Estado Democrático de Direito, bem como em metodologia normativa de garantia do catálogo de direitos fundamentais estampados na Carta Republicana.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. Vol.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ABREU, Rafael Sirangelo de. Vertentes Culturais do Processo Civil na Passagem do Século XIX ao Século XX: As vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do Estado Liberal ao Estado Social e a Atualidade de sua Discussão. In: *Revista de Processo*. Vol 229/2014.

\_\_\_\_\_. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Liberalismo y autoritarismo en el proceso. In: *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México: Unam, 1974. t. II.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito, Razão, Discurso. Estudos para a Filosofia do Direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoria discursiva do direito*. (organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno). 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*, vol. nº 195, São Paulo: RT, ano 36, maio 2011, p. 185-208.

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. *Gerenciamento de Processos Judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ANDRADE, Juliana Loss. Notas sobre a inclusão da Mediação Civil em Modelos de Justiça Clássicos e a experiência europeia. In: SPENGLER, Fabiana Marion; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Acesso à Justiça, Jurisdição (in)eficaz e mediação*. Curitiba: Multideia, 2013.

ANDREWS, Neil. *The Three Paths of Justice – Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England*, ed. Springer, London, 2012.

ARAUJO, José Aurélio de. In: Justificativas apresentadas ao Anteprojeto de Lei (sobre a reforma do direito probatório) resultante das pesquisas envidadas pelos mestrandos e doutorandos inscritos na disciplina “Observatório das Reformas Processuais”, ministrada pelo Prof. Dr. Leonardo Greco no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ARISTÓTELES. *A política*. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

AROCA, Juan Montero (coord.), *Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*. In: O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel, 1999.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesse público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das Partes sobre Matéria Processual*. In: Temas de Direito Processual, Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. *Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo*. In: Revista de Processo, São Paulo, ano 13, n. 49, jan/mar 1988.

\_\_\_\_\_. *A importação de modelos jurídicos*. Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa”. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

\_\_\_\_\_. “Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão”. In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *O futuro da justiça: alguns mitos*. Temas de Direito Processual, Oitava Série. São Paulo: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. *O neoprivatismo no processo civil*. Revista Síntese de Direito Civil, 2005.

BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Ed. Saraiva, v. 3, 1996.

BAUR, Fritz. *O papel ativo do juiz*. Revista de Processo, n. 27, a. VII, jul./set. 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*. 3ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2003

\_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERIZONCE, Roberto Omar. *Efectivo acceso a la justicia*: Buenos Aires: Platense, 1987.

BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*. Torino: G. Giappichelli, 2004.

BILLIER, Jean-Cassien. *História da Filosofia do Direito*, São Paulo: Manoel, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 239, p. 1-31, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 1996.

\_\_\_\_\_. *Democracia representativa e democracia direta*. In: \_\_\_\_\_. *O futuro da democracia*. 8ª ed. rev. e ampl. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRAGA, Paula Sarno. *Devido Processo Legal nas Relações Privadas*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

\_\_\_\_\_. *Norma de Processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro*. Salvador: JusPODIVM, 2015.



BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte, Del Rey, 2012.

BRUNET, Emiliano Rodrigues. *Movimentos Sociais, Confronto Político e Concretização da Constituição. Uma Análise Interdisciplinar à luz da Ciência Política, da Sociologia e do Direito Constitucional*. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 55, jan/mar.2015.

BÜLOW, Oskar Von. *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozess-Voraussetzungen*. Aalen: Scientia, reimpressão, 1869.

\_\_\_\_\_. *Excepciones procesales y presupuestos procesales*. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

\_\_\_\_\_. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama*. São Paulo: LZN, 2005.

BURDEAU, Georges. *L'État*. Paris: Éd. Du Seuil, 1970.

CABRAL, Antonio do Passo. *Il Principio del Contraddittorio como diritto d'influenza e dovere di dibattito*. Rivista di Diritto Processuale. Seconda Serie, Ano LX, nº 02. Padova: aprile-giugno 2005.

\_\_\_\_\_. *Os efeitos processuais da audiência pública*. In Revista de Direito do Estado, v.2, pp. 120-135, 2006.

\_\_\_\_\_. *Despolarização do processo e 'zonas de interesse': sobre a migração entre polos da demanda*. Revista Forense, v.404, p.3-42, 2009.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2ª ed.: Salvador, Ed. Juspodivm, 2014.

\_\_\_\_\_. *A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais*. In: Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V.1. Negócios Processuais: Salvador, Ed. Juspodivm, 2015, pp. 541-557.

\_\_\_\_\_. *Convenções Processuais: entre publicismo e privatismo*. Tese de Livre-Docência. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015.

CADIET, Loïc. *Case management judiciaire et déformalisation de la procédure*. Revue française d'administration publique, n. 1, p. 133-150, 2008.

