

PUCRS

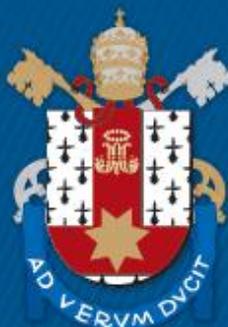
FACULDADE OU ESCOLA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
NOME DO CURSO DE MESTRADO OU DOUTORADO

CAROLINA SCHRÖEDER ALEXANDRINO

**A EFICIÊNCIA DA AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO E DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO
PREVISTAS NO ARTIGO 334 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A BUSCA PELA
RUPTURA DA CULTURA DA LITIGIOSIDADE.**

Porto Alegre
2019

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL PUCRS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO

CAROLINA SCHRÖEDER ALEXANDRINO

**A EFICIÊNCIA DA AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO E DA AUDIÊNCIA DE
CONCILIAÇÃO PREVISTAS NO ARTIGO 334 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
DE 2015 E A BUSCA PELA RUPTURA DA CULTURA DA LITIGIOSIDADE.**

Porto Alegre

2019

CAROLINA SCHRÖEDER ALEXANDRINO

**A EFICIÊNCIA DA AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO E DA AUDIÊNCIA DE
CONCILIAÇÃO PREVISTAS NO ARTIGO 334 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
DE 2015 E A BUSCA PELA RUPTURA DA CULTURA DA LITIGIOSIDADE.**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito na linha de pesquisa de Processo Civil e Jurisdição, no curso de Pós-Graduação *Mestrado* em Direito realizado na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Marco Félix Jobim

Porto Alegre

2019

CAROLINA SCHRÖEDER ALEXANDRINO

**A EFICIÊNCIA DA AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO E DA AUDIÊNCIA DE
CONCILIAÇÃO PREVISTAS NO ARTIGO 334 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
DE 2015 E A BUSCA PELA RUPTURA DA CULTURA DA LITIGIOSIDADE.**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito na linha de pesquisa de Processo Civil e Jurisdição, no curso de Pós-Graduação *Mestrado* em Direito realizado na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS.

Presidente: Prof. Dr. Marco Félix Jobim
PPGD da Universidade Católica do Rio Grande do Sul- PUCRS

Membro externo: Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier
Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público-FMP,

Membro externo: Profa. Dra. Trícia Navarro Xavier Cabral
Universidade Federal do Espírito Santo - UFES

Membro externo: Prof. Dr. Guilherme Botelho De Oliveira
Universidade Feevale e Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-
PUCRS

Dedico este trabalho aos meus familiares e aos meus amigos, pois estão ao meu lado me motivando em todas as minhas escolhas.

AGRADECIMENTOS

Agradecer não é apenas reconhecer e lembrar daqueles que estiveram ao nosso lado durante a jornada acadêmica e, de alguma forma, contribuíram para conclusão deste trabalho. Agradecer é explicitar todo amor, carinho e importância que determinadas pessoas tiveram para que não apenas a pesquisa, mas todo conhecimento oriundo desta fosse possível. Agradecer, aqui, é nominar as minhas estruturas ao longo deste processo de aprendizagem. Agradeço, assim, primeiramente, aos meus pais. Ao meu pai devido ao fato de sempre me incentivar nos desafios estudantis. À minha mãe que, da doce forma de amar que ela expressa em cuidados, me deu todo apoio necessário para conclusão de mais esta etapa, principalmente nos momentos finais da pesquisa.

Esta dissertação, o ingresso no mestrado e o seu andamento, sequer existiriam se não fosse o apoio da família que hoje talvez eu não possa mais chamar de minha, mas sempre vai estar no meu coração: Débora (Dedé) e Paulo (Nano).

Da mesma forma é preciso deixar registrado o agradecimento à minha irmã, que não consanguínea, mas que o sentimento escolheu: Luciana. Tua ajuda fora expressa no olhar de carinho, no afago e nas palavras de apoio. Com igual carinho agradeço ao irmão que a vida me deu, ele que conheço há 15 anos e que compartilha comigo conhecimento acadêmico e profissional: Jorge, tem muito de ti neste trabalho.

Sou grata também aos meus amigos, seja ou de longa data ou aqueles cujos laços há pouco tempo se estreitaram, em especial aos que sempre compreenderam meus dilemas acadêmicos: Muito obrigada Bárbara, Guilherme Zimmerman, Rodrigo, Silvana, Amabily, Samantha Alixandrino e Diego.

Fica aqui meu muito obrigada, também, para os colegas que fiz na PUC/RS, em especial: Manuela e Mariana. Nas horas do aperto vocês foram meu porto seguro. Tenho em vocês mais do que colegas, tenho em vocês o amor genuíno da amizade.

Com o mesmo carinho e reconhecimento por toda ajuda e resguardo que me foi dado durante os dois anos de mestrado registro meu agradecimento para meus colegas de escritório: Gabriel, Samantha, Giovanna, Pietra, Vinicius e André.

Importante também é reconhecer que esta trajetória acadêmica não seria possível sem todo ensinamento que os professores da PUC/RS forneceram, em especial os professores da linha de Pesquisa Processo e Jurisdição, são eles: Marco Félix Jobim, Elaine Harzheim Macedo e Luis Alberto Reichelt. Além dos professores,

agradeço ainda, os funcionários do PPGD da PUC/RS, principalmente a funcionária Caren Klinger que com toda paciência e compreensão presta auxílio para os estudantes inquietos e angustiados com os prazos acadêmicos.

Por fim, mas não menos importante – e ainda que de forma tímida–, fica meu agradecimento ao Guilherme Louzada. Ele que deu mais sentido para as leituras de Warat. Obrigada, Gui. Dentre todas as tuas qualidades, me fazer feliz nestes últimos meses contribuiu para que a conclusão deste trabalho fosse possível.

A linguagem é sempre uma paródia do desejo.
(WARAT. Luis Aberto. **O amor tomado pelo amor**: crônica de uma paixão desmedida São Paulo: Editora Acadêmica, 1990. p.15)

Nos tempos idos, os onas adoravam vários deuses. O deus supremo se chamava Pemaulk. Pemaulk significa *Palavra*.
(GALEANO. Eduardo. **Mulheres** Porto Alegre: L&PM, 2017. p.21)

Houve curiosidade, um calmo susto, alguma palidez.
Por trás do ouro do seu rosto
Quero ser justo
Mesmo que não pudéssemos manter a lua cheia acesa
Ou não, ainda,
Nem no seu nem no meu coração [...]
(VELOSO, Caetano Emmanuel Viana Teles. **Quero ser justo**. 2012)

RESUMO

O presente estudo busca demonstrar como o artigo 334 do Código de Processo Civil, que prevê a audiência de conciliação e mediação se perfaz como um dispositivo eficiente para mitigar a litigiosidade existente, colaborando para que a sociedade caminhe para uma cultura da pacificação. Sabe-se que a cultura influencia o direito, tanto em sua criação como em seu manuseio. Nesse sentido, enfatizar-se-á as significativas mudanças ocorridas no processo civil, principalmente no tocante a introdução e fomento no Novo Código de Processo Civil para com os meios adequados de resolução de controvérsias. Para tanto, analisa-se o que o Código buscou ao positivar a eficiência, bem como se a audiência de autocomposição nos termos que se encontra é eficiente. Buscando resolver tal questionamento fora feito exame do relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça para demonstrar, não apenas com referencial bibliográficos, se a mudança proposta pelo CPC/15, de fato, está ocorrendo.

Palavras-chave: Eficiência. Mediação. Conciliação. Cultura. Meios adequados de resolução de conflito.

ABSTRACT

The present study seeks to demonstrate how Article 334 of the Code of Civil Procedure, which provides for the conciliation and mediation hearing, is an efficient mechanism to mitigate existing litigation, helping to move society towards a culture of pacification. It is known that culture influences law, both in its creation and in its handling. In this sense, it will be emphasized the significant changes that have occurred in the civil process, especially regarding the introduction and promotion in the New Code of Civil Procedure for the appropriate means of dispute resolution. In order to do so, it analyzes what the Code sought to achieve efficiency, as well as if the audience of self-composition in the terms it finds is efficient. Seeking to resolve such questioning had been taken from the Justice in Numbers report of the National Council of Justice to demonstrate, not only with bibliographical references, if the change proposed by CPC / 15, in fact, is taking place.

Keywords: Efficiency. Mediation. Conciliation. Culture. Suitable means of conflict resolution.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Casos Novos e Processos Baixados.....	109
Gráfico 2 – Casos Pendentes.....	110
Gráfico 3 – Tempo Médio de Duração de Processos na Justiça.....	111
Gráfico 4 – Tempo Médio de Duração de Processos na Justiça – Federal.....	111
Gráfico 5 – Tempo Médio de Duração de Processos na Justiça – Estadual.....	112
Gráfico 6 – Tempo Médio de Duração de Processos na Justiça – Federal.....	112
Gráfico 7 – Tempo médio da sentença nas fases de execução e conhecimento, no 1º grau, por Tribunal, em 2017.....	113
Gráfico 8 – Tempo médio da sentença nas fases de execução e conhecimento, no 1º grau, por Tribunal, em 2017.....	113
Gráfico 9 – Tempo médio de tramitação dos processos pendentes e baixados no 2º grau na Justiça Estadual em 2017.....	114
Gráfico 10 – Tempo médio de tramitação dos processos pendentes e baixados nos Tribunais Superiores e no 2º Grau em Âmbito Federal em 2017.....	115
Gráfico 11 – Tempo médio de tramitação dos processos pendentes e baixados na fase de conhecimento de 1º grau, em 2017.....	115
Gráfico 12 – Tempo médio de tramitação dos processos pendentes e baixados na fase de conhecimento de 1º grau, em 2017.....	116
Gráfico 13 – Índice de Conciliação de 2015 até 2017.....	117
Gráfico 14 – Índice de conciliação por grau de jurisdição, da Justiça Estadual, do ano de 2017.....	118
Gráfico 15 – Índice de conciliação por grau de jurisdição, da Federal, do ano de 2017.....	118
Gráfico 16 – Índice de conciliação nas fases de execução e de conhecimento, no primeiro grau, por tribunal, ano de 2017.....	119
Gráfico 17 – Índice de conciliação nas fases de execução e de conhecimento, no primeiro grau, por tribunal, ano de 2017.....	119

LISTA DE SIGLAS

ADR -	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
Art. -	Artigo
CEJUSC -	Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania
CF -	Constituição Federal
CF/88 -	Constituição Federal de 1988
CFRB -	Constituição Federal da República Brasileira
CFRB/88 -	Constituição Federal da República Brasileira de 1988
CLT -	Consolidação das Leis Trabalhistas
CNJ -	Conselho Nacional de Justiça
CPC -	Código de Processo Civil
CPC/15 -	Código de Processo Civil de 2015
CPC/73 -	Código de Processo Civil de 1973
EC -	Emenda Constitucional
IRDR -	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
NCPC -	Novo Código de Processo Civil
NUPEMEC-	Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos
STF -	Supremo Tribunal Federal
STJ -	Superior Tribunal de Justiça
TJ -	Tribunal de Justiça
TRF -	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
2 A EFICIÊNCIA COMO NORMA FUNDAMENTAL DO PROCESSO CIVIL	15
2.1 As normas fundamentais do Processo Civil frente as fases metodológicas: Adotamos um modelo de processo eficiente?	15
2.2 Seria a eficiência prevista no CPC/2015 uma regra, um princípio ou um postulado/metanorma?	24
2.2.1 <i>Distinção entre princípios, regras e postulados/metanormas</i>	27
2.3 Mas afinal, o que se compreende por eficiência?	34
2.3.1 <i>Eficiência x Efetividade: o que pretende o art. 8º do CPC/15?</i>	47
2.3.2 <i>A influência do tempo para composição de um processo eficiente e a falácia de que o processo eficiente é sinônimo de um processo célere</i>	51
3 A RUPTURA DA CULTURA DA LITIGIOSIDADE ATRAVÉS DOS MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIA	61
3.1 Da cultura do litígio para a cultura da pacificação: a busca por um avanço fático e não meramente textual	69
3.2 Compreendendo os meios adequados de resolução de controvérsia	74
3.2.1 <i>Da Mediação</i>	84
3.2.2 <i>Da Conciliação</i>	91
4 A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO DO ART. 334 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	96
4.1 O princípio da voluntariedade e a cogência do art. 334 do CPC/15	104
4.2 Análise da Justiça em Números – Relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)	107
4.2.1 <i>(H)a crescente da conciliação desde o advento do CPC/15?</i>	116
4.3 Eficiência do art. 334 do Código de Processo Civil de 2015 frente a análise dos dados extraídos do CNJ	120
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	125
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	128

INTRODUÇÃO

O atual Código de Processo Civil fora pensado e estruturado de forma dialogal, para fins de atender as necessidades da sociedade. Não é tão atual a discussão sobre os problemas que envolvem a expressiva quantidade de demandas tramitando no judiciário, o tempo de tramitação destas, bem como a frustração das partes frente a prestação jurisdicional¹. Também não é de tão inovador a discussão sobre outros meios de resolução dos conflitos que não apenas a clássica decisão oriunda do Juiz-Estado. Mas, ainda que tais temas não sejam novos – ou ao menos não tenham surgido tão somente quando o atual CPC passou a ser pensado – não se pode negar que das legislações que tratavam sobre o tema, fora com criação do atual CPC que a autocomposição passou a fazer parte da rotina dos processualistas e demais afetados pelas normas processuais. Vale destacar que a autocomposição já estava presente no Código de Processo Civil de 1973, conforme se esclarecerá no decorrer da pesquisa, no entanto, tão somente no Código de Processo Civil de 2015 é que fora possível perceber real incentivo legislativo para os meios adequados de resolução de controvérsia.²

Desta forma, devido ao incentivo para autocomposição explicitado no CPC/15 e necessidade de discussão sobre a crise instaurada no Poder Judiciário, originária da expressiva quantidade de processo que nele tramitam, que gera mais frustração ao jurisdicionado do que satisfação, justifica-se o estudo da temática da audiência de mediação e de conciliação prevista no art. 334 do CPC/15 e como este dispositivo contribui para que seja possível alcançar um processo eficiente, atual e necessário.

¹ No tocante a frustração do jurisdicionado, esclarecedor é o entendimento de Fabiana Marion Spengler: Essa descrença na Justiça se dá não só pela distância entre o cidadão comum, os ritos e a linguagem que envolvem os processos judiciais, mas também pelo tempo percorrido por cada procedimento (tradicionalmente longo), pela inadequação das decisões vertidas ante a complexidade dos litígios e pela impossibilidade de seu cumprimento. O que verifica, então é a desconexão entre o aparelho judicial e o sistema político e social, distanciando-se a lei (e, por conseguinte, sua interpretação e sua aplicação) da sociedade na qual se encontra inserida, não correspondendo, assim, à expectativa de tratamento adequado aos conflitos. SPENGLER. Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijui, 2010.p.111.

² Ainda que alguns autores utilizam a expressão “meios alternativos de resolução de conflito” acredita-se que o melhor termo seja “meios adequados de solução de conflito”, eis que a ideia de “alternativo” sugere que um esgotamento da via judicial e um desprestígio dos mecanismos de autocomposição. Assim, ao se referir como adequados, compreende-se que, frente a jurisdição clássica, guardadas as exceções, as partes resolvendo seu litígio com o auxílio de profissionais preparados e de ambiente propício para tanto se desvela se a forma mais adequada – e justa – de resolução do conflito.

Vale destacar que o termo “crise do Poder Judiciário” é utilizado no decorrer da pesquisa. Tal termo merece nota introdutória e explicativa. A crise aqui tratada não diz respeito tão somente a ideia de que o Poder Judiciário não atende os anseios das partes de forma satisfatória, e aqui seja pela existência de decisões eivadas de solipsismo, seja pela demora prejudicial na prestação da jurisdição. A crise ora abordada engloba os fatores ora mencionados, mas também – e principalmente – é reflexo da crise do Estado³, compreendendo a crise do Poder Judiciário como de identidade e de eficiência.⁴

A problemática que permeia a presente pesquisa é no sentido de responder se a audiência de conciliação e mediação nos termos que esta proposta no CPC/15 contribui para que se tenha um processo eficiente, bem como se essa eficiência pode ser medida de forma qualitativa ou tão somente quantitativa. Buscou-se responder os questionamentos através de pesquisas bibliográfica que trata do tema, bem como por meio da análise do relatório da Justiça em números do Conselho Nacional de Justiça, para fins de examinar se de fato, ocorreram significativas mudanças com o advento do CPC/15 e o fomento – ou imposição? – da autocomposição.

Para tanto, no primeiro capítulo buscou-se analisar a fase metodológica que o processo civil se encontra, bem como o que se entende por normas fundamentais do processo civil. Dentre estas normas fundamentais, estudou-se o instituto da eficiência, desvelando para o leitor seu significado e sua classificação em princípio, regra ou metanorma/postulado, como previsto no art. 8º do CPC/15.

³ Todas as considerações sobre a jurisdição e suas crises (criadas e fomentadas a partir da globalização cultural, política e econômica) são consequências da crise estatal. Nascida de um deliberado processo de enfraquecimento do Estado, a crise se transfere para todas as suas instituições, pois o Direito que imediatamente conhecemos e aplicamos, posto pelo Estado, assim o é porque seus textos são escritos pelo Legislativo, mas também porque suas normas são aplicadas pelo Judiciário. Devido a essa assertiva é que se deve discutir a tão aclamada crise da jurisdição a partir da crise do Estado, observado sua gradativa perda de soberania, sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais, de tomar as rédeas do seu destino, sua fragilidade nas esferas legislativas, executiva e judiciária, enfim, sua quase total perda na exclusividade de dizer e aplica o Direito. Em decorrência das pressões centrífugas da desterritorialização da produção e da transnacionalização dos mercados, o Judiciário, enquanto estrutura fortemente hierarquizada, fechada, orientada por uma lógica legal-racional, submissa à lei, torna-se uma instituição que precisa enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais para sobreviver como um poder autônomo e independente. SPENGLER. Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.p.102-103.

⁴ SPENGLER. Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.p.102-109.

Ainda no primeiro capítulo, busca-se esclarecer o que é a eficiência para fins processuais e desmistificar alguns conceitos atrelados ao termo, como eficiência puramente vinculada ao tempo do processo.

Já no segundo capítulo, trabalha-se com uma noção de cultura da litigiosidade e como o CPC/15 buscou mudar o paradigma da cultura da sentença para cultura da pacificação através da conciliação e da mediação. Mediante um estudo bibliográfico, conceitua-se tais institutos e se faz um apanhado de pontos que a doutrina considera mais relevante.

Sendo assim, após análise da eficiência, bem como os meios adequados de solução de controvérsias, passou-se a estudar o art. 334 do CPC/15. Na sequência, foram analisados os dados do relatório Justiça em Números do CNJ, tanto aqueles que tratam da litigiosidade, como aqueles que versam sobre a conciliação. Feitas as críticas ao relatório abordado, nas considerações finais o objetivo fora responder o quão eficiente fora a audiência do art. 334 do CPC para com o rompimento da cultura litigiosa, tendo como base de estudo não apenas referencial bibliográfico, mas também dados oriundos do cotidiano do judiciário.

O método de abordagem adotado do trabalho foi o método dialético, no qual será analisado o que propõe a eficiência no processo, o fenômeno cultural da litigiosidade existente no processo civil brasileiro e, se os meios adequados de resolução de conflitos dispostos na audiência do art. 334 do CPC/15 é eficiente para romper com cultura litigiosa e buscar a cultura da pacificação. Assim, pretende-se estudar a realidade existente para demonstrar, por meio de argumentos e contra-argumentos, a possibilidade de uma mudança contextual⁵.

Tendo em vista que interpretar é se posicionar, a presente pesquisa se utiliza do método de interpretação sociológica para a compreensão do ordenamento jurídico e da doutrina que a sustenta, partindo de ideia de que “[...] o direito é um fenômeno cultural, um processo que se desenvolve no espaço e no tempo, é pensamento e conduta do homem para sua vida social, em constante mutação [...]”.⁶ O método de procedimento utilizado é o monográfico de procedimento, e os tipos e técnicas da

⁵ FINCATO, Denise Pires. A Pesquisa Jurídica sem Mistérios: do Projeto de Pesquisa à Banca. 2ª edição rev. e ampl. Porto Alegre: Sapiens, 2014, p. 45.

⁶ FINCATO, Denise Pires. A Pesquisa Jurídica sem Mistérios: do Projeto de Pesquisa à Banca. 2ª edição rev. e ampl. Porto Alegre: Sapiens, 2014, p.48.

pesquisa são do tipo bibliográfico, desenvolvendo-se a partir de livros, artigos, dissertações e teses sobre o assunto ou que tenham relação com ele.

Assim, o desenvolvimento da pesquisa será no sentido de fazer com que o leitor não tenha apenas uma compressão bibliográfica e conceitual da eficiência, do que se propõe o Código quando positiva a eficiência, dos institutos da mediação e da conciliação e de como está estruturada a audiência do art. 334; mas que ele possa ter, também, uma visão crítica da justiça em números e dos dados levantados pelo CNJ quando estes confrontados com todos os conceitos apontados no trabalho.

2 A EFICIÊNCIA COMO NORMA FUNDAMENTAL DO PROCESSO CIVIL

A mutabilidade das tendências que norteiam a sociedade, faz com que as normas que determinam o comportamento humano não sejam estanques, de maneira que se amoldem conforme o contexto social que se encontram. Desta forma, leis antigas e codificações ultrapassadas acabam não alcançando seu objetivo, deixando de tutelar as relações humanas de modo a perder a afetividade e se tornando tão somente um pedaço de papel.⁷

Nessa ótica, percebe-se que as mudanças legislativas, bem como as mudanças jurisprudenciais, tendo vista estas se revelarem como norteador de comportamento no âmbito processual, estão carregadas de carga cultural para que se consiga refletir a força normativa que desejam. O Código de Processo Civil de 2015, (CPC/2015), trouxe consideráveis mudanças, vez que fora elaborado em completa harmonia com o que dispõe a Constituição Federal de 1988, expressando a fase metodológica⁸ que o processo civil se encontra, ainda que esta não seja uníssono na doutrina – do neoprocessualismo.

2.1 As normas fundamentais do Processo Civil frente as fases metodológicas: Adotamos um modelo de processo eficiente?

Para melhor compreensão no tocante a evolução do processo civil brasileiro, sua aproximação e conexão com os preceitos constitucionais, bem como para que seja possível desvelar – ou buscar desvelar – o que se propõe o atual Código de Processo Civil com as fases metodológicas, se faz necessário tal estudo, que indubitavelmente não se esgota nas singelas linhas desta pesquisa, vez que este tema

⁷ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991, p. 25.

⁸ Sobre o significado de fase metodológica: Um estágio metodológico é uma visão de mundo. E, como visões de mundo, compartilham-se e disputam-se reciprocamente, caminham interagindo, positiva ou negativamente, um estágio criando o outro ou recriando a si mesmo. É possível, inclusive, se convencer que um estágio, afirmado pela doutrina, consistirá, na verdade, em apenas um desdobramento de outro, ou mesmo em um antecedente, travestido com outro nome, sem alterar a sua base metodológica fundamental. (ATAIDE JUNIOR. Vicente de Paula. **Processo Civil Pragmático**. 2013. 20f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração em Direito das Relações Sociais, da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2013. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31921/R%20-%20T%20-%20VICENTE%20DE%20PAULA%20ATAIDE%20JUNIOR.pdf?sequence=1>. Acesso em 09 fev. 2019.).

não é cerne do problema metodológico traçado, no entanto, sua compreensão tem como objetivo demonstrar a evolução processual e, posteriormente, como a eficiência está sendo reconhecida dentro do modelo processual vigente.

Importante destacar que no direito brasileiro não há homogeneidade no tocante as fases metodológicas do processo⁹, todavia, e seguindo uma corrente majoritária no que diz respeito a classificação das referidas fases, tem-se como quatro as grandes fases do processo civil¹⁰, são elas: praxismo, processualismo, instrumentalismo e formalismo valorativo – também chamado de neoprocessualismo, ainda que pareça divergência se o neoprocessualismo pode ser encarado como sinônimo do formalismo valorativo.

O praxismo é tido como a primeira fase metodológica do processo civil. Em tal fase o direito processual é desprovido de autonomia, vez que não havia distinção entre direito material e direito processual, sendo este subproduto daquele¹¹, uma espécie de “anexo”. Para Sérgio Gilberto Porto, no praxismo, também chamado de procedimentalismo, compreendia-se o processo como mero procedimento, sendo este procedimento com a função exclusiva de pôr ordem aos atos praticados¹²⁻¹³.

Não distante do ora abordado, ao conceituar o praxismo, Haroldo de Araújo Lourenço aborda seu viés não cientificista, defendendo que em tal fase estudava-se

⁹ Sobre a referida divergência, esclarece Jobim: “Por certo que não existe, como sói acontecer em quase toda extensão dos institutos jurídicos que se queira tratar, homogeneidade no pensamento emanado, em especial pela doutrina brasileira. [...] Então, se nota, desde já, uma abissal diferença entre as Escolas, uma vez que a primeira, denominada Escola da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, representada por um dos seus principais integrantes, Daniel Mitidiero, defende que já se confere ao processo uma quarta fase que chama de formalismo-valorativo, e a Escola paulista, representada por, talvez, seu principal integrante, Cândido Rangel Dinamarco, que defende estar em plena fase instrumentalista. Contudo, agregam-se a esses entendimentos outras Escolas, como a Norte e Nordeste, que entende estar também numa quarta fase que denomina de neoprocessualista, ou ainda aquela pensada pela Escola neoconstitucionalista, cuja base territorial é o Estado de Minas Gerais.” (JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 4. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p.139/141.).

¹⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 29-30.

¹¹ JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 4. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p.142.

¹² PORTO, Sérgio Gilberto. **Cidadania Processual**: processo constitucional e o Novo Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 31.

¹³ Sobre a referida fase, esclarece Porto: “Nessa fase histórica, portanto, o processo era visto como mero desdobramento do direito subjetivo material, sendo, pois, por isso, simples procedimento embutido na realização do direito que propunha. Ao processo, por conseguinte, caberia apenas a disciplina dos ritos. Era este visto como apêndice do próprio direito material ou, como preferem alguns, apenas outra face do próprio direito material reagindo à eventual ameaça ou violação.”.(PORTO, Sérgio Gilberto. **Cidadania Processual**: processo constitucional e o Novo Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 32.).

apenas os aspectos práticos do processo e a “*ação era o direito material em movimento*”¹⁴. Importante destacar que, ainda que em tal fase não se buscasse o estudo científico do processo e houvesse verdadeira confusão deste para com a ciência do direito material, processualista como Marco Félix Jobim afirma que “*sempre que uma tutela de direito fosse conseguida, mesmo nos tempos mais antigos, haveria ali embutida a ação processual*”¹⁵. Vicente de Paula Ataíde Junior defende que, devido ao fato de que nesta fase o processo ser um mero “anexo”, ou não passar de um apanhado de fórmulas, ou uma “[...] *sucessão de atos para permitir a aplicação do direito material*”, é possível sequer considerar o praxismo, que o autor em comento utiliza a expressão “sincretismo”, como uma fase metodológica do processo, eis que sequer havia processo.¹⁶

A mudança da fase metodológica, e aqui pode-se dizer que a mudança cultural que acompanha as alterações e os caminhos que se pretende trilhar com o Código de Processo Civil, muito se deu pela busca no estudo do processo como ciência autônoma do direito material, desencadeando a segunda fase metodológica chamada de processualista.

A fase processualista tem como objetivo afirmar a autonomia do direito processual frente ao direito material, demonstrando que aquela era ciência jurídica diversa deste, sendo a relação jurídica composta entre o Estado e as partes¹⁷. É nesta

¹⁴ LOURENÇO, Haroldo de Araujo. O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências do novo CPC. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 415, jan. /jun. 2012, p. 142.

¹⁵ JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 4. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 145.

¹⁶ Sobre a inexistência de processo e, conseqüentemente, de fase: *Por essas características é que se conclui que o sincretismo não foi, propriamente, um dos estágios metodológicos do direito processual. Durante seu transcurso, direito processual não havia, nem muito menos metodologia jurídica processual. Não obstante, melhor manter sua localização como primeiro estágio, no sentido de um momento primordial ou pré-histórico do direito processual. Com isso, facilita-se a fixação dos estágios posteriores, nos quais o direito processual foi criado e consolidado, possibilitando a comparação das respectivas ideias.* (ATAÍDE JUNIOR. Vicente de Paula. **Processo Civil Pragmático**. 2013. 22f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração em Direito das Relações Sociais, da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2013. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31921/R%20-%20T%20-%20VICENTE%20DE%20PAULA%20ATAIDE%20JUNIOR.pdf?sequence=1>. Acesso em 09 fev. 2019.).

¹⁷ PORTO, Sérgio Gilberto. **Cidadania Processual: processo constitucional e o Novo Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 33.

fase que se verifica substancial mudança científica, eis que o processo fora sistematizado e visto com autonomia ante a ciência do direito material¹⁸⁻¹⁹.

Sabe-se que todo excesso é prejudicial, até mesmo a maximização da autonomia e método do processo, ao ponto que se chegou a discutir a existência de uma demanda sem direito²⁰, vendendo a ideia de que o processo não passava de mera técnica, de modo a ruir tal fase metodológica. Conjuntamente a ruína ora mencionada, aclararam-se as ideias a partir de estudos oriundos da Europa, dando início a terceira fase, qual seja, a fase instrumentalista.

A instrumentalidade como fase metodológica do processo civil veio não apenas para superar o praxismo e o processualismo, mas também para demonstrar que através do processo e dos resultados que este produz, ainda que ciência autônoma, é possível a realização de direito material²¹, a serviço da paz social²². Porto defende que em tal fase o processo é visto como ferramenta que possibilita a paz social (escopo social), afirma a soberania Estatal ao manter a sociedade organizada (escopo político) e define situações jurídicas (escopo jurídico)²³. Assim, a referida fase possibilita que o processo, como instrumento disponibilizado às partes e ao juízo atinja os objetivos eleitos²⁴⁻²⁵.

¹⁸ JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 4. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 147.

¹⁹ Quanto a ideia de processo como ciência autônoma, esclarece Lourenço: “A afirmação da autonomia científica do direito processual foi uma grande preocupação desse período, em que as grandes estruturas do sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos. Caracterizou-se por ser uma fase muito introspectiva, sendo o processo pelo processo. Essa fase, a rigor, se tornou autofágica, distanciada na realidade, gerando um culto exagerado as formas processuais, no afã de enfatizar a autonomia científica” (LOURENÇO, Haroldo de Araújo. O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências do novo CPC. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 415, jan. /jun. 2012, p. 143).

²⁰ PORTO, Sérgio Gilberto. **Cidadania Processual: processo constitucional e o Novo Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 33-34.

²¹ PORTO, Sérgio Gilberto. **Cidadania Processual: processo constitucional e o Novo Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 34.

²² LOURENÇO, Haroldo de Araújo. O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências do novo CPC. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 415, jan. /jun. 2012, p. 143.

²³ PORTO, Sérgio Gilberto. **Cidadania Processual: processo constitucional e o Novo Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 34.

²⁴ PORTO, Sérgio Gilberto. **Cidadania Processual: processo constitucional e o Novo Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 35.

²⁵ Também neste sentido são os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco: “Fixar os escopos do processo equivale, ainda, a relevar a sua utilidade. Trata-se de instituição humana, imposta pelo Estado, e a sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade. Daí o relevo de que é merecedora a problemática dos escopos do sistema processual e do exercício da jurisdição. A tomada de consciência teleológica, incluindo especificação de todos os objetivos visados e do modo como se interagem, constitui peça importantíssima no quadro instrumentalista do processo: sem compreender a sua instrumentalidade assim integralmente e apoiada nessas colunas, não se estaria

Todavia, ao analisar o conceito da fase instrumentalista ora disposto, e sem o enviesamento²⁶ de que possuímos uma quarta fase de modo que aquela esteja superada, inegável é a sua aplicação no cenário contemporâneo, pois para que o processo cumpra seu papel e efetive os escopos discorridos por Sérgio Gilberto Porto, se faz necessária uma preocupação com o conteúdo da Constituição. Desta forma, e com o advento de uma Constituição que busca efetivar as diretrizes de um Estado Democrático de Direito, se faz necessária uma releitura da fase instrumentalista, sendo esta conceituada como instrumentalidade constitucional, que não fora superada pela fase neoprocessualista ou formalista-valorativa (quarta fase), vez que estas desvelam-se como releitura daquela²⁷.

Há, portanto, certa divergência no tocante a existência de uma quarta fase, vez que é possível compreender que, com o advento da Constituição Federal de 1988, o que ocorreu fora uma evolução da terceira fase. Todavia, há correntes defendendo que, assim como ocorreu na fase processualista, a instrumentalidade acaba transformando a interpretação do processo como mera aplicação, arreigada de tecnicidade e desapegada de valores²⁸, de modo que hoje, e principalmente com o advento no Código de Processo Civil de 2015, estar-se-ia vivendo uma quarta fase, “sendo ela, a princípio, o formalismo-valorativo, o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo”²⁹.

dando a ela a condição de verdadeira premissa metodológica, nem seria possível extrair dela quaisquer conseqüências cientificamente úteis e aptas a propiciar a melhoria do serviço jurisdicional.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1996. p.149-150)

²⁶ Digno de nota é o estudo sobre o desenviesamento proposto por Freitas. O referido autor traz o elo ciência e direito, para fins de demonstrar que muitas vezes nossas decisões, como adotar uma nova fase metodológica, está eivada de vieses. O risco de enviesamentos pelo intérprete quando da tomada de decisão, conforme orienta Freitas, é resultado de automatismos do cérebro, de modo que se o intérprete não tomar consciência destes, bem como não atentar para regulação emocional de maneira a promover o desapego aos hábitos primitivos, nunca será possível minorar ou – ousa-se dizer– eliminar os equívocos de funcionamento do cérebro, visando uma melhor interpretação que possa “*expressa, de maneira excelente, as propriedades benéficas que nos fazem possuidores de hábitos socialmente universalizáveis*” (FREITAS, Juarez. *Hermenêutica e Desvios Cognitivos. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (FDV)*, v. 13, 2013, p. 281).

²⁷ Sobre a referida “releitura” esclarece Porto: “*Maxima Venia, deste importante posicionamento que identifica essa situação como nova fase metodológica, entendemos que essa compreensão não possa ser definida verdadeiramente como fase autônoma do desenvolvimento do processo, mas releitura da instrumentalidade*” (PORTO, Sérgio Gilberto. **Cidadania Processual: processo constitucional e o Novo Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 35).

²⁸ JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 4. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 153.

²⁹ JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 4. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 155.

No tocante a referida quarta fase, passa-se a analisar o formalismo-valorativo e o neoprocessualismo como matrizes teóricas que incorporam a quarta fase, sem que se busque explorar se podem ser considerados ou não sinônimos. O formalismo valorativo designa o processo para dentro da teoria geral, equacionando direito e processo e processo e Constituição³⁰. Tal fase é a expressão da evolução cultural que determina que o processo deva ser pensado em harmonia com a Constituição e com valores constitucionalmente assegurados³¹. Para melhor compreensão, importante são os ensinamentos de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, ao demonstrar que o processo não é apenas uma forma de instrumentalizar ou tão somente modo de efetivar o direito material. No âmago do direito processual estão enraizados movimentos históricos e culturais:

A estrutura mesma do processo civil depende dos valores adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial³².

Assim, como produto cultural e eivado de valores que ultrapassam apenas a ideia de efetivação do direito material, o processo não pode destoar daquilo que pretende o Estado Democrático de Direito. Inobstante a tal conceituação, e com o mesmo marco teórico, tem-se também como quarta fase o neoprocessualismo, estudo desenvolvido por Fredie Souza Didier Junior, que defende a ideia de que o processo civil deva estar voltado para os preceitos descritos na Constituição Federal de 1988, respeitando os direitos fundamentais descritos na Carta.³³ Para o referido Autor, esta constitucionalização do Direito Processual possui duas dimensões, são elas: I. incorporação aos textos constitucionais de normas processuais e II. análise doutrinária

³⁰ JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 4. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 156.

³¹ JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 4. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 156.

³² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3^o ed. São Paulo: Saraiva 2009, p. 74.

³³ *Aliás, a mais grave miopia de que pode padecer o processualista, é ver o processo como medida de todas as coisas. Só pouco a pouco a vida foi penetrando neste muro de conceitos, mesmo assim de forma irregular e não sistemática. Por isso a importância do movimento pela chamada constitucionalização do processo, a evidenciar a natureza e a importância política do acesso à justiça e do seu exercício.* (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3^o ed. São Paulo: Saraiva 2009, p. 61).

das normas processuais infraconstitucionais como concretizadora das disposições constitucionais. Nesse sentido Fredie Souza Didier Junior explicita:

A transformação da Ciência do Direito Constitucional repercutiu, sensivelmente, na Ciência do Direito Processual. A Constituição Federal passa a ser examinada como o mais importante capítulo do Direito Processual, fundamento para que todo o Direito Processual seja construído. A consagração do devido processo legal na Constituição brasileira de 1988, novidade histórica é, então, sintomática. Fala-se, então, em uma constitucionalização do direito processual³⁴.

Ainda sobre a existência de um quarto estágio no Processo Civil, Guilherme Botelho afirma ser este traçado pela mudança do método de pensamento³⁵. É certo que a fase do neoprocessualismo traz consigo a harmonização do processo para com a Constituição e não seria diferente, eis que não cabe pensar o processo distante do que prevê a Constituição, inclusive se tratando do atual Código de Processo Civil que inova quando disciplina sobre Normas Fundamentais. No entanto, o que se propõe em tal mudança metodológica é o desprendimento de uma visão antiga e centrada na jurisdição, em que o juiz diz o direito, sendo o processo instrumento para realização deste dizer. Para o Autor em comento, a qualidade do processo mudou, de modo que evoluímos de um monólogo jurisdicional para um diálogo judiciário.³⁶

Sob tal prisma, compreende-se que a quarta fase³⁷ se propõe, além de fazer com que direitos, deveres e garantias constitucionais estejam presentes no processo, que exista um mecanismo dialogal entre as partes, migrando-se de uma ideia de jurisdição para uma ideia de processo, em que os agentes dialogam e se tenha um

³⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida** - de acordo com o novo CPC. 4º ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 161.

³⁵ BOTELHO. Guilherme. **Direito ao Processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.49.

³⁶ BOTELHO. Guilherme. **Direito ao Processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.49.

³⁷ *Assim, pode-se afirmar que um quarto e contemporâneo método de pensamento se forma com o processo em seu epicentro, constituindo-se este em um espaço democrático para o debate jurisdicional que visa o alcance da justiça para o caso concreto. Trata-se de modo de pensar que já integra nosso ambiente cultural por intermédio da doutrina e até mesmo da jurisprudência, todavia, o marco legislativo infraconstitucional ainda não parece bem definido em nosso ordenamento. Poderá, todavia, ser estabelecido cm a aprovação do projeto de Novo Código de Processo Civil apresentado pelo Congresso Nacional em junho de 2010 que traz capítulo inicial dedicado à aplicação dos princípio informadores do direito processual civil, com destaque ao contraditório não apenas em sua superada visão como direito de contra-manifestação, mas como efetiva possibilidade de influenciar no convencimento do magistrado, mediante equivalente e equilibrada oportunidade de intervenção das partes.* BOTELHO. Guilherme. **Direito ao Processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.55)

espaço democrático, onde há presente ideia de cooperação , bem como afastamento de um dogmatismo exacerbado e aproximação a uma lógica argumentativa .

Ao discorrer sobre as fases metodológicas do processo civil, é perceptível que estas acompanharam uma evolução cultural, vez que o processo de mera técnica que se confundia com o direito material, passou a ser estudado como ciência autônoma que tem como objetivo não apenas fazer com que o direito material seja efetivado, sendo, portanto, mecanismo eivado de valores que solidifica os preceitos constitucionais e busca concretude da justiça.

A compreensão de que o processo civil vigente se encontra em fase metodológica que melhor se harmoniza com a normativa constitucional é basilar para que seja possível compreender o que o legislador pretende quando positiva “*normas fundamentais do processo civil*” na parte geral do Código, mais precisamente nos artigos 1º ao 12º do referido diploma legal.

É possível, então, verificar a roupagem constitucional que o código recebeu quando de sua leitura inicial, ou seja, logo nos primeiros artigos esbarra-se no que o legislador denominou como normas fundamentais do processo civil. Tais normas precisam ser lidas em conjunto com aquelas previstas no texto constitucional, servindo esta como norteadora do intérprete, seja no seu processo de interpretação seja no seu processo de aplicação³⁸. A ideia de normas fundamentais parece trazer a mesma concepção do constituinte quando este elaborou os princípios fundamentais da Constituição Federal, quais sejam, dos artigos 1º ao 4º da CF/88. No tocante a conceituação das normas fundamentais, Marco Félix Jobim suscita que há divergência doutrinária, no entanto, ainda que existam tais divergências, é possível afirmar que diversos conceitos acabam coincidindo com a ideia de que as normas se desvelam como vetores que servem de sustentação para aplicação e interpretação do novo modelo de processo civil que o atual código propõe³⁹.

É certo que as normas processuais que estão dispostas na Constituição da República têm destino nos ramos do Processo Civil. Estão presentes na Constituição Federal da República diversos princípios e regras que versam sobre direitos e

³⁸ Nesse sentido esclarece Jobim: “*Ora, todos os citados enunciados constitucionais devem, por força do princípio da supremacia da CFRB e pela previsão do art. 1º do CPC/2015, ser, de igual maneira considerados normas fundantes do direito processual, alinhando-se às demais previsões do capítulo referentes a essa normatividade*” (JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 108).

³⁹ JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 75.

garantias processuais, de modo que esta lança “*uma linha procedimental, um rito próprio, quase que um mínimo existencial procedimental, para todo e qualquer ramo do processo*”⁴⁰.

Os direitos e garantias processuais dispostos na CF/88 podem ser considerados como o mínimo necessário para qualquer processo, como o contraditório, ampla defesa, igualdade, entre outros. Assim, defende-se que na Constituição Federal está disposto um procedimento processual constitucional mínimo que é aplicável tanto no processo judicial, e aqui em sentido amplo, ou seja, tanto cível, penal, trabalhista e como no processo administrativo. Tal aplicação se dá por meio de uma interpretação sistemática do direito⁴¹⁻⁴²⁻⁴³. Dentre as normas fundamentais elencadas nos doze primeiros artigos do código, mas que não se restringem tão somente nestes, vez que também estão presentes em outras passagens do Código, nota-se inovação do legislador quando este positivou a eficiência no art. 08 do CPC/15, disciplinando que “*ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência*”⁴⁴.

Da leitura do referido artigo, não é possível extrair dispositivo correspondente no Código de Processo Civil de 1973. No entanto, o vocábulo eficiência não é novidade no direito positivado, pois é possível encontrá-lo na Constituição Federal de 1988⁴⁵, bem como em legislações infraconstitucionais, como a Lei 9.784/99 que versa

⁴⁰ JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 75.

⁴¹ JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 82.

⁴² Sobre a temática, interessante é o que leciona Oliveira, ao afirmar que mesmo uma norma que visa regulamentar o procedimento está lastreada por concepções éticas, econômicas políticas, ideológicas e jurídicas de determinada sociedade, ou seja, exprimindo a cultura desta. Por tal motivo desvela o Autor que “*o direito processual é o direito constitucional aplicado*” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3º ed. São Paulo: Saraiva 2009, p. 75).

⁴³ Sobre a interpretação sistemática do direito, vale destacar os ensinamentos de Freitas: “*A interpretação sistemática envolve, existencial e consideravelmente, o sujeito e “lê” o sistema. Não lhe permite ser apenas um descobridor ou revelador de significados. Quer que atue como espécie de conformador prescritivo e partícipe responsável e estruturado do objeto. Daí segue a inviabilidade comprovada da separação extremada*” (FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5º ed. São Paulo: Malheiros. 2010, p. 69).

⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 30 jul. 2018.

⁴⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...) (Redação dada pela Emenda

sobre o processo administrativo⁴⁶. Assim, inegável é o questionamento do que se compreende de eficiência no CPC/15 face ao viés constitucionalizado do processo, bem como seu comparativo com o disposto na Constituição Federal.

Se atualmente o processo civil está inserido na fase do neoprocessualismo - se é que podemos afirmar que existe apenas uma fase no atual código -, considerando que a modificação estrutural e social da jurisdição acompanha os preceitos constitucionais⁴⁷, bem como levando em consideração que as normas fundamentais - capítulo do Código que está positivada a eficiência - guardam semelhança com a sistematização dos princípios fundamentais dispostos na Constituição Federal de 88, conforme já mencionado, até parece plausível interpretar a eficiência do CPC/15 tal qual se interpreta a eficiência disposta no art. 37 da CFRB/88, sem que se faça qualquer diferenciação conceitual da referida norma. Para fins de provocar o intérprete para diferenciação, qual seja, se a eficiência disposta no art. 8º do atual CPC se desvela como aquela prevista no art. 37 da CFRB, é preciso adentrar na distinção de regras, princípios e postulados.

2.2 Seria a eficiência prevista no CPC/2015 uma regra, um princípio ou um postulado/metanorma?

A função do intérprete não é apenas descrever significados, pois ele também reconstrói sentidos. O significado não é algo pronto, ou seja, não está incorporado ao conteúdo das palavras. O significado, segundo Humberto Bergmann Ávila, depende do uso, bem como da interpretação⁴⁸. Tal comprovação se dá quando se analisa as

Constitucional nº 19, de 1998). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 jul. 2018.

⁴⁶ Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em 30 jul. 2018).

⁴⁷ Nesse sentido dissertam Tesheiner e Thamay: “*Novos contornos são vislumbrados na jurisdição em tempos pós-modernos, que não mais se amoldam à jurisdição caracterizada pela apatia do julgador, que hoje é ativo, participativo e altamente comprometido com a prestação efetiva da tutela jurisdicional, adequada e justa, comprometida com a realização da Constituição, das políticas públicas e dos direitos humanos-fundamentais. Alteram-se os limites da jurisdição, alargando-se, para que o processo se transforme em um instrumento democrático e efetivo*” (TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Teoria Geral do Processo**: Em conformidade com o Novo CPC. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 125).

⁴⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12º ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 23.

modificações de sentido dos termos com o passar do tempo, as alterações doutrinárias a partir da evolução social, bem como as modificações jurisprudenciais através das construções interpretativas daqueles que aplicam a norma. Nesse sentido:

Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto. A questão nuclear disso tudo está no fato de que o intérprete não atribui “o” significado correto em termos legais. Ele tão-só constrói exemplos de uso de linguagem ou versões de significado - sentido -, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, como uso⁴⁹.

Desta forma, percebe-se que o intérprete não se consubstancia naquele que somente encaixa a regra ao caso concreto, muito pelo contrário. Seja julgador, seja cientista, o intérprete (re)constitui significado, eis que *“a norma se encontra (parcialmente), em estado de potência, involucrada no enunciado (texto ou disposição); o intérprete a desnuda”*⁵⁰⁻⁵¹. Desta feita, verifica-se que as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos, sendo possível afirmar que norma é o texto interpretado⁵². Assim, a qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são antes construídas pelo próprio intérprete. É neste sentido que a atividade do intérprete se desvela como reconstrução, eis que este deve *“interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional”*⁵³.

A norma, portanto, expressa a interpretação. A interpretação, por sua vez, se desvela como a fixação através da capacidade de conhecimento de sentido do objeto a ser interpretado, assim, *“o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser*

⁴⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12^o ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 23.

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5^o ed. São Paulo: Malheiros 2009, p. 85.

⁵¹ Nesse mesmo sentido, esclarece Ávila: *“interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: uma porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; duas, porque manipula a linguagem à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual”* (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12^o ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 25).

⁵² JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 75.

⁵³ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 26.

*a fixação da moldura que representa o direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem*⁵⁴.

Seguindo a lógica do direito a ser aplicado como uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pode-se afirmar que a interpretação gera respostas distintas, motivo pelo qual não se chega a uma única resposta correta, mas possivelmente a diversas soluções⁵⁵.

É a partir da teoria da interpretação, que separa o texto da norma, acredita-se que o legislador de 2015 atribuiu ao Capítulo I a ideia de *norma*, eis que deixa claro que se tratam de normas fundamentais e não valores ou regras ou princípios fundamentais⁵⁶. Por tal motivo se faz necessário compreender se a eficiência disposta no artigo 8º se trata de uma regra, de um princípio - tal qual aquele previsto na Constituição - ou de um postulado.

⁵⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8º ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 390.

⁵⁵ Nesse sentido esclarece Kelsen: *Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.*(KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8º ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 391).

⁵⁶ JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 92.

2.2.1 Distinção entre princípios, regras e postulados/metanormas

Iniciando a diferenciação com os princípios, compreende-se que estes seriam caracterizados pelo fato de que possuem apenas uma dimensão de peso, além do fato de que não determinam as consequências normativas de forma direta, diferentemente das regras. Assim, somente quando aplicados no caso concreto é que os princípios se concretizam⁵⁷. Ademais, sobre tal diferenciação, Gustavo Zagrebelsky afirma que a doutrina é extensa sobre a temática. Desta forma, o referido Autor faz uma análise comparativa da interpretação destes, mas ressalta a importância desta distinção quando afirma que “[...] *distinguir lis principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitucion de la ley*”⁵⁸.

A partir desta ideia, Humberto Bergmann Ávila define os princípios como deveres de otimização que podem ser aplicados em diversos graus conforme as possibilidades normativas e fáticas. Normativas, pois sua aplicação depende da pré-existência de regras e princípios que se contrapõem. Fáticas, pois seu conteúdo só pode ser definido diante dos fatos. Diferente do panorama ora traçado, o referido Autor conceitua as regras, como normas que podem ou não serem realizadas, de modo que quando uma regra vale ela tem de ser ou não ser aplicada. Assim, quando existe uma colisão entre regras, ou se aplica determinada exceção ou se inválida uma regra em detrimento da outra⁵⁹.

Por sua vez, Marcelo Neves, na obra “Entre Hidra e Hércules”, em que faz o questionamento se princípios são Hidra e Regras são Hércules, afirma que a distinção entre regras (principalmente constitucionais) e princípios está vinculada a argumentação que se desenvolve no processo concretizador, ocasião que se busca determinar o conteúdo da norma a ser aplicada⁶⁰. Ainda sobre tal dicotomia, Marcelo Neves afirma que os princípios devem ser interpretados como ponto de partida, e têm como característica serem mais flexíveis quando comparados com as regras. Já as regras, por sua vez, viabilizam a transformação da incerteza do ponto de partida para

⁵⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 29.

⁵⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho Dúctil**: Lei, derecho, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 2011.p.109.

⁵⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 29-30.

⁶⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 11.

certeza obtida com a decisão. Para o referido Autor somente as regras possibilitam a redução da complexidade, no entanto, face a seu viés pouco flexível, por vezes, são pouco adequadas para casos complexos⁶¹. Assim, há uma dicotomia entre a segurança e a rigidez que faz com que não seja possível solucionar complexas relações sociais. Assim, os princípios atuam como forma de estruturar a complexidade desestruturada do ambiente jurídico⁶².

Ainda sobre a diferenciação entre regras e princípios, interessante é o conceito estabelecido por Robert Alexy. O Doutrinador esclarece que princípios possuem um grau de generalidade maior do que as regras. Ademais, os princípios são mandados de otimização, caracterizando-se como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível e dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes⁶³. Já as regras são normas que podem ser cumpridas ou não, contendo, com isso, determinação no âmbito fático e juridicamente possível. Por tal motivo, para Robert Alexy a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau⁶⁴.

Para Gustavo Zagrebelsky só os princípios desenvolvem papel constitucional, ou seja, constitutivo do ordenamento jurídico. Já as regras, ainda que previstas, não são mais que leis, não possuindo nenhuma força constitutiva a não ser aquelas que elas mesmas significam.⁶⁵ No tocante a diferenciação entre regras e princípios, Gustavo Zagrebelsky explica que as regras se obedecem, pois sua compressão esta posta no texto, ainda que o jurista necessite interpretar. Já os princípios, estes se prestam para adesão, de modo que o interprete necessita de uma visão holística, ou

⁶¹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 18-19.

⁶² *No processo de concretização da Constituição, os princípios, de um lado, têm a maior capacidade de estruturar a complexidade desestruturada do sistema jurídico, no qual uma diversidade enorme de expectativas normativas pretende afirmar-se na esfera pública como constitucionalmente amparadas. Mas, de outro lado, eles enriqueceram os potenciais e alternativas da cadeia argumentativa do ponto de vista interno do direito. O Direito se flexibiliza mediante princípios constitucionais para possibilitar uma maior adequação do ordenamento jurídico à complexidade da sociedade. Por sua vez, nos casos não rotineiros, as regras, embora pouco flexíveis para enfrentar diretamente a desordem do ambiente, no qual estão presentes expectativas as mais contraditórias em relação aos direitos e deveres constitucionais, reduzem a complexidade dos princípios, possibilitando a passagem de um estado de incerteza inicial para a certeza no final do procedimento de solução do caso* (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 58).

⁶³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 67.

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 68.

⁶⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho Dúctil**: Lei, derecho, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 2011.p.110.

seja, deve compreender os valores sociais e a cultura jurídica que o permeia. Diferentemente das regras, o princípio não está posto, motivo pelo qual, ao aplicar os princípios – situação em que a sociedade exige uma reação – o intérprete toma uma posição.⁶⁶

Para melhor diferenciação entre regras e princípios, Humberto Bergmann Ávila se vale de três critérios, são eles: hipotético-dedutivo, modo final de aplicação e fundamentação axiológica. No critério de diferenciação pelo modo hipotético-condicional a distinção entre regras e princípios está no fato de que as regras possuem “*una hipótese e consecuencia que pré, determinam a decisão*”⁶⁷. Portanto regras segue o esquema “se, então”. Já os princípios são desprovidos de tal rigidez, pois apenas “*indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto*”⁶⁸.

Desta forma, princípios se desvelam como fundamento utilizado pelo aplicador para localizar a regra aplicável no caso em análise. Humberto Bergmann Ávila critica o referido critério. Segundo o Autor, tal critério traz a ideia de que regras teriam um elemento descritivo, já os princípios apenas estabelecem diretrizes. Tal concepção merece a crítica, vez que ao compreender o princípio como ferramenta que indica o primeiro passo para encontrar a regra, dá-se margem não apenas para se questionar o que se entende como primeiro passo, mas também que se tenha na regra um último passo para descoberta do conteúdo normativo. Esta ideia de último passo vinculada à regra é equivocada, vez que o conteúdo normativo, seja das regras ou dos princípios, dependem de possibilidades normativas e fáticas analisadas quando do processo de aplicação⁶⁹.

⁶⁶ Nesse sentido, dispõe o referido autor: “*Así – por que aqui interessa -, la distinción esencial parece ser la siguiente: las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen como debemos, no debemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, distintivamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de dissenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de <<supuesto de hecho>>, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles <<reaccionar>> ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concreto se puede entender su alcance.*” (ZAGREBELSKY. Gustavo. **El derecho Dúctil**: Lei, derecho, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 2011.p.110-111).

⁶⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 31.

⁶⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 31.

⁶⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 32.

Ademais, a crítica de Humberto Bergmann Ávila sobre tal critério também se dá quando este afirma ser a hipótese de incidência uma questão de linguística, motivo pelo qual não pode ser elemento para distinguir uma espécie normativa. Há neste caso uma *“manifesta confusão entre dispositivo e norma e uma evidente transposição de atributos dos enunciados formulados pelo legislador para os enunciados formulados pelo intérprete”*⁷⁰.

Por fim, Humberto Bergmann Ávila também refuta o referido critério sobre o argumento de que não parece correto alegar que um dispositivo constitucional ou é um princípio ou regra ou que, conforme sua formulação, deve ser considerado como princípio ou como regra. Tais atribuições não são pré estabelecidas, pois compete ao intérprete estabelecer a intensidade entre o que ele interpreta e os fins e valores incrustados no dispositivo objeto da interpretação. *“Tudo depende das conexões valorativas que, por meio da argumentação, o intérprete intensifica ou deixa de intensificar e da finalidade que entende deva ser alcançada”*⁷¹.

Quanto ao critério “modo final de aplicação” este é compreendido face a rigidez das regras e maior flexibilidade dos princípios. Os que defendem a distinção de regras e princípios sobre tal perspectiva fazem tal distinção com base na ideia de que regras são aplicadas de forma absoluta, no esquema *tudo ou nada*. Já no que tange os princípios, estes, de modo gradual, são *mais ou menos*. De forma mais clara, Humberto Bergmann Ávila explica que se utilizando deste critério de diferenciação é possível perceber quando se está diante da hipótese de incidência de uma regra, pois ou a regra é válida ou não.

Quanto aos princípios, estes contribuem para a fundamentação da decisão, mas não a determinam, vez que precisam de conjugação com outros fundamentos⁷². É possível perceber a crítica de Humberto Bergmann Ávila em tal sistemática, pois este acredita que um critério de aplicação absoluto de regras - esquema tudo ou nada - estaria equivocado, vez que *“a vagueza não é traço distintivo dos princípios, mas elemento comum de qualquer enunciado prescritivo, seja ele um princípio, seja uma*

⁷⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 32.

⁷¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 33.

⁷² ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 35-36

*regra*⁷³. Extrai-se tal crítica a ideia de que a característica específica das regras, só pode ser possível através da sua interpretação.

Também sobre a distinção clássica dos princípios e regras, para Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos, esta se fundamenta no tocante a generalidade daqueles. Enquanto regras incidem em situações específicas das quais são dirigidas, os princípios incidem numa pluralidade de situações e, ainda que exerçam funções distintas dentro do ordenamentos, não existe hierarquia entre eles – princípios e regras.⁷⁴

No tocante ao critério que diferencia regras e princípios, chamado de “conflito normativo”, Humberto Bergmann Ávila esclarece que este se fundamenta na ideia de que princípios podem ser diferenciados das regras quando ocorre o conflito normativo, de modo que somente com as regras é possível que se tenha antinomias, pois o verdadeiro conflito só se dá no âmbito das regras, sendo solucionado através da declaração de invalidade de uma das regras ou por meio da criação de exceção. Já os princípios se sobrepõem, sendo decidido qual que melhor se aplica através da ponderação, vez que esta aplica uma dimensão de peso a cada um dos princípios.

Para tal tanto, o conteúdo dos princípios se dá através de um processo dialético de complementação e limitação. A crítica do referido Autor para o referido método diz respeito a utilização da ponderação tão somente para conflitos entre princípios, pois defende o referido jurista ser possível que se utilize da ponderação quando há conflitos de regras que “*abstratamente convivem, mas que concretamente podem entrar em conflito*”⁷⁵⁻⁷⁶. Assim, é crível que exista sim colisão entre regras sem que estas percam

⁷³ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 29.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto; BACELLOS, e Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n 232, Abr/Jun. 2003. p.148.

⁷⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 44.

⁷⁶ Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos ressaltam que a clássica aplicação das regras pela subsunção já não basta numa sociedade plural, complexa e que possui uma abertura principiológica considerável, motivo pelo qual aplica-se, também para as regras, a ponderação. BARROSO, Luís Roberto; BACELLOS, e Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n 232, Abr/Jun. 2003. p.152. No tocante a ponderação os referidos autores classificam tal técnica em três etapas. A primeira etapa é no sentido do interprete compreender e identificar as normas relevantes e aplicáveis, bem como seu conflito. Na segunda etapa, cumpre examinar os fatos, as circunstâncias do caso concreto e os elementos normativos. BARROSO, Luís Roberto; BACELLOS, e Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n 232, Abr/Jun. 2003. p.54.

sua validade, sendo que a resolução para tal conflito depende da atribuição de peso maior a uma delas. Sustentando tal tese, Humberto Bergmann Ávila afirma que é preciso aperfeiçoar a ideia de que o conflito entre regras é um conflito necessariamente abstrato, e que para superá-lo é preciso invalidar uma norma ou criar uma exceção. Ele aduz, então, que regras tenham “*seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias, mediante um processo de ponderação. Ademais, isso ocorre nas hipóteses de relação entre a regra e suas exceções*”⁷⁷.

Não distante do pensamento ora mencionado é o que defende Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, quando afirmam que a distinção qualitativa e estrutural de princípios e regras faz com que se tenha uma superação do positivismo legalista onde normas estavam vinculadas tão somente em regras jurídicas. Desta forma, a CF/88 passa a ser “[...] *encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.*”⁷⁸

Todavia, a relação entre regras e suas exceções expressas são contrárias a sobreposição de princípios, pois as regras são interpretadas, já os princípios, ponderados. Ademais, a relação entre as regras e suas exceções estar-se-iam decididas pelo ordenamento, diferentemente da solução da colisão de princípios, que não possuem previsão e dependem do aplicador, através da ponderação de razões. Outrossim, a relação entre a regra e a exceção não consistem em um conflito, vez que apenas uma será aplicada, diferentemente dos princípios, vez que para estes há verdadeiro conflito, pois ambos seriam aplicados, preponderando o peso de um em detrimento do outro⁷⁹.

Seguindo o marco teórico de Humberto Bergmann Ávila, este classifica os postulados como normas que estabelecem a estruturação de aplicação de outras normas, e aqui se inclui princípios e regras. Assim, a partir dos postulados é possível

Da exposição apresentada extrai-se que a ponderação ingressou no universo da interpretação constitucional como uma necessidade, antes que como uma opção filosófica ou ideológica. BARROSO, Luís Roberto; BACELLOS, e Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n 232, Abr/Jun. 2003. p.155.

⁷⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 45.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto; BACELLOS, e Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n 232, Abr/Jun. 2003. p.148.

⁷⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 46.

verificar os casos em que existem violação às normas que por estes são estruturadas⁸⁰.

Em que pese a definição ora abordada, quando a violação dos postulados, o Autor faz a ressalva que violadas são as normas que deixaram de ser aplicadas, e não o postulado. Somente haverá violação do postulado quando a norma não foi interpretada em conformidade com sua estruturação. Nesse sentido aduz Humberto Bergmann Ávila:

[...] os postulados normativos situam-se num plano distinto daquele das normas cuja aplicação estruturam. A violação deles consiste em não-interpretação de acordo com sua estruturação. São, por isso, metanormas, ou normas de segundo grau. O qualificativo de normas de segundo grau, porém, não deve levar à conclusão de que os postulados normativos funcionam como qualquer norma que fundamenta a aplicação de outras normas [...] os postulados funcionam como estrutura para aplicação de outras normas⁸¹.

Face a ideia de que postulados normativos são classificados como deveres estruturantes de aplicação de outras normas, Humberto Bergmann Ávila explica estes não se expressam nem como de princípios, tampouco como regras. Isso se dá pelo fato de que postulados não têm como objetivo alcançar uma finalidade. Seu objetivo é estruturar a ação de um ato para que este promova um fim. Os postulados prescrevem os modos, argumentos e a racionalidade das normas que, indiretamente, dispõem sobre os comportamentos⁸². Ainda sobre o conceito de postulados, conclui-se:

Os postulados normativos são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios⁸³.

Os conceitos supracitados têm como objetivo esclarecer se a eficiência prevista no art. 8º do CPC/15⁸⁴ é, assim como a eficiência da CF/88, um princípio ou se trata

⁸⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 88.

⁸¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 88-89.

⁸² ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 89.

⁸³ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 130.

⁸⁴ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. BRASIL. Lei nº 13.105,

de uma regra, ou, ainda, se desvela como um postulado. Para Marco Felix Jobim, o artigo 8º do atual CPC é vetor hermenêutico de interpretação, pois está no capítulo no qual o legislador destinou positivar algumas - mas não todas - normas fundamentais do processo civil, bem como pelo fato de que a partir de tal artigo a visão de processo seja repensada, seja reestruturada, ainda que parem críticas sobre possível protagonismo judicial - neste caso exacerbado - ou diminuição de garantias processuais que possam vir a ocorrer em prol da eficiência⁸⁵.

A eficiência do artigo 8º é vinculada em um diploma legal que concede ao intérprete e aplicador, diversas possibilidades que o magistrado deve considerar quando da aplicação do ordenamento jurídico. Assim, para o referido Autor, o artigo 8º é o que denota maior interpretação hermenêutica, eis que está no capítulo que dispõe sobre as normas fundamentais de processo civil, na parte geral, sendo esta base para a parte especial, além de relacionar valores (fins sociais e bem comum), bem como expressar um princípio constitucional, qual seja, a eficiência. Ademais, o mencionado artigo aposta em postulados quando dispõe sobre proporcionalidade e razoabilidade, desvelando-se como um conjunto de significados que o aplicador deve se valer quando da interpretação⁸⁶.

Compreendido que a eficiência do art. 8º, diferentemente da ideia de princípio presente na eficiência do art. 37 da Constituição Federal de 88⁸⁷, se trata de um postulado, importante esclarecer o que se entende por eficiência, para fins de verificar se a eficiência, como o atual Código a classifica, poderá se concretizar com as ferramentas dispostas no referido ordenamento.

2.3 Mas afinal, o que se compreende por eficiência?

Muito tratada por diversas áreas, como ocorre na economia, a ideia de eficiência se desvela como máximo resultado por meio dos menores esforços, e aqui

de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 30 jul. 2018.

⁸⁵ JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 109-110.

⁸⁶ JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 112.

⁸⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 jul. 2018.

leia-se esforços de maneira global (pessoal e econômico). Importante destacar que o possível conceito, ou os reflexos do que se compreende por eficiência não são uníssonos na doutrina. No livro que trata sobre a eficiência no processo civil, Jobim traz posicionamentos de diversos autores que possuem perspectivas diferentes sobre a eficiência, seja aquela disposta no art. 37 da CFRB, seja aquela prevista no atual código de processo⁸⁸. Seguindo o referido marco doutrinário, analisa-se a eficiência prevista na Constituição, bem como aquela disposta no Código de Processo Civil, sua simbiose.

O vocábulo eficiência está previsto no art. 37 da Constituição Federal da República, introduzida pela Emenda Constitucional 19/98 e se mostra como um dever da administração pública direta e indireta. No entanto, conforme afirma Flávio Rosendo dos Santos, a eficiência não é novidade no âmbito da administração Pública, vez que muito antes da EC 19/98 já estava prevista no Decreto Lei 200/67. No referido Decreto a necessidade de assegurar a eficiência no art. 26, III⁸⁹.

Ademais, o art. 100 do mesmo diploma prevê a instauração de processo administrativo para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho⁹⁰, ou seja, o critério de eficiência já estava posto no direito administrativo muito antes da previsão constitucional⁹¹. Todavia, dispõe o referido Autor que, aparentemente, com a previsão de tal princípio - e aqui trata-se o termo como eficiência como um princípio vez que a própria Constituição assim aduz - este não recebe o prestígio que merece, seja pelo fato de ser pormenorizado por outros princípios de igual hierarquia quando de um juízo de ponderação, seja pela problemática em torno de sua conceituação⁹².

⁸⁸ JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 30.

⁸⁹ SANTOS, Flávio Rosendo dos. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários com fulcro no princípio da eficiência. **Fórum Administrativo**: Direito Público, Belo Horizonte, v. 13, n. 151, set. 2013, p. 26.

⁹⁰ Art. 100. Instaurar-se-á processo administrativo para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres (BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em 30 jul. 2018).

⁹¹ SANTOS, Flávio Rosendo dos. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários com fulcro no princípio da eficiência. **Fórum Administrativo**: Direito Público, Belo Horizonte, v. 13, n. 151, set. 2013, p. 27.

⁹² Sobre o referido “prestígio” da eficiência, esclarece o mencionado Autor: “*Porém, seja antes ou depois de sua introdução no texto constitucional, o prestígio concedido ao princípio da eficiência pela doutrina e jurisprudência nacional é diminuto quando contrastado ao prestígio concedido aos princípios da moralidade, impessoalidade e, especialmente da legalidade Essa situação é*

Para Flávio Rosendo dos Santos, a partir da leitura do art. 37 da Constituição não restam dúvidas que a eficiência é interpretada como princípio, vez que tal terminologia se encontra positivada pelo constituinte. No entanto, superada tal análise, ao menos no tocante a eficiência prevista na Constituição Federal - se princípio, se regra ou se postulado/metanorma - se faz necessária crítica sobre tal, principalmente quando não se tem um conceito exposto. O Autor explica que fora incluída a eficiência dentre os princípios que devem ser observados pela administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes, pois o cenário político da época clamava por uma administração que não esbarrasse nos engessados procedimentos e pudesse atender com maior presteza e menores custos os anseios sociais.

Flávio Rosendo dos Santos relata a dificuldade de atribuir conceito ao vocábulo eficiência, face sua fluidez, de modo que o juízo da eficiência parece depender mais do julgador e dos métodos de julgamento do que o objeto propriamente analisado⁹³. Já para Alexandre de Moraes, com a Emenda Constitucional 19/98 e a inclusão do princípio da Eficiência no texto constitucional, tornou-se obrigatório para Administração Pública e maior qualidade na atividade pública. Assim, com a previsão do princípio da eficiência se prevê que o administrador *“deve ser o que produz o efeito desejado, que dá bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade”*⁹⁴.

Alexandre de Moraes defende que o referido princípio tem como objetivo a prestação dos serviços sociais essenciais para população através de todos os meios legais e morais que alcancem a satisfação do bem comum⁹⁵. Assim, eficiência deve

compreensível: no Direito Administrativo pouco espaço é deixado à autonomia da vontade. É comum a lei prescrever os fins e os meios da Administração, o resultado desejado e o modo pelo qual deverá ser alcançado, vinculando-o a praticar a conduta nela descrita no momento previsto” (SANTOS, Flávio Rosendo dos. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários com fulcro no princípio da eficiência. **Fórum Administrativo**: Direito Público, Belo Horizonte, v. 13, n. 151, set. 2013, p. 27).

⁹³ SANTOS, Flávio Rosendo dos. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários com fulcro no princípio da eficiência. **Fórum Administrativo**: Direito Público, Belo Horizonte, v. 13, n. 151, set. 2013, p. 37.

⁹⁴ *“Assim, o princípio da eficiência é o que impõe à Administração Pública direta e indireta e seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir a maior rentabilidade social”*. (MORAES, Alexandre de. Princípio da eficiência e controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.243, set./dez 2006, p. 22).

⁹⁵ MORAES, Alexandre de. Princípio da eficiência e controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.243, set./dez 2006, p. 22.

ser lida em conjunto com os princípios da razoabilidade e da moralidade, principalmente no tocante a atividade discricionária⁹⁶.