CALAMANDREI, Piero. Il processo como giuoco. In: CAPPELLETTI, Mauro (coord). *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, vol. 1.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Civil – Estudos sobre o processo civil*. Campinas: Ed. Bookseller, 1999.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo civil, v. 10, tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

\_\_\_\_\_. *Democracia, Participação e Processo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.) *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

\_\_\_\_\_. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. *Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal*. Revista de Processo, nº 102, São Paulo: RT, abr. 2001.

\_\_\_\_\_. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: Reflexões de um jurista que trafega na contramão*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

CALVOSA, Carlo. *La tutela cautelare (profilo sistematico)*. Unione Tipografico–Editrice Torinese, 1963.

CÂMARA, Alexandre Freitas. “Mediação e Conciliação na Res. 125 do CNJ e no Projeto de Código de Processo Civil”. In: *O Processo em Perspectiva: Jornadas Brasileiras de Direito Processual: Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Coords. Aluisio Gonçalves de Castro, Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. Malheiros Editores, 2013.

\_\_\_\_\_. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. *O Novo CPC e o Princípio do Contraditório*. Disponível no sítio <http://justificando.com/2015/04/17/o-novo-cpc-e-o-principio-do-contraditorio>. Consulta em 17 de agosto de 2015.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <http://www.panoptica.org>.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2010.

\_\_\_\_\_; NEVES, Aline Regina das. *Flexibilização Procedimental no Novo Código de Processo Civil*. Revista de Direito Privado, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 16, vol. 64, out.-dez/2015, p. 219-259.

CAMÕES, Luiz Vaz de. *Obra completa*. Rio de Janeiro: Aguilar Editora, 1963.

CAMPILONGO, Celso. Apresentação realizada na Sessão “O Judiciário e o acesso à justiça”. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *O Judiciário em debate*. São Paulo: Idesp: Editora Sumaré, 1995, p. 9-30.

\_\_\_\_\_. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. Direito de acesso à justiça constitucional (Palestra, p. 8). *Estados da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa*, Luanda, junho de 2011. Disponível em: [www2.stf.jus.br/cjcp/presidencia/Gomes-Canotilho\\_Junho2011.pdf](http://www2.stf.jus.br/cjcp/presidencia/Gomes-Canotilho_Junho2011.pdf). Acesso em: 15.12.2015.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, suplemento, ano LXII. Milano: Giuffrè, set/2008.

CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, suplemento, ano LXII. Milano: Giuffrè, set/2008.

CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Giuffrè, Milano, 1973.

\_\_\_\_\_. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. Revista de Processo. 1977.

\_\_\_\_\_. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. In: *Revista de Processo*. São Paulo, a15, n.60, pp.110-117, out./dez, 1990.

\_\_\_\_\_. (sem indicação de tradutor), *Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça*, In *Revista de Processo*, vol. 74. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. trad: DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Juízes legisladores?* SA Fabris Editor, 1999.

\_\_\_\_\_. GARTH, Bryant. *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective – A General Report*. *Access to Justice. A World Survey*. Mauro Cappelletti and Bryant Garth, eds. (Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978).

\_\_\_\_\_. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988;

\_\_\_\_\_. *Access to Justice and the Welfare State: An Introduction*. In: *Access to Justice and the Welfare State*. Edited by Mauro Cappelletti. Firenze: Le Monnier.

CAPRA, Fritjof. *The concept of paradigm and paradigm shift*. *ReVision*, Bd, v. 9, 1986.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *Los jueces en la encrucijada. Entre el decisionismo y la hermenéutica controlada*. In: CÁRCOVA, Carlos Maria (org.). *Derecho, política y magistratura*. Buenos Aires: Ed. Biblos, 1996.

CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. *Arbitragem e processo*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. *A ética e os personagens do processo*. In *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 358, novembro/dezembro, 200.

\_\_\_\_\_; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coords). *Novo Código de Processo Civil: anotado e comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CARNEIRO, Sueli. Apresentação realizada na Sessão “O Judiciário e o acesso à justiça”. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *O Judiciário em debate*. São Paulo: Idesp: Editora Sumaré, 1995, p. 9-30.

CARNELUTTI, Francesco. *Dirito e Processo*. Nápoli: Morano Editore, 1958.

\_\_\_\_\_. Note sull'accertamento negoziale. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. 1, 1940.

CARREIRA ALVIM, J.E. *Justiça: acesso e descasso*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/4078/justica-acesso-e-descasso>. Acesso em 18 de janeiro de 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública. Comentários Por Artigo*. 7ª edição. Lumens Juris Editora, 2012.

CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e Descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil. In: *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone M. (orgs.). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

\_\_\_\_\_. *A autonomia do direito hoje e o contributo do jurisprudencialismo*. In: *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. MACEDO, Eliane Harzheim; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CHASE, Oscar G. *Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cultural Context*. New York University Press, 2005.

CHAUÍ, Marilena. *Público, privado, despotismo*. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 489.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 25-26, v.3.

\_\_\_\_\_. *A ação no sistema dos direitos* (tradução de Hiltomar Martins Oliveira), Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 29ª ed., 2013.

CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente in *Il processo civile nello stato democratico*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006.

CITTADINO, Gisele. “Judicialização da Política, Constitucionalismo democrático e separação de poderes”. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FABERJ, 2002.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’ (modelli a confronto)*, in Revista de Processo, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 23, abril-junho de 1998, n° 90, págs.95-150.

\_\_\_\_\_. Il “giusto processo”civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 116, p. 154-15, jul.-ago. 2004.

\_\_\_\_\_; FERRI, Corrado. *La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi*. In Rivista de Diritto Processuale, 1990.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2003.

COSTA E SILVA, Paula. *Acto e Processo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. *O Acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementariedade*. Revista de Processo, vol. n° 158/2008, São Paulo: RT, abril 2008, p. 93-106.

\_\_\_\_\_. *A nova face da justiça: Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009

COVER, Robert. M. *Nomos and narrative*. In: Harvard Law review, 1983, v. 97.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios Jurídicos Processuais no Direito Brasileiro*. Disponível na internet.<https://www.academia.edu/10270224>. Acesso em 17 de abril de 2015.

DAHL, Robert. A. *A democracia e seus críticos*. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DAMASKA, Mirjan R.. *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*. Yale University Press. New Haven and London.

DENTI, Vittorio. Le ideologie del processo di fronte al problema sociale. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971.

\_\_\_\_\_. Armonizzazione e diritto alta prova. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Giufrè, a*, 1994, 48: 673-681.

DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, *passim*.

\_\_\_\_\_. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Revista de Processo. vol. 198/2011. p. 213-226. Ago/2011.

\_\_\_\_\_; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil, Processo Coletivo*. Volume 4. 6ª edição. Editora JusPodivm, 2011.

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno. *Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação*. Revista de Processo, São Paulo; Vol. 218, Abr. 2013.

\_\_\_\_\_. *Curso Direito Processual Civil*. 16ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 1v.

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

\_\_\_\_\_. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios Processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, pp. 19-25.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo Carneiro da; PEIXOTO, Ravi de Medeiros em breve ensaio contido no sítio eletrônico portalprocessual.com. <http://portalprocessual.com/sobre-o-inicio-da-vigencia-do-cpc2015/>. Consulta em 16 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. 3ª ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2.

\_\_\_\_\_. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, 2º vol, ed. 1927.

DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1993.

\_\_\_\_\_. *20 Teses de Política*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIA, José Eduardo (Org.). *O Modelo Liberal de Direito e Estado*. In: *Direito e Justiça. A Função Social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, n.3, p. 861-880, 1958.

\_\_\_\_\_. *Teoria generale*. In *Novissimo Digesto Italiano*. T. XIII. Turim: UTET, 1966.

\_\_\_\_\_. *Istituzioni di Diritto Processuale*, Pádua, CEDAM, 1994.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FLACH, Daisson. *Alice e a linguagem do Direito*. *Narração e normatividade: ensaios de direito e literatura*. (coord.). MARTINS-COSTA, Judith. Rio de Janeiro. GZ Editora, 2013.

FISS, Owen. *Against Settlement*, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, may 1984.

\_\_\_\_\_. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade*. Coordenação da Tradução Carlos Alberto de Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. v. 10. n. 30. 1977.



FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: a vontade de saber*. 14ª ed. Trad. de Maria Thereza da Costa Albuquerque, J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

FULLER, Lon. *Mediation. Its forms and Functions*. CAL. L. REV. vol. 305, 1971.

\_\_\_\_\_. *The forms and limits of adjudication*, 92 Harvard Law Review, 353, 1978.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Luciana Gross, orgs. *Litigiosidade, Morosidade e Litigância Repetitiva no Judiciário: Uma Análise Empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

GALINDO, Maíra Coelho Torres. *Processo Cooperativo: O contraditório dinâmico e a questão das decisões-surpresa*. Curitiba: Juruá, 2015.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*. Tradução Maria Luiza de Carvalho. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

\_\_\_\_\_; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. Tese de doutoramento. São Paulo: PUC, 2013.

\_\_\_\_\_. *Negócios Processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil*. Coleção Liebman/Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como movimento de transformação das estruturas do processo civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, 2003.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

GRADI, Marco; SILVA, Paula Costa; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Seminário sobre os 10 anos de vigência do Código de Processo Civil inglês". In: Revista de Processo nº 170, ano 34, abril de 2009.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

\_\_\_\_\_. *O acesso ao Direito e à Justiça*. Estudos de Direito Processual, p. 197-223, 2005.