Deste modo, com a positivação do referido princípio, entende Alexandre de Moraes que resta resolvido, ao menos a partir de uma análise superficial e arreigada num aspecto positivista, o problema em torno de ser possível ou não a averiguação da eficiência administrativa por meio do Poder Judiciário. A possibilidade de o Poder Judiciário garantir a eficiência dos serviços prestados pela Administração Pública nada mais é do que o dever daquele em assegurar a defesa aos direitos fundamentais e serviços essenciais previstos na CF/88, podendo, para tanto, responsabilizar as autoridades quando há omissão e inobservância da eficiência constitucionalmente prevista⁹⁷.

Juarez Freitas, por sua vez, afirma ser a eficiência inserida na administração pública como o agir do administrador, sendo a equação de melhor cumprimento de tarefas somadas a ideia de tempo e meios apropriados. No entanto, verifica-se que a eficiência para o referido Autor está intimamente ligada ao princípio da economicidade e da otimização da ação estatal⁹⁸, que, face uma perspectiva holística do termo, não parece correta.

Muito próximo do conceito de Juarez Freitas, dispõe Wallace Martins Junior⁹⁹ que o princípio da eficiência teve como objetivo viabilizar a reforma do Estado. Sua positivação em nível infraconstitucional tem como escopo a criação de instrumentos de otimização ou privatização das atividades estatais, a exemplo do que dispõe as leis

⁹⁶ Sobre a eficiência como fonte para que o judiciário declare inconstitucional atos administrativos que sejam contrários ao referido princípio, ferindo, com isso, a plena aplicabilidade da norma constitucional, esclarece Moraes: *“Lembramos que o princípio da eficiência, enquanto norma constitucional, apresenta-se como o contexto necessário para todas as leis, atos normativos e condutas positivas ou omissivas do Poder Público, servindo de fonte para a declaração de inconstitucionalidade de qualquer manifestação da Administração contrária a sua plena e total aplicabilidade.”* (MORAES, Alexandre de. Princípio da eficiência e controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.243, set./dez 2006, p. 23).

⁹⁷ MORAES, Alexandre de. Princípio da eficiência e controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.243, set./dez 2006, p. 26.

⁹⁸ Freitas explica que: *“No tocante ao princípio da eficiência (art. 37 da CF) ou da economicidade (art. 70 da CF) e da otimização da ação estatal, impede rememorar que o administrador público está obrigado a trabalhar tendo como parâmetro a busca da melhor atuação (fundamental como tal). Em outro dizer, tem o compromisso indeclinável de encontrar a solução mais adequada economicamente ao gerir a coisa pública. A violação manifesta do princípio dá-se quando se constata vício de escolha dos meios ou dos parâmetros voltados para a obtenção de determinados fins administrativos”* (FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 73-74).

⁹⁹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 789, jul. 2001, p. 81.

federais, como a Lei 8.987/97 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal¹⁰⁰; a lei 9.074/95 que estabelece normas para outorgar e prorrogar as concessões e permissões de serviços públicos; a Lei 9.491/97 que altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização; a lei 9.637/98 que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que mencionam a absorção de suas atividades por organizações sociais; a Lei 9.649/94 que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios e a Lei 9.790/99 que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria¹⁰¹.

Outro objetivo para positivação do referido princípio é a revalorização do conteúdo da atuação administrativa, vez que o art. 37 expressa a ideia de boa administração, de modo que tal princípio deve ser lido em conjunto com o princípio da razoabilidade, que o Autor trata como sinônimo de proporcionalidade, principalmente quando se busca a solução mais adequada ao interesse público e satisfação das necessidades sociais¹⁰². Wallace Martins Junior afirma que o meio deve atender da melhor maneira possível o fim¹⁰³.

Sob outro prisma, ao analisar a eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes, Bruno Garcia Redondo argumenta que a eficiência disposta no Constituição pode ser considerada como o melhor exercício dos compromissos estatais por meio dos menores gastos, custos e desgastes possível, ou seja, se desvela como o melhor alcance através da otimização de recursos, e aqui não somente os econômicos, evitando com isso o desperdício e a falha. Mesmo ciente que alguns autores utilizam o termo eficácia e eficiência como sinônimos, Bruno Garcia Redondo explica que para ele os termos possuem o mesmo

¹⁰⁰ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 out. 2018.

¹⁰¹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 789, jul. 2001, p. 81.

¹⁰² MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 789, jul. 2001, p. 84.

¹⁰³ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 789, jul. 2001, p. 84.

significado, vez que eficácia se desvela como “*aptidão ou capacidade da norma ou do fato jurídico para produzir efeitos, independentemente de sua efetiva produção*”¹⁰⁴. Partindo da ideia de eficiência ora comentada, Bruno Garcia Redondo dispõe que no direito administrativo há o dever de observância de tal princípio, ou seja, trata-se de um imperativo a teor do texto disposto no art. 37 da Constituição Federal.

Para o referido Autor, seguindo a Doutrina de Egon Bockmann Moreira, o Poder Judiciário exerce, ainda que de forma atípica, atividade administrativa, além de considerar o serviço jurisdicional como serviço público. Inobstante a isto, o artigo 37 da Constituição é categórica ao afirmar que qualquer dos poderes devem observar o princípio da eficiência, incluindo-se, por óbvio, o Poder Judiciário. Neste mesmo sentido é disposto no art. 126 do referido diploma constitucional¹⁰⁵, vez que este prevê, nas ações fundiárias, a presença do juiz no local do litígio quando necessário para a eficiente prestação jurisdicional¹⁰⁶.

Calil Simão Neto, afirma que a eficiência se desvela como uma garantia constitucional do processo. O Estado só cumpre seu dever de prestar a jurisdição quando esta age de forma adequada e eficiente, caso contrário não estará prestando jurisdição alguma. Desta forma, o desrespeito a garantias processuais e frustração do jurisdicionado expõe o que se entende como ineficiência do Estado, ou seja, é uma manutenção inócua, apenas oferecendo ao jurisdicionado uma afirmação de razão ou não¹⁰⁷.

Para Júlio Cesar Marcellino Júnior, a inclusão da eficiência, por meio da EC 19/98, demonstra típica expressão de políticas neoliberais¹⁰⁸, eis que mais

¹⁰⁴ GARCIA REDONDO, Bruno. Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. **Revista Jurídica UNIGRAN**, v. 15, 2013, p.98.

¹⁰⁵ Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 out. 2018.

¹⁰⁶ GARCIA REDONDO, Bruno. Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. **Revista Jurídica UNIGRAN**, v. 15, 2013, p.102.

¹⁰⁷ SIMÃO NETO, Calil. O conteúdo jurídico do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: o direito de exigir uma prestação jurisdicional eficaz. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v.17, n.66, jan./mar. 2009, p. 123.

¹⁰⁸ Para tanto, esclarecedores são os ensinamentos de Cambi no tocante a influência de sistemas políticos liberais, bem como sistema voltados para o bem-estar social no processo judicial. No estado liberal havia uma ideia de que o judiciário estava marcado pela neutralização política, ou seja, o juiz como simples “boca da lei” julgava aquilo que a legislação previa, eis que este era o seu papel face uma ideologia lastreada em racionalidade formal, ou seja, subsunção de fatos e normas. Aqui “*o importante é que a lei fosse aplicada, independente do seu conteúdo*” (CAMBI, Eduardo. **Neconstitucionalismo e neprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 175). Todavia, com adoção de uma política de Estado de Bem-Estar Social e efetivação de direitos de cunho positivo e que venham

preocupada com critérios quantitativos do que qualitativos, fazendo com que os atos da Administração Pública sejam guiados por uma cruel lógica custo-benefício-eficiência¹⁰⁹. Está é a mesma linha de raciocínio de Têmis Limberger e Edson Luis Kossmann, que eficiência surgiu no Brasil como decorrência de uma mudança social. A modernização da sociedade fez com que o Estado assumisse um papel mais protecionista frente as necessidades sociais, principalmente ante uma sociedade desigual¹¹⁰. No entanto, percebe-se crescente, uma economia liberal de mercado que,

a mitigar com as desigualdades, garantindo maiores oportunidades para que se tenha igualdade de linha de chegada; tornou-se recorrente o ingresso ao judiciário para efetivação de direitos fundamentais tolhidos. Autores com Cambi afirmam que o judiciário marcado pelas políticas do Estado de Bem-Estar Social gerou uma “explosão de litigiosidade”, eis que fora ampliada a visibilidade social e política da magistratura. (CAMBI, Eduardo. **Neconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 178). Assim, o judiciário passou “a ser cobrado pela concretização dos direitos constitucionais”, principalmente quando existe um não agir do Estado na referida efetivação.

¹⁰⁹ MARCELLINO JUNIOR, Júlio Cesar. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa**: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2009, p. 182.

¹¹⁰ Ao nos depararmos com o amplo objeto da Constituição Federativa do Brasil de 1988 e sua busca para construção de um Estado Social alicerçado no modelo do Estado Democrático de Direito, é possível concluir que há uma contradição daquilo que prega a referida constituição e do que o Brasil enfrenta em sua realidade, tendo em vista a expressiva desigualdade existente no país, deixando-o “atrás de muitos países periféricos, em vários indicadores sociais, como mortalidade infantil e alfabetização, tudo porque estes Estados se empenharam na redução das desigualdades” (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2014, p. 100). Desta forma, não é crível que o Estado, que deve possuir a solidariedade como sustentáculo constitucional para a mudança social, mantinha-se indiferente ao desejo da sociedade e sua necessidade de tutela da dignidade da pessoa humana. A referida inércia do Estado, demonstra verdadeiro retrocesso, de modo que vemos um Estado (neo)liberal, mínimo e despreocupado com a implementação de obrigações oriundas da pós-modernidade, mascarado de Estado Democrático de Direito. Sobre o Estado Liberal, este tem por característica ser uma rasa atuação estatal, ficando apático frente aos assuntos de cunho privado, como a liberdade contratual; permanecendo adstrito tão somente a manutenção da ordem e segurança. Este modelo de Estado negativo, que se expandiu no século XIX, começou a perder forças a partir das pressões populares, das mudanças sociais e das lutas de classes, que exigiram um papel mais ativo do ente Estatal, que passou a intervir no domínio econômico e assumir tarefas contra prestativas, típicas de um estado intervencionista. A decadência do regime liberal, e a transformação de um Estado Liberal intervencionista com características “caridoso” para um Estado de Bem-Estar Social, também chamado de *Welfare State*, que visa assegurar direitos, traz significativas mudanças no tocante a qualidade de vida do cidadão, pois se preocupa com valores fundamentais do ser humano, como a vida digna, justiça social e socialização das relações interpessoais, interferindo nos setores econômicos, sociais e culturais. Sobre a fundamentação do Estado de Bem-Estar Social, que fora expresso constitucionalmente na segunda década do século XX, com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Insta mencionar que, por mais que o Estado de Bem-Estar Social tenha efetivado direitos e mitigado desigualdades, não é possível se afastar das crises que circundam tal modelo estatal, como o avanço tecnológico, a globalização, o desemprego e, principalmente o enfraquecimento dos laços de solidariedade que fundamentam tal Estado de modo que seu discurso se tornou vazio e demagógico. Frente a crise estrutural ora mencionada, os entusiastas do modelo de Estado Liberal passaram a defender o Estado mínimo como a solução para o “déficit de caixa” causado pelo *Welfare State*. No entanto, a referida solução não passa de uma falácia, pois a busca por um Estado não intervencionista, que fomenta “privatizações, enfraquecimento dos sindicatos, substituição do trabalho humano por automação e diminuição dos direitos sociais” (BUFFON, Marciano; COSTA, Bárbara Josana. Do

contrariamente ao anseio popular, quer um Estado reduzido, dando mais azo a interferência do mercado em assuntos que eram de competências estatais¹¹¹.

Têmis Limberger e Edson Luís Kossmann afirmam que, devido ao fato de o Estado assumir atividades de interesse público essencial, como saúde, assistência social, educação, entre outras, fora natural a positivação de um princípio como o da eficiência como norteador da administração pública¹¹². Esclarecem que o termo eficiência não possui conceito expresso na Constituição, no entanto, pode ser compreendido como o alcance de um resultado maior, tanto em aspectos quantitativos como qualitativos, por meio do menor custo¹¹³.

No tocante ao Estado Eficiente, Têmis Limberger e Edson Luis Kossmann fazem tal análise com base em três parâmetros, são eles: administrativo, econômico e técnico. Para tanto, os autores questionam se basta tão somente uma verificação de aspecto quantitativo ou também se faz necessária avaliação qualitativa.

A eficiência no Brasil, pode ser retirada da própria Constituição Federal que estabelece um Estado Democrático de Direito, sendo que deste se extrai proteção a dignidade da pessoa humana. Portanto não basta observar o princípio da eficiência

Estado de Bem-estar Social para o Neoliberalismo. **Estudos Legislativos**, v. 8, 2014, p. 109) resulta em verdadeiro prejuízo das classes menos favorecidas, ou seja, atinge aqueles que mais necessitam da atuação do Estado para proteção dos direitos mais básicos e efetivação de uma vida digna. Assim, frente as características do modelo de *Welfare State*, e a crítica de tal forma de Estado, analisa-se no contexto brasileiro, podendo concluir que sua aplicação nunca ocorrerá. A inexistência desta forma de estado se dá pelo fato de que o intervencionismo estatal beneficiou tão somente pequena parcela da população, negligenciando aqueles que, de fato, careciam de tal modelo estatal. Desta forma, a não existência do Estado de Bem-Estar social no Brasil – ou sua existência puramente formal – aliada com a modernidade tardia resultou na concretização do que podemos chamar de um modelo de Estado (neo)liberal sob a roupagem de um Estado Democrático de Direito, vez que este é o perseguido, conforme o art. 3º da Constituição Federal de 1988. Partindo-se de uma concepção de Estado Democrático de Direito, que tem por característica “*realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social*” (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 122), e que busca verdadeira transformação da vida do cidadão, para que os direitos sociais sejam praticados e para que se concretize aquilo que se espera de um Estado de justiça social consolidado na dignidade da pessoa humana.

¹¹¹ LIMBERGER, Têmis; KOSSMANN, Edson Luis. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in)suficiente. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.273, set./dez. 2016, p. 288.

¹¹² LIMBERGER, Têmis; KOSSMANN, Edson Luis. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in)suficiente. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.273, set./dez. 2016, p. 289.

¹¹³ Para os autores, a eficiência não significa, necessariamente, a redução dos recursos econômicos disponíveis para a busca de determinado resultado, mas sim o alcance de um maior e melhor resultado com os recursos econômicos de que se dispõe. Por isso, o Estado precisa fazer às demandas sociais que a realidade impõe com o orçamento disponível (LIMBERGER, Têmis; KOSSMANN, Edson Luís. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in)suficiente. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.273, set./dez. 2016, p. 289).

sob análise puramente qualitativa ou quantitativa, é necessário que tal princípio efetive um Estado que presta com excelência os preceitos constitucionais para uma universalidade de pessoas que dele necessitam¹¹⁴.

Nesta linha de raciocínio, os autores afastam a caracterização do princípio da eficiência como tão somente obediência a simples racionalidade econômica, de modo que eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica, pois deve ser compreendida como um mecanismo que, através do pleno exercício da cidadania, possa *“racionalizar e aproveitar o máximo das potencialidades existentes e disponíveis para alcançar o resultado quantitativo e qualitativo mais satisfatório”*¹¹⁵.

Os autores também refutam a ideia de eficiência como sinônimo de celeridade. Tampouco pode ser confundida com eficácia, vez que *“uma norma jurídica pode ser eficaz quanto à sua aplicabilidade específica e, mesmo assim, não produzir os resultados pretendidos com sua edição”*¹¹⁶, ou seja, pode não ser eficiente. Desta forma, a eficiência jurídica tem relação com o resultado pretendido e não apenas com a eficácia da norma, no tocante a sua observância e aplicabilidade específica¹¹⁷. Seu resultado, por sua vez, é de uma boa administração, sendo que esta, só poderá ocorrer por meio do cumprimento dos ditames constitucionais que orientam um Estado Democrático de Direito.

O direito fundamental à boa administração pública deve ser compreendido no sentido de gestão informada e orientada por todos os princípios constitucionais que a norteiam, tanto na perspectiva de evitar os excessos que podem ser cometidos, como também no sentido de evitar as omissões praticadas por parte dos gestores do Estado. A administração pública está sempre sujeita ao controle e à fiscalização, sendo todos

¹¹⁴ LIMBERGER, Têmis; KOSSMANN, Edson Luis. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in)suficiente. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.273, set./dez. 2016, p. 290.

¹¹⁵ LIMBERGER, Têmis; KOSSMANN, Edson Luis. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in)suficiente. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.273, set./dez. 2016, p. 292.

¹¹⁶ LIMBERGER, Têmis; KOSSMANN, Edson Luis. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in)suficiente. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.273, set./dez. 2016, p. 294.

¹¹⁷ LIMBERGER, Têmis; KOSSMANN, Edson Luis. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in)suficiente. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.273, set./dez. 2016, p. 294.

os seus atos, inclusive aqueles considerados juridicamente discricionários, passíveis de controle, fiscalização e correção, quando necessário¹¹⁸.

O Estado Democrático de Direito encontra no constitucionalismo sua maior fonte positivada, bem como fonte norteadora das ações e atividades da administração do próprio estado, vez que todas as atividades governamentais, principalmente aquelas que se desenvolvem políticas públicas devem compreender que o cumprimento de direitos fundamentais são uma obrigação constitucional de responsabilidade do Estado. E não é por razão diferente que a eficiência administrativa corresponde ao Estado cumprindo os ditames constitucionais que lhe são impostos, não podendo se pautar por objetivos puramente econômicos através de uma simples e fria equação de maximização de resultados através do menor custo possível¹¹⁹.

Desta forma, Têmis Limberger e Edson Luis Kossmann concluem sua pesquisa em torno da eficiência no âmbito do direito administrativo afirmando o princípio da eficácia está intimamente relacionada com a análise dos valores culturais que são desenvolvidos na sociedade e pelo Estado, do que tão somente pela sua positivação. Para a referida doutrina, a positivação constitucional apenas expressa a cultura positivista que possuímos, o que pode se mostrar prejudicial quando cria a falsa ideia de que se está previsto está acontecendo¹²⁰.

Não muito diferente do ora abordado, mas sob uma ótica do Processo Civil, Helena Patrícia Freitas e Flaviane Magalhães Barros tecem críticas sobre a incessante busca do judiciário por resultados, fazendo com que a eficiência quantitativa, leia-se, numérica tenha mais relevo do que a eficiência qualitativa, que propicia um processo civil mais participativo e que vai ao encontro do se propõe o Estado Democrático de Direito. Segundo as autoras, a busca por alta produtividade do órgão julgador, a redução da quantidade de demandas que tramitam no judiciário, bem como o anseio de minorar a morosidade fez com que se tenha uma atividade

¹¹⁸ LIMBERGER, Têmis; KOSSMANN, Edson Luis. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in)suficiente. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.273, set./dez. 2016, p. 298.

¹¹⁹ LIMBERGER, Têmis; KOSSMANN, Edson Luis. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in)suficiente. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.273, set./dez. 2016, p. 304-305.

¹²⁰ LIMBERGER, Têmis; KOSSMANN, Edson Luis. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in)suficiente. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.273, set./dez. 2016, p. 308.

jurisdicional de resultados. Frente a tal cenário corrobora para visão puramente quantitativa, voltada para uma eficiência conveniente à lógica de mercado¹²¹.

Em prol da eficiência quantitativa, abreviam-se procedimentos e, por vezes, ocorre a supressão de determinadas garantias para que se busque celeridade processual, redução de custos e alta produtividade, características típicas mercadológicas e oriundas de uma ideia neoliberal, que visa tão somente a diminuir a carga de demandas, vinculadas a metas de produtividade e que pouco analisam a qualidade daquilo que se está decidindo¹²².

Duras são as críticas das autoras no tocante a posituação da eficiência, bem como no que concerne as reformas que preveem o referido dispositivo. Afirmam que o Estado Brasileiro, portanto, no exercício da função jurisdicional, visa a garantir eficiência no sentido de celeridade, informalidade dos procedimentos, economia processual e, nessa medida, não tem havido grande preocupação com as garantias fundamentais previstas na Constituição da República que, ao contrário, são vistas como empecilho¹²³.

Desta forma, a crítica no tocante a previsão do art. 8º do CPC/15 é no sentido de que este fora moldado pelo discurso neoliberal ao tratar da eficiência quando está só preza pela celeridade, de modo a, por vezes, ser possível suprir determinadas garantias frente ao anseio de que o processo tão logo tenha fim¹²⁴. Ainda que o CPC/15 esteja em harmonia com a CF/88 o referido código ainda traz em si uma carga efficientista voltada para aspectos quantitativos e no fortalecimento das decisões dos Tribunais Superiores, mais precisamente no que diz respeito a padronização, e aqui as Autoras se referem as súmulas vinculantes, utilização de precedentes e até mesmo a mecanismos como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR); para fins de julgar em atacado um volume expressivo de demandas face a dita massificação. Todavia, para as autoras, a eficiência posta da forma meramente

¹²¹ FREITAS, Helena Patrícia; PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. Implicação do neoliberalismo processual nas reformas processuais civis e na formação das decisões (in)eficientes. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, n.22 jul./dez. 2017, p. 118.

¹²² FREITAS, Helena Patrícia; PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. Implicação do neoliberalismo processual nas reformas processuais civis e na formação das decisões (in)eficientes. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, n.22 jul./dez. 2017, p. 121.

¹²³ FREITAS, Helena Patrícia; PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. Implicação do neoliberalismo processual nas reformas processuais civis e na formação das decisões (in)eficientes. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, n.22 jul./dez. 2017, p. 122.

¹²⁴ FREITAS, Helena Patrícia; PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. Implicação do neoliberalismo processual nas reformas processuais civis e na formação das decisões (in)eficientes. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, n.22 jul./dez. 2017, p. 125.

quantitativa como pretende o Código vem a ferir a processualidade democrática que o mesmo ordenamento jurídico visa propor¹²⁵.

Em que pese ser compreensível a crítica das Autoras no tocante a um judiciário que, por vezes, desrespeita direitos e garantias fundamentais, mas bem fundamente seu bom funcionamento através de números e “metas”. Acredita-se que não é este o objetivo da eficiência, seja, ela prevista na Constituição com a ideia de boa administração, seja ela positivada nas normas fundamentais do processo civil, ainda que estejamos regredindo no que tange aos fortalecimentos dos laços solidários de uma sociedade que visa a efetivação da justiça e da democracia¹²⁶.

No entanto, cumpre esclarecer que a presente pesquisa não pretende adentrar em conceitos políticos ou terminologias provenientes de doutrinas econômicas que possam refutar ou não a crítica das autoras em comento. A realidade demonstra uma não efetividade de direitos fundamentais que alicerçam o Estado Democrático de Direito, principalmente no tocante a questões envolvendo políticas públicas que visem pôr termo as desigualdades de linha de partida¹²⁷, além disto, é possível afirmar que se tem um sistema que preza sim por uma análise quantitativa, principalmente para tentar minorar a crise que se instala no Poder Judiciário mediante a quantidade de demandas que possui. No entanto, ainda que se tenha falhas sintomáticas no tocante aquilo que Constituição prevê e aquilo que ela de fato realiza no plano fático, não é crível atribuir a positivação da eficiência tão somente ao aspecto quantitativo,

¹²⁵ FREITAS, Helena Patrícia; PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. Implicação do neoliberalismo processual nas reformas processuais civis e na formação das decisões (in)eficientes. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, n.22 jul./dez. 2017, p. 126.

¹²⁶ Novamente sobre as concepções de enfraquecimento do Estado Democrático de Direito, perda do viés solidário que o alicerça, bem como evidência fática de um estado neoliberal, ressalta-se os esclarecimentos de Buffon e Costa, que vão ao encontro do que dispõe Freitas e Pelegrini: Sobre o individualismo e a perda do sentimento coletivo que alicerçava o Estado de Bem-Estar Social, destacam-se os ensinamentos de Buffon e Costa: “*O Estado de Bem-Estar, à medida que vai ampliando a concretização de direitos fundamentais aos seus cidadãos, provoca, de certo modo, um esquecimento acerca dos deveres de cidadania, especialmente no que se refere à questão da solidariedade. Ao invés de efetivos cidadãos, o Estado acaba por forjar o surgimento de verdadeiros “indivíduos-clientes”, que exigem, sempre em proveito exclusivamente próprio, respostas cada vez mais significativas do Estado. Portanto, há uma quebra dos vínculos de solidariedade entre os atores sociais, que deixam de se responsabilizar pelos efeitos decorrentes da exposição aos riscos, transferindo ao Estado e dele exigindo o cumprimento integral dessa tarefa*” (BUFFON, Marciano; COSTA, Bárbara Josana. Do Estado de Bem-estar Social para o Neoliberalismo. **Estudos Legislativos**, v. 8, 2014, p. 109).

¹²⁷ É este, pois, o dilema: quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente erradicar as desigualdades sociais, se encolhe! Tudo isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2014, p. 84-85).

afirmando que esta não respeita aquilo que propõe o Estado Democrático de Direito, razão pela qual busca um equilíbrio entre tais critérios.

A eficiência disposta no atual CPC tem um conceito distinto daquela prevista na CFRB e na legislação do processo administrativo, vez que aquela, leia-se eficiência do CPC, tem um viés confirmatório ou complementar se comparada com estas. Para Jobim, o artigo 8º do CPC traz o fator humano como essencial, vez que versa da aplicação do ordenamento processual por um juiz, e aqui já se verifica o fator humano em evidência, através da argumentação jurídica racional. É um postulado ou vetor hermenêutico quando da construção da norma e aplicação do direito, eis que serve para aplicação de outras normas¹²⁸.

Portanto, o referido postulado/metanorma disposto no art. 8º do CPC não pode ser lido como uma pura e simples ideia de gerenciamento de processo ou “boa aplicação” das formas pelo magistrado. Tampouco pode trazer uma noção de mecanismo que visa tão somente o término da demanda, através dos menores custo, sem quaisquer observâncias. Acredita-se que a eficiência proposta pelo legislador se desvela como uma metanorma/postulado que vai propiciar, através de outras normas, que se efetive o ideal de processo justo¹²⁹, mediante os meios mais adequados para tanto.

Compreendida a eficiência como metanorma/postulado que, a partir de uma ideia de equilíbrio entre critérios qualitativos e quantitativos, perfectibilizar o processo justo, qual seja aquele que é interpretado em conformidade com valores e normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal, importante é diferenciar os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade para que, seja possível analisar um dos mecanismos existentes no processo civil, qual seja, o art. 334 como ferramenta

¹²⁸ JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 114.

¹²⁹ Digno de nota é o conceito de processo justo: “O direito ao processo justo é um modelo mínimo de conformação do processo. Com rastró fundo na história e desconhecendo cada vez mais fronteiras, o direito ao processo justo é reconhecido pela doutrina como um modelo em expansão (tem o condão de conformar a atuação do legislador infraconstitucional - e não é por outra razão que o art. 1º do CPC de 2015 sintomaticamente refere que o processo civil será “ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”), variável (pode assumir formas diversas, moldando-se às exigências do direito material e do caso concreto) e perfectibilizável (passível de aperfeiçoamento pelo legislador infraconstitucional). É tarefa de todos os que se encontram empenhados no império do Estado Constitucional delineá-lo e densificá-lo” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 767).

eficiente não apenas para alcançar o ideal de processo justo, mas também como forma de minorar a cultura da litigiosidade existente no contexto social.

2.3.1 Eficiência x Efetividade: o que pretende o art. 8º do CPC/15?

A busca por conceitos, ainda mais no âmbito das ciências jurídicas, se faz de suma importância para que se conheça da técnica e aplicabilidade do termo que se pretende utilizar. Partindo da ideia de que conceitos são necessários para produção e aplicação da ciência jurídica, inegável é fazer a diferenciação dos termos eficácia, efetividade e eficiência.

A Eficácia é um dos planos do fenômeno jurídico. Pode-se conceituar o ato ou negócio como eficaz quando este produz os efeitos e resultados jurídicos desejados. Assim, a ideia de eficácia está muito vinculada com a noção de efeito, motivo pelo qual, Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha afirma ser a eficácia lógica-normativa¹³⁰.

Já o conceito de efetividade, se classifica como o cumprimento dos efeitos da norma jurídica. Segundo Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha, a efetividade se desvela como a “*realização concreta (= posterus fático) dos efeitos calculados em abstrato pela norma jurídica (prius lógico)*”¹³¹. Sendo, portanto, que a efetividade guarda uma relação empírico-normativa e está vinculada ao cumprimento da norma. No tocante a eficiência, além dos conceitos já tratados nos itens acima, tem por característica medir a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados. Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha esclarece que somente haverá “*eficiência se os meios adotados forem ótimos, gerando pouco esforço ou dispêndio com o melhor resultado possível*”¹³². Desta forma, a eficiência elucida uma equação de meios e resultados, sendo conceituada como finalística normativa.

¹³⁰ CUNHA, Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 233, jul. 2014, p. 67.

¹³¹ CUNHA, Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 233, jul. 2014, p. 67.

¹³² CUNHA, Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.233, jul. 2014, p. 67.

Conforme já relatado, parte da doutrina utiliza o termo efetividade como sinônimo de eficiência. Tal “confusão” é possível extrair quando relata compreensão de processo efetivo, para José Roberto dos Santos Bedaque, o processo efetivo é aquele que consegue equilibrar os valores segurança jurídica com celeridade, fazendo com que seja possível alcançar o resultado desejado. É necessário a equação celeridade e segurança jurídica, vez que esta compõe os elementos para um processo justo¹³³.

Face ao equilíbrio em comento, bem como com a noção de economia processual, que se perfaz numa ideia de adequação entre meios e fins, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que “*efetividade, celeridade e economia processual são importantíssimos princípios processuais relacionados com a promessa constitucional de acesso à justiça*”¹³⁴. De uma simples leitura parece ser o processo efetivo de José Roberto dos Santos Bedaque, na realidade, a ideia de processo eficiente, haja vista os conceitos ora mencionados.

Não muito diferente é a utilização do termo “efetividade da tutela jurisdicional” que para Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni, a tutela jurisdicional efetiva não pode ser pormenorizada tão somente na concepção de prestação fática, tampouco numa rasa ideia de exigência de medidas protetivas do Estado. Com precisão o Autor aduz que “*o direito à tutela jurisdicional não se concretiza com a mera edição do procedimento*”¹³⁵. Para que seja efetiva, segundo o Autor, é necessário cuidado não apenas sobre o direito material, mas também no tocante as necessidades sociais e, por tal motivo, é preciso analisar não apenas o espaço igualitário de participação dos agentes, mas também a participação através de diferentes procedimentos. Exemplificando o que defende, Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni comenta ser o Juizado Especial, instituído pela lei 9.099/95, procedimento que viabiliza o acesso ao judiciário de casos, cujo procedimento comum fosse empregado causaria prejuízos

¹³³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.

¹³⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 50.

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. O direito a efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Genesis: **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, 2003. n. 28, p. 305.

ao jurisdicionado¹³⁶, eis que nestes casos preza-se por uma resposta mais ágil do ente Estatal face a menor complexidade da causa, que não carece de cognição exauriente.

Analisando a efetividade que dispõe Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni, ainda que este explore as questões envolvendo procedimento para o alcance de um processo justo, acredita-se que tal conceito mais se aproxima do termo eficiência do que efetividade, eis que a concretização plena do acesso ao judiciário, que ultrapassa o mero procedimento adequado, é decorrência lógica de um processo eficiente, pois guarda uma noção finalística-normativa (processo justo) e não apenas lógico-normativa (mero cumprimento da legislação).

A divergência de conceituação também é vista quando Teresa Celina Arruda Alvim e Luís Rodrigues Wambier afirmam que a efetividade do processo é vista quando este possibilita “*resposta satisfatórias aos anseios sociais através do judiciário*”¹³⁷. Os autores, bem como Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni, dispõem ser o direito de acesso à justiça muito mais do que a possibilidade de que se tenham um provimento formal. Desapega-se de tal plasticidade na busca por “*provimentos que sejam realmente capazes de promover, nos planos jurídico e empírico, as alterações requeridas pelas partes e garantidas pelo sistema*”¹³⁸. Por defenderem um processo que seja o resultado de um Estado, por meio da prestação jurisdicionada, que cumpra seu papel social, de modo a produzir efeitos práticos, bem como promover a paz social¹³⁹, acredita-se que a terminologia efetividade mencionada pelo Autores quer expressar, de fato, eficiência, eis que o processo nos moldes que propuseram, nada mais é do que o processo expressão do eficiente. Para melhor compreensão do processo efetivo de Teresa Celina Arruda Alvim e Luís Rodrigues Wambier, que, acredita-se mais se assemelha ao conceito de processo eficiente, cumpre mencionar:

¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. O direito a efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Genesis: **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, 2003. n. 28, p. 307.

¹³⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Celina Arruda. Anotações sobre a efetividade do processo. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 7, n. 150 e 151, abr. 2003, p. 52.

¹³⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Celina Arruda. Anotações sobre a efetividade do processo. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 7, n. 150 e 151, abr. 2003, p. 53.

¹³⁹ Uma das soluções encontradas pelo legislador foi, então, a de dotar o próprio Código de Processo Civil, de regras capazes de promover, ainda que pela via da intimidação, o “retorno” à ideia (mínima no sistema democrático em que se baseia o Estado-de-Direito) de que é necessário dar cumprimento às decisões judiciais, como mecanismo apto, inclusive, a promover a pacificação social, pela via da solução dos conflitos localizados (isto é, das lides entre autor e réu, micro conflitos, cuja solução interessa extremamente à paz social) (WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Celina Arruda. Anotações sobre a efetividade do processo. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 7, n. 150 e 151, abr. 2003, p. 53).

Para atender a tantos e insistentes reclamos, é que os sistemas jurídicos contemporâneos procuram aparelhar-se de mecanismos capazes de garantir em última análise, o exercício da cidadania pela via do acesso à justiça. Direito ao processo efetivo insere-se, portanto, no conjunto de outras tantas demandas sociais, igualmente relevantes, como o são, por exemplo, as exigências da sociedade por serviços efetivos de saúde pública, educação, segurança, previdência, etc. O direito ao processo, portanto, com o tônus da efetividade, pertence ao conjunto desses direitos, ditos fundamentais, que estão ligados ao conceito de dignidade humana, princípio sobre o qual está assentada a estrutura do Estado Brasileiro (art. 1º, inc. III, da Constituição Federal)¹⁴⁰.

O equívoco terminológico, ou, ainda, a utilização do termo com outro viés, não é a única problemática existente quando se discute o que pretende o Código com processo eficiente. Além da possível confusão entre eficiência e efetividade, é possível perceber que muitas vezes o processo eficiente se confunde com a ideia de que eficiência pode ser reduzida a ideia de tempo e processo, caracterizando-se a eficiência como sinônimo de celeridade e/ou rápido andamento da demanda.

O tempo é sim matéria muito discutida no âmbito processual, eis que influi no próprio conceito de acesso à justiça, pois de nada adianta a possibilidade de se socorrer ao judiciário, se este não atende o jurisdicionado com satisfação e em tempo razoável¹⁴¹. A jurisdição tardia ou excessivamente lenta, sequer pode ser considerada jurisdição. Assim, inegável compreender a relação que o atual Código de Processo Civil guarda com o tempo, bem como a implicância disto no conceito de processo eficiente.

¹⁴⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Celina Arruda. Anotações sobre a efetividade do processo. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 7, n. 150 e 151, abr. 2003, p. 54.

¹⁴¹ *Por essa premissa, vale dizer que o sentido clássico de jurisdição vem, de tempos a esta parte, consentindo uma releitura - atualizada e contextualizada – em função do advento de fatores de diversa extração, dentre as quais se contam a antes referida superação da outrora rígida separação entre os Poderes, a notória sobrecarga do judiciário, à tendência à desjudicialização dos conflitos. A par disso, numa perspectiva finalista, isto é, do real proveito para as partes envolvidas, o que de fato interessa é que o conflito seja prevenido ou resolvido em modo tecnicamente consistente, num tempo razoável, som um bom equilíbrio entre custo e benefício, antes que se exija, dogmaticamente, que toda e qualquer controvérsia tenha sua passagem judiciária, concepção que insufla a cultura demandista e provoca o superdimensionamento do Judiciário, com as consequências bastante conhecidas.* (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A necessária eficácia expandida - objetiva e subjetiva - das decisões no âmbito da jurisdição coletiva: especialmente, o acórdão do TJSP na ADIn 012480-62.2011.8.26.0000 (j. 01.10.2014), proposta em face da Lei paulistana 15.374/2011, sobre o uso de sacolas plásticas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 241, mar. 2015, p. 279).

2.3.2 A influência do tempo para composição de um processo eficiente e a falácia de que o processo eficiente é sinônimo de um processo célere

Não é de hoje que a sociedade anseia por transformações sociais, principalmente aquelas vinculadas a excelência das engrenagens tão engessadas da prestação Estatal. É possível afirmar que algumas das mudanças pleiteadas foram atendidas pela emenda constitucional nº 45 de 08 de dezembro de 2004. Dentre as inovações, positivou-se o princípio da razoável duração do processo, de modo que este passou a fazer parte do catálogo de direitos fundamentais dispostos no art. 5º LXXVIII da Constituição Federal/88. Face a tal positivação, não pode mais o processualista ignorar a importância de discutir o tempo no processo, tampouco pode não defender alterações legislativas que vão ao encontro de tal pensamento.

A discussão sobre a importância do estudo sobre o tempo¹⁴², eis que este guarda relação íntima com a qualidade de vida do homem¹⁴³, tomou conta da pauta doutrinária, jurisprudencial e legislativa, por tal motivo, o debate em torno da razoável duração do processo além de contemporâneo não pode ser visto como mero

¹⁴² Sobre a indefinição da terminologia, bem como complexidade que circunda o termo, explica Jobim: *“Contudo, o conceito de tempo é algo mais complexo do que o simplesmente pensar no passado, presente e futuro, baseado no senso comum das pessoas. Definir tempo é um dos grandes mistérios da humanidade. Não há filósofo, historiador, sociólogo ou jurista que não tenha deixado de se preocupar com a questão relacionada ao tempo. E mais, a importância do estudo para o processo é de fundamental importância, uma vez que a mínima noção de tempo faz lembrar ao ser humano que ele é finito, razão pela qual, empregando-se mal o tempo, se está necessariamente, aniquilando vida e dignidade”* (JOBIM, Marco Félix. A Responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. In TELLINI, Denise Estrella (Org.). **Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro: estudos em homenagem à professora Elaine Harzheim Macedo**. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 573). No tocante a dimensão do tempo dentro de uma sociedade pós-moderna, Mielke Silva esclarece: *“Um dos acontecimentos da natureza que mais inquietam o homem, sem qualquer dúvida, é o tempo. Na perspectiva filosófica, o tempo é uma categoria abstrata, na visão dos pragmáticos do mundo contemporâneo, time is money. A questão do tempo está ligada à forma de sociedade em que vivemos. Estamos vivenciando o fenômeno da globalização, que tem como característica fundante a dissolução da noção de tempo/espaço de Kant/Newton e das estruturas tradicionais de regulação social. A concepção de tempo e espaço de Isaac Newton refletida em Emanuel Kant e Hans Kelsen – é uma categoria que permitiria duração, antecipação: tempo para pensar, tempo para refletir, tempo de continuidade. Todavia, essa noção de tempo está superada face a globalização, isto é, não há mais tempo do antes e do depois, o passado e o futuro. Nesse novo tempo, tudo é instantâneo; não existe mais a separação nítida entre presente, passado e futuro. O tempo é imediato”* (SILVA, Jaqueline Mielke. O tempo na sociedade pós-moderna: a necessidade de adequação do direito processual civil. In TELLINI, Denise Estrella (Org.). **Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro: estudos em homenagem à professora Elaine Harzheim Macedo**. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 367).

¹⁴³ JOBIM, Marco Félix. A Responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. In TELLINI, Denise Estrella (Org.). **Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro: estudos em homenagem à professora Elaine Harzheim Macedo**. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 568.

acessório de um processo efetivo, eis que não parece crível que o jurisdicionado “*bater às portas de um Poder Judiciário que sequer consegue garantir um tempo razoável de processo*”¹⁴⁴.

Para Marco Félix Jobim, que estuda o referido princípio inserido no ordenamento jurídico brasileiro e o compara com o direito italiano, é possível pensar em penalização daqueles que contribuem para intempestividade do processo¹⁴⁵, afirma ainda que atualmente¹⁴⁶ é necessário que exista uma releitura doutrinária no âmbito do processo civil quanto ao estudo da duração razoável do processo.

Segundo o referido Autor, não existem estudos conclusivos que possam garantir como as sociedades sem escrita lidavam com a tempestividade no direito, tampouco se este era pensando dentro do universo do processo civil, se este já existira. Analisa-se a questão tempo e processo nas legislações positivadas. No art. 45 do Código de Manú, havia previsão de um julgamento célere, no entanto no referido ordenamento não havia a mesma clareza que existiria no Código de Justiniano, eis que em tal regramento havia garantia de um tempo razoável para findar as controvérsias existentes entre as partes¹⁴⁷.

Seguindo uma análise histórica do referido direito, Jobim aduz que desde o século XIII na Carta Magna de João Sem Terra, no art. 40, há previsão da não intempestividade do processo. A influência do tempo no processo também é perceptível na publicação da Clementina Saepe pelo Papa Clemente V de 1314, depois republicada no ano de 1317, eis que previa a modificação de um rito ordinário para o rito sumário em determinadas situações, mudança esta que tem como objetivo diminuir as etapas processuais e, por decorrência, minorar o tempo de duração da demanda¹⁴⁸.

Nos EUA, em 1791 com a promulgação da 6^o emenda, fora expresso a exigência de um julgamento rápido (*speedy trial*). Dentre as normas de âmbito internacional que tutelam o processo tempestivo, o Autor ressalta o Pacto

¹⁴⁴ JOBIM, Marco Félix. **Direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2^a Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 70.

¹⁴⁵ JOBIM, Marco Félix. **Direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2^a Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 70.

¹⁴⁶ Cumpre ressaltar que a obra estudada é anterior ao advento do Código de Processo Civil de 2015, motivo pelo qual deve ser compreendida a ausência da menção do art. 6^o do referido Código.

¹⁴⁷ JOBIM, Marco Félix. **Direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2^a Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 72.

¹⁴⁸ JOBIM, Marco Félix. **Direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2^a Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 72.

Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 que em seu artigo 9.3 prevê julgamento dentro de um prazo razoável no caso de prisão; bem como proíbe dilações indevidas conforme disposto no art.14.3, alínea “C”.

O Autor também cita outro exemplo de legislação escrita que positiva a duração razoável do processo a Carta Africana de Direitos Humanos que em seu art. 7.1, alínea “C” dispõe que toda pessoa tem o direito a julgamento em tempo razoável, bem como tribunal imparcial. Dando força para importância do referido direito, bem como demonstrando que sua aparição na legislação escrita já estava disseminada em diversas constituições, Marco Félix Jobim comenta da previsão na Constituição Espanhola, que em seu art. 24.2 proíbe dilações indevidas no âmbito processual. Muito semelhante é a Constituição Portuguesa ao afirmar o direito do jurisdicionado a decisão em prazo razoável e processo equitativo¹⁴⁹. Os exemplos mencionados pelo Autor dão conta da preocupação das Constituições e dos regramentos sobre a temática tempo e processo, além disto, instigam o leitor a questionar sobre o quão tardio foi a positivação na Constituição Brasileira.

No entanto, ainda que existam antigas previsões sobre tempo e processo, para Jobim a legislação mais expressiva na esfera jurídica que trata sobre o tema é a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que, em seu art. 6º, §1º afirma: “*Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial*”¹⁵⁰. O referido artigo serviu de base legal para que cidadãos Italianos ingressarem com ações judiciais junto a Corte Europeia, discutindo a intempestividade da tutela jurisdicional. O referido movimento fez com que surgisse na Itália legislação própria tratando da matéria.

Conforme já mencionado, causa certa estranheza, ao menos quando se compara com as legislações ora mencionadas, que no Brasil “*a preocupação, a nível constitucional, com o prazo razoável do processo apenas iniciou com a discussão acerca do § 2º do artigo 5 da Constituição Federal*”¹⁵¹, eis que tal parágrafo deixa clara a não exclusão da aderência a disposições constantes em tratados internacionais em

¹⁴⁹ JOBIM, Marco Félix. **Direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 75.

¹⁵⁰ JOBIM, Marco Félix. **Direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 75.

¹⁵¹ JOBIM, Marco Félix. **Direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 76.

que a República Federativa do Brasil seja parte, tendo em vista o Brasil ser signatário do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que traz o referido princípio no seu artigo 9, a processualística não pode ignorar esta, sensível temática que influi não apenas no direito que permeia a demanda, mas também na pessoa do demandante, eis que o tempo que “matamos” é o mesmo tempo nos enterra.¹⁵²

Antes mesmo da positivação da duração razoável do processo, há quem defenda a ideia de que este já estava implicitamente incluso no inciso LIV do art. 5º da CF/88¹⁵³ que trata do devido processo legal. Todavia, estando implícito ou não, e seguindo o que dispõe Marco Félix Jobim sobre o tema, atualmente tal afirmação não se sustenta, eis que com a EC/45 o princípio da duração razoável do processo possui vida própria e autonomia, não tendo mais papel secundário, ainda que seja possível extraí-lo de princípios como o devido processo legal, vez que este “é o que concede garantias ilimitadas ao cidadão”¹⁵⁴. Segundo o referido Autor:

Parece que realmente o princípio da duração razoável do processo se encaixa, perfeitamente, como subprincípio ou subespécie do acesso ao Poder Judiciário, não fosse por uma razão que retira daquele a subsidiariedade deste, uma vez que a duração razoável do processo foge das amarras do judiciário, se estendendo ao processo administrativo, providência não prevista no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal. Então, é certo afirmar que sem a garantia do acesso ao Judiciário, não há o que se falar em duração razoável do processo, mas em contrapartida parece que o novo princípio também dá seu recado ao dizer que não há o que se falar em acesso pleno ao Judiciário, sem que este garanta a tempestividade do processo, ou seja, não existe hierarquia entre os dois princípios constitucionais¹⁵⁵.

Assim, apoiado na Doutrina de Cândido Rangel Dinamarco¹⁵⁶, que menciona não apenas o juiz e as partes como sujeitos processuais preocupados com o bom trâmite processual, mas que também o escrivão, o escrevente, o oficial de justiça e

¹⁵² ASSIS, MACHADO DE. **Memórias póstumas de Brás Cubas**. São Paulo: Martin Claret, 2010, p.57.

¹⁵³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 out. 2018.

¹⁵⁴ JOBIM, Marco Félix. **Direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 78.

¹⁵⁵ JOBIM, Marco Félix. **Direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 79.

¹⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1996. p.40

outros auxiliares permanentes ou não, ou seja, todos aqueles que de alguma forma participaram da “vida” daquele processo, são, dentro de suas limitações, responsáveis para que o princípio da razoável duração do processo seja efetivado; nesse sentido, o Autor ora estudado afirma que “*quando essas pessoas falham, tardam, enfim, cometem atos não condizentes com o que se espera de um cidadão modelo, devem ser responsabilizados de alguma forma*”¹⁵⁷.

Compreendido, ainda que de forma compilada, eis que tratar da história da positivação da tempestividade processual não é o objetivo da presente pesquisa, importante ressaltar algumas considerações, que não só terminológicas, diga-se, sobre a positivação da duração razoável do processo e da celeridade, ambos presentes no mesmo artigo da CF/88.

O inciso 5º, LXXVIII¹⁵⁸ além de positivar a duração razoável do processo como direito fundamental¹⁵⁹, também menciona sobre a celeridade processual, eis que a redação assim dispõe: “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”¹⁶⁰. A partir do referido artigo é possível verificar não apenas a positivação da duração razoável do processo, mas também da celeridade processual, eis que estas não são sinônimos. Marco Félix Jobim esclarece que o dispositivo se divide em duas sentenças, naquela que mencionado ser o Estado deve garantir que o processo tenha uma duração razoável e a outra que assegura que para todos são garantidos meios que possam garantir a celeridade na tramitação da demanda.

¹⁵⁷ JOBIM, Marco Félix. **Direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 90.

¹⁵⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 out. 2018.

¹⁵⁹ Sobre a previsão constitucional da duração razoável do processo e busca por uma transformação significativa nas práxis do judiciário, Mielke Silva afirma que pouco adianta uma previsão constitucional se não houver uma mudança de paradigma. Dispõe a referida Autora: “*Assim, a previsão contida no art. 5, LXXVIII, da Constituição Federal – duração do processo dentro de um prazo razoável, como direito fundamental – apenas será efetivada se houver a ruptura com o paradigma racionalista que sustentou a modernidade*” (SILVA, Jaqueline Mielke. O tempo na sociedade pós-moderna: a necessidade de adequação do direito processual civil. In TELLINI, Denise Estrella (Org.). **Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro**: estudos em homenagem à professora Elaine Harzheim Macedo. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 367).

¹⁶⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 out. 2018.

A partir de uma leitura do referido dispositivo parece “evidente” que ao ingressar com uma demanda judicial o jurisdicionado terá tais direitos assegurados, no entanto, a realidade fática do poder judiciário, na grande maioria das vezes, se desvela como uma máquina com engrenagens morosas, frustrando o jurisdicionado frente a demora na solução do feito. Jobim questiona, qual a punição do Estado quando este não consegue efetivar o processo da parte em tempo razoável? Segundo o mencionado Autor:

A partir daí, do reconhecimento de que o Estado por intermédio de seu Poder Judiciário, está praticamente à beira de um colapso, que não garante sequer ao seu jurisdicionado o direito fundamental a um processo tempestivo, resta um segundo princípio, no mesmo inciso, a ser analisado, qual seja, o próprio princípio da celeridade processual alçado no nível de direito fundamental, que seria o dever de o Estado alcançar no mínimo, os meios necessários aos cidadão para que haja maiores condições de efetividade processual num tempo razoável, por meio da celeridade processual.¹⁶¹

Importante destacar a diferenciação dos termos celeridade para com duração razoável do processo. Celeridade e Duração Razoável são direitos fundamentais autônomos entre si, diferente de grande parte da doutrina como Gilmar Ferreira Mendes, Delosmar Domingos de Mendonça Junior, Fredie Souza Didier Junior, pois para estes Autores a duração razoável do processo nada mais é do que o princípio da celeridade processual¹⁶². No entanto, seguindo o entendimento de Jobim, a celeridade se traduz como uma “*garantia ao jurisdicionado de que os atos processuais sejam realizados no menor espaço de tempo possível, numa linha mais volta para economia processual*”¹⁶³. Discutir simplesmente celeridade, como se a intenção processual fosse pura e simplesmente que a demanda chegue ao fim, ou seja, fica impressão que se está ignorando a necessidade de um processo pautado por garantias basilares para que se tenha uma decisão de mérito justa.

A celeridade é sim necessária, eis que o tempo do processo precisa acompanhar o tempo da vida. No entanto, a busca por um resultado não pode ser traduzida como a busca por qualquer resultado, acreditando-se que na ponderação

¹⁶¹ JOBIM, Marco Félix. **Direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 91

¹⁶² JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 118.

¹⁶³ JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 119.

entre celeridade e respeito as garantias processuais - eis que estas podem gerar uma demora maior para conclusão da demanda, como se dá no processo de cognição exauriente -, prepondera esta em detrimento daquela, face ao modelo processual atualmente adotado. Visto que, a celeridade está mais voltada para economia processual¹⁶⁴. No entanto, como mencionado outrora neste capítulo em crítica a uma ideia puramente econômica do processo, acredita-se que a duração razoável melhor expressa o objetivo do atual Código de Processo Civil, pois não basta tão somente pressa na conclusão da demanda, é necessário que se dê de forma adequada, com segurança e resguardado as garantias que a consubstancia, de modo que tal equação deva respeitar tempo hábil, fazendo com que a prestação jurisdicional de fato se preste, e não seja mera ilusão daquele que exaustivamente busca a satisfação do bem da vida pretendido.

No tocante ao conceito de duração razoável do processo, é possível exprimir que este tem como finalidade que, em tempo razoável, ou seja, adequado, se tenha decisão final de mérito justa e transitado em julgado. Marco Félix Jobim conceitua a duração razoável do processo como uma garantia dada ao jurisdicionado para que *“em determinado tempo, e que este seja razoável, o seu processo tenha sido efetivado, ou pelo menos, tenha sua sentença transitada em julgado”*¹⁶⁵.

Segundo Delosmar Domingos de Mendonça Junior¹⁶⁶, a busca por um processo que tramite de forma razoável atende aos anseios da sociedade,

¹⁶⁴ Para melhor compreensão das terminologias, esclarece Jobim: *“Assim, o processo pode ter sido intempestivo, mas pode ter sido célere em diversas fases de sua tramitação, como, por exemplo, prazo do juiz para sentenciar. O processo, muitas vezes, pode passar por diversas fases morosas, mas nem por isso deixou de ser tempestivo. Aliás, pode o processo ser na sua essência moroso, pelas inúmeras diligências que devem ser realizadas para que ele se torne efetivo, sem com isso adentrar no conceito de intempestividade. Exemplo mais comumente de um processo moroso em sua própria essência é o de usucapião, cujas diversas diligências devem ser feitas para perfectibilizar as citações, as intimações, assim como a própria intervenção do Ministério Público faz com que o tempo seja mitigado pelo próprio rito processual”* (JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 119).

¹⁶⁵ JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 119.

¹⁶⁶ Mendonça Júnior comenta que o inciso XXXV do art.5º que trata do princípio da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça traz, implicitamente, o princípio da duração razoável do processo, vez que o acesso à justiça ora positivado é expressão de uma tutela efetiva que, por sua vez, desdobra-se em elementos como adequação e tempestividade. Neste sentido assevera o autor: *“Mas o direito de ação significa não apenas o mero acesso ao judiciário, na dimensão restrita e insuficiente de propor demandas e se defender. Não. O direito de acesso à justiça significa tutela efetiva que se desdobra nos elementos adequação e tempestividade. Com isso, defendemos a presença do princípio da efetividade do processo como norma decorrente do artigo 5º, XXXV da Constituição. A nosso sentir, a efetividade tem os conteúdos de adequação, buscando tutelas*

desvelando-se, como um verdadeiro sonho para processualistas e para jurisdicionados. Tal posituação se deu com a Emenda Constitucional nº45, também como conhecida como Reforma do Judiciário que, na concepção do referido Autor, positivou o que já estava implicitamente previsto na Constituição, qual seja, a obrigatoriedade de um processo que tramite de forma razoável, bem como obrigatoriedade de se criar meios que estimulem sua celeridade. O conceito de duração razoável para o mencionado Autor afirma não apenas se desvela como princípio, vez que possui grau de abstração tendo em vista os conceitos “razoável duração” e “meios” para celeridade. Assim, fazendo a leitura do referido princípio Constitucional no âmbito do Processo Civil, Delosmar Domingos de Mendonça Junior afirma que o sistema processual, em consonância com o ideal de efetividade, necessita não apenas seguir os preceitos constitucionais estabelecidos, mas também criar técnicas que possam conduzir um processo mais célere, como é a mitigação de determinados institutos processuais, como o duplo grau de jurisdição¹⁶⁷.

Para Rafael Caselli Pereira a evolução cultural criou um movimento em que a efetividade e a duração razoável do processo tivessem maior expressão que a

diferenciadas para concretizar o direito material e tempestividade, sugerindo procedimentos construídos sob o enfoque da harmonização entre ampla defesa e celeridade” (MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar Domingos de. Funções sistemática e normogenética do princípio da duração razoável do processo (a possível utilidade da norma). In: FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (org.) In: MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. **Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil**. Salvador, JusPodium, 2007, p. 179). Com a Emenda Constitucional nº 45, o que vinha implícito, agora se encontra no texto constitucional, vez que o inciso LXXVIII prevê que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Verifica-se que o referido dispositivo não apenas assegura que as demandas, judiciais ou administrativas, tramitem de forma razoável, mas também prevê que sejam criados mecanismos que possibilitem celeridade processual. Sobre tais mecanismos, Mendonça Júnior debruça sua pesquisa ao afirmar uma possível relativização nos procedimentos para alcance da celeridade pretendida. Para tanto, relembra o Autor que a rigidez de procedimentos e trâmites típicos de uma cognição exauriente, oriundos de um modelo de Estado Liberal Clássico voltado para uma segurança excessiva e com garantia de liberdade formal do cidadão, não leva em conta o fator tempo (entende-se aqui por duração razoável do processo). Assim esclarece Mendonça Junior: “*O Estado liberal clássico, ainda influenciado por certos dogmas medievais, concedia excessiva ênfase à segurança, preocupado com a garantia de liberdade (formal) do cidadão. Com isso, o processo foi construído com a finalidade de cognição com rígidas regras procedimentais para consolidar a defesa (formalizada), mínima intervenção na esfera jurídica das pessoas e completamente despreocupado com a duração do processo e com o desgaste em relação ao direito subjetivo e interesses sociais*” (MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar Domingos de. Funções sistemática e normogenética do princípio da duração razoável do processo (a possível utilidade da norma). In: FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (org.) In: MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. **Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil**. Salvador, JusPodium, 2007, p. 180-181).

¹⁶⁷ MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar Domingos de. Funções sistemática e normogenética do princípio da duração razoável do processo (a possível utilidade da norma). In: FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (org.) In: MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. **Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil**. Salvador, JusPodium, 2007, p. 183.

segurança jurídica. Tal afirmação está lastreada no fato de que a sociedade globalizada evolui de forma substancial, não podendo as normas processuais estarem em descompasso com a evolução social, tampouco ligada a estancos procedimentos que possam vir de encontro com o modelo constitucional que prevê a duração razoável do processo, bem como meios de garantir celeridade nas demandas. Mesmo ciente de que há necessidade de um processo que acompanhe o tempo da vida, a busca de uma tutela efetiva não pode comprometer garantias fundamentais¹⁶⁸.

Inegável a importância de analisar a influência do tempo no processo, não apenas devido a posituação, seja no âmbito constitucional ou no âmbito infraconstitucional, mas devido ao fato de que um processo que não acompanha o tempo da vida se perfaz como incompatível com o ideal processual que se tem atualmente, qual seja, de processo eficiente, ainda que o trâmite da demanda em prazo razoável não seja sinônimo de processo eficiente, mas sim um componente deste¹⁶⁹.

Da mesma forma que diferencia Celeridade de Duração Razoável, Marco Félix Jobim esclarece a distinção entre morosidade e intempestividade. Segundo o Autor, a morosidade se traduz como um custo temporal que, na grande maioria das vezes, o processo precisa pagar. Assim, é possível que o processo passe por diversas fases morosas, ou seja, vagarosas/lentas, mas que pela ritualística se faz necessário para sua concretude. Já a intempestividade se traduz como algo que se opera em momento não mais oportuno. Desta forma “o processo, muitas vezes, pode passar por diversas fases morosas, mas nem por isso deixou de ser tempestivo”¹⁷⁰.

¹⁶⁸ PEREIRA, Rafael Caselli. A razoável duração do processo como direito fundamental a um processo sem dilações indevidas. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP, São Paulo, n. 107, p. 98-109, fev. 2012, p. 98.

¹⁶⁹ Acredita-se não ser possível resumir o estudo da eficiência processual tão somente na ideia de processo que obedeça a sua duração razoável ou processo que seja célere. Conforme já mencionado neste capítulo, a eficiência no âmbito processual se traduz como postulado normativo que se busca obter o melhor resultado através dos menores esforços. Todavia, talvez seja, a partir da ideia de processo sem dilações indevidas, que a razoável duração do processo expresse efetividade da prestação jurisdicional.

¹⁷⁰ JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 120.

Face a tais conceitos é possível afirmar que não se descarta a possibilidade de que exista um processo extremamente moroso, mas tempestivo. Assim como não se pode negar a existência de uma demanda intempestiva, mas devidamente rápida¹⁷¹.

É a partir desta relação entre tempo e processo, bem como a idealização de processo que respeite todas as garantias processuais asseguradas e tramite com rapidez, que, de maneira equivocada, afirma-se que a eficiência processual se traduz como a concretização da duração razoável do processo. O direito fundamental a duração razoável do processo, bem como a celeridade processual são engrenagens que integram a ideia de processo eficiente. Ainda que o Estado não garanta que o processo trâmite de forma tempestiva, deve ele, ao menos, propiciar aos agentes processuais¹⁷² mecanismos para tanto.

Deste apanhado de conceitos, passa-se a analisar os mecanismos que o CPC/15 propiciou para que o jurisdicionado tenha um processo eficiente, com ênfase no art. 334¹⁷³ que versa sobre a audiência de conciliação e mediação, buscando responder se a forma pela qual, tal artigo fora inserido no Código, de fato se mostra eficiente, bem como se tal eficiência é puramente quantitativa ou consegue buscar o equilíbrio entre os critérios, equilíbrio este que demonstra verdadeiro substrato da metanorma/postulado em análise.

¹⁷¹ JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 121.

¹⁷² Aqui se utiliza o termo “agente processual” para fomentar uma ideia de isonomia entre as partes, bem como a importância da sua participação para a composição do processo. Diferentemente do termo “sujeito”, dando a entender que as partes são peças que se sujeitam ao processo, aqui se busca um ideal paritário e participativo.

¹⁷³ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em 05 de out. 2018.

3 A RUPTURA DA CULTURA DA LITIGIOSIDADE ATRAVÉS DOS MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIA

Antes de adentrar na influência da cultura na produção do direito e como a cultura da litigiosidade está sendo desmistificada quando da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, face a sua roupagem neoprocessual e devido aos mecanismos que o Código fornece para que se tenha um processo que respeite diversas garantias, efetive direitos fundamentais e se caracterize eficiente, necessário trazer, e talvez com certa sutileza, sem nenhuma pretensão de esgotar o tema, eis que não é objeto da presente pesquisa, o que se compreende por cultura e cultura da litigiosidade.

A busca por conceitos, ainda mais no âmbito das ciências jurídicas, se faz de suma importância para que se conheça da técnica e aplicabilidade do termo que se pretende utilizar. Partindo da ideia de que conceitos são necessários para produção e aplicação da ciência jurídica, questiona-se se a cultura, como base para criação de normas, é devidamente conceituada, haja vista inúmeras divergências doutrinárias quanto ao seu real significado. Esta indefinição e complexidade quando de seu debate, *“já encheram rios de tinta na literatura acadêmica, não unicamente no terreno da antropologia, mas também, em outras disciplinas, como a ciência política ou a psicologia social”*¹⁷⁴. Antes mesmo de adentrar na explanação quanto as tentativas doutrinárias para conceituar a cultura, importante parafrasear Oscar G. Chase, que esclarece o motivo pelo qual se deve ter noção de tal termo, *in verbis*:

Por que motivo <<precisamos>> desta noção de cultura? Eu avento que nós precisamos dela porque ela serve como um atalho para se referir a pontos comuns práticos, valores, símbolos e crenças de grupos particulares de pessoas. Precisamos de <<cultura>>, também, por seu poder de explicar por qual motivo instituições tão diferentes nascem em diversas sociedades para lidar com problemas que são essencialmente os mesmos¹⁷⁵.

Ante a amplitude do termo, ao conceituar o termo cultura, Miguel Reale traz um viés subjetivo e outro objetivo, dispendo que a cultura subjetiva está vinculada ao

¹⁷⁴ PANAREDA, Jordi Augustí. Embaralhando cultura, identidade e conflito mediadores interculturais na gestão da imigração. In: FERNÁNDEZ, Albert Noguera; SCHWARTZ, Germano (Org.) **Cultura e identidade em tempo de transformações: reflexões a partir da teoria do direito e da sociologia**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 65.

¹⁷⁵ CHASE, Oscar G. **Direito, Cultura e Ritual**: sistema de resolução de conflitos no contexto da cultura compara; Tradução Sérgio Arenhart, Gustavo Osna. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26.

indivíduo e é meio pelo qual expressa sua personalidade e sua essência, sendo mais do que simples erudição. Já o conceito objetivo de cultura, também visto como social, este se desvela como um apanhado de bens, materiais ou não, que através do tempo criam valores à espécie humana. Independente do viés conceitual do termo cultura, seja subjetivo/individual ou objetivo/social, a cultura traz valores à espécie humana, intencionalmente ou não¹⁷⁶.

No entanto, seja de modo subjetivo ou objetivo e ainda que haja tal indefinição, o que está bem definido é a ideia de que a cultura se dá por meio da realidade social, demonstrando sua importância quando fator norteador da construção jurídica, conforme já defendido por Francesco Carnelutti, que atestou:

O que ousarei chamar a corporeidade ou, também, a corpulência de uma lei ou de um contrato, quando não se tem à mão mais que o documento, é totalmente reduzido ao mínimo para dar a sensação do conceito desnudo, que impede associar, como é necessário, a imagem ao fenômeno a que o conceito se refere. Aqui está, repito, o perigo. A ciência do Direito, nascida e crescida na biblioteca, está condenada à anemia, para não dizer à tuberculose. O remédio não é outro que a reencarnação dos conceitos com as imagens obtidas da observação da realidade¹⁷⁷.

Desta forma, verifica-se que a cultura de determinado meio social tem condições de transformar o direito vigente em direito vivo, se este for baseado naquela. Porém, ainda que a cultura seja um meio adequado de expressar a realidade, salvando o nascimento e criação do direito, como apontou Francesco Carnelutti, a problemática ainda está permeada em sua indefinição conceitual, principalmente por estar vinculada a um povo e não a um lugar, de modo que resume práticas de determinado grupo e impossibilita uma noção global e *transfronteiriça*.

Oscar G.Chase, que utilizou o contexto cultural para explicar a utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos, também encontra certa resistência

¹⁷⁶ Sobre a conceituação de cultura, dispõe Reale: “Ao lado, porém, do conceito pessoal ou subjetivo de cultura, como “aperfeiçoamento da sensibilidade e do intelecto pelo conhecimento dos homens e das coisas”, há outro social ou objetivo, em acepção a um só tempo filosófica, antropológica e sociológica, como “acervo de bens materiais e espirituais acumulados pela espécie humana através do tempo, mediante um processo intencional ou não de realização de valores”. Mais sinteticamente se poderia afirmar que, no primeiro caso, a cultura assinala um processo de enriquecimento subjetivo e pessoal de valores; e, no segundo, um processo, objetivo e transpessoal de valores, consubstanciados em formas de vida, donde poder-se dizer que a cultura é o sistema de intencionalidades humanas historicamente tornadas objetivas através a história, ou, por outras palavras, a objetivação e objetivação histórica das intencionalidades no processo existencial” (REALE, Miguel. **Paradigmas da cultura contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 03).

¹⁷⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do direito**. 3. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2005, p. 63.

quando busca definir o termo, vez que esbarra na “*vagareza natural do conceito, sua mensagem potencialmente ilusória de imutabilidade das práticas e das crenças, e sua falha em reconhecer desvios individuais a partir de, e até mesmo oposição a, uma ortodoxia social*”.¹⁷⁸ Ainda sobre a dificuldade, e até ambiguidade conceitual vale destacar a doutrina de Zygmunt Bauman, que analisa a cultura como conceito partindo de um estudo sociológico:

É conhecida a inexorável ambiguidade do conceito de cultura. Bem menos notória é a ideia de que essa ambiguidade provém nem tanto da maneira com que as pessoas definem a cultura quanto da incompatibilidade das numerosas linhas de pensamento que se reuniram historicamente sob o mesmo termo. De modo geral, os intelectuais são sofisticados o suficiente para perceber que a similaridade de termos é um guia frágil quando se trata de estabelecer a identidade ou diversidade de conceitos. Ainda assim, a autoconsciência metodológica é uma coisa, a magia das palavras, outra.¹⁷⁹

Mesmo, cientes da problemática apresentada no tocante a definição do termo, salientam-se algumas tentativas de conceituação que merecem destaque. Dentre elas, está o emprego do termo cultura na doutrina de Andrés Piqueras, que o utilizou por muito tempo como recurso heurístico, ou seja, como busca de uma solução para determinada problemática; pouco operativo e cunhado pela modernidade para expressar diversos processos físicos, como: sociais e ideológicos. No entanto, o Autor se desapegou de tal conceito, haja vista perceber que o termo cultura passou a ser empregado de forma curinga, para explicar determinadas ações humanas, criticando tal utilização, vez que semanticamente o termo cultura não é autoexplicativo e não pode ser utilizado de forma universal.¹⁸⁰

Frente a tal crítica e após uma mudança de perspectiva, Andrés Piqueras aduz que a cultura se comporta como um sistema vivo, gerado por agentes coletivos, seja uma tribo ou uma sociedade civilizadamente estruturada e estatizada, todos possuem capacidades diferentes para caracterizar a cultura. São os fatos culturais que permitem aos agentes se sentirem “*originários e reprodutores de si próprios,*

¹⁷⁸ CHASE, Oscar G. **Direito, Cultura e Ritual: sistema de resolução de conflitos no contexto da cultura compara**; Tradução Sérgio Arenhart, Gustavo Osna. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 25.

¹⁷⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Ensaio sobre o conceito de cultura**. Zahar: Rio de Janeiro, 2012, p. 83.

¹⁸⁰ PIQUERAS, Andrés. Alguns pontos importantes sobre multiculturalidade e interculturalidade na mundialização capitalista. Um novo olhar sobre os conceitos de cultura e a identidade. In: FERNÁNDEZ, Albert Noguera; SCHWARTZ, Germano (Org.) **Cultura e identidade em tempo de transformações: reflexões a partir da teoria do direito e da sociologia**. Curitiba: Juruá, p. 17, 2011.

*herdeiros, transmissores e atores de uma determinada maneira de identificar o mundo e modifica-lo*¹⁸¹.

Nesta linha de pensamento, o referido doutrinador ressalta a importância de diversidade cultural e sua miscigenação/interação, de modo que não se pode definir o termo de forma absoluta, delimitada e tampouco atribuir uma identidade para cultura, haja vista a criação de uma identidade e delimitação absoluta do termo (dinâmica identitária) gerar certa individualização de determinados grupos e, por conseguinte, sua diferenciação uns frente aos outros¹⁸².

Todavia, mesmo tecendo críticas, Andrés Piqueras afirma que, de outro lado, a identidade não é de todo ruim, vez que ao se identificar o grupo é possível que seja expressa a ideologia e a existência social deste, bem como a percepção que cada ser humano tem de si mesmo e de sua relação um com o outro.

Outra definição, ou sua tentativa, conceitual é a defendida por Kaj Birket-Smith, vez que arraigada em uma concepção social e humanística, que atribui cultura a tudo e, por vezes, acaba não atribuindo a nada, mantendo dúbio e incerto seu real conceito¹⁸³.

¹⁸¹ PIQUERAS, Andrés. Alguns pontos importantes sobre multiculturalidade e interculturalidade na mundialização capitalista. Um novo olhar sobre os conceitos de cultura e a identidade. In: FERNÁNDEZ, Albert Noguera; SCHWARTZ, Germano (Org.) **Cultura e identidade em tempo de transformações: reflexões a partir da teoria do direito e da sociologia**. Curitiba: Juruá, p. 17, 2011.