\_\_\_\_\_. *Os atos de disposição processual – Primeiras Reflexões*. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (coords). Os poderes do Juiz e Controle das Decisões Judiciais – Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. *Publicismo e Privatismo no Processo Civil*. Revista de Processo, n. 164. São Paulo: Ed. RT, out. 2008.

GREGGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. *Revista dos Tribunais online*. Vol. 206/2012, abr. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

\_\_\_\_\_. *Antecipação de tutela no inquérito civil à luz das garantias constitucionais fundamentais do contraditório e da prova" inequívoca*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 8, 2010.

\_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo; SALLES, Carlos Alberto; GABBAY, Daniela Monteiro; LAGRASTA, Valeria. *Conferência de seoul 2014. Constituição e Processo – Acesso efetivo à justiça: o direito de acesso à justiça e responsabilidades públicas*. Revista de Processo, vol. 250, ano 40, p.17-31. São Paulo: Ed. RT, dez. 2015.

GROLI, Irio. *A democracia participativa e o processo judicial*. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MEZZAROBBA, Ordes (coords.). *Crise da Justiça & Democratização do Direito*. Joaçaba: UNOESC.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUÉRIOS, Cristiana Melo Martiniuk. *O Poder Judiciário: Fracassos e Mudanças para uma Renovação da Justiça*. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MEZZARROBA, Orides (coords.). *Crise da Justiça & Democratização do Direito*. Joaçaba: UNOESC.

HÄBERLE, Peter. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. Lua Nova, v. 36, p. 39-53, 1995.

\_\_\_\_\_. *Direito e Democracia. Entre a Facticidade e a Validade*. trad. Flávio Beno Siebneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vs. 1 e 2.

\_\_\_\_\_. *Verdade e justificação*. Ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004.

\_\_\_\_\_. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

JACOB, I.H. *Access to Justice in England*, seção X do volume original,

JÚNIOR, Humberto Theodoro *et. al.* *Novo CPC. Fundamentos e sistematização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRISHAN, Kumar. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

LACERDA, Galeno. *Processo e Cultura*. Revista de Direito Processual Civil, n. 3, 1962.

\_\_\_\_\_. *O código como sistema legal de adequação do processo*. Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, p. 163-170, 1976.

\_\_\_\_\_. *O juiz e a justiça no Brasil*. Revista de Processo, vol. 61/1991, p. 161-177, jan/mar/1991, São Paulo: Revista dos Tribunais.

LAHAV, Alexandra D. Participation and procedure. *DePaul Law Review*, vol. 64, 2015.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Trad. de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

LEAL, Jackson de Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. *Judicial Politics in Brazil: The Production of Citizenship to Systemic Cooptation*. Brazilian Journal of Public Policy, Vol. 2, Issue 1 (January-June 2012), pp. 1-18.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo civil e sociedade civil*. 2005, p. 2. Disponível na internet: [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2\\_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf). Consulta realizada em 17 de agosto de 2015.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

LLOSA, Mario Vargas. (Trad. Ivone Benedetti). *A civilização do espetáculo: Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In: *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, pp. 157-170, setembro de 2007.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Coleção Pensamento Político. Editora Universidade de Brasília, 1980.

\_\_\_\_\_. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: soberania popular e processo democrático como espaço de construção do direito do caso concreto*. In: *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. MACEDO, Eliane Harzheim; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Negócio Processual Acerca da Distribuição do Ônus da Prova*. Revista de Processo. Vol. 241/2015. p. 463-487.

MADEIRA, Lúgia Mori. *O Direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann*. Disponível no sítio eletrônico

<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/2907/2197%20>.

Acesso em 22 dez 2015.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. *Leviatã: ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: EDIPRO, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_. *Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do direito processual civil*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil, volume I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de defesa do consumidor*. Claudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTÍN, Nuria Belosso. *A mediação: A melhor osta ao conflito?*, in SPENGLER, Fabiana Marion. LUCAS, Douglas Cesar. (org.): *Justiça Restaurativa e Mediação: polícias públicas no tratamento de conflitos sociais*, Ijuí: Unijuí, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. In: *Novos Estudos*, CEBRAP, nº 58, novembro de 2000.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZOLA, Marcelo. *Mediação e Direito Intertemporal: duas leis em vacância e um convite à compatibilização*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. nº 46, São Paulo: RT, ano 12, julho-setembro 2015, p. 209-225.

MEDAUAR, Odete. *Serviço público*. Revista de Direito Administrativo, v. 189, p. 100-113, 1992.

\_\_\_\_\_. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *O procedimento extrajudicial pré-executivo: Lei nº 32 de 30 de maio de 2014: Inspiração para o sistema processual do Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

MENDES, Alexandre Fabiano. *A atualidade do comunismo. A produção do comum no pensamento político de Toni Negri*. Revista Direito e Práxis, v. 3, n. 4, p. 2-25, 2012.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 111.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. Revista de Processo, vol. nº 183, São Paulo: RT, Mai. 2010, p. 165-194.