¹⁸² Sobre tal dinâmica, leciona Piqueras: *“Essa dinâmica identitária desencadeia também um mecanismo de “retroversão” histórica ou de reapropriação da história, com fins identificativos atuais. Neste processo, os “fatos de cultura”, forjados por gerações precedentes, são suscetíveis de atuar como fatos de identidade se, nos processos de interação grupal do presente, podem manter uma vigência funcional diferenciadora (em relação aos outros) e, por tanto, identificadora (respeito a si próprios e do universo ideacional criado). Alguns desses “fatos culturais” anteriores podem ser, então, funcionalizados em cada presente enquanto outros ficam no acervo da memória histórica (que é sempre política), para serem potencialmente empregados em outro momento histórico. Os fatos identidade constituem, assim, uma parte da cultura de cada grupo, aquela que é mais conscientemente destinada a remarcar os nós frente a outros sujeitos de identidade significativos para o endogrupo”* (PIQUERAS, Andrés. Alguns pontos importantes sobre multiculturalidade e interculturalidade na mundialização capitalista. Um novo olhar sobre os conceitos de cultura e a identidade. In: FERNÁNDEZ, Albert Noguera; SCHWARTZ, Germano (Org.) **Cultura e identidade em tempo de transformações: reflexões a partir da teoria do direito e da sociologia**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 17-18).

¹⁸³ Sobre a ambiguidade do termo: *“A cultura é uma “soma” de forças espirituais, de saber e de poder humanos, de atividades mentais, que se superpõem (e por vezes se opõem) ao jogo cego dos institutos e das forças. A cultura é criada e mantida pelo indivíduo e, simultaneamente, pela sociedade; são duas condições necessárias. A cultura ultrapassa a natureza, mas está profundamente enraizada nela; representa sua flor mais perfeita”* (BIRKET SMITH, Kaj. **História da cultura**: origem e evolução. 3. ed. Traduzido por Oscar Mendes. São Paulo: Melhoramentos, 1965, p. 37).

Seja tudo, nada, predomina-se a ideia de que cultura advém do ser humano, ou seja, é produção humana. Neste sentido, segue-se os ensinamentos de Miguel Reale, pois ao compreender que o sentido da vida é a realização das finalidades almeçadas, concluiu que é para isto que existe a cultura, para que na busca por tais finalidades o homem altere o estado natural das coisas e, conseqüentemente altere a si próprio¹⁸⁴.

Para doutrinadores contemporâneos e que estudam a influência da cultura nas ciências jurídicas, tal termo é tão indefinido como as palavras “justiça”, “direito”, “tempo”, “lei” e “virtude”, pois mesmo que tais termos sejam primários e, via de regra de fácil conceituação, quando questionados de seu significado é que ocorre a dúvida e dificuldade, de modo que cada pessoa os conceitua de uma forma diversa umas das outras sem que exista juízo de valor de quem está certo e de quem está errado¹⁸⁵.

Desta forma, e tendo em vista ser a cultura fenômeno humano é inevitável sua influência nas ciências jurídicas, mais precisamente quando da criação de normas. O direito é expresso pela norma e, ainda que esta seja produzida com base na abstração e generalidade, inevitavelmente ela se desvincula de fatores sociais valorados, de modo que “*não existe Direito fora do mundo da cultura, que se insere em um contexto histórico, sempre na sociedade*”¹⁸⁶. A partir de tal premissa, é possível vislumbrar a existência de um movimento cultural jurídico, de modo que não apenas normas, mas também princípios, postulados/metanormas e o modo de decidir dos tribunais estão se moldando conforme as tendências e nuances da sociedade. Com o advento da Constituição de 1988 (CF/88) diversos paradigmas foram rompidos, vez que o constituinte se preocupou com vértices sociais nunca antes tutelados. Reforça-se o acima mencionado, no tocante a pretensão da CF/88 de positivar resguardo aos

¹⁸⁴ Pois bem, “cultura” é o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si mesmo. É, desse modo, o conjunto dos utensílios e instrumentos, das obras e serviços, assim como das atitudes espirituais e formas de comportamento que o homem veio formando e aperfeiçoando, através da história, como cabedal ou patrimônio da espécie humana (REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 26).

¹⁸⁵ JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 4. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 27.

¹⁸⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 5.

direitos que ultrapassam as individualidades, que são heterogêneos e, portanto, possuem natureza de direito difuso, de terceira geração/dimensão¹⁸⁷⁻¹⁸⁸.

Um ótimo exemplo de influência cultural quando da criação de mecanismos constitucionais para proteção de direitos de terceira dimensão, é no tocante a proteção ao meio ambiente e sua tutela Constitucional. O direito ambiental tem como principal característica ser presente e futuro¹⁸⁹, ou seja, passa uma mensagem de antecipação, que surge com maior clareza quando tratado dos princípios gerais da matéria jurídico ambiental, principalmente no tocante ao princípio da precaução e seu viés solidário, quando da preservação ambiental para futuras gerações¹⁹⁰. Por tais características, criou-se uma cultura que se preocupa com questões ambientais, buscando a efetivação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para suprir tal desejo social, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira constituição brasileira a se preocupar com a proteção ambiental de forma pontual e geral¹⁹¹, de modo a criar valores éticos e mecanismos normativos que possam disciplinar as atitudes do Ser Humano perante o meio ambiente.

Nesta mesma visão, e devido ao fato de o aspecto cultural influenciar diretamente na produção do Direito, mesmo que o termo não seja eivado de conceito específico e pacífico pela doutrina, vislumbra-se outro ramo jurídico que mais sofreu influência cultural, qual seja, o direito de família, ciência intimamente ligada com fatores humanos e eivada de carga emocional. Com o surgimento do Estado Social, a família, seu conceito e seus costumes, sofreram insígnias mudanças, de modo que

¹⁸⁷ Vale considerar que não se pretende adentrar na discussão terminológica entre “dimensão” e “geração” dos direitos fundamentais, pois, adota-se a ideia de Buffon quanto tal classificação servir mais como um instrumento didático e pedagógico voltado para melhor compreensão do processo histórico e da complexidade dos direitos fundamentais. Assevera Buffon: “*Há de se concordar, porém, que essa classificação serve mais como instrumento pedagógico do que como elemento apto a fazer uma distinção estanque das ditas dimensões ou gerações de direitos fundamentais, assim denominadas para que seja possível compreender o processo histórico e como os direitos fundamentais adquiriram o grau de sofisticação que ora se contesta*” (BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 135).

¹⁸⁸ Neste sentido também esclarece Moraes: “*Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos*” (MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2011, p. 34).

¹⁸⁹ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 44.

¹⁹⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75.

¹⁹¹ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 152.

o arcaico modelo de família patriarcal deixou de existir e o Estado, antes ausente, passou a estar mais presente, mostrando-se interessado nas relações familiares¹⁹².

Destes simples exemplos, pode-se perceber que a norma regulamentadora está lastreada por concepções éticas, econômicas políticas, ideológicas e jurídicas de determinada sociedade, ou seja, exprimindo a cultura desta. Todavia, como se demonstrou com o exemplo do direito ambiental, que teve sua proteção efetivamente positivada tão somente com a Constituição Federal de 88, nem sempre a produção legislativa consegue atender a situação cultural, haja vista esbarrar com o hiato (e complexidade) da pós-modernidade. Sobre tal tema leciona Jaqueline Mielke da Silva:

O grande problema jurídico na atualidade é como pensar o Direito, como operar com o Direito neste período de grandes transformações pela qual se passa, nesta forma de sociedade de que muitos chamam, por uma questão de comodidade, de globalização. Examinar o Direito dentro da globalização implica relacioná-lo com a complexidade, com todos os processos de diferenciação e regulamentação social que estão surgindo¹⁹³.

Devido às características apresentadas pela pós-modernidade e globalização, pensar e produzir o direito de acordo com o viés cultural da sociedade que a norma vai proteger passa a ser tarefa difícil, pois as matérias que necessitam de amparo legal na contemporaneidade são complexas. Assim, frente a complexidade, distanciamento, ou dificuldade de alcance, do direito para com o cenário cultural da sociedade, se faz necessária uma maior atenção no tocante as modificações de diversas relações humanas, com a finalidade de que haja verdadeira simbiose entre o direito e a cultura.

Nesta linha de pensamento, lastreada na concepção de que “*a cultura e uma determinada sociedade deverão ser o alicerce do Direito e do processo*”¹⁹⁴, passa-se a estudar o movimento cultural que sofreu o processo civil brasileiro, mais precisamente no tocante a mitigação de sua forma combatente/litigiosa, passando e preocupando-se com outras formas de resolver o litígio, para fins não apenas de “desafogar” o judiciário, mas também para que seja possível alcançar um ideal de processo eficiente.

¹⁹² LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed., de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010 (Divórcio). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17.

¹⁹³ SILVA, Jaqueline Mielke. **O direito processual civil como instrumento da realização de direitos**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005, p. 38.

¹⁹⁴ JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 4. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 78.

Para que seja possível dialogar sobre a desmistificação litigiosidade no processo civil brasileiro, se faz necessária a compreensão, e aqui apenas para fins conceituas do objeto litigioso, ciente que este não é o objeto da presente pesquisa. Quanto ao clássico conceito de litígio, Francesco Carnelutti traz importante definição:

Pode acontecer que, diante da pretensão, o titular do interesse oposto se decida à sua subordinação. Em tal caso, a pretensão é bastante para determinar o desenvolvimento pacífico do conflito. Mas com frequência não acontece assim. Então, à *pretensão* do titular de um dos interesses em conflito se opõe a *resistência* do titular do outro (infra, nº 124). Quando isto acontecer, o conflito de interesses se converte em *litígio*. Chamo litígio ao *conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro*¹⁹⁵.

Autores como Sydney Sanches¹⁹⁶ entendem que a terminologia objeto é, por si só, ambígua. É preferível atribuir a ideia de objeto como finalidade do processo ou escopo do processo, sendo a sua característica finalista a busca pela solução da lide por meio de sentença (processo de conhecimento) e a atuação efetiva de determinado interesse quando a simples declaração (sentença) não foi suficiente (leia-se aqui processo de execução).¹⁹⁷⁻¹⁹⁸⁻¹⁹⁹.

¹⁹⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 1. ed. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 93.

¹⁹⁶ SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. Revista de Processo. São Paulo: **Rev. dos Tribunais**, v.1, n.1, p. 44-45, jul. 1979, p. 44.

¹⁹⁷ Nesse sentido explica Sanches: “*Por aí se vê que objeto do processo não é apenas o pedido do autor, ou sua pretensão processual, mas tudo aquilo que nele (processo) deva ser decidido pelo juiz. Não só o objeto do “judicium”, mas também da simples “cognição”. Enfim, todas as questões de fato, ou de direito, relacionadas, ou não, com o mérito, com o início, o desenvolvimento e o fim do processo. Objeto do processo, por conseguinte, é toda a matéria, de fato, ou de direito, relacionada a pressupostos processuais (inclusive, portanto, o próprio procedimento), às condições de ação (possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade de partes) e ao próprio mérito (inclusive questões prévias), que deva ser examinada pelo juiz, provocado pelas partes ou “ex officio”, seja como simples operação de conhecimento (cognitio), seja como julgamento propriamente dito (judicium), seja em caráter principal. Enfim, o objeto do processo é gênero a que se filia a espécie “objeto litigioso do processo”*” (SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. **Revista de Processo**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, v.1, n.1, jul. 1979, p. 44-45.)

¹⁹⁸ As teorias materiais sobre o objeto litigioso fundamentam-se na acepção: pretensão material (*Windscheid*); em síntese, para este, pretensão material entendia-se poder exigir de outrem ação ou omissão, fazer ou (um) não fazer; objeto litigioso era a própria pretensão material feita valer em juízo utilizando direito e ação (sentido material) permitindo ao titular, afirmando seu direito violado, “ferido”, agir em juízo (CRESCI SOBRINHO, Elício de. **Objeto litigioso no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008, p. 13-14).

¹⁹⁹ O segundo grupo perfilha a seguinte teoria: o objeto da pretensão se constrói pela afirmação de direito (*Rechtsbehauptung*) apresentada pelo autor, perante o réu, sobre cuja justiça o tribunal decidirá. Essa afirmação de direito, sobre a qual recairá a justiça, não precisa ser juridicamente qualificada pelo autor; este último apenas afirma (*behauptet*) ter um direito (conteúdo determinado)

Contudo, independente da corrente teórica, o objeto litigioso é ordinariamente conceituado como um conflito de interesses qualificado pela pretensão do autor e o objeto do processo, sendo este maior do que aquele, pois é composto pelo objeto litigioso juntamente com as questões levantadas pelo réu²⁰⁰. Insta mencionar que o intuito do trabalho não busca criar conceito para o objeto litigioso, mas sim compreendê-lo, por meio de suas correntes teóricas, de modo a sustentar a ideia da completude da tutela jurisdicional constitucional sem que haja lide. Em outras palavras, teceu-se comentários sobre o objeto litigioso com a finalidade de vislumbrar se é possível o desapego a litigiosidade existente no sistema processual pátrio²⁰¹, mediante a aplicação de meios adequados de resolução de conflitos e, a partir daí passível de efetivar princípios constitucionais, bem como a metanorma do processo eficiente disposto no CPC/15.

3.1 Da cultura do litígio para a cultura da pacificação: a busca por um avanço fático e não meramente textual

Sabe-se que o Direito nada mais é do que um produto histórico-cultural, mutável devido aos momentos evolutivos e, ante tal mutação e adaptação social não pode a ciência jurídica ser interpretada de forma dedutiva, tampouco o processo, vez que este deve se adaptar à realidade conflituosa que vai regular, pois tem o intuito de realizar a justiça²⁰².

Nesta linha de pensamento, tem-se que ao acesso à justiça sofreu constante evolução, de modo que os emblemáticos problemas que obstaculizavam a efetividade do processo, ligados as tradicionais limitações ao ingresso na justiça, jurídicas ou fáticas (econômicas, sociais), aos poucos foram sanados. Conforme já ressaltado em algumas oportunidades desta pesquisa, com o advento da Constituição Federal de

não, porém, direito de certo tipo, excepcionando-se a declaratória (CRESCI SOBRINHO Elicio de. **Objeto litigioso no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008, p. 64).

²⁰⁰ SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. **Revista de Processo**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, v.1, n.1, p. 44-45, jul. 1979.

²⁰¹ Nota-se que o presente trabalho não tem como objetivo estudar o instituto da jurisdição voluntária, que se caracteriza como procedimento sem processo, mas sim a utilização da conciliação, da mediação, da arbitragem e de outros métodos de solução consensual de conflitos que servem como *modus operandi* para suavizar a cultura litigiosa existente no sistema processual brasileiro, sem, contudo, deixar de lado a apreciação de um juiz de direito quando necessário.

²⁰² BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do estado constitucional. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2010, p. 17-18.

1988, bem como com a Emenda Constitucional 45 e com o que se pode chamar de constitucionalização do processo, a grande maioria das soluções para as clássicas problemáticas já foram instauradas e outras ainda estão por serem inclusas, não apenas em nosso ordenamento, mas também na concepção daqueles que utilizam do processo. No tocante as principais soluções para os problemas que permeiam o acesso à justiça²⁰³.

Vencidas as limitações clássicas, e seguindo o entendimento dos Autores José Luís Bolzan de Bolsan e Fabiana Marion Spengler, só o acesso à justiça não basta. É necessário o acesso à ordem jurídica justa, que só será possível se respeitadas as garantias constitucionais do devido processo legal²⁰⁴. Ademais, ao dar-se fim ao litígio é necessário que se esteja atento ao critério de Justiça, “*pois o valor justiça figura como objetivo-síntese da jurisdição no plano social ou, do contrário, se teria mera sucessão de arbitrariedades*”²⁰⁵. Ainda no tocante as formas de pôr fim aos clássicos problemas que atingem o processo, além do acesso à justiça, ao respeito as garantias constitucionais do devido processo legal e a inafastabilidade do controle jurisdicional, José Luís Bolzan de Bolsan e Fabiana Marion Spengler defendem que as decisões produzidas devem ser “*capazes de propiciar a tutela mais ampla possível aos direitos reconhecidos. Refere-se aqui a utilidade das decisões*”²⁰⁶. Desta forma, verifica-se necessária uma ruptura das barreiras existentes no processo para alcance de um sistema processual acessível, bem administrado, justo e produtivo. No entanto, é necessário que se analise não apenas os tradicionais problemas que limitam o processo, mas também os atuais problemas que impossibilitam o acesso à ordem jurídica justa.

²⁰³ Sobre o tema dissertam Bolsan e Spengler: “*No Brasil, caminha-se rumo a uma gradativa expansão dos polos processuais. O percurso teve início com Ação Popular (art. 5º, LXXIII, da CF e Lei 4.717/65), Ação Civil Pública (Leis 7.347/85 e 7.913/89), a partir da CF/88, a possibilidade de impetrar Mandado de Segurança Coletivo (art. 5, LXX) e pela expansão da legitimidade do Ministério Público, que passa a atuar em determinadas ações, e às associações qualificadas para causas relativas à tutela do meio ambiente, do consumidor etc. Atualmente, a Emenda Constitucional 45, de 2004 (EC 45/2004) trouxe uma série de alterações ao texto constitucional pretendendo promover o acesso à justiça*” (MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** 3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2012, p. 33).

²⁰⁴ MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** 3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2012, p. 33.

²⁰⁵ MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** 3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2012, p. 33.

²⁰⁶ MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** 3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2012, p. 34.

Sabe-se a importância que fora a conquista pelo direito do acesso à justiça, no entanto se verifica um despreparo para recepção de tal direito, pois a estrutura judicial brasileira não dá conta da quantidade de demandas que são processadas. Devido à sobrecarga de trabalho que enfrenta o Poder Judiciário, que acaba por ignorar garantias como a celeridade processual e razoável duração do processo, temas já conceituados nesta pesquisa, em razão da expressiva quantidade de ações em tramitação, faz-se necessária a adoção de meios que possam desafogar a máquina pública, sem, contudo, tolher direitos já adquiridos pelo cidadão²⁰⁷⁻²⁰⁸.

Nesta linha de raciocínio, José Renato Nalini faz uma crítica a ideia de processo como única solução para resolução de conflitos. Atribuir a um terceiro neutro – e aqui o juiz Estado – a busca pela solução dos conflitos, sendo o processo judicial como única solução, juntamente com a exaustiva procura do jurisdicionado, faz com que o resultado seja o congestionamento dos tribunais, que inviabilizam o bom cumprimento da prestação jurisdicional previsto na Constituição, principalmente no tocante a duração razoável do processo.²⁰⁹ Vê-se aqui que o Autor dá azo aos meios adequados

²⁰⁷ Sobre a crise institucional da justiça brasileira, atestou Guerreiro: “*Novos direitos tutelados levaram à ampliação do número de processos e à necessidade de especialização para a solução de questões cada vez mais complexas, demandando demasiado tempo. Este quadro contribuiu para o aprofundamento da crise institucional da Justiça brasileira, uma vez que não há como julgar com qualidade uma infinidade de questões específicas. Atualmente, há um excesso de causas em todos os graus de jurisdição colocados à análise dos nossos magistrados, dificultando a boa administração da Justiça. O Estado não se mostra capaz de responder adequadamente às necessidades da sociedade*” (GUERRERO, Luís Fernando, *Alternative Dispute Resolution e Adequação ao Momento Histórico – A Questão do Acesso à Justiça*. in CARNEIRO, Athos Gusmão e CALMON, Petrônio (orgs.), **Bases Científicas para um Renovado Processo Civil**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 266).

²⁰⁸ Ainda sobre a crise ora mencionado e a necessidade de procedimentos que possam vir a sanar tal celeuma contemporâneo, leciona Buzzi: “*No ocidente, de modo geral, prepondera a opção institucional que atribui, não exclusivamente, mas ao menos preponderantemente, ao Poder Judiciário a função de solucionar os conflitos de interesses advindos do convívio social, os quais, todavia, atualmente se constata, restaram judicializados de tal forma e monta a ponto de inviabilizar esse modelo no qual a prestação jurisdicional é centralizada. Consequentemente, não mais são supridas as exigências das populações no concernente à efetiva resolução das lides que se originam das relações materiais do seu cotidiano, em tempo considerado útil*” (BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. A mudança cultural pela composição de litígios. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, ed. comem. 25 anos, p. 454, 2014).

²⁰⁹ *O processo judicial converteu-se na única resposta que se oferece para todo e qualquer embaraço no relacionamento. A procura pelo judiciário foi tão excessiva, que o congestionamento dos tribunais inviabiliza o cumprimento de um comento fundante incluído na Carta Cidadã pela Emenda Constitucional 45/2004: a duração razoável do processo. [...] As respostas judiciais são técnicas, nem por isso solucionam o problema. Para encerrar uma lide, o brasileiro pode ser obrigado a percorrer quatro instâncias e se valer de dezenas de oportunidades de reapreciação do mesmo tema, antes um quadro recursal caótico. Por isso cresce a preocupação e o interesse por adoção de alternativas ao processo convencional. O caos reinante impõe a busca dessas opções e a menção mais frequente é a adoção de métodos alternativos como a conciliação, mediação e arbitragem. São respostas mais atraentes para o mercado, pois a longa duração do processo, o seu custo global em valores tangíveis e intangíveis e a álea natural que o sistema envolve despertou*

de solução de controvérsia quando faz o *link* com os problemas do judiciário no tocante a excessiva quantidade de demandas que este não consegue vencer, causando atraso da prestação jurisdicional, bem como frustração daqueles que se socorrem no Poder Judiciário para solução de seus conflitos. José Renato Nalini defende que os meios adequados de solução de controvérsia, e ao defender isto ele inclui a arbitragem, vez que a define em sua pesquisa e afirma ser esta uma das alternativas à justiça verdadeira mecanismo que resolve o problema – e resolve em tempo hábil – eis que promove a “[...] *remoção do ritualismo e do formalismo exagerado do procedimento estéril, da burocracia ínsita ao sistema judiciário, oferece um ambiente de coloquialismo.*”²¹⁰.

Todavia, a simples implementação de meios adequados de resolução de controvérsias não é o suficiente, de modo que não basta apenas positivar métodos que possam vir a minorar a expressiva quantidade de demandas litigiosas que tramitam no Poder Judiciário. É necessária uma mudança cultural e estrutural, tanto do jurisdicionado como daquele que o representa e daquele que julga o processo. Se tais agentes compreenderem que, em determinados casos, a cultura da sentença necessita ser substituída pela cultura da pacificação, há esperanças para que os problemas que assolam a justiça brasileira possam vir a ser solucionados. Sobre a mudança ora proposta dispõe Kazuo Watanabe:

Além do aspecto cultural indicado, o grande obstáculo à utilização mais intensa da conciliação e mediação é a formação acadêmica dos nossos operadores do direito, que é voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses. Ou seja, toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio de processo judicial, em que é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo representante do Estado. O que se privilegia é a solução pelo critério “certo ou errado”, do “preto ou branco”, sem qualquer espaço para a adequação da solução, pelo concurso da vontade das partes, à especificidade de cada caso. É esse modelo ensinado em todas as faculdades de direito do país, sem exceção. E é esse, igualmente, o modelo de profissional do direito exigido pelo mercado para as principais carreiras profissionais, como a advocacia, a magistratura, o ministério público e as procuradorias da república. Quase nenhuma faculdade oferece aos alunos, em nível de graduação, disciplinas obrigatórias voltadas à solução não-contenciosa dos conflitos. Apenas alguns cursos de

alguns nichos da sociedade para a busca de meios mais racionais de se resolver uma questão concreta. (NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. **Justiça Multiportas:** mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. ZENETI JUNIOR. Hermes; CABRAL. Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodvim, 2016.pg. 29)

²¹⁰ NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. **Justiça Multiportas:** mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. ZENETI JUNIOR. Hermes; CABRAL. Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodvim, 2016, pg. 32.

pós-graduação oferecem disciplinas nessa área, mas sem uma ênfase especial²¹¹.

São evidentes os obstáculos que dificultam a operacionalização da conciliação e da mediação, bem como da arbitragem. No entanto, é possível verificar anseios de mudança, haja vista a legislação e programas criados pelo poder judiciário que fomentam a cultura da pacificação. No Brasil a utilização dos meios adequados de resolução de conflitos, ou ainda, do sistema multiportas²¹²⁻²¹³, ou seja, das outras possibilidades para resolução do conflito que não apenas a do judiciário, estão presentes e sendo fomentadas pelo legislador e através de fluxos oriundos do próprio judiciário, que, aparentemente²¹⁴, vê com bons olhos tais mecanismos. Frente a tais

²¹¹ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide (org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**, São Paulo: Dpj, 2005, p. 685.

²¹² A porta do judiciário deixou de ser a única porta que a parte tem para solucionar seu conflito. Novas formas de acesso fazem com que a justiça deixe de ter uma porta única e se torne multiportas. Segundo Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr, a justiça multiportas tem a capacidade de remendar o tecido social. Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. **Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos.** ZENETI JUNIOR. Hermes; CABRAL. Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodvim, 2016.p.37.

²¹³ Sobre tal terminologia esclarece Cesar Felipe Cury: *Ainda na década de 70, nos EUA, com a Pround Conference, se demarca o início do movimento pela democratização do judiciário e a identificação e desenvolvimento científico de novas formas de solução de conflito, para além da pretensão jurisdicional adversarial. A partir de então, Frank Sander inicia os estudos acerca da utilização desses métodos para-judiciários de solução de conflitos, com a sua disponibilização à população desde o sistema de justiça, a que denominou multi-door Courthouse, ou Tribunal multiportas.* CURY. Cesar Felipe. **Mediação. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos.** ZENETI JUNIOR. Hermes; CABRAL. Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 487.

²¹⁴ Acredita-se existir um movimento do Poder judiciário e dos agentes processuais para fomento dos meios adequados de solução de controvérsia, considerando as diversas campanhas que fomentam a autocomposição, bem como os bons índices do relatório justiça em número do CNJ. A título de exemplo, cumpre mencionar o sério trabalho efetuado pelo CNJ e publicado no Relatório Justiça em Números 2018 (ano-base 2017). Em tal documentos, verificou-se que é 12,1% o índice de processos cuja resolução se deu por meio da mediação ou da conciliação. O indicador tem como base de comparação as sentenças e decisões terminativas, sendo considerados os acordos homologados em processos judiciais e descartados acordos em conciliação foi pré-processual, além de transações penais ocorridas em Termos Circunstanciados. A referida pesquisa tem colhido dados desde a publicação do Código de Processo Civil de 2015, sendo que em 2015 o total de sentenças era de 27.586.077, de sentenças homologatórias tinha-se o número de 2.997,547 sendo o índice de conciliação de 11.1%; em 2016 o total de sentenças fora de 30.732.421, sendo um total de 3.602.015 de sentenças homologatórias, de modo que o índice de conciliação fora de 11,9%. Já em 2017, ano base do referido relatório, o total de sentenças chegara a 31.440.038, no tocante as sentenças homologatórias estas foram de 3.737.800, sendo o índice de conciliação de 12,1% conforme já mencionado neste tópico. Ainda que o movimento de crescente da conciliação pareça tímido, e aqui é possível mensurar a conciliação eis que dentre as técnicas ora mencionadas é a que tem como objetivo o acordo entre as partes, não se pode negar que a transformação social e cultural está ocorrendo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018: ano-base 2017.** Conselho Nacional de Justiça, Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. acesso em 30 out. 2018, p. 137).

esclarecimentos, e considerando o objeto da presente pesquisa girar em torno do art. 334 do CPC e como o artigo que fomenta a realização de audiência de conciliação e mediação no início do processo tem se mostrado mecanismos úteis para perquirir o processo eficiente que prega do atual Código de Processo, traça-se alguns conceitos sobre o instituto da mediação e da conciliação, bem como se analisa a o que pretendeu o legislador com o referido diploma legal, bem como a eficiência da práxis, por meio dos dados colhidos do CNJ até então.

3.2 Compreendendo os meios adequados de resolução de controvérsia

Para fins de contextualizar os meios adequados de resolução de controvérsia que se tem no Brasil na contemporaneidade, se faz necessário mencionar como tais meios e a legislação que os circunda evoluíram no direito pátrio. Marcelo Barbi Gonçalves dispõe que na Constituição do Império de 1824 estavam previstas a arbitragem e a mediação prévia obrigatória, previsões estas que não se tornaram eficazes tendo em vista os conflitos políticos entre os partidos Liberais e Conservadores. Na sequência, foi com a edição da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e a previsão das Juntas de Conciliação e Julgamento que a conciliação passou a ser utilizada. Tais Juntas foram extintas com a Emenda Constitucional de 1999, oportunidade em que os órgãos de primeiro grau se transformaram em varas trabalhistas²¹⁵.

Outra norma que contribuiu para o fortalecimento da mediação e conciliação no sistema judicial brasileiro, foi o surgimento da Lei 7.244/1984 que dispõe sobre a criação e o funcionamento do juizado especial de pequenas causas, haja vista que tal legislação popularizou o instituto da conciliação. Subsequente, deu-se o advento da Constituição Federal de 1988, e em seu art. 98, I, houve a previsão de criação dos juzados especiais, sendo estes regularizados pela Lei 9.099/1995, que “*dispõe sobre os Juzados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências*”, e pela Lei 12.153/2009, que versa sobre os Juzados Especiais da Fazenda Pública no âmbito

²¹⁵ GONÇALVES, Marcelo Barbi. Meios alternativos de solução de controvérsias: verdades, ilusões e descaminhos no novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 242, abr., p. 604, 2015.

dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios²¹⁶. Sobre a Constituição Federal como incentivadora dos meios adequados de solução de controvérsia, Trícia Navarro Xavier Cabral afirma que é possível verificar, no Brasil, diversos incentivos aos meios adequados de solução de controvérsia e para exemplificar menciona o Preâmbulo da CF/88 “[...] indicando que o judiciário e os demais poderes (Executivo e Legislativo) são igualmente responsáveis pela harmonia social”²¹⁷. Tal pacificação social também pode ser vista no art. 4º, VII²¹⁸, bem como no art. 5º, XXXV²¹⁹ ambos da Constituição de 88, bem como no II Pacto Republicano assinado em 13.04.2009, que prevê “fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios auto compositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização”, conforme reforça a Autora.²²⁰

Com a promulgação da Lei 8.952/1995, que alterou dispositivos do Código de Processo Civil de 1973 no tocante ao processo de conhecimento e o processo cautelar, a busca pela conciliação a qualquer tempo passou a ser um dever do magistrado, bem como a criação da audiência preliminar, que estimula os litigantes a conciliarem e possibilita o magistrado sanear o processo, foram avanços trazidos pela referida legislação. “Na prática, porém, os processos continuaram sendo saneados por escrito, de forma que o instituto legislativo restou esvaziado”²²¹. Outra legislação que trouxe inovação no tocante as formas alternativas de resolução de controvérsia,

²¹⁶ GONÇALVES, Marcelo Barbi. Meios alternativos de solução de controvérsias: verdades, ilusões e descaminhos no novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 242, abr., p. 605, 2015.

²¹⁷ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Análise comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/2015. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. ZENETI JUNIOR. Hermes; CABRAL. Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodvim, 2016, pg. 464.

²¹⁸ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: VII - solução pacífica dos conflitos. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 jan. 2019.

²¹⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 jan. 2019.

²²⁰ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Análise comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/2015. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. ZENETI JUNIOR. Hermes; CABRAL. Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodvim, 2016, pg. 465.

²²¹ GONÇALVES, Marcelo Barbi. Meios alternativos de solução de controvérsias: verdades, ilusões e descaminhos no novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 242, abr., p. 605, 2015.

é a Lei 9.307/1996 que dispõe sobre a arbitragem, recentemente alterada pela Lei 13.129/2015.

Ainda com fins de compreender a evolução histórica dos meios adequados de solução de conflitos na legislação brasileira, necessária a doutrina de Kazuo Watanabe sobre o tema. O referido Autor esclarece que no Brasil a preocupação por resolução amigável de conflitos sempre existiu, eis que até mesmo no Livro 03, T.20, §1º das Ordenações Filipinas já havia prévio estímulo a resolução do conflito de forma dialogal entre as partes. Ainda num breve relato histórico, Kazuo Watanabe menciona que dois anos após a independência do Brasil, a Constituição do Império de 1824 se mostrou ampla no tocante ao tratamento de conflitos de interesses, eis que seu art. 161 dispunha sobre a reconciliação das partes, já seu art.162 sobre a atuação de juiz de paz. A previsão de tais meios também pode ser encontrada no Código de Processo Criminal de 1932, eis que este disciplinou sobre a conciliação e outros aspectos relevantes²²². No traçado histórico, o Autor, ainda que de forma sucinta, menciona o Regulamento nº 737 de 1850, revogado pelo Decreto nº 359 de 1890, que versava sobre a obrigatoriedade da conciliação, e neste caso em causas comerciais. Analisando tal cenário, Kazuo Watanabe entende que uma ideia de política pública de solução de conflito já existia e vinha sendo bem desenvolvida, mas que sucumbiu por questões políticas e ela ausência de adequação quando de sua implementação.

Na Constituição Federal de 1988, Watanabe menciona que o art. 98, II,²²³ que versa sobre a criação da justiça de paz, expressa verdadeira instituição de “[...] *natureza política, que busca, possivelmente, obter maior participação política dos cidadãos.*”²²⁴ Ademais, tal criação de nada interfere na instituição e implementação de

²²² WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: PELUZO, Antonio Cesar; RICHA, Morgana de Almeida. (Org.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional?** CNJ. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 6.

²²³ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: [...] II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 06 dez. 2018.

²²⁴ WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: PELUZO, Antonio Cesar; RICHA, Morgana de Almeida. (Org.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional?** CNJ. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 7.

políticas públicas de tratamento adequados aos conflitos, como aquelas previstas na Resolução 125 do CNJ.²²⁵

Marco Aurélio Gastaldi Buzzi comenta que em qualquer país que se proceda à análise dos sistemas e métodos empregados para efetivar a entrega da prestação jurisdicional, contata-se que o Estado tem dificuldades para manter a paz social no que diz respeito a dirimir os conflitos de interesses a ele submetidos, e, assim, restabelecer a tranquilidade entre os desavindos, em prazo curto ou mesmo em tempo razoável, observados os modelos tradicionais de resolução de controvérsias²²⁶.