\_\_\_\_\_. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção temas atuais de direito processual civil; v.14.

MNOOKIN, Robert. *Alternative Dispute Resolution*. Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. Paper 232. 1998.

MONTAGNOLI, José Américo Silva. *Autoria Decisional, sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito*, p. 3622. Disponível no sítio eletrônico [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose\\_americo\\_silva\\_montagnoli.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose_americo_silva_montagnoli.pdf). Consulta realizada em 26 de setembro de 2015.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

MORELLO, Augusto Mario. *El proceso justo: del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*. La Plata: Platense, 1994.

\_\_\_\_\_. *Constitución y Proceso - la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, ed. Abeledo-Perrot, La Plata-Buenos Aires, 1998.

MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. *O que é um Modelo Democrático de Processo?* Disponível em

[www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1383852047.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf). Consulta em 16 de outubro de 2015.

NALINI, José Renato. *Processo e Procedimento – distinção e a celeridade da prestação jurisdicional*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 730, 1996.

\_\_\_\_\_. *O juiz e o acesso à justiça*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

NEVES, Daniel Assumpção. *O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória sui generis*. (orgs.). MAZZEI, Rodrigo. NOLASCO, Rita Dias. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

\_\_\_\_\_. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 2011. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia.

NUNES, Dierle José Coelho. *Direito Constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação das decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *O princípio do Contraditório: Uma Garantia de Influência e de não surpresa*. in *Constituição, Direito e Processo. Princípios Constitucionais do Processo*. TAVARES, Fernando Horta (coord.). Curitiba: Juruá, 2007.

\_\_\_\_\_. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_. “Uma Breve Provocação aos Processualistas: O Processualismo Constitucional Democrático”. In: *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, Presente e Futuro*. Orgs. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. Malheiros Editores, 2013.

\_\_\_\_\_; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à Justiça Democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

\_\_\_\_\_; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, V. IV. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br). Acesso em 23.12.15.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do Contraditório*. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.) *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. A garantia do contraditório. *Do formalismo no processo civil*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Do Formalismo no Processo Civil*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Revista Processo e Constituição: Cadernos Galeno Lacerda de Estudos de Direito Processual Constitucional. Porto Alegre, Faculdade de Direito da UFRGS, n. 1, dez./mar. 2004, p. 89-122.

\_\_\_\_\_. *O formalismo- valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, v. 137, p. 1-31, jul. 2006.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, v. 155, p. 22, jan. 2008.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. *Uma Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e a ideia da Desjudicialização*. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, Ano 7, v. XI, p. 67-98, jan./jun.2013.

\_\_\_\_\_. *Desjudicialização, Acesso à Justiça e Teoria Geral do Processo*. Curitiba: Juruá, 2014.

OPPETIT, Bruno. *L'emergence de la lex mercatoria Droit et modernité*. Paris: PUF, 1998.

ORTEGA Y GASSET, José. *Eu sou eu e minha circunstância*. ESCÁMEZ SÁNCHEZ, Juan. Ortega y Gasset. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2010.

OST, François et al. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. Doxa, v. 14, p. 169-194, 1993.



\_\_\_\_\_ ; VAN DE KERCHOVE, Michel. De la pyramide au réseau: vers un nouveau mode de production du droit? Revue interdisciplinaire d'études juridiques. Bruxelas, n. 44. Facultés Universitaires Saint-Louis, 2000.

PAOLI, Maria Célia. *Violência e Cidadania*. M.C. Paoli (org.), Violência brasileira. São Paulo: Brasiliense, 1983.

PARÁ FILHO, Tomás Francisco de Madureira. *A sentença constitutiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) Crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. *Tribunais em sociedade: por caminhos da(s) reforma(s) da justiça*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

PEYRANO, Jorge W. *El derecho procesal postmoderno*. Revista de Processo. Editora RT: São Paulo, jan./mar. 1996.

PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars. Le matrici storico-culturali Del contraddittorio*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, 2004.

\_\_\_\_\_. *Audiatur et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*. In: *Jurisdição e processo*. Forense: 2008.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição e Processo*. Organizador e Revisor Técnico da Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias*, In: Revista Dialética de Direito Processual, vol 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, capítulo 1.

\_\_\_\_\_. *A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo código de processo civil*. In: JAYME, Fernando Gonzaga. FARIA, Juliana Cordeiro de. LAUAR, Maira Terra (orgs). *Processo Civil: Novas Tendências em homenagem ao Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira*, Editora Del Rey: Belo Horizonte, 2011.

\_\_\_\_\_. *O novo CPC e a mediação*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.48, n.190, p. 219-235, t. 1, abr./jun.2011. p. 228.