Antes mesmo da criação da Resolução 125/2010 já havia um movimento voltado para fomentar os meios adequados de solução de controvérsias, principalmente no tocante a mediação e a conciliação. Tal movimento pode ser percebido quando da criação do CNJ, em 31.12.2004 e suas diretrizes. Após a instalação do CNJ, em 14.07.2005, tal órgão passou a dialogar com a magistratura, bem como formar parcerias com órgãos como o FONAJE e o FONAJEF. Em 16.11.2005, no I encontro Nacional de Coordenadores dos Juizados Especiais e Juizados Especiais Federais foram estabelecidas metas nas seguintes áreas de

²²⁵ Sobre a Resolução 125 do CNJ, Watanabe pontua o que considera mais importante e defende: *Desde que seja adequadamente implementada a Resolução, certamente assistiremos a uma transformação revolucionária, em termos de natureza, qualidade e quantidade dos serviços judiciários, com o estabelecimento de filtro importante da litigiosidade, com o atendimento mais facilitado dos jurisdicionados em seus problemas jurídicos e conflitos de interesses e com o maior índice de pacificação das partes e conflito, e não apenas solução dos conflitos, isso tudo se traduzindo em redução da carga de serviço do nosso judiciário, que sabidamente excessiva, e em maior celeridade das prestações jurisdicionais. A consequência será a recuperação do prestígio e respeito do nosso Judiciário.* (WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: PELUZO, Antonio Cesar; RICHA, Morgana de Almeida. (Org.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional?** CNJ. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 9). Nesse mesmo sentido Buzzi, Oliveira Moraes e Lorenzoni: O corajoso ato normativo do Presidente do Conselho Nacional de Justiça, a Resolução 125/2010, já é referência histórica. Trata-se do primeiro marco oficial, institucional, e não apenas político-programático, ou de mera gestão, versando sobre o reconhecimento da existência de uma nova modalidade, em que pese o ressurgente, de se solucionar contendas, e nisso inaugura o novo formato da verdadeira *Justiça Nacional*, a qual nasce, ou como Fênix, ressurgue, sob signo da missão cidadã de implantar métodos que detenham a real capacidade de dar pronta solução, em tempo útil razoável, aos conflitos de interesse apresentados no seio das populações, a bem de imensidões de jurisdicionados que a cada dia mais querem e necessitam se valer desses serviços, demonstrando que é, de fato, relevante para o Estado o elemento mais significativo integrante do teorema da ação judicial, qual seja, o “tempo de vida”, durante o qual as partes, pacífica e resignadamente, aguardam a solução do conflito sem recorrer, para tanto, a métodos marginais, até mesmo ilícitos. (BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. Movimento Pela Conciliação – Um Breve Histórico In: PELUZO, Antonio Cesar; RICHA, Morgana de Almeida. (Org.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional?** CNJ. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 47).

²²⁶ BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. Movimento Pela Conciliação – Um Breve Histórico In: PELUZO, Antonio Cesar; RICHA, Morgana de Almeida. (Org.). Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional? CNJ. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 45)

atuação: a) apoio à informatização, virtualização e automação; b) incentivo à padronização de atos e procedimentos; c) prevenção de litígios; d) acompanhamento de penas alternativas e e) juizados informais de conciliação e meios não adversariais de resolução de conflitos²²⁷.

Importante ressaltar que tais metas e diretrizes já vinham sendo estruturadas antes da Resolução 125/2010, o que demonstra que a onda da cultura da pacificação, ou, da mitigação da cultura da sentença, se mostra evolutiva e crescente. O surgimento da Resolução 125/2010 fora, para autores como Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, Geovana Oliveira Moraes e Eduardo Kutz Lorenzoni, um dos maiores avanços no tocante a propagação da cultura da paz e propagação da utilização dos meios adequados de solução de controvérsia.²²⁸

Frente a tais passagens, é possível perceber a crescente busca do legislador por normativas legais que estimulem as formas alternativas de resolução de litígio, contribuem não apenas para que seja possível enfraquecer a crise do judiciário, mas também para que o cidadão consiga resolver os conflitos de maneira rápida e segura, ademais, nos meios alternativos de resolução de conflitos os custos são desprezíveis e a solução é imediata.²²⁹ Nesta linha de pensamento caminhou o Código de Processo Civil.

²²⁷ BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. Movimento Pela Conciliação – Um Breve Histórico In: PELUZO, Antonio Cesar; RICHA, Morgana de Almeida. (Org.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional?** CNJ. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 54.

²²⁸ Impossível é deixar de referir, por fim, e mais uma vez, que foi, sim, concomitantemente às iniciativas legislativas, acerca dos meios consensuais de resolução de conflitos, que o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 125, e o fez com base nas experiências, nas práticas adotadas em todo país, por operadores do Direito atuantes nas mais variadas frentes, lastrado, destacadamente, no princípio da licitude, bem como objetivos estratégicos de eficiência operacional, acesso ao sistema de justiça e à responsabilidade social, já balizados na Resolução-CNJ nº 70/2009, tudo conforme cláusulas fundamentais estampadas também no art.5 XXXV da Constituição Federal, além da vertente formal, perante os órgãos judiciários, que implica o dever do Estado de dar real alcance às populações, aos jurisdicionados, à ordem jurídica justa, bem como a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento os mecanismos consensuais de solução de litígios.” (BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. Movimento Pela Conciliação – Um Breve Histórico In: PELUZO, Antonio Cesar; RICHA, Morgana de Almeida. (Org.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional?** CNJ. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 58). *A resolução 125-CNJ, não há como negar, cria como que uma nova face no âmbito da tradicional Justiça, semblante esse muito mais voltado às camadas menos favorecidas, ao novo estilo de vida ditado pela sociedade de consumo, na qual a velocidade e o volume das relações pessoais, contratuais, e, pois, materiais, exigem, evocam, não prescindem, de meios muito mais céleres, prontos, efetivos, singelos e imediatos, de resolução das contendas daí advindas.* (BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. Movimento Pela Conciliação – Um Breve Histórico In: PELUZO, Antonio Cesar; RICHA, Morgana de Almeida. (Org.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional?** CNJ. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 59.)

²²⁹ Ademais, ressalta-se que somente visualizando a jurisdição de forma ampla, tanto em seus escopos jurídicos, sociais e políticos, é que poderemos compreender a supremacia da autocomposição face

Ademais, e antes mesmo de se ingressar na distinção dos meios utilizados no Brasil para minorar a litigiosidade dispostos no art. 334, qual seja, conciliação e mediação, também se faz necessária a compreensão do que Ada Pellegrini Grinover conceitua como os fundamentos da justiça conciliativa, seja na Autocomposição, em que os conflitantes buscam resolver o litígio, seja na heterocomposição, em que há uma terceira pessoa para resolver o conflito.

A autocomposição e heterocomposição por muito tempo foram tidas como métodos utilizados tão somente por sociedades pouco desenvolvidas, primitivas e tribais²³⁰, principalmente porque seus métodos e características expressavam, por meio de crenças e rituais, a essência da sociedade que a desenvolvia. Ademais, a judicialização das relações interpessoais e a utilização do processo, por muito tempo, representou uma conquista da civilização moderna. Todavia, devido à crise que enfrenta a justiça brasileira, bem como em decorrência das características que lastreiam a via conciliativa, tal método passou ser visto com bons olhos pelos operadores do direito.

Uma das características das formas alternativas de resolução de conflito, relacionada a sua funcionalidade, vez que busca resolver uma das atuais celeumas do processo, é a eficiência. A utilização da autocomposição ou heterocomposição se mostra eficiente quando empregada de forma correta, ou seja, em demandas que não se faz necessário o emprego de preciosismos processuais e relacionadas a direitos que as partes, *a priori*, podem dispor. Nesse sentido, esclarece Ada Pellegrini Grinover:

Trata-se de buscar a racionalização na distribuição da justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados que buscam a autocomposição. E trata-se ainda de certas controvérsias que permaneceriam sem solução na sociedade contemporânea perante a inadequação da técnica processual para a solução de questões que envolvem, por exemplo, relações comunitárias ou de vizinhança, a tutela do consumidor, os acidentes de trânsito, etc. Os Juizados Especiais ocupam-se dessas controvérsias, mas eles também estão sobrecarregados, por força da competência muito alargada eu lhes atribuiu a lei²³¹.

aos demais meios solucionadores das controvérsias. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A autocomposição como catalisadora da prestação jurisdicional. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, 2001, p. 118.

²³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 4, n. 14, jul./set, 2007, p. 16.

²³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 4, n. 14, jul./set, 2007, p. 18.

Outro fundamento trazido por Ada Pellegrini Grinover, e que se desvela como fundamento social, diz respeito a pacificação. Consubstanciada na ideia de que a solução de conflitos, assim como a jurisdição, tem um viés social, a busca pela pacificação, por meio da adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias, comumente atende mais os anseios dos jurisdicionados do que a própria sentença, que por vezes é impugnada toda ou em parte pelos conflitantes. Assim, “a disseminação da paz, do diálogo, da harmonia, da pacificação, vale dizer, efetiva-se uma real mudança de cultura, migra-se da cultura do litígio para cultura da paz”²³².

O terceiro, mas não menos importante fundamento da justiça conciliativa, se desvela como um fundamento político, qual seja, a participação. Tem-se aqui a participação popular na administração como um sustentáculo dos meios alternativos de resolução de controvérsia, pois expressa a inserção da democracia participativa em que o Estado detém o poder (leia-se jurisdição).²³³

No entanto, não é uníssono na doutrina que as formas outras de resolução de controvérsia que não a clássica jurisdição oriunda do juiz-estado, posta da forma que se dá no atual CPC. Nesse sentido é possível extrair a crítica de Michele Taruffo que guarda críticas sobre o sistema alternativo de resolução de conflitos. A crítica do Autor permeia problemas contundentes dos ADR²³⁴, e aqui se refere ao *Alternative Disput*

²³² AMORIM, José Roberto Neves. O CNJ, a mediação e a conciliação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v.11, n.43, out./dez, 2014, p. 344.

²³³ Nesse sentido leciona Grinover: Esta – a participação mediante a Justiça – significa a própria utilização do processo como veículo de participação democrática, quer mediante a assistência judiciária, quer mediante os esquemas da legitimação para agir. Aquela – a participação na administração da Justiça – desdobra-se, por sua vez, em diversas facetas. Inseridos os procedimentos conciliativos, ainda que de natureza jurisdicional, no quadro da política judiciária, a intervenção de leigos na função conciliativa também se coloca no âmbito da participação popular a administração da justiça GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 4, n. 14, jul./set, 2007, p. 20-21.

²³⁴ Sobre as formas de ARD, ainda que não seja objeto desta pesquisa, cumpre ressaltar que são as mais diversas, existindo tipos de ARD no âmbito federal, bem como no âmbito estadual, sendo estes os mais diversos, tendo em vista cada estado ter sua lei processual própria. Há ADRs endoprocessuais (dentro do processo) e extraprocessuais (em que as partes podem ingressar com a ação judicial mesmo após terem sido submetidas a um ADR, observando, as peculiaridades de cada caso. FACCHINI NETO, Eugênio. ADR (alternative dispute resolution) - Meios alternativos de resolução de conflitos solução ou problema? **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, v. 5, n. 17, out./dez. p.120, 2011. Sobre a utilização do ADR e sua importância destacam-se os ensinamentos de Stöber: “Por um lado, os meios alternativos de solução de conflitos têm a vantagem de serem baseados em um acordo entre as partes. Muitas vezes, para alcançar uma pacificação duradoura do conflito, uma decisão resultante de meios alternativos de resolução de litígios pode revelar-se mais adequada do que a decisão de um tribunal do Estado, imposta unilateralmente às partes e que contraria pelo menos a vontade de uma delas. Em segundo lugar, pelos meios alternativos de solução de conflitos, pode-se evitar um processo judicial que frequentemente dura muitos anos e passa por várias instâncias.” (STÖBER, Michael. Os meios alternativos de solução de

resolution de forma ampla, mas que engloba a mediação e a conciliação, objeto deste trabalho.

Michele Taruffo argumenta que o fenômeno cultural é importante fator para que se tenha êxito na utilização de meios alternativos de resolução de controvérsia, pois a ruptura cultural de uma sociedade tipicamente litigiosa e pouco dialogal, não é alterada a partir de uma criação (imposição) legislativa.²³⁵ A partir da crítica do mencionado Autor, é possível compreender que os meios auto compositivos, como a conciliação e a mediação, se traduzem como produto de uma cultura alternativa à jurídica, aquilo que o Michele Taruffo chama de “justiça existencial”, diferente da “justiça conflitual”, que é típica do processo. Ocorre que no Atual Código de Processo Civil temos o fomento da justiça existencial inserida quando o conflito já está instaurado. Desta forma, a “justiça existencial” apenas supera, não aprofunda o problema.²³⁶

No entanto, fenômenos culturais e ideológicos não bastam para compreender o fenômeno dos meios alternativos/adequados de resolução de controvérsia. Segundo Michele Taruffo, o que vem ocorrendo, principalmente na Itália, onde o processo claramente não tramita da forma que deveria, eis que o Judiciário, assim como acontece no Brasil, se encontra sobrecarregado; não é mudança ideológica ou cultural, mas sim artifício do Estado, através da imposição legislativa dos ADRs, de reduzir a carga de trabalho, eis que ele não consegue dar conta. Assim o Autor aduz

conflitos no direito alemão e europeu: desenvolvimento e reformas. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.244, jun. p.362, 2015.).

²³⁵ De um lado entram em jogo elementos de natureza cultural. A diferença do que acontece nos sistemas como chinês e o japonês, onde a filosofia confuciana está lá sempre à base do tradicional favor pela mediação, nos ordenamentos ocidentais o fundamento cultural das tendências favoráveis à ADR é muito recente e – por certos lados – muito menos sólido. A segunda dos casos e dos momentos, essa inclui aspectos diversos. Um desses aspectos é a emergência, nos Estados Unidos dos anos 60 e 70, de uma cultura “alternativa” em relação à cultura jurídica prevalente, na qual métodos conciliadores e comunitários de solução de controvérsias (especialmente aqueles de menor valor, típicos das camadas mais pobres da sociedade) foram contrapostas ao recurso às cortes como remédio mais acessível e mais eficaz. Não por acaso, estas orientações nasceram no âmbito da sociologia e da filosofia social e encontraram um sucesso muito limitado entre os juristas norte-americanos. Esta cultura chega na Europa com alguns decênios de atraso (como frequentemente acontece) determina o florescimento de uma verdadeira e própria moda em favor “às alternativas”. TARUFFO. Michele. **Ensaios sobre o processo civil**: Escritos sobre processo e justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.p.29.

²³⁶ TARUFFO. Michele. **Ensaios sobre o processo civil**: Escritos sobre processo e justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.p.29.

que “[...] o sucesso da ADR é diretamente proporcional – e de fato é uma imediata consequência – da ineficiência da justiça do Estado.”²³⁷

Ainda em dura crítica, este afirma que existem quatro pontos importantes que descaracterizam os meios alternativos como melhores meios ou opção primordial, antes mesmo da jurisdição oriunda do Estado, são eles: Dificuldade na mediação, eis que esta se apresenta como verdadeira renúncia de direitos, pois sempre vai gerar para um dos envolvidos na renúncia de à reivindicação integral do próprio direito, eis que “a mediação não serviria para tutelar direitos, mas para realizar o compromisso entre interesses não qualificados juridicamente.”²³⁸. Assim, não parece crível para o referido Autor que a mediação seja equivalente à tutela jurisdicional. Outra problemática que este levanta diz respeito a possibilidade de que meios alternativos fomentem desigualdades, de modo que uma das partes poderia impor solução mais vantajosa diante da parte mais fraca.²³⁹ Não muito diferente da segunda dificuldade apresentada, a terceira crítica/dificuldade é no tocante a tutela dos sujeitos fracos. É de amplo conhecimento que a legislação protege sujeitos fracos, ou seja, que possuem algum tipo de hipossuficiência. A concretização de tal proteção, segundo

²³⁷ TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil: Escritos sobre processo e justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p.31. Nesse sentido: *Em vários ordenamentos – e este respeito o exemplo da Itália é particularmente significativo – a razão desta intervenção do legislador está na crise profunda que caracteriza o funcionamento da justiça cível “pública”, e na incapacidade de o próprio legislador remediá-la. Nessas situações, o favor do legislador em relação aos métodos da ADR não é motivado por particulares razões culturais (mesmo se as ideologias neoprivatísticas influem nos ordenamentos legislativos), mas por uma banal e dramática razão prática: dado que justiça do Estado não funciona, o legislador tenta desviar a maior quantidade possível de controversas para fora dos canais jurisdicionais, com o escopo de reduzir a carga de trabalho dos juizes e de consentir às partes encontrar “qualquer” solução para os seus problemas. Em substancia, o legislador envia aos cidadãos uma mensagem deste gênero: “Porque o Estado não é capaz de oferecer uma tutela jurisdicional eficiente aos vossos direitos, dirija-se para outro lugar – à conciliação ou à arbitragem – para resolver suas controvérsias.* (TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil: Escritos sobre processo e justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 30.)

²³⁸ TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil: Escritos sobre processo e justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 32.

²³⁹ *Uma segunda relevante dificuldade concerne ao fato de que, em regra, a mediação não está em grau de eliminar ou, ao menos, reduzir, as consequências da desigualdade que podem subsistir – e que, frequentemente, existem – entre as partes da controvérsia. Em geral, os métodos de mediação não afrontam o problema, e nem sequer é lícito esperar que o mediador seja ativo no sentido no sentido de proteger a parte mais fraca contra as prevaricações da parte mais forte: ele, de fato, deve ser neutro, se quiser conseguir o objetivo próprio que consiste em assegurar que as partes cheguem, afinal, em um acordo. Nada excluí, portanto, que no âmbito da mediação sejam alcançadas soluções injustas, não somente porque não se tem em conta a dimensão jurídica da controvérsia, mas também porque a parte mais forte está sempre em grau de impor a solução mais vantajosa para si à parte mais fraca. Não se pode, de fato, excluir que a mediação funciona no sentido de amplificar a desigualdade entre as partes, ao invés de lhe colocar qualquer remédio.* (TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil: Escritos sobre processo e justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 32)

Michele Taruffo, é fazer com que seus direitos sejam indisponíveis. No entanto, fazer com que estes sujeitos fracos componham a lide através da mediação seria um retrocesso, pois “[...] tende-se, de fato, a eliminar a proteção constituída da indisponibilidade do direito e, da possível intervenção do juiz na tutela desse direito.”²⁴⁰

A última crítica de Michele Taruffo sobre os meios alternativos de resolução de conflitos, principalmente a mediação, é no tocante aos Direitos Fundamentais. Para o Autor que se passa a esclarecer as críticas, não é crível transacionar em conflitos que envolvem direitos fundamentais, pois estar-se-iam os reduzindo às consequências econômicas quando de sua violação. “*Para assim dizer, a essência dos direitos fundamentais está no fato de que ele não são monitorizáveis.*”²⁴¹

Frente a tais críticas, Michele Taruffo afirma ser a jurisdição, através de um processo eficiente, ainda a melhor alternativa²⁴². Desta ideia de processo eficiente como melhor opção para resolução de conflito, não se pode ignorar o quão paradoxal é perquirir eficiência no processo tendo em vista a atual situação do Estado e, conseqüentemente do Poder Judiciário – além do fato de que até o conceito da terminologia parece ter divergência doutrinária –. É neste sentido que Fabiana Mariana Spengler afirma existir uma crise da eficiência, crise esta intimamente ligada à crise de identidade, uma vez que, impossibilitado de responder de modo eficiente à

²⁴⁰ *A mediação, ao invés, opera no sentido contrário, porque pressupõe que o acordo entre as partes seja alcançado precisamente porque eles dispõem dos próprios direitos (e na verdade, não os tomem nenhum em consideração). [...] Prefere-se, invés, um método de solução de controvérsia que expõe o sujeito fraco a todas as consequências negativas de sua fraqueza, e, em particular, à necessidade de aceitar uma solução de controvérsia que expõe o sujeito fraco a todas as consequências negativas de sua fraqueza, e, em particular, à necessidade de aceitar uma solução que a parte forte impõe. Isto que, neste modo, vem reforçado não é a posição da parte fraca, mas a posição do sujeito que está em grau de desfrutar a própria supremacia econômica e social.* (TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil**: Escritos sobre processo e justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 33)

²⁴¹ TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil**: Escritos sobre processo e justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 33-34.

²⁴² *É evidente que o problema das técnicas de solução de controvérsias não pode ser colocado com a costureira simplificação do tipo “ou o processo ou a mediação”, ou “ou o processo ou a arbitragem”, onde a premissa implícita – mas não difícil de explicitar – é a de que o processo deveria ser abandonado ao seu destino e as partes deveriam prover sozinhas – no âmbito do c.d privado – para resolver seus conflitos. Ao contrário: visto que a jurisdição permanece a primeira e principal alternativa, as técnicas de mediação e de arbitragem podem ser empregadas no contexto da jurisdição. Nesta direção, existe amplo espaço para soluções novas, que coloquem, de fato, os cidadãos na condição de resolver suas controvérsias de modo equo, legítimo e eficiente.* (TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil**: Escritos sobre processo e justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 42-43)

complexidade social e litigiosa com a qual se depara, o Judiciário sucumbe perante a inovadora carga de tarefas a ele submetidas.²⁴³

Sem qualquer pretensão de refutar os argumentos de Michele Taruffo, não se pode deixar de ressaltar que as críticas deste talvez não atinjam os meios adequados de solução de controvérsia que estão dispostos no atual CPC, eis que este prevê a impossibilidade da realização da audiência quando não se admite autocomposição, como é o caso de direitos indisponíveis. Ademais, a ideia de que a mediação iria gerar situações de desigualdade também parece ser inaplicável no atual direito processual brasileiro, eis que entre as normas fundamentais do processo civil está prevista paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais.

Face a paridade de armas previstas, bem como proteção de direitos indisponíveis, bem como noção que estão em fase metodológica do processo em que a visão dos agentes processuais estão voltadas para uma ideia sistematicamente cooperativa e processual na busca pela solução do conflito; acredita-se refutável as problemáticas levantadas pelo autor em análise no modo como os meios adequados de solução de conflito estão postos no atual regramento processual – e aqui não apenas no CPC/15, mas também na lei de mediação –.

Superada as críticas da ideia de que a jurisdição não seria a melhor opção, mas sim a solução do conflito através da autocomposição; é possível concluir que os fundamentos de cunho funcional, social e político, bem como a crise que abala o bom funcionamento do judiciário unida a descrença do jurisdicionado para com as decisões judiciais, fazem com que os meios alternativos de solução de controvérsias sejam cada vez mais utilizados. No Brasil, a mediação e a conciliação são as clássicas formas de resolução de controvérsias, todavia, ainda que consideradas clássicas, pois de desvelam como as formas de resolução de controvérsias universalmente reconhecidas, não devem ser vistas como absolutas, pois muitos outros meios alternativos de resolução de litígios podem ser empregados.

3.2.1 Da Mediação

A mediação tem como característica ser um método não adversarial que prioriza a autonomia das partes. O mediador, que tem como atributo ser pessoa

²⁴³ SPENGLER. Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.p.110.

neutra, age de forma a possibilitar o diálogo entre os envolvidos, no intuito de que eles venham a deliberar. Diferentemente do árbitro, pois, o mediador não decide. A lei 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, conceitua a mediação como “*a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia*”²⁴⁴. Para fins de esclarecer o conceito doutrinário da mediação, importante mencionar os ensinamentos de Buzzi:

Mediação é uma palavra originária do vocábulo *mediare* que significa medir, dividir ao meio, intervir, colocar-se no meio de, e, assim, no âmbito dos meios de resolução de conflito a expressão diz respeito a um método não-adversarial, de composição de disputas, o que privilegia o princípio jurídico da autonomia privada, resultante do fato da coparticipação de todos que estão inseridos na sociedade poderem interagir ativamente da construção de mecanismos voltados à pacificação dos conflitos de interesses, próprios do convívio social²⁴⁵.

Para Fabiana Marion Spengler, o termo mediação traz a ideia de que as partes resolvem seu conflito, mas que exista um terceiro elemento – mediador- que está entre as partes, e não sobre elas, e é responsável pela gestão ativa do conflito, com a finalidade não decidir, mas de fazer com que aqueles que estão imersos no conflito consigam chegar num acordo²⁴⁶.

A mediação, segundo José Eduardo Elias Romão se caracteriza como um procedimento de realização de justiça no âmbito do Estado Democrático de Direito. Para o referido Autor, fez-se uso do modelo decisório da mediação redefinido conforme os termos do paradigma procedimental, justamente porque se supõe que um “modelo” de Justiça Procedimental é o mais apropriado à constituição de uma Sociedade formada por sujeitos de liberdades comunicativas e, portanto, voltados à

²⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 05 de dez. 2018.

²⁴⁵ BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. A mudança cultural pela composição de litígios. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, ed. Comem. 25 anos, p. 454, 2014.

²⁴⁶ SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.p.318.

coordenação discursiva de suas ações. Definição, esta capaz, por si só, de erigir um ponto de partida através do qual as pessoas possam pleitear sua participação neste processo de mundialização econômica, política e social. Processos de mudança fazem com que ocorra uma mudança de paradigma.²⁴⁷

Para Brunela Viera de Vicenzi e Ariadi Sandrini Rezende o conceito da mediação pode ser interpretado como mecanismo que soluciona o conflito de forma consensual, a partir da viabilidade do diálogo entre as partes, fazendo com que estas administrem e resolvam seu conflito. Para as referidas autoras o mediador possui papel fundamental ao incentivar as partes na resolução do conflito, pois colaboram para que os mediados exercitem a comunicação e identifiquem seus interesses e necessidades convergentes. Por tal motivo o preparo destes profissionais é de suma importância, eis “[...] *administrar bem um conflito é aprender a lidar com o mesmo, de maneira que o relacionamento com a outra parte não seja prejudicado.*”²⁴⁸

A partir de uma análise de Warat, os Autores Leonel Severo Rocha e Sheila Marione Uhlmann Willani esclarecem que a mediação visa, fundamentalmente uma reaproximação das partes, fazendo com que estas retomem aquilo que o litígio desfez, qual seja, o diálogo e a convivência. “[...] *o seu maior objetivo é de pacificar as relações que estavam em conflito, de modo a restaurar a convivência e o diálogo entre as partes.*”²⁴⁹

Conceituam a sistemática da mediação como a busca pelas partes, por meio de terceira pessoa (mediador), de uma resposta que beneficie a todos. Para a doutrina estudada, a mediação deve ser compreendida partir de uma unidade temática, eis que oriunda de:

“[...] um processo de comunicação estática repousando sobre a responsabilidade e autonomia dos participantes dentre os quais um terceiro – imparcial -, independente, neutro, com a única autoridade que lhe reconhece os mediados – favorece contatos confidenciais

²⁴⁷ ROMÃO, José Eduardo Elias. A mediação como procedimento de realização de justiça no âmbito do Estado Democrático de Direito. **Revista dos Juizados Especiais**. Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/35204/a%20media%C3%A7ao%20como%20procedimento%20de%20realiza%C3%A7ao%20de%20justi%C3%A7a.pdf?sequence=1> Acesso em 02 jan de 2019. p.27.

²⁴⁸ VICENZI, Brunela Vieira de; REZENDE, Ariadi Sandrini. A mediação como forma de reconhecimento e empoderamento do indivíduo. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. ZENETI JUNIOR. Hermes; CABRAL. Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodvim, 2016, pg. 531.

²⁴⁹ ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, Sheila Marione Uhlmann. Desamor e mediação: releitura sistêmica da ecologia do desejo de Warat. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 30, 2014. p.115.

estabelecidos, e capazes de restabelecerem relações sociais, a prevenção ou a regulamentação da situação em causa.”²⁵⁰

Assim, a mediação não pode ser considerada uma ferramenta que é usada tão somente para diminuir a quantidade de demandas judiciais²⁵¹. Os autores projetam a mediação como “*um modelo de observação fundado em uma perspectiva sistêmica em que a comunicação se originasse autopoieticamente desde a incorporação do outro em um “nós”*.”²⁵²⁻²⁵³ O papel do mediador é tornar visível o não dito que deu origem a quebra comunicativa. Leonel Severo Rocha e Sheila Marione Uhlmann Willani descrevem o mediador como “*um foco de luz para encontrar uma unidade escondida*”.²⁵⁴

Desta forma, tal técnica contribui para que as partes coloquem em prática o poder da autonomia e da democracia, eis que neles está investido a responsabilidade que, ordinariamente, se delega ao Poder Judiciário, qual seja, de resolver os conflitos. Sobre os impactos da mediação na vida, sábios são os ensinamentos de Luís Alberto Warat:

A força social da mediação radica em sua possibilidade retirar operadores do direito de seu labirinto, levá-los para as práticas existências. As práticas jurídicas precisam encontrar a saída para o mundo, aproximar-se aos excluídos, que são os esquecidos do mundo; aqueles que o social sequer repara sua existência[...] No mundo do Direito e suas linguagens o rosto secreto de Deus se chama Mediação (como produto de diferenças no conflito). Qual é o idioma de Deus? Dominá-lo é a pretensão dos intelectuais, dos cientistas e juristas na modernidade; eles são os que têm a pretensão de ser os bibliotecários de Babel. Se as bibliotecas e os bibliotecários de Babel forem possíveis sempre existirá um leitor novo, que produzindo a diferença

²⁵⁰ ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, Sheila Marione Uhlmann. Desamor e mediação: releitura sistêmica da ecologia do desejo de Warat. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 30, 2014. p.115.

²⁵¹ ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, Sheila Marione Uhlmann. Desamor e mediação: releitura sistêmica da ecologia do desejo de Warat. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 30, 2014. p.116.

²⁵² ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, Sheila Marione Uhlmann. Desamor e mediação: releitura sistêmica da ecologia do desejo de Warat. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 30, 2014. p.117.

²⁵³ Quanto a uma das definições de Direito Autopoiético esclarece Clam: “*O Direito é um sistema no qual o fechamento é irredutível e não relativizável. Ele não pode ser mais ou menos fechado, mais ou menos autopoiético, porque suas operações não podem ter referência fora dele mesmo. Não há gradualidade na autopoiése: ou o sistema é autoprodutor, ou ele não o é. Há, aí, uma dureza inflexível, na alternativa.*”. (ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. v. 1.p.100.)

²⁵⁴ “*Uma sociedade que cultua a violência e as reações de causa e efeito não pode exigir de maneira simples condutas pacifistas. Aí está o papel do mediador sistêmico, ter como objetivo, além dos envolvidos diretamente, a contusão de uma cultura da paz.*” ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, Sheila Marione Uhlmann. Desamor e mediação: releitura sistêmica da ecologia do desejo de Warat. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 30, 2014. p.117.

retornará o sonho impossível. Será o bibliotecário de Babel tem que ser inexoravelmente cego?²⁵⁵

No entanto a ideia de retomada do debate através da mediação, bem como força emotiva que carrega tal instituto é defendida por Luís Alberto Warat não é uníssona na doutrina, eis que o conceito da mediação, por vezes, pode ter compreensões voltadas para vieses de economia processual e eficiência quantitativa. Nesse sentido defende José Renato Nalini, eis que para tal autor a mediação expressa economia de tempo e dinheiro, maior controle do processo pelas partes, bem como maior satisfação quando dos acordos. Percebe-se, através da compreensão ora mencionada, uma visão mais pragmática do meio de solução de controvérsia em análise.²⁵⁶

Tanto na mediação, como na conciliação, existem princípios que norteiam o instituto, dentre eles: da imparcialidade do mediador, da isonomia entre as partes, da oralidade, da informalidade, da autonomia da vontade das partes, da busca do consenso, da confidencialidade e da boa-fé - tudo conforme dispõe o art. 2º da lei 13.140/2015. Sobre a principiologia, interessante é a análise feita por Ravi Peixoto. O referido autor aduz que tanto para mediação como para conciliação, é possível perceber a aplicação dos seguintes princípios: independência²⁵⁷, imparcialidade, autonomia vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade, decisão informada,

²⁵⁵ WARAT, Luís Alberto. **A Rua Grita Dionísio!** Direitos Humanos da Alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. 3/7.

²⁵⁶ A mediação é um sistema também utilizado no Brasil e inspirado na experiência norte-americana. Três os fatores que a recomendam: a) economia de tempo e dinheiro; b) controle do processo pelas partes; c) obtenção de acordos mais satisfatórios. Uma pesquisa levada a efeito pela Fundação para a prevenção e Resolução Antecipada de Conflitos – PERC, a siga em inglês 0 da Universidade de Cornell e da Price water house Coper LLP, conhecida como Cornell Survey, constatou que a mediação alcançou acordo em 78% dos casos. NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. **Justiça Multiportas:** mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. ZENETI JUNIOR. Hermes; CABRAL. Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodvim, 2016, pg. 30.

²⁵⁷ Sem a pretensão de analisar cada um dos princípios, eis que o objeto da pesquisa é analisar a mediação e a conciliação propostas no art.334 como um mecanismo eficiente (ou não) na atual fase do processo civil brasileiro, vale destacar que no tocante ao princípio da independência, este garante autonomia tanto para o conciliador quanto para o mediador, quando estão no exercício de suas funções, permitindo que estes possam coordenar as audiências ou sessões sem interferência do magistrado, de modo que aqueles profissionais podem recusar, suspender ou interromper as sessões quando não apresentadas as condições necessárias. Tal autonomia vai ao encontro da ideia de meios adequados como outra porta, que não a clássica da jurisdição. PEIXOTO, Ravi. Os “princípios” da mediação e da conciliação. **Justiça Multiportas:** mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. ZENETI JUNIOR. Hermes; CABRAL. Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodvim, 2016, pg. 96.

busca do consenso, isonomia entre as partes, boa-fé, competência, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.²⁵⁸

No entanto, ainda que o referido autor tenha relacionado princípios, nada impede que os princípios dispostos nas normas fundamentais do processo civil não também sejam aplicáveis aos institutos tanto da mediação como da conciliação, eis que tal principiologia não é exaustiva, bem como pelo fato de que os princípios fundamentais do CPC/15 não são setoriais, ou seja, não são destinados tão somente para mediação e conciliação. *“Assim, por exemplo, as normas fundamentais (composta por princípios e regras) que constam nos 12 artigos do CPC/15 também condicionam a interpretação das regras atinentes a essas formas de solução de conflitos”*.²⁵⁹

Insta mencionar que a presente pesquisa não busca conceituar cada princípio, todavia, alguns deles vale o destaque, dentre eles o da confidencialidade. Este merece atenção especial, pois se aplica não apenas ao mediador, mas também às partes, seus prepostos, aos assistentes técnicos e demais pessoas de sua confiança que tenham participado do processo. A confidencialidade e o dever de sigilo na mediação, bem como na conciliação, estão previstos no art. 166, §2º do Código de Processo Civil e 2015. Sua principal função é fazer com que, caso as partes não entabulem acordo, as informações tratadas na sessão não sejam utilizadas em desfavor no processo judicial. Assim, ousa-se dizer que é possível perceber que neste princípio não só a importância da mediação, mas o fortalecimento das partes na resolução de seus conflitos, permitindo-lhes dialogar livremente, sem receios e amarras, e é por esta razão que não se aconselha que seja o magistrado que atue como mediador ou conciliador²⁶⁰. Ademais, a confidencialidade, que acarreta numa

²⁵⁸ PEIXOTO, Ravi. Os “princípios” da mediação e da conciliação. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. ZENETI JUNIOR. Hermes; CABRAL. Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodvim, 2016, pg. 93.

²⁵⁹ PEIXOTO, Ravi. Os “princípios” da mediação e da conciliação. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. ZENETI JUNIOR. Hermes; CABRAL. Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodvim, 2016, pg. 93.

²⁶⁰ Nesse sentido, esclarece Ravi Peixoto: A exigência da confidencialidade é um dos principais motivos pelos quais o juiz não pode atuar como mediador ou conciliador (para além da eventual falta de treinamento específico). É por, que um lado, as partes não iriam se sentir à vontade para fornecer dados confidenciais, que podem ser relevantes para que seja alcançado um consenso, por receio de que o juiz venha a ser influenciado caso não seja alcançado sucesso na negociação. E, por outro, o juiz dificilmente conseguiria manter a imparcialidade tendo conhecimento de dados confidenciais, que não se seriam relevados em um processo judicial no momento de proferir a sentença. PEIXOTO, Ravi. Os “princípios” da mediação e da conciliação. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. ZENETI JUNIOR. Hermes; CABRAL. Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodvim, 2016.pg. 93. Também

maior autonomia das partes, contribuem para o fortalecimento do sistema multiportas, ou seja, a ideia de que o jurisdicionado tem mais de uma porta para resolução do seu conflito.