\_\_\_\_\_. *A Mediação e o Código de Processo Civil Projetado*, in Revista de Processo, ano 37, vol. 207, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 213/238.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol.1.

\_\_\_\_\_. (coord.). *A Nova Lei de Mediação Brasileira. Comentários ao Projeto de Lei nº 7.169/14*. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume Especial, disponível em <http://www.redp.com.br>.

\_\_\_\_\_; ALVES, Tatiana Machado. *A Cooperação e a Princiologia no Processo Civil Brasileiro. Uma Proposta de Sistematização*. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 12, n. 12, 2013.

\_\_\_\_\_; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Mediação Obrigatória: Um Oxímoro Jurídico e Mero Placebo para a Crise do Acesso à Justiça*. <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=82b8a3434904411a>. Acesso em 11 de agosto de 2014.

\_\_\_\_\_. A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça, in Revista Eletrônica de Direito Processual, volume 8, disponível em <http://www.redp.com.br>.

\_\_\_\_\_. A institucionalização da mediação é a Panaceia para o acesso à justiça? <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0fd4b8a8354a77a3>. Acesso em 31 de julho de 2015.

PODETI, José Ramiro. *Teoría y técnica Del proceso civil y trilogia estructural de La ciência Del proceso civil*, Buenos Aires: Ediar, 1963.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011

PROTO PISANI, Andrea. *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato. Il Foro Italiano*, Parte V, Roma, 2000.

PROUDHON, Pierre-Joseph. “La justice dans La Révolution et dans l’Église”. In: *Corpus des oeuvres de philosophie de langue française*. Paris: Fayard, 1998.

QUEIROZ, Paulo. *Ensaio Críticos – Direito, Política e Religião – 2ª ed*. Salvador: JusPODIVM, 2013.

RAMOS, Glauco Gumerato. Processo jurisdiccional, república y los institutos fundamentales Del derecho procesal. *Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 251-272, out./dez. 2014.

\_\_\_\_\_. *Ativismo e Garantismo no Processo Civil: apresentação do debate*. In: *Processo e Ideologia*. CALDEIRA, Adriano Cesar Braz (org.). São Paulo: LTr, 2015.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REBOUÇAS, Gabriela Maia. *Reflexões sobre esgotamentos e perspectivas de um direito judicialmente organizado: ampliando o acesso à justiça*. Trabalho Publicado nos anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE nos dias 09 a 12 de junho de 2010.

\_\_\_\_\_. *Tramas entre subjetividades e direito: a constituição do sujeito em Michel Foucault e os sistemas de resolução de conflitos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012

REDONDO, Bruno Garcia. *Eficiência da Prestação Jurisdiccional e Flexibilização do Procedimento pelo Juiz e pelas partes*. In: *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS | v. 15 | n. 30 | Jul./Dez. 2013.

RESTA, Eligio (trad. Sandra Vial). *O Direito Fraternal*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 759, ano 1988, p.767-791, jan. de 1999.

RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da Execução Civil*. Coleção Direito e Processo: técnicas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, José de Moura. “Produção antecipada de prova”. In *Revista de Processo*, nº 20, outubro-dezembro de 1980.

ROCHA, Leonel Severo. *Autopoiese e teoria do direito*. In: *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. SCHWARTZ, Germano (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

RODRIGUES, Enrique Feldens. *O papel do juiz no processo civil do Estado Democrático de Direito: A direção material voltada à construção da solução jurídica do caso concreto*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: PUC/RS, 2013.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014.

RODRIGUES, Nelson. *O Óbvio Ululante: Primeiras Confissões (Crônicas)*, org. Ruy Castro, São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 11 (Obras de Nelson Rodrigues, 3).

ROJO, Raúl Enrique. *La justicia en democracia*. In: Sociologias. Porto Alegre: IFCH/UFRGS, ano 2, n. 3, p. 94 – 125, jan-jun. 2000.

ROQUE, Andre Vasconcelos; DELLORE, Luiz; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MACHADO, Marcelo Pacheco; DUARTE, Zulmar em ensaio constante do sítio eletrônico [www.jota.uol.com.br](http://jota.uol.com.br). <http://jota.uol.com.br/vigencia-do-novo-cpc-um-irdr-para-chamar-de-seu>. Consulta em 14 de março de 2016.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Escala, s/d.

SADEK, Maria Tereza (org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adeneuer, 2001, p. 40 (Série Pesquisas, 23).

\_\_\_\_\_. *Experiências de acesso à justiça: introdução*. In: SADEK, Maria Tereza. *Acesso à Justiça*. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2001 (Pesquisas, n. 23).

SALLES, Carlos Alberto de. *Mecanismos Alternativos de Solução*. In: Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. (Coords.). Luiz Fux; Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. “Processo: Procedimento Dotado de Normatividade”. In: *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, Presente e Futuro*. (Orgs). Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. Malheiros Editores, 2013.