Outro importante ponto a ser tratado sobre a mediação, é sua possibilidade de forma não judicial, leia-se, extrajudicial. O mediador extrajudicial pode ser qualquer pessoa escolhida pelo conflitantes, cumprindo os requisitos de ser pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, que observe as exigências legais²⁶¹. Para fins de controlar tais atividades, o art. 167 do atual Código de Processo Civil dispõe sobre a regularização dos conciliadores, dos mediadores e das câmaras privadas de conciliação, devendo tais profissionais serem inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

Face as características da mediação, seus princípios norteadores e sua possibilidade na esfera extrajudicial, acredita-se que tal instituto, se utilizado, tem muito a contribuir para que minore a crise instaurada no poder judiciário, bem como desmistificar a litigiosidade que atualmente está impregnada no cidadão brasileiro. Inobstante, não só a mediação pode servir como instrumento útil para desafogar o judiciário e mudar a cultura social no tocante a sua postura litigante, a conciliação também é ferramenta hábil para tanto. Sobre a importância de tal instituto e suas características, Peruffo e Silva afirmam que, esta, *“talvez seja umas das mais interessantes formas de solução de conflitos, pois trata o conflito como um problema*

sobre a atuação dos magistrados como mediadores ou conciliadores, explica Juliana Loss de Andrade em nota: Existem questionamentos sobre a possibilidade de que o magistrado atua como mediador. Alguns países permitem essa atuação, outros limitam o magistrado ao exercício de seus poderes conciliatórios e não propriamente à mediação. Por fim, há sistemas em que os magistrados podem atuar como mediadores, mas com a ressalva de que não atuem como julgadores no mesmo caso. ANDRADE, Juliana Loss. Magistratura & Mediação. In **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. ZENETI JUNIOR. Hermes; CABRAL. Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodvim, 2016, pg. 217.

²⁶¹ BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 05 out. 2018.

a ser superado não apenas naquele “problema” específico, mas sim como análise geral contexto conflituoso”²⁶².

Todavia, e talvez aderindo a um pensamento waratiano no tocante a utilização dos meios adequados de solução de controvérsia, afirma-se que estes, principalmente a mediação, tem como principal objetivo a retomada do vínculo rompido quando do litígio, propiciando diálogo entre as partes, não servindo única e exclusivamente como uma ferramenta as mãos do magistrado para diminuir a pilha de processo que precisam ser julgados. Nesta busca, ou recuperação, do diálogo entre partes é possível vislumbrar não apenas eficiência da metanorma que assim fomentou a mediação, mas também eficiência do processo quando o resultado é a composição da lide.

3.2.2 Da Conciliação

Conforme já mencionado, é sutil a diferenciação entre o conceito de conciliação e o conceito de mediação, mas é importante ressaltar que tais meios de resolução de conflito não se confundem, devido ao fato de que ambos (mediação e conciliação) serem meios que visam solucionar a controversa, ou seja, o litígio e os que os diferencia é a forma com que o terceiro, no caso árbitro ou conciliador, participa em cada um destes métodos²⁶³⁻²⁶⁴. Sobre tal diferenciação, importante são as considerações de José Luís Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler, haja vista os Autores compreenderem que a diferença fundamental entre a mediação e a conciliação se encontra no conteúdo de cada instituto, entendendo os referidos autores que, devido ao fato da conciliação buscar, na grande maioria das vezes, um acordo, ela acaba por analisar com maior profundidade o conflito, diferentemente da mediação, em que o terceiro não intervém de modo tão efusivo, eis que tão somente

²⁶² SILVA, Eduardo Peruffo e. Aplicação prática nos cursos de direito dos meios alternativos de solução de conflitos (conciliação, mediação e arbitragem). **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 21, n. 27, jan. 2014, p. 388.

²⁶³ Ainda que sobre a égide do CPC/73, destaca-se o conceito de conciliação para Darci Guimarães Ribeiro: A conciliação foi uma das metas principais da reforma, que o legislador prestigiar, sobremaneira, a autocomposição como forma de resolução dos conflitos, estimulando-a, ao máximo. Não seria exagero dizer que ela, a autocomposição, foi equiparada à jurisdição, na medida em que aquela se constitui um filtro desta, pois, estimulando-a, estar-se-ia, compondo conflitos sem a necessidade de o juiz julgar a causa [...].RIBEIRO, Darci Guimarães. **A tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p.179.

²⁶⁴ GUERRERO, Luís Fernando. Conciliação e mediação - Novo CPC e leis específicas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v.11, n.41, abr./jun. 2014, p. 26.

intermedeia a relação, sendo que cumpre mais as partes a retomada do diálogo e resolução do conflito²⁶⁵.

Segundo José Renato Nalini, a conciliação parte do pressuposto de que a obtenção de acordo entre pessoas que se antagonizam é mais eficiente do que entregar a um técnico a outorga de uma solução neutral. Conciliar é harmonizar, pacificar e acalmar os ânimos. É uma estratégia mais eficiente e muito mais ética do que a decisão judicial. Esta pode desagradar ambas as partes envolvidas no litígio e é heterônoma, ou seja, a vontade do Estado se sobrepõe à vontade dos interessados. É o estado-juiz, com sua soberania e autoridade, que tarifa o sofrimento, a honra, a liberdade e o patrimônio dos envolvidos no conflito. Resposta inteiramente heterônoma, não interessa o que as partes pensam do problema. É uma visão na esfera de autonomia que deveria caracterizar protagonistas conscientes de suas responsabilidades. Já a conciliação e solução autônoma, reflete a capacidade de cada qual escolher o que é melhor para si.²⁶⁶ Sem aprofundar muito críticas sobre o conceito de conciliação extraído do referido Autor, acredita-se que este emprega uma visão um tanto quanto negativa da prestação jurisdicional, ignorando o fato de que o atual Código dá mais voz para os agentes processuais do que as codificações anteriores, bem como traz uma ideia mais cooperativa de modo que ainda que o problema não seja resolvido entre as partes, este será discutido para até que se obtenha uma decisão de mérito justa.

Para Roberto Portugal Bacellar, a conciliação se traduz como a opção mais adequada para solucionar questões circunstanciais, como, a exemplo do que menciona o Autor, indenização por acidente automotor, eis que as partes sequer se conhecem e o único vínculo é o objeto do incidente. Assim, exitosa a conciliação, entabula-se o acordo entre as partes e estas não mais manterão qualquer tipo de

²⁶⁵ Na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar o processo judicial ou para pôr nele um ponto final, se por ventura ele já existe. Na conciliação o conciliador sugere, interfere, aconselha, e na mediação o mediador facilita a comunicação sem induzir as partes a um acordo. Na conciliação resolve-se o conflito exposto pelas partes em analisá-lo com profundidade. Muitas vezes, a intervenção ocorre no sentido de forçar o acordo. Diferencia-se, pois, a mediação da conciliação pelo fato de que na segunda o tratamento dos conflitos é superficial, encontrando-se um resultado muitas vezes parcialmente satisfatório. Já na primeira, existindo acordo, este apresenta total satisfação dos mediados. MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** 3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2012, p. 115.

²⁶⁶ NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos.** ZENETI JUNIOR. Hermes; CABRAL. Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodvim, 2016, pg. 29-30.

relacionamento. Já a mediação é recomendável quando existe um elo entre as partes. Segundo o mencionado Autor, a mediação é recomendada para “[...] *situações de múltiplos vínculos, sejam eles familiares, de amizade, de vizinhança, decorrentes de relações comerciais, trabalhistas, entre outros.*”²⁶⁷ Isso se dá pelo fato de a mediação buscar preservar as relações entre as partes (relações multiplexas, diferentes de reações circunstanciais).

Sena também faz a diferenciação dos referidos institutos. Para ela, a conciliação se constitui por ser um método de solução do conflito em que as partes o resolvem através de um terceiro, sendo que na conciliação há uma expressiva atuação do terceiro, eis que a “[...] *força condutora dinâmica conciliatória por esse terceiro é real, muitas vezes conseguindo programar resultados do que, originalmente, não era imaginado ou querido pelas partes.*”²⁶⁸

Deste modo, a conciliação não é, e tampouco pode ser vista, como simplesmente a busca por um acordo²⁶⁹. A conciliação é algo muito mais amplo. “A

²⁶⁷ BACELLAR, Roberto Portugal. O poder judiciário e o paradigma da guerra na solução dos conflitos. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar. **Conciliação e Mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p.36.

²⁶⁸ SENA, Adriana Goulart. A Conciliação Trabalhista em uma Política de Tratamento Adequado e Efetivo de Conflitos de Interesses. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar. **Conciliação e Mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p.122.

²⁶⁹ O movimento de compreender que os meios adequados de resolução de controvérsia não se traduzem como ferramenta hábil tão somente para “descongestionar” o judiciário, não é uníssono. Para Autores como Gajardoni, o principal argumento a possibilidade de tais meios servirem como mecanismos que desafogam o Poder Judiciário, e desafogando o judiciário será possível garantir maior celeridade para as demandas, garantindo, conforme orienta o Autor, maior efetividade aos processos. Explica o Autor: *Mas mesmo diante deste quadro que, salvo melhor juízo, parece-nos irrecuperável a curto prazo, os doutos vêm apostando nos meios alternativos para a solução das controvérsias como verdadeira válvula de escape e de aceleração de milhões de demandas que ainda estão para serem propostas. E, neste sentido, bons diplomas legislativos têm surgido, todos com vista a descongestionarem as vias ordinárias de composição da lide, ora, acelerando o andamento do feito através de um processo diferenciado, ora atacado os artifícios processuais utilizados como forma de proteção da execução dos julgados, ora dando ênfase aos processos coletivos, ora apostando em formas de solução das controvérsias fora das vias judiciárias.* (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A autocomposição como catalisadora da prestação jurisdicional. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, 2001.p.115-116.) Face a tal entendimento, o Autor se mostra um entusiasta da conciliação, principalmente aquela que se opera fora do processo, ou seja, extraprocessual, é a melhor forma de resolver o conflito, pois põe fim à lide sociológica e não apenas a lide jurídica. Segundo o Autor: *A conciliação, principalmente aquela que se opera fora do processo, ou seja, extraprocessual, é a melhor forma de resolver o conflito, pois põe fim à lide sociológica e não apenas a lide jurídica.* (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A autocomposição como catalisadora da prestação jurisdicional. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, 2001.p.121.) Neste sentido, a proposta do Autor é de que se tenha uma obrigatoriedade de uma fase pré-processual para fins de conciliação. Desta forma, segundo Gajardoni, a referida audiência em fase extraprocessual, que seria realizada por profissionais qualificados e capacitados para tanto, teria como objetivo fazer com que as partes resolvem o conflito através do debate, evitando demandas desnecessárias que tão somente contribuem para a crise judiciária ocasionada pela quantidade excessiva de processos que

conciliação significa entendimento, recomposição de relações desarmônicas, empoderamento, capacitação, desarme de espírito, ajustamento de interesses. Em dizer psicanalítico: a conciliação que apresente efetivo apaziguamento.”²⁷⁰

Assim, estuda-se o instituto da conciliação, demonstrando seu essencial papel para ruptura que se pretende explicitar com a presente pesquisa. Diferentemente da mediação, verifica-se que na conciliação a principal característica é ser um acordo de vontade entre as partes, que se dá por meio de um conciliador que tem como objetivo orientar, facilitar e demonstrar as vantagens da composição²⁷¹.

O conciliador nada mais é do que um terceiro que dá suporte às partes, as auxiliando e até mesmo dando sugestões para que o conflito seja solucionado. Desta forma, percebe-se que a grande diferença entre a mediação e a conciliação é no agir daquele que intermedeia a relação, vez que o conciliador, diferentemente do mediador, pode intervir diretamente no conflito e não apenas mediar as partes²⁷².

Geovana Oliveira Moraes e Eduardo Kurtz Lorenzoni comentam que o sistema de conciliação, bem como o movimento pela conciliação, desenvolvido pelo CNJ, possui diretrizes que visam implementar a cultura do diálogo, aqui diálogo não apenas como simples verbalização do problema na busca por uma solução, não puramente a

nele tramitam. Ademais, acredita-se que, ainda que não tivesse poder vinculante, o desrespeito de uma conciliação extrajudicial seria demanda não tão complexa quando judicializado, eis que o terceiro competente pelo julgamento já teria ciência dos pontos divergentes, bem como consciência do ponto de desalinho do debate. “*Por fim consignemos a nossa proposta de, nos moldes do que acontece no JEC, modificar-se o Código de Processo Civil atual para a instituição, como obrigatória para todas as demandas em que a conciliação é possível, de uma fase pré-judicial para a tentativa de conciliação. Tal audiência, realizada por profissionais competentes e preparados, com certeza implicaria em uma grande redução do número de processos que supostamente adentrariam na fase judicial. Com isso, além de dar-se maior efetividade à prestação jurisdicional, desburocratizara-se a máquina judicial, com consideráveis ganhos de tempo.*” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A autocomposição como catalisadora da prestação jurisdicional. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, 2001.p.121)

²⁷⁰ SENA, Adriana Goulart. A Conciliação Trabalhista em uma Política de Tratamento Adequado e Efetivo de Conflitos de Interesses. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar. **Conciliação e Mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p.122.

²⁷¹ Para melhor compreensão dos casos em que cabe mediação e daqueles que cabe a conciliação, esclarece Humberto Dalla Bernardina de Pinho: Assim, o conciliador pode sugerir para o litígio, ao passo que o mediador auxilia as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefícios mútuo. A conciliação é a ferramenta mais adequada para os conflitos puramente patrimoniais, ao passo que a mediação é indicada nas hipóteses em que se deseje preservar ou restaurar vínculos. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação judicial no novo CPC. In: RIBEIRO, Darci Guimaraes; JOBIM, Marco Félix (orgs). **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 75.

²⁷² SILVA, Eduardo Peruffo e. Aplicação prática nos cursos de direito dos meios alternativos de solução de conflitos (conciliação, mediação e arbitragem). **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 21, n. 27, jan. 2014, p. 389.

língua, mas sim a fala, a retomada do elo, a solução do problema sociológico e não apenas jurídico.²⁷³

Face os conceitos ora mencionados são possíveis extrair a importância dos mecanismos de autocomposição para a concretização de um processo sem dilações indevidas, que visa a solução da lide, fomenta o diálogo entre as partes, estimula seu *animus* cooperativo, e se traduz como eficiente. Desta forma, estuda-se o art. 334 do CPC/15 como metanorma que possibilita a eficiência ora mencionada, analisando, através do relatório do CNJ, como a litigiosidade e autocomposição comportaram-se no mundo dos fatos desde o advento do CPC/15.

²⁷³ Sobre o tema esclarecem Oliveira Moraes e Lorenzoni: São as contribuições principais da Justiça de Conciliação ao processo de paz social. Primeiro, contribui para implantar uma cultura do diálogo entre os cidadãos e as instituições, e das instituições entre si, para a prática de uma cultura do saber ouvir e do saber ceder, para disseminar uma cultura de cooperação onde ambas as partes possam ganhar. Segundo, contribui para a maior efetividade da justiça, já que as decisões atingidas por comum acordo são mais sólidas e tem mais chance de serem obedecidas e implementadas. Finalmente, em terceiro lugar, possibilita uma justiça mais ágil e mais barata, desafogando o trabalho dos juízes para que possam se dedicar aos casos mais complexos. (MORAES, Geovana Oliveira; LORENZONI, Eduardo Kurtz. A Bandeira da Paz na Justiça Brasileira (Nascimento, Berço e Vida durante a Gestão Inicial do CNJ) In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar. **Conciliação e Mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense. 2011, p. 122.)

4 A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO DO ART. 334 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O atual Código de Processo Civil, seguindo a ideia de quarta fase²⁷⁴ na busca por um diálogo entre os agentes processuais, tem no seu art. 334 um grande incentivador da autocomposição²⁷⁵, desapegando-se da lógica litigiosa, em que as partes focam no passado e solicitam a um terceiro que resolva o conflito mediante um caráter impositivo, e se volta para uma lógica consensual, em que há um *animus* colaborativo, ocasião em que as partes se propõem ao diálogo e vislumbram o futuro, não se apegando unicamente nos fatos pretéritos, como ocorre na lógica conflituosa²⁷⁶.

²⁷⁴ Como mencionado nesta pesquisa, atualmente compreende-se a existência de quatro fases metodológicas do processo civil ou, ainda, três fases, sendo o formalismo-valorativa e o neoprocessualismo sinônimos, vale destacar a possibilidade de uma quinta fase, chamada por Vicente de Paula Ataíde Junior como “pragmatismo”. Esta quinta fase levantada pelo autor tem como proposta o total desapego formalismo e das noções engessadas que este cria, para que se adentre numa ciência mais preocupada com fatores sociais e resultados, ou seja, que “[...] *avalie a verdade das proposições de seu campo de conhecimento através do contato com o mundo empírico.*” (ATAIDE JUNIOR. Vicente de Paula. **Processo Civil Pragmático**.2013. 46f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração em Direito das Relações Sociais, da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2013. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31921/R%20%20T%20%20VICENTE%20DE%20PAULA%20ATAIDE%20JUNIOR.pdf?sequence=1>. Acesso em 09 fev. 2019).

A proposta é no sentido de que tenhamos uma fase pragmática – o pragmatismo, para Vicente de Paula Ataíde Junior se desvela como: “*Uma metodologia do direito processual que inclua as técnicas de investigação das ciências sociais e econômicas para melhor avaliar a adoção de uma ou de outra solução.*” (ATAIDE JUNIOR. Vicente de Paula. **Processo Civil Pragmático**.2013. 46f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração em Direito das Relações Sociais, da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2013. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31921/R%20%20T%20%20VICENTE%20DE%20PAULA%20ATAIDE%20JUNIOR.pdf?sequence=1>. Acesso em 09 fev. 2019).

²⁷⁵ Com a instalação dos Juizados no Brasil, criou-se também um processo de dupla institucionalização do Poder Judiciário, no sentido de que há duas formas distintas de prática judiciária, baseadas em lógicas também distintas: uma que visa o acordo entre as partes por meio da conciliação, conduzida por um advogado que desempenha a função de conciliador, e outra que busca a aplicação da justiça por meio do poder de decisão do juiz. Estas duas lógicas representam, portanto, uma tensão entre as duas pautas distintas da justiça contemporânea: a justiça formal da decisão e a justiça informal da mediação. FAISTING. André Luiz. O Dilema da Dupla Institucionalização do Poder Judiciário: o caso do Juizado Especial de Pequenas Causas, In SADEK, Maria Tereza (org.), **O Sistema de Justiça, série Justiça – IDESP**, São Paulo: Sumaré, 1999, p. 43-44.

²⁷⁶ Sobre a crítica da lógica litigiosa existente no sistema jurídico, esclarece Tartuce: [...] a formação tradicional dos bacharéis em Direito não se alinha naturalmente a esta concepção, eis que este é formado apenas para lidar com a logica conflitual [...] No modelo consensual, busca-se a retomada do diálogo em bases produtivas de modo que os próprios envolvidos, por intermédio de conversações e debates, sintam-se aptos a alcançar uma situação favorável em prol de seus interesses. TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In **Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle;

No entanto, a previsão de uma audiência que tem como intuito a autocomposição não é novidade no direito processual positivado. Autores como Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto esclarecem que no CPC de 1973 a busca por outros meios de solução de conflitos que não a jurisdição em sua forma “clássica” – *decisão a partir do juiz Estado* – não estava tão clara como a posta no atual Código, no entanto, já era possível verificar nítidas preocupações com eficiência processual no tocante a tempestividade da demanda, eis que positivou o procedimento sumaríssimo, mas não inovou substancialmente no tocante a conciliação, quiçá sobre mediação.²⁷⁷

Já para Elaine Harzheim Macedo e Marina Damasceno, ainda que o atual CPC seja o código que melhor expressa os preceitos constitucionais, este não fora o pioneiro em fomentar a autocomposição. Para as Autoras o Código de Processo Civil de 1973 já tinham a referida preocupação, eis que em seu art. 331 havia previsão da audiência conciliatória que tinha como objetivo promover a conciliação entre as partes, antes da audiência de instrução e julgamento. No mesmo sentido dispunha o art. 447 do Código anterior, quando previa a conciliação em casos de lide que versava sobre direitos patrimoniais privados. Outro claro exemplo de fomento aos meios adequados de resolução de controvérsia é a audiência de conciliação regulada pela Lei 5.478/68, lei de alimentos que é anterior ao CPC/73, inclusive. O art. 9º da referida legislação dispõe sobre a ação do juiz de forma a fomentar a realização da conciliação, demonstrando que o movimento pela autocomposição é uma, crescente.^{278,279}

No entanto, no tocante ao Código de Processo, a conciliação passou a ser um dever tão somente em 1994 por meio da Lei 8.952 que alterou dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. No art. 125, IV do CPC/73 ficou positivado que o juiz tentará, a qualquer tempo, conciliar as partes. Ademais, a mesma legislação em comento também inseriu a obrigatoriedade

Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em (data). p. 4-5.

²⁷⁷ SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. A audiência de conciliação e de mediação do artigo 334: questões controvertidas no código de processo civil de 2015? CPC. **Revista Juris Poiesis**, v. 20, 2017, p. 43.

²⁷⁸ Art. 9º Aberta a audiência, lida a petição ou o termo, e a resposta, se houver, ou dispensada a leitura, o juiz ouvirá as partes litigantes e o representante do Ministério Público, propondo conciliação. BRASIL. **Lei 5.478, de 25 de julho de 1968**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm>. Acesso em 05 dez 2018.

²⁷⁹ MACEDO, Elaine Harzheim; DAMASCENO, Marina. O Acesso à Justiça e a Quarta Parede: A Audiência do Artigo 334 do CPC de 2015 como Estratégia Democrática? **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, v. 1, 2015, p. 51.

da audiência de conciliação em causas que versassem sobre direitos disponíveis, conforme dispunha o art. 331 do antigo Código. Após a referida audiência seria dado despacho saneador pelo magistrado.

Ocorre que a legislação não pode ser estanque e necessita acompanhar os contornos sociais, bem como o comportamento dos agentes processuais. Em 2002, com a advento da Lei 10.444, a audiência de conciliação se tornou audiência preliminar e, “[...] nesta, na nova redação do artigo 331 do CPC de 1973, o ato de conciliação seria prévio ao saneamento, o qual deveria nela ocorrer. Estava-se diante do encerramento da fase postulatória”²⁸⁰ o que, para Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto se traduzia num equívoco, eis que “[...] pois a ideia era de proporcionar espaço para a autocomposição somente após pelas partes estar postos os seus argumentos. Todas as falas estariam presentes, com seus rancores e suas iras.”²⁸¹ Tal redação se manteve até o advento do Código de Processo Civil de 2015.

Para Ana Cândida Menezes Marcato, a adoção de meios alternativos da jurisdição, que já existia com legislações esparsa, se confirmou com o atual CPC, fazendo com que o processualista altere não apenas sua ação dentro do processo, mas também sua visão, desprendendo-se de aspectos puramente formais e compreendo os anseios sociais que o atual Código busca meios alternativos para solução de conflitos que não sejam atrelados a jurisdição. Segundo a referida autora, “[...] o *processualista moderno é, também, aquele que reconheceu o acesso ao judiciário estatal não é o suficiente para garantir a forma mais adequada de resolução das inúmeras facetas de conflitos existentes.*”²⁸².

Ana Cândida Menezes Marcato admite que o processualista moderno²⁸³ tem consciência dos problemas existentes no sistema judiciário, principalmente aqueles

²⁸⁰ SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. A audiência de conciliação e de mediação do artigo 334: questões controvertidas no código de processo civil de 2015? CPC. **Revista Juris Poiesis**, v. 20, 2017.p. 45.

²⁸¹ SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. A audiência de conciliação e de mediação do artigo 334: questões controvertidas no código de processo civil de 2015? CPC. **Revista Juris Poiesis**, v. 20, 2017.p. 45.

²⁸² MARCATO, Ana Cândida Menezes. Audiência de Conciliação ou mediação do art. 334 do NCCP: Facultativa Ou obrigatória? Afronta a voluntariedade da mediação? In CIANCI, Mirna, DELFINO, Lucio, DANTAS, Bruno, DIDIER JR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, REDONDO, Bruno Garcia (Org). **Novo Código de Processo Civil: Impactos na legislação extravagante e interdisciplinar**. São Paulo, Saraiva, 2016, pg.42.

²⁸³ Ao buscar conceituar o termo modernidade, Eduardo Carlos Bianca Bittar esclarece que a terminologia não surgiu “em tempos modernos”, eis que tem origens que remontam o século V. Nesse sentido esclarece o Autor: Apesar de ser curioso esse detalhe etimológico, o termo ganha uso vulgar sendo muito bem aceito e empregado para designar, sinonimicamente, o novo, o

vinculados com a agilidade e qualidade da prestação jurisdicional em união com o anseio por rapidez e justiça que almeja o jurisdicionado; motivo pelo qual aderiu aos meios adequados de solução de controvérsia. Aderir a estas técnicas é, segundo a Autora, permitir que exista eficiência no processo, eis que permite o acesso à justiça,

inovador, o avançado, o desconhecido, como referência necessária para a oposição ao passado (antigo). Ora, portanto, a palavra revela, portanto, uma preocupação de designar o que está nascente, o que está associado ao presente que deseja o futuro, e, portanto, coube bem para designar um período histórico, pós-renascentista, é a expressão do próprio espírito de um tempo ansioso pela superação dos dogmas e das limitações medievais BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.27.

Assim, Eduardo Carlos Bianca Bittar vincula a ideia de modernidade a uma perspectiva geográfica-temporal ocasião que se tem uma mudança paradigmática cultural, social e econômica. Defende o autor - sobre o termo - : Deve também ser compreendida como um conjunto de transformações culturais, sociais e econômicas, bem como políticas, que haveriam de se produzir, sustentadas por fortes ideais filosóficos, entre os séculos XVIII e XIX, com vistas à consolidação de características (que serão destacadas ao longo do texto) tornadas projeto-meta para reconfiguração das relações humanas e sociais na Europa Ocidental, algo que acabou por se universalizar. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.29.

Desta forma, o autor esclarece que a modernidade traz uma expressiva transformação histórica, lastreada numa ideia de anseio por liberdade e crença na razão, e não mais em ditames oriundos da religião, ou seja, a partir da laicização. Sobre a construção intelectual da modernidade, explica Eduardo Carlos Bianca Bittar: A modernidade, como se vem estudando, deu-se, a um só tempo, no plano dos fatos e no plano das ideias. A modernidade implica um longo processo histórico, a iniciar-se em meados do século XIII e a desdobrar-se em sua consolidação até o século XVIII, de desenraizamento e de laicização, de autonomia e liberdade, de racionalização e de mecanização, bem como de instrumentalização e de industrialização. Desta forma, pode-se dizer que a modernidade envolve aspectos do ideário intelectual (científico e filosófico) e políticos (soberania, governo central, legislação) conjuntamente relevantes. O que se pretende neste momento é detectar as raízes da formação de uma consciência intelectual, especialmente filosófica, que desse sustentação e formasse os pilares de estruturação da arquitetura moderna. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.34.

No entanto, em se tratando de dias atuais, a expressão moderno - e aqui no sentido daquilo que está na modernidade - está obsoleto, eis que estamos na era da pós-modernidade. Assim, acredita-se que o ideal, no contexto em comento pela Autora seria pensar no processualista da pós-modernidade, ou, melhor, o processualista da atualidade. Sobre o termo pós-modernidade, compete o esclarecimento de Eduardo Carlos Bianca Bittar que, põe em dúvida a possibilidade de um definição: A expressão pós-modernidade, que haverá de ser largamente utilizada ao longo da exposição, para designar um contexto sócio-histórico particular, marcado pela transposição, não gera unanimidades, e seu uso não somente é contestado como também está associado a diversas reações ou a concepções divergentes. O surgimento da expressão está eivado de contestação, o seu uso e emprego são passíveis de severas críticas, bem como a sua significação ganha coloridos e matrizes diversos confirme a tendência ou a corrente de pensamento. [...] Apenas de toda a problemática que envolve a afirmação dessa expressão, pós-modernidade parece ter ganho maior alento no vocabulário filosófico (Lyotard, Habermas, Beck) e sociológico (Bauman, Boaventura de Souza Santos) contemporâneos, e ter tratado definitivamente para a linguagem corrente. O curioso é perceber que é está já a primeira característica da pós-modernidade: a incapacidade de gerar consensos. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.84-85. [...] Mesmo entre aqueles que aceitam o uso do termo para designar um estado atual de coisas, um processo de modificações que se projeta sobre as diversas dimensões da experiência contemporânea de mundo (valores, hábitos, ações grupais, necessidades coletivas, concepções, regras sociais, modos de organização institucional...) não há sequer unanimidade na determinação da data que seria um marco para o início deste processo. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.84-85.

bem como os melhores resultados através dos meios mais adequados e em tempo razoável²⁸⁴.

Ainda no tocante a positivação da audiência de autocomposição prevista no atual Código, Gisele Mazzoni Welsch relatar sobre a relevância trazida pelo Código quanto a utilização dos meios adequados de solução de controvérsia e concessão de maior autonomia das partes, esclarecendo que ao fazer isso o legislador acaba por aderir a uma “*tendência mundial de abrir o procedimento comum para os meios alternativos de solução de disputas, tornando a solução judicial hipótese secundária de composição de litígios.*”²⁸⁵

Com a audiência do art. 334 há uma atuação mais ativa das partes, bem como maior preparo daqueles que coordenam a solenidade, pois a legislação processual deixa claro que, quando houver quadro de conciliadores e de mediadores, estes deverão atuar, seguindo as diretrizes do CNJ. Desta forma, percebe-se que o ato de coordenar os debates entre as partes deixa de ser tarefa do Juiz e fica ao cargo de profissionais preparados para tanto, com *expertise* na área. Assim, o modelo proposto tem como objetivo propiciar um espaço democrático, preponderantemente jurídico e de construção do direito no caso concreto.²⁸⁶

Outra interessante inovação, que demonstra o valor ao debate e interação ente os agentes é no tocante a possibilidade, das partes prosseguirem no diálogo intermediado por conciliador ou por mediador, por até dois meses a contar da primeira oportunidade.^{287,288}

²⁸⁴ MARCATO, Ana Cândida Menezes. Audiência de Conciliação ou mediação do art. 334 do NCPC: Facultativa Ou obrigatória? Afronta a voluntariedade da mediação? In CIANCI, Mirna, DELFINO, Lucio, DANTAS, Bruno, DIDIER JR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, REDONDO, Bruno Garcia (Org). **Novo Código de Processo Civil**: Impactos na legislação extravagante e interdisciplinar. São Paulo, Saraiva, 2016, pg. 42.

²⁸⁵ WELSCH, Gisele Mazzoni. Audiência de mediação e conciliação In: Felipe Camilo Dall’Alba e João Paulo Kulczynski Forster. (Org.). **Primeiras Linhas de direito processual civil** volume 2 - Processo I. 1ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, v. 2, p. 11-226. Pg.37.

²⁸⁶ MACEDO, Elaine Harzheim; DAMASCENO, Marina. O Acesso à Justiça e a Quarta Parede: A Audiência do Artigo 334 do CPC de 2015 como Estratégia Democrática? **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, v. 1, 2015, p. 44.

²⁸⁷ Art. 334 § 2o Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

²⁸⁸ Nessa linha o artigo 696 traz a possibilidade de realização de “tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual”, ou seja, a limitação dos dois meses tratada no parágrafo segundo do artigo 334 não é aplicada. SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. A audiência de conciliação e de mediação do artigo 334: questões controvertidas no código de processo civil de 2015? CPC. **Revista Juris Poiesis**, v. 20, 2017, p. 51.

Segundo Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto, a audiência do artigo em análise não se perfaz numa mera etapa processual, pois “[...] *trata-se de uma oportunidade de valorizar o real interesse pela composição. No entanto importa respeitar a vontade das partes, na medida em que delas é o tempo destinado ao debate*”.²⁸⁹ Desta forma, a referida audiência tem como objetivo proporcionar um estreitamento entre as partes, oportunizando o encontro e possibilitando o diálogo.²⁹⁰ Nesta mesma linha é o entendimento de Elaine Harzheim Macedo e Marina Damasceno que titulam a audiência do art. 334 do CPC como uma ferramenta democrática, vez que integra os agentes do processo.²⁹¹

Alegam estas que com a previsão do art. 334, em que a audiência de conciliação e mediação é a regra, é possível não apenas tornar o ambiente processual mais democrático, mas também tornar efetivo o acesso à justiça. Para Elaine Harzheim Macedo e Marina Damasceno o atual Código de Processo Civil se constitui como um código afeito à soberania popular. Seu modelo fora arquitetado para que se tenha um “[...] processo mais participativo, mais democrático, mas policentrista e menos impositivo, imperial e concentrado nas mãos do julgador”²⁹².

Com a previsão do art. 3º nas normas fundamentais do processo, que em muitos dos seus artigos expressam garantias e princípios também dispostos na Constituição, prevendo que conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos devam ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial; bem como com a obrigatoriedade da audiência de autocomposição disciplinada no art. 334

²⁸⁹ SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. A audiência de conciliação e de mediação do artigo 334: questões controvertidas no código de processo civil de 2015? CPC. **Revista Juris Poiesis**, v. 20, 2017, p. 47.

²⁹⁰ SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. A audiência de conciliação e de mediação do artigo 334: questões controvertidas no código de processo civil de 2015? CPC. **Revista Juris Poiesis**, v. 20, 2017, p. 47.

²⁹¹ Esclarecem as Autoras: Sabe-se que o processo visa a uma sentença de mérito, a qual influenciará diretamente os litigantes envolvidos em determinado processo. Todavia muitas vezes a sentença é prolatada e a própria parte não entende o real significado de seu conteúdo. É possível, por exemplo, presenciar em audiências, quando prolatada a sentença no local, a parte indagando seu procurador: ganhamos? Esse retrato representa um divorciamento entre aqueles que devem prestar jurisdição e os que são seus destinatários, deslegitimando a decisão. Uma decisão, que interfere na vida e no patrimônio jurídico dos jurisdicionados, há de se legitimar – irrelevante sua legalidade – na força de sua aceitação, de sua absorção, o que exige uma participação mais efetiva e real do jurisdicionado MACEDO, Elaine Harzheim; DAMASCENO, Marina. O Acesso à Justiça e a Quarta Parede: A Audiência do Artigo 334 do CPC de 2015 como Estratégia Democrática? **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, v. 1, 2015, p. 42.

²⁹² MACEDO, Elaine Harzheim; DAMASCENO, Marina. O Acesso à Justiça e a Quarta Parede: A Audiência do Artigo 334 do CPC de 2015 como Estratégia Democrática? **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, v. 1, 2015, p. 44.

do CPC, não há o que se falar em ofensa ao princípio do acesso à justiça, eis que os tais meios de solução de controvérsias podem se mostrar “[...] ferramentas efetivas para solução da pretensão no caso concreto”.²⁹³

A efetivação de meios adequados de solução de controvérsia proporciona ao litigante real participação no processo, não apenas lhe garantindo voz para deliberar sobre a causa, mas também faz com que ele deixe de ser mero espectador que, pouco interage e, muitas vezes, sequer compreende o que se passa com seu direito que está sendo tutelado²⁹⁴.