SALVANESCHI, Laura. “I provvedimenti de istruzione preventiva”. In *Rivista de Diritto Processuale*, 1998.

SANCHES FILHO, Alvino Oliveira. *Experiências institucionais de acesso à justiça no Estado da Bahia*. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adeneuer, 2001.

SANDER, Frank. Varieties of Dispute Processing. *Federal Rules Decisions* 70, 1979.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo, Cortez, 2003.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

\_\_\_\_\_. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3a Ed. São Paulo: Cortez, 2011.

\_\_\_\_\_. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 14ª ed. São Paulo: Cortez, 2013.

\_\_\_\_\_. *Para uma revolução democrática da justiça*. Cortez, 2008.

\_\_\_\_\_; AVRITZER, Leonardo. *Para ampliar o cânone democrático*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

\_\_\_\_\_; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, José. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo: ANPOCS, n. 30, 1996. Disponível em: [http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm). Consulta em 09 de novembro de 2015.

SANTOS, Marina França. *Intervenção de Terceiro Negociada: Possibilidade Aberta pelo Novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo. Vol 241/2015. p. 95-108.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. Coleção Liebman/Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 11).

SILVA, Ovídio Batista da. *Democracia Moderna e Processo Civil*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.) *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

\_\_\_\_\_. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVEIRA, Susana Amaral. *Acordos Incentivados. Uma Contribuição Britânica nos caminhos buscados pelo Judiciário Brasileiro*. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2010.

SOUSA JR., José Geraldo de. *Por uma concepção alargada de acesso à justiça*. In: Rev. Jur., Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p. 1-14, abr./maio, 2008. Disponível em [https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs\\_saj/index.php/saj/article/view/223/212](https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/view/223/212). Acesso em 12 de janeiro de 2016.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos para o direito*. Curitiba, 1998, Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná (UFPR).

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de Conflitos e o Novo Código de Processo Civil*. Acesso à Justiça, Direitos Humanos & Mediação, p. 203.

SOUZA, Mariana Freitas de; PIMENTEL, Wilson. *O Novo CPC e a sua dose de regulamentação dos mecanismos alternativos de solução de disputas* In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A Mediação no Novo Código de Processo Civil*. Coords. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SPENGLER, Fabiana Marion, NETTO, Theobaldo Spengler. *A Mediação e a Conciliação Propostas pelo Projeto 8.046/2010 (Novo Código de Processo Civil Brasileiro – CPC) como Mecanismos Eficazes de Tratamento de Conflitos*. Texto produzido mediante pesquisa junto aos projetos: “Multi-door courthouse system – avaliação e implementação do sistema de múltiplas portas (multiportas como instrumento para uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e eficaz financiado pelo CAPES/CNJ e “ Acesso à justiça, jurisdição

(in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos”, financiado pelos recursos do Edital FAPERGS nº 02/2011 – Programa Pesquisador Gaúcho (Pqg), edição 2011 e pelos recursos do Edital CNPq/CAPES nº 07/2011, Processo nº 400969/2011-4.

\_\_\_\_\_. *O Tempo do Processo e o Tempo da Mediação*. In: REDP Vol. VIII, julho/dez 2011.

\_\_\_\_\_. *Mediação de conflitos: da teoria à prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. *A função democrática do princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: Aproximações entre Elio Fazzalari e Jürgen Habermas*. In: Direitos Fundamentais&Justiça nº 12. Jul/Set. 2010, p. 235/246.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. *o “Cartesianismo Processual” em Terrae Brasilis: A Filosofia e o Processo em Tempos de Protagonismo Judicial*. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 1, p. 5-22, 2013.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Civis*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2008.

\_\_\_\_\_. *Interação entre novo CPC e Lei de Mediação: primeiras reflexões*. Ensaio contido no sítio eletrônico <http://portalprocessual.com/interacao-entre-novo-cpc-e-lei-de-mediacao-primeiras-reflexoes>. Consulta em 16 de novembro de 2015.

TARUFFO, Michele. COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. *Lezioni sul Processo Civile*, 2ª ed., il Mulino, Bologna, 1998.

\_\_\_\_\_. *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, n. 2, p. 451-483, 2006.

\_\_\_\_\_. *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation*. In: CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia:Universidad di Valencia, 2008.

\_\_\_\_\_. *Cultura e Processo*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXIII, n. 1, Marzo 2009.

\_\_\_\_\_. Uma alternativa a las alternativas: modelos de reslución de conflictos. *Paginas sobre Justicia Civil*. Madrid: Marcial Pons, Madrid, 2009.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York Univ. Press, 1997.

TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo cautelar, 11 ed.* São Paulo: Edição Universitária de Direito, 1989.

THIBAU, Vinícius Lott. *O Direito à prova no paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito – Considerações sobre a Procedimentalidade Brasileira*. In: TAVARES, Fernando Horta (coord). *Constituição, direito e processo. Princípios Constitucionais do Processo*. Curitiba: Juruá, 2007.

TROCKER. Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974.

\_\_\_\_\_. *La Formazione Del Diritto Processuale Europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. Negócio jurídico processual. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 54.

\_\_\_\_\_. “Ação Civil Pública: Falta de legitimidade e de interesse do Ministério Público”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1997, nº 745.

TUPINAMBÁ, Carolina. “Novas tendências de participação processual – O amicus curiae no anteprojeto do novo CPC”. In: O Novo Processo Civil Brasileiro. Direito em Expectativa. Reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil. (coord). Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VARANO, Vincenzo (Org.). *L'altragiustizia: il metodi alternativi di soluzione dele controversie nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 2007.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Sistema procesal – Garantía de La Libertad*, tomo I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009.



VERDE, Giovanni. “Arbitrato e giurisdizione”, In: *L’Arbitrato secondo la Legge 28/1983*, coordenado pelo prof. G. Verde, Nápoles, Ed. Jovene, 1985.

VIANNA, Luiz Werneck; et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudência*. Traducción de Luis Díes-Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus, 1964 (reimpressão 1986).

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 277.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil – v. I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: Interpretação da Lei: Temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, vol. I.

\_\_\_\_\_. *O ofício do mediador*. Vol. I. Florianópolis, Habitus, 2001.

\_\_\_\_\_. *Surfando na pororoca: Ofício do mediador, vol. III*. Coords: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

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

\_\_\_\_\_. *Cultura da Sentença e cultura da pacificação*. In: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrino Grinover. (Coords.). Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 684-690.

\_\_\_\_\_. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Revista de Processo, n. 195, maio/2011, p. 381-389

\_\_\_\_\_. “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses – Utilização dos Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias”. In: *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, Presente e Futuro*. Orgs. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. Malheiros Editores, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. São Paulo: Alga-Omega, 2001.

\_\_\_\_\_. *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone M. (orgs.). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

WOOLF, Harry. *Civil justice in the United Kingdom*. The American Journal of Comparative Law, p. 709-736, 1997.

XAVIER, Trícia Navarro. *Convenções em Matéria Processual*. Revista de Processo. Vol. 241/2015, p. 489-516.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Eunadi, 1992.

ZAMORRA Y CASTILLO. *Proceso, autocomposição e autodefensa*. Cidade do México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 29, nº 116, p. 334-371, jul./ago. 2004.

\_\_\_\_\_. *A teoria circular dos planos (direito material e direito processual)*. In: Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 165-196, 2006.

\_\_\_\_\_. *Processo Constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_; GOMES, Camila de Magalhães. *O Processo Coletivo e o Formalismo-Valorativo como nova fase metodológica do Processo Civil*. In: Revista de Direitos Difusos, Ano XI, Vol. 53, março/2011.

\_\_\_\_\_. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZUCKERMAN, Adrian. *Learning the facts – discovery*, In. CHASE, Oscar G. e HERSHKOFF, Helen (cords). *Civil Litigation in comparative context*. Ed. Thomson/West, St. Paul, 2007.

ZWEIG, Stefan. *Brasil: país del futuro*. Editora Guanabara, 1941.

[www.amb.com.br/docs/bancomundial.pdf](http://www.amb.com.br/docs/bancomundial.pdf). Acesso em 15 de dezembro de 2015.

<http://www.altalex.com/documents/news/2014/12/10/dei-procedimenti-speciali-dei-procedimenti-sommari>. Consulta realizada em 03 de outubro de 2015.

<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/14089/Relat%C3%B3rio%20ICJBrasil%20-%20ano%206.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 18 de janeiro de 2016.

[http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/manual\\_mediacao\\_judicial\\_4ed.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/manual_mediacao_judicial_4ed.pdf), Acesso em 01 de julho de 2015.

<http://www.conjur.com.br/2015-dez-15/senado-aprova-admissibilidade-recurso-origem>. Consulta em 16 de dezembro de 2015.

[http://www.epa.gov/adr/adra\\_1998.pdf](http://www.epa.gov/adr/adra_1998.pdf). Acesso em 09 de agosto de 2015.

<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil>. Consulta realizada em 02 de outubro de 2015.

<http://oglobo.globo.com/brasil/conflagrado-nos-tribunais-brasil-tem-um-processo-em-andamento-para-cada-dois-habitantes-16822961>. Acesso em 18.08.2015.

<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0}>. Acesso em 15 de dezembro de 2015.

[www.uscourts.gov/file/rules-civil-procedure](http://www.uscourts.gov/file/rules-civil-procedure). Consulta realizada em 02 de outubro de 2015.