Sobre o procedimento da referida audiência, a legislação processual cível estipula que, caso a petição inicial atenda todos os requisitos, e não havendo improcedência liminar do pedido, será designada audiência de conciliação ou de mediação, conforme a lide que se apresentar. Tal solenidade será aprazada com, no mínimo, trinta dias de antecedência, sendo o réu notificado pelo menos vinte dias de antecedência. O autor será intimado na pessoa de seu advogado. A crítica da referida doutrina é no tocante a possível dilação indevida no processo quando o legislador somente prevê antecedência mínima e não a máxima para realização da solenidade. Com a inexistência deste prazo, além de uma demora desnecessária para a realização da audiência de autocomposição, se esta não for exitosa, também haverá um prazo consideravelmente extenso para apresentação da defesa do réu, o que,

²⁹³ MACEDO, Elaine Harzheim; DAMASCENO, Marina. O Acesso à Justiça e a Quarta Parede: A Audiência do Artigo 334 do CPC de 2015 como Estratégia Democrática? **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, v. 1, 2015, p. 46.

²⁹⁴ Sobre o distanciamento do jurisdicionado com o mundo processual em que seu direito está envolto: Um dos grandes entraves para o entendimento dos jurisdicionados e que, conseqüentemente, os distancia do processo é a linguagem excessivamente ornamentada dos operadores do direito. Durante uma audiência, a plateia, composta por partes e testemunhas, assiste aos atores do direito enquanto estes, em sua maioria, proferem palavras inteligíveis aos ouvidos leigos, as quais estão diretamente ligadas ao futuro de sua pretensão. Ora, para a quebra da quarta parede, é necessária a simplificação dos termos utilizados com os jurisdicionados, que são, afinal, os principais, se não únicos, destinatários dos pronunciamentos. Afinal, o mérito da sentença interessa mais aos litigantes do que aos seus procuradores e aos demais operadores do direito. MACEDO, Elaine Harzheim; DAMASCENO, Marina. O Acesso à Justiça e a Quarta Parede: A Audiência do Artigo 334 do CPC de 2015 como Estratégia Democrática? **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, v. 1, 2015, p. 50.

segundo Gisele Mazzoni Welsch “[...] *pode ferir a norma fundamental estatuída no art. 7º quanto à paridade no tratamento das partes no processo*”.^{295_296}

A realização da audiência de autocomposição é a regra, no entanto, como o atual código garante maior autonomia para as partes, eis que estas podem inclusive entabularem negócios jurídicos processuais, fazendo mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, a teor do artigo 190; é possível a dispensa da audiência. No entanto, a não ocorrência da audiência deve ser a exceção, assim resta clara a opção favorável do legislador pela autocomposição.

Importante mencionar que a obrigatoriedade da audiência do art. 334 é assunto discutido pela doutrina. Tal questão acaba por ser debatida, pois a audiência mencionada no referido artigo, seja de conciliação, seja de mediação; é obrigatória, de modo que atribui cogência para sessão²⁹⁷ acaba por – talvez – ferir um dos princípios basilares da mediação, qual seja, a voluntariedade.

²⁹⁵ 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. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 24 jan 2019.

²⁹⁶ WELSCH, Gisele Mazzoni. Audiência de mediação e conciliação In: Felipe Camilo Dall’Alba e João Paulo Kulczynski Forster. (Org.). **Primeiras Linhas de direito processual civil** volume 2 - Processo I. 1ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, v. 2, p. 11-226. pg. 38.

²⁹⁷ Sobre a terminologia sessão, esclarecem Spengler Neto e Spengler que existe um equívoco terminológico no artigo 334, eis que este quando prevê a autocomposição, estimula que esta, se dê através de profissionais capacitados e voltados para tal área e não com magistrados, ou seja, que o fomento ao diálogo ocorra com profissionais que foram treinados para tanto e que não seja aquele que irá julgar. Todavia, o vocábulo audiência vem do latim “*audire*” que “tem o sentido de escutar, atender, o termo audiência tem o sentido, no Direito Processual Civil de estar perante o juiz para um ato audível.” Assim, por ser a audiência uma solenidade que necessariamente é presidida pelo magistrado, a terminologia correta. Esclarecem: É equivocado utilizar o termo “audiência” para denominar o encontro das pessoas e dos profissionais envolvidos na disputa com o objetivo de dialogar para alcançar um acordo. Chamar de audiência esse encontro, que até então era denominado de “sessão” ou de “reunião” induz a equívoco. Tal se dá porque a audiência é um ato processual solene, na maioria das situações público, e que deverá ser presidido pelo juiz. Esse é o primeiro percalço pois atualmente existe a possibilidade de que a mediação e a conciliação possam ser feitas por pessoas que tenham recebido treinamento específico, que estejam formadas há mais de dois anos em qualquer área do conhecimento. Nesses termos, a audiência envolve sempre a figura do juiz, mas o próprio CPC abre a possibilidade de que a reunião de mediação/conciliação – nele chamado de audiência – seja feita por pessoas que não são Juizes. Por fim, a audiência processual, permite, dentre outras coisas, que seja colhida a prova oral e que sejam ouvidas pessoalmente as partes e seus procuradores. Essa perspectiva pode ser aplicada a conciliação, mas não serve para a mediação. (SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. A audiência de conciliação e de mediação do artigo 334: questões controversas no código de processo civil de 2015? CPC. **Revista Juris Poesis**, v. 20, 2017, p. 57-58).

4.1 O princípio da voluntariedade e a cogência do art. 334 do CPC/15

O princípio da voluntariedade se perfaz como princípio basilar para o instituto da mediação, haja vista previsão da legislação que versa sobre a temática. Se extrai da referida lei uma série de diretrizes de suma importância para sua prática. Uma destas diretrizes é o elemento da autonomia da vontade, expresso na voluntariedade das partes para adoção da técnica, conforme previsto no parágrafo único do art. 1º da Lei de Mediação²⁹⁸. Todavia, o CPC/15, quando atribui obrigatoriedade para audiência do art. 334, sendo que esta pode ser de conciliação ou mediação, acaba atribuindo obrigatoriedade para procedimento onde deveria reinar a vontade das partes e não do legislador.^{299,300}

Tal obrigatoriedade, qual seja, a do art. 334 do CPC, segundo Ana Cândida Menezes Marcato é verdadeira afronta ao princípio da voluntariedade da mediação que dispõe a legislação específica, bem como no próprio CPC, que em seu art. 166, *caput*³⁰¹, dispõe sobre a autonomia da vontade como princípio informador tanto da

²⁹⁸ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 15 jan 2019.

²⁹⁹ A autonomia das vontades possui um protagonismo muito relevante, senão o mais, pois o caráter voluntário da mediação constitui-se a grande mola propulsora da atividade. Este elemento garante o poder das pessoas em optar pelo processo ao conhecê-lo. Em outras palavras, só existirá o processo se as pessoas efetivamente quiserem dele fazer parte, e, para tanto, é fundamental que se conheçam seus objetivos, seu dinamismo, bem como seu alcance e limitações. NETO. Adolfo Braga. **Negociação, mediação e arbitragem** – Curso básico para programas de graduação em direito. Coordenação Carlos Alberto Salles, Marco Antônio Garcia Lopes. São Paulo: Método. 2013, pg. 56.

³⁰⁰ Ficou claro, portanto, que o princípio da voluntariedade permeia não apenas as escolhas relacionadas ao procedimento de mediação quando já em curso, mas, e principalmente, a própria adesão a técnica mediadora. No cenário, a análise do art. 334, §4º, I e II do NCPC, traz ingrata surpresa ao operador do direito. Isso porque sua interpretação sugere a obrigatoriedade da realização da audiência de mediação, quando presentes os requisitos. Em outras palavras, preenchendo a petição inicial os requisitos essenciais, não sendo o caso de improcedência liminar do pedido, tratando-se de matéria em que permitida a autocomposição e não havendo discordância de ambas as partes, a designação da audiência pelo juízo será obrigatória. MARCATO, Ana Cândida Menezes. Audiência de Conciliação ou mediação do art. 334 do NCPC: Facultativa Ou obrigatória? Afronta a voluntariedade da mediação? In CIANCI, Mirna, DELFINO, Lucio, DANTAS, Bruno, DIDIER JR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, REDONDO, Bruno Garcia (Org). **Novo Código de Processo Civil: Impactos na legislação extravagante e interdisciplinar**. São Paulo, Saraiva, 2016, pg. 47.

³⁰¹ Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 24 jan 2019.

mediação como da conciliação.³⁰² A análise crítica de Elaine Harzheim Macedo e Marina Damasceno é questionando se a obrigatoriedade ora mencionada guarda ideia de que a autocomposição, principalmente aquela relacionada com o instituto da mediação, servirá mais como uma tentativa de desafogar o judiciário, do que para a finalidade que, de fato, deveria se propor, qual seja, resolver com qualidade o conflito.³⁰³

Segundo as Autoras, o CPC de 2015 não dialogou com a lei de mediação no tocante a autonomia da vontade, pois o artigo 1º, parágrafo único da Legislação que versa sobre a mediação resta claro que o mediador não toma qualquer tipo de decisão, eis que as partes, em conjunto, devem buscar a solução para o conflito. O princípio basilar e estrutural da mediação é o da autonomia da vontade das partes, que devem guardar paridade, o que vai ao encontro do princípio da isonomia.³⁰⁴

Diferentemente dos posicionamentos acima mencionados, Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto esclarecem que a ideia de que a audiência de autocomposição seria obrigatória e tal obrigação iria ferir a autonomia da vontade é equivocada. Para estes pesquisadores o NCPD pretende incentivar a autocomposição

³⁰² Trata-se de óbvia contradição intrínseca do diploma processual: de um lado busca atender à promessa de solução multiportas e de acesso aos meios adequados de solução de disputas; de outro, ao assim proceder, acaba ferindo um dos princípios basilares da mediação na redação desse artigo específico. Conclui-se, portanto, que a tônica adotada pelo Novo Código de Processo, de acesso aos meios adequados de resolução de disputas – por meio do impulso ao sistema multiportas – é salutar e merece ser festejada. Contudo, cabe o alerta de que esse artigo específico sobre a obrigatoriedade da audiência de mediação fere justamente o princípio basilar da voluntariedade da mediação. MARCATO, Ana Cândida Menezes. Audiência de Conciliação ou mediação do art. 334 do NCPD: Facultativa Ou obrigatória? Afronta a voluntariedade da mediação? In CIANCI, Mirna, DELFINO, Lucio, DANTAS, Bruno, DIDIER JR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, REDONDO, Bruno Garcia (Org). **Novo Código de Processo Civil: Impactos na legislação extravagante e interdisciplinar**. São Paulo, Saraiva, 2016, pg. 48.

³⁰³ Cediço que a mediação – importante espaço democrático de autocomposição de conflitos – não representa remédio para todos os males que afetam o Poder Judiciário, voltando-se para determinadas classes de conflitos, não para a generalização de feitos que assola os foros de primeiro grau de jurisdição. Representa, sim, um marco democrático na composição de conflitos, mas utilizar a mediação para sanar as deficiências administrativas, de organização judiciária ou do próprio sistema processual, que não consta com freios efetivos ao abuso da litigiosidade (outro problema que não pode ser ignorado), não é a melhor solução, mais representando uma troca de seis por meia dúzia. MACEDO, Elaine Harzheim; DAMASCENO, Marina. O Acesso à Justiça e a Quarta Parede: A Audiência do Artigo 334 do CPC de 2015 como Estratégia Democrática? **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, v. 1, 2015, p. 56.

³⁰⁴ MACEDO, Elaine Harzheim; DAMASCENO, Marina. O Acesso à Justiça e a Quarta Parede: A Audiência do Artigo 334 do CPC de 2015 como Estratégia Democrática? **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, v. 1, 2015, p. 57.

e não força-la.³⁰⁵ No entanto pouco exploram o fato de que a voluntariedade acaba sendo pesada quando a dispensa da sessão só é possível por ambas as partes, bem como pela previsão de multa quando do não comparecimentos de uma das partes quando da solenidade, ainda que o código deixe expresso que a multa somente será aplicada quando da ausência na audiência de conciliação, nada mencionando sobre a sessão de mediação³⁰⁶.

Sobre tal tema, Ravi Peixoto afirma que o no CPC/15 no tocante ao instituto da mediação e da conciliação trouxe considerável valorização da autonomia das partes. A partir de uma análise comparativa o autor menciona que, no processo litigioso, o Código dá considerável importância para a autonomia da vontade, tanto é que prevê cláusula geral de negócios jurídicos processuais, conforme texto do art. 190, desta forma, o Autor afirma que todo procedimento dos meios adequados de solução de conflitos está moldando com base na livre autonomia dos seus participantes, conforme disposto no art. 166, §4º do Código. No entanto, fora possível compreender, a partir de leituras já relatadas nesta pesquisa, que tal autonomia não é cediça, eis que a obrigatoriedade da realização da audiência quando tão somente uma das partes assim requer, bem como multa aplicável aquele que não comparece na audiência de conciliação, demonstra certa relativização de ampla e irrestrita autonomia defendida pelo Autor.³⁰⁷

Frente a compreensão do art. 334 do CPC/15, bem como pela onda de incentivo aos meios adequados de solução de conflito, interessante se faz a análise dos dados do relatório do Justiça em números do CNJ, para fins de analisar se o incentivo trazido pelo Código de Processo, em números, trouxe resultados.

³⁰⁵ SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. A audiência de conciliação e de mediação do artigo 334: questões controvertidas no código de processo civil de 2015? CPC. **Revista Juris Poiesis**, v. 20, 2017, p. 48.

³⁰⁶ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 24 jan 2019.

³⁰⁷ Esclarece Ravi Peixoto: Podem ser estabelecidos acordos quanto ao profissional a dirigir o procedimento, a sua quantidade, o número de sessões, a sua duração etc. Enfim, a autonomia da vontade nos meios de solução pacíficos de conflitos integra a organização do procedimento, a possibilidade de sua desistência a qualquer tempo e o alcance da solução, afinal, apenas dessa forma é que ele pode, efetivamente, ser pacífico e voluntário. PEIXOTO, Ravi. Os “princípios” da mediação e da conciliação. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. ZENETI JUNIOR. Hermes; CABRAL. Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodvim, 2016, pg. 96.

4.2 Análise da Justiça em Números – Relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

Os dados ora analisados foram extraídos do último relatório do CNJ, relatório datado de 2018, cujos dados foram extraídos até 2017. O relatório elaborado pelo CNJ faz um apanhado dos 90 órgãos do Poder Judiciário, elencados no art. 92 da Constituição de 88, excluídos o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça. No entanto, para fins de estreitamento da presente pesquisa, e por ter esta, objetivo de estudar os impactos dos meios autocompositivos existentes no CPC/15, analisa-se tão somente os dados vinculados a Justiça Estadual, Justiça Federal e Tribunais Superiores, excluindo Justiça do Trabalho, Justiça Militar, Justiça Eleitoral e matérias vinculadas ao direito penal.

Com a exposição dos dados se busca demonstrar não apenas os altos índices de litigiosidade que assolam o judiciário, mas também a crescente do sistema de autocomposição, na tentativa, ciente de que a análise de dados promovida pelo CNJ e exposta no relatório de longe não esgota a pesquisa quanto a tentativa de explicitar a eficiência – e aqui quantitativa – do sistema autocompositivo, bem como a eficiência que este reveste para que se tenha um processo justo, típico da fase que o atual código de processo busca inaugurar, qual seja, fase que se preocupa com o diálogo entre as partes, com uma ideia cooperativa para busca de um resultado justo e equânime.

Ainda que se busque fazer tal comparativo, fora possível perceber que a preocupação em analisar dados voltados para formas alternativas de resolução de controvérsia, como é o caso da quantidade de conciliações realizadas no Brasil, sequer existia na colheita de dados anterior a existência do CPC/15. Assim, se torna notável a importância de tal indicador nos tempos atuais, eis que possui uma seção no relatório, bem como aprofundado estudo.

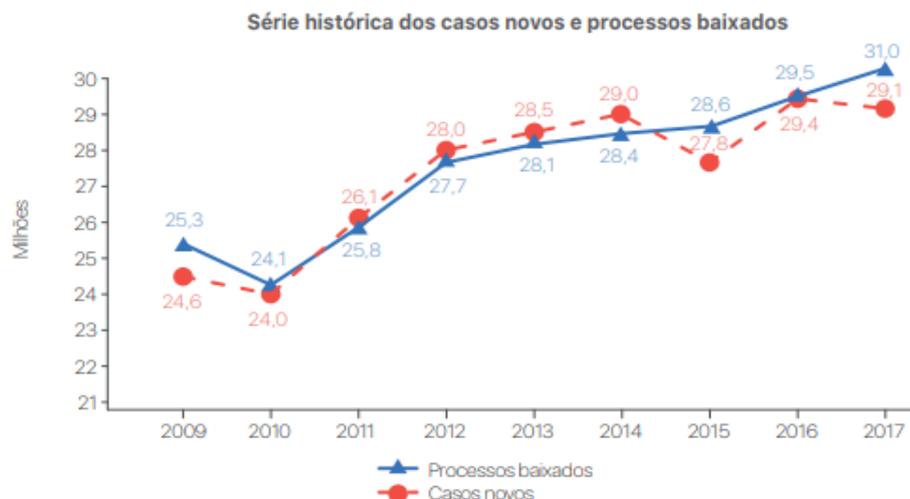
O relatório do Justiça em Números de 2018 ao se referir sobre gestão judiciária, divide-se nos seguintes tópicos: litigiosidade; política de priorização do primeiro grau e, por último, os gargalos da execução, que compara as fases de conhecimento e execução em primeira instância³⁰⁸. Deste estudo interessa a verificação do

³⁰⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <

crescimento ou não da litigiosidade, juntamente com a (in)eficiência dos meios adequados de solução de controvérsia.

Segundo o relatório o ano de 2017 se encerrou com 80,1 milhões de processos em tramitação, ou seja, processos que não tiveram solução definitiva, sendo que desses 80,1 milhões, 18,1% estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório. Ainda sobre a quantidade de demandas existentes no Poder Judiciário, fora apurado que no ano de 2017 ingressaram 29,1 milhões de processos no judiciário, sendo baixados 31 milhões. Comparativamente, mais precisamente desde 2009, concluiu-se que no ano 2017 houve acréscimo de processos baixados frente aos processos novos.

Gráfico 1 – Casos Novos e Processos Baixados

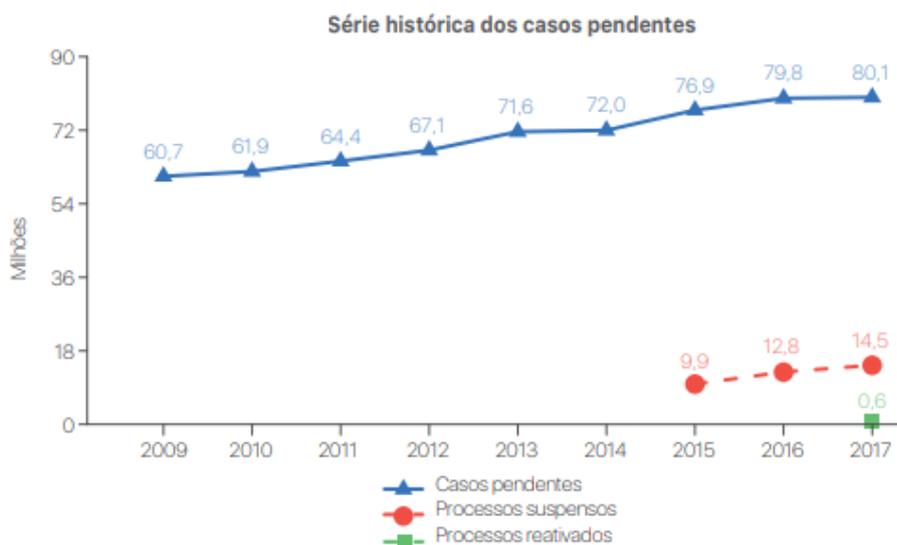


Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019, p. 74)

Ainda que o número de demandas baixadas tenha sido superior a quantidade de novas ações distribuídas, não é possível afirmar que se está caminhando para o descongestionamento do judiciário ou que há indícios de bom funcionamento deste a partir de tais números. Tal – aparentemente pessimista – afirmação se justifica pelo fato de que o acervo de processos ainda é expressivo e contribui para a tão criticada crise do poder judiciário, ou seja, há uma distância considerável entre os processos

novos, os processos baixados³⁰⁹ e os processos ainda em tramitação/pendentes. O crescimento acumulado no período 2009-2017 foi de 31,9%, ou seja, acréscimo de 19,4 milhões de processos.³¹⁰

Gráfico 2 – Casos Pendentes



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019, p. 74)

A massiva quantidade de processos pendentes gera um número não muito esperançoso quando se pensa em bom funcionamento e fluidez do judiciário. Segundo o relatório do CNJ, levaria 02 (dois) anos e 11 (onze) meses para que a Justiça Estadual solucionasse todos seus casos pendentes, sem o ingresso de casos novos e com o mesmo quadro de pessoal, ou seja, mesma produtividade. Em se tratando de Justiça Federal o período, nos mesmos parâmetros, seria de 02 (dois) anos e 10 (dez) meses.³¹¹

³⁰⁹ Entende-se como baixado, a teor da Resolução CNJ 76/2009: Remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; remetidos para as instâncias superiores ou inferiores; arquivados definitivamente; em que houve decisões que transitaram em julgado e iniciou-se a liquidação, cumprimento ou execução. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 10 de jan. 2019, p. 74.

³¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 10 de jan. 2019, p. 74.

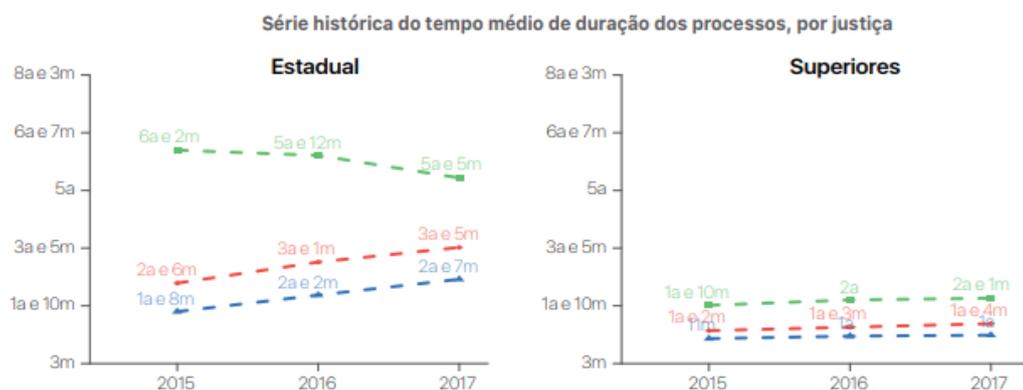
³¹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 10 de jan. 2019, p. 74.

Frente aos dados ora demonstrados, resta evidente que a jurisdição como sempre fora posta, qual seja, litigiosa, contribui para o engessamento da máquina pública, fazendo com que o jurisdicionado tenha cada vez menos certeza quanto a existência de um processo eficiente.

O tempo, que já fora discutido nesta pesquisa e muito está vinculado a eficiência do processo, ainda que não seja a única característica desta; também fora critério de análise do relatório. A duração de tramitação dos processos é apresentada a partir de três indicadores: o tempo médio até a sentença, o tempo médio até a baixa e a duração média dos processos pendentes em 31/12/2017.³¹²

A análise do tempo dos processos se divide em processo de conhecimento e processo de execução, e o tempo diverge no tocante a cada justiça que tramitam. Desta análise, conclui-se que o tempo de tramitação, chamado de tempo médio do acervo é maior que o tempo da baixa. Na Justiça Federal é que se encontra maior lentidão no andamento do processo, sendo este na fase executiva. A apuração do CNJ é de que a fase executiva no âmbito da justiça federal é maior, eis que essa perdura, em média, 07 (sete) anos e 11 (onze) meses, enquanto na Justiça Estadual tal média é de 06 (seis) anos e 09 (nove) meses.

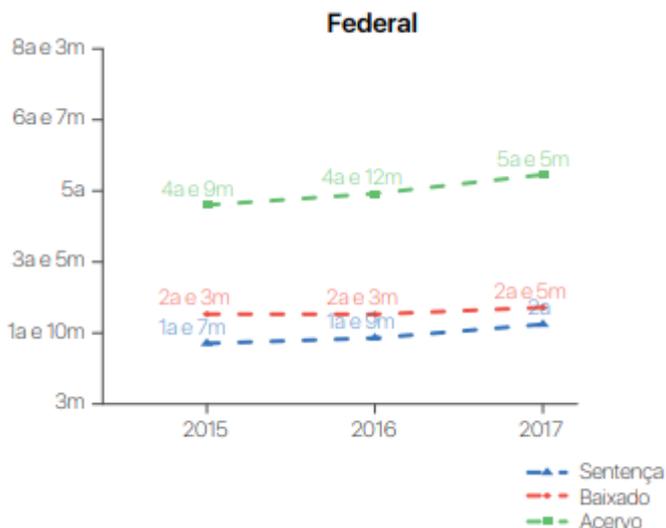
Gráfico 3 – Tempo Médio de Duração de Processos na Justiça



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019, p. 146)

³¹² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 10 de jan. 2019, p. 142.

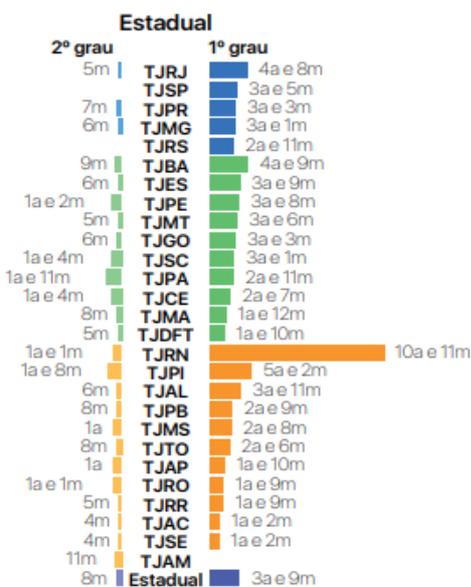
Gráfico 4 – Tempo Médio de Duração de Processos na Justiça - Federal



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019, p. 146)

Outro índice apurado no relatório diz respeito ao tempo e tramitação em primeira instância comparado com o tempo de tramitação em segunda instância. O tempo do recebimento da ação até o julgamento da sentença no 1º grau perdura uma média de 3 anos, já no 2º grau esse tempo é reduzido para menos de um terço, qual seja, 10 (dez) meses.³¹³ Os gráficos assim demonstram:

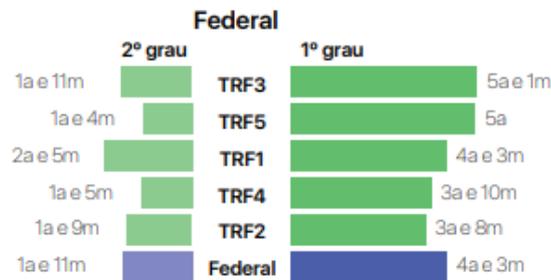
Gráfico 5 – Tempo Médio de Duração de Processos na Justiça – Estadual



³¹³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 10 de jan. 2019, p. 174.

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019, p. 147)

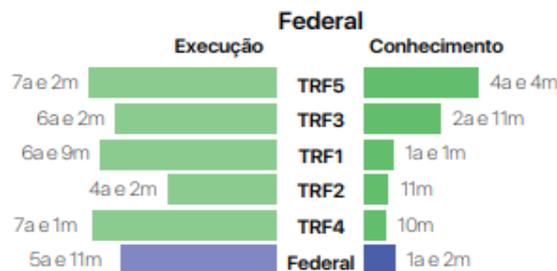
Gráfico 6 – Tempo Médio de Duração de Processos na Justiça - Federal



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019, p. 147)

Já o tempo entre fases³¹⁴, leia-se conhecimento e execução, também fora mensurado pelo CNJ. Da análise feita, constatou-se que desde a data do ingresso até a sentença o processo leva, em média, 01(um) ano e 07 (sete) meses. A conclusão do processo em se tratando de fase de execução leva o triplo de tempo, em média 04 (quatro) anos e 11 (onze) meses. Nos gráficos produzidos é possível analisar a discrepância do tempo de tramitação entre o rito de conhecimento e o rito executivo. No processo de conhecimento só ocorre a baixa do processo quando este se converte para o rito executivo. Já a “[...] a baixa na execução ocorre quando o jurisdicionado tem seu conflito solucionado - por exemplo, quando os precatórios são pagos, ou as dívidas liquidadas.”³¹⁵

Gráfico 7 – Tempo médio da sentença nas fases de execução e conhecimento, no 1º grau, por Tribunal, em 2017.

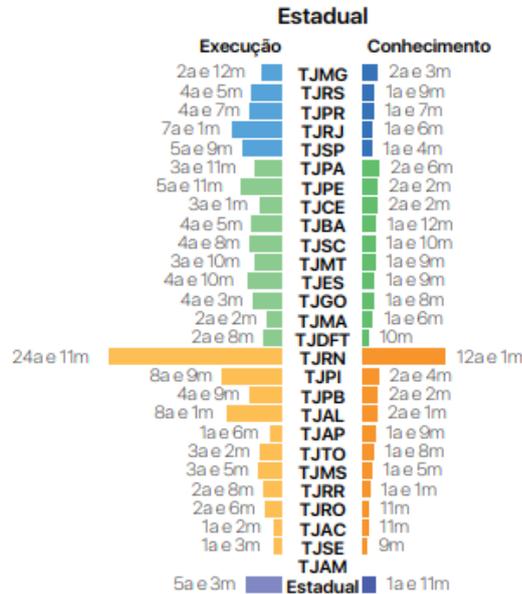


Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019, p. 149).

³¹⁴ Cumpre ressaltar que a utilização do termo fases e não procedimento é para seguir a nomenclatura utilizada pelo CNJ no relatório em análise.

³¹⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 10 de jan. 2019, p. 148.

Gráfico 8 – Tempo médio da sentença nas fases de execução e conhecimento, no 1º grau, por Tribunal, em 2017.

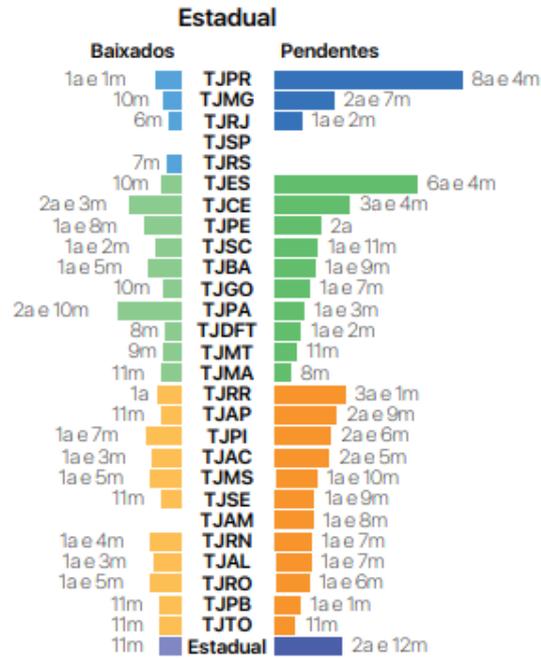


Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019, p. 149).

Face os gráficos apresentados, é possível verificar que a execução possui uma morosidade ruim, ou seja, um engessamento que não contribui para qualquer ideia de eficiência que a legislação pode prever.

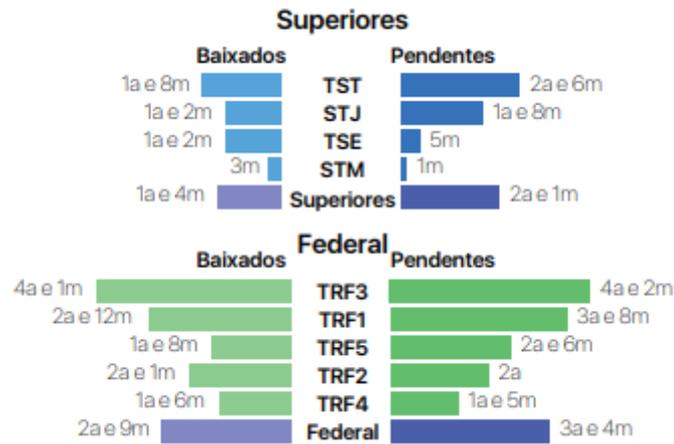
No tocante ao tempo de duração dos processos que ainda não foram baixados, ou seja, que ainda estão pendentes de tramitação, no ano de 2017, último ano de apuração do CNJ, verificou-se que os processos em tramitação – o que o relatório chama de tempo de estoque – fora superior ao tempo da baixa, tanto em segundo como em primeiro grau de jurisdição. Em primeiro grau, nas fases de conhecimento, um processo leva em média 03 (três) anos e 08 (oito) meses (2,6 vezes superior ao tempo de baixa), já na execução o tempo é de 06 (seis) anos e 09 (nove) meses (1,2 vez superior ao tempo de baixa). Novamente a execução demonstra que possui um gargalo, gerando ineficiência, ao menos em sentido temporal, quanto a satisfação do bem da vida pretendido.

Gráfico 9 – Tempo médio de tramitação dos processos pendentes e baixados no 2º grau na Justiça Estadual em 2017.



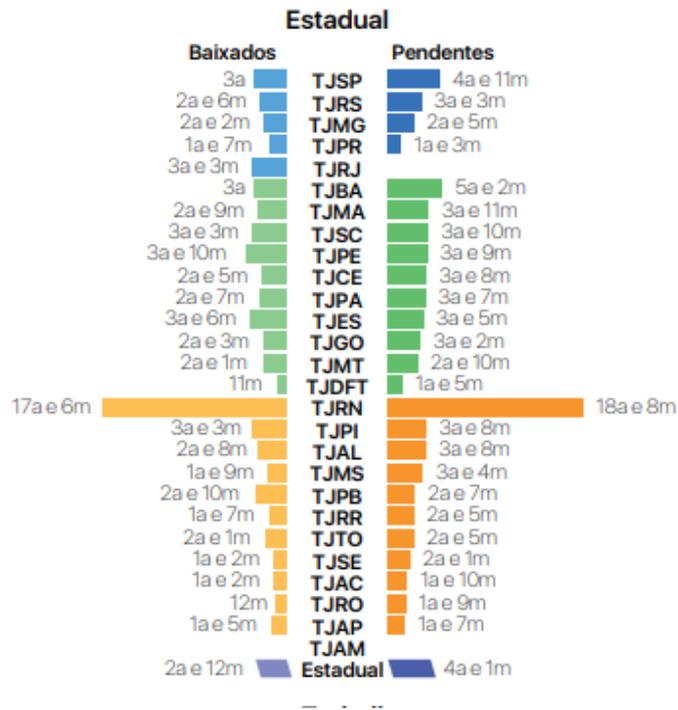
Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019, p. 149)

Gráfico 10 – Tempo médio de tramitação dos processos pendentes e baixados nos Tribunais Superiores e no 2º Grau em Âmbito Federal em 2017.



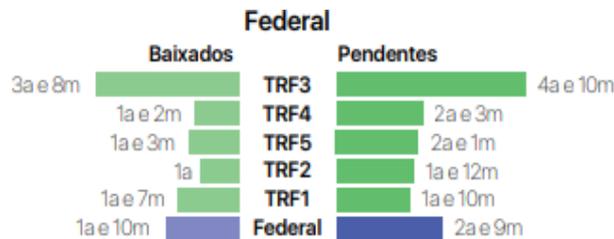
Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019, p. 149).

Gráfico 11 – Tempo médio de tramitação dos processos pendentes e baixados na fase de conhecimento de 1º grau, em 2017.



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019, p. 149).

Gráfico 12 – Tempo médio de tramitação dos processos pendentes e baixados na fase de conhecimento de 1º grau, em 2017.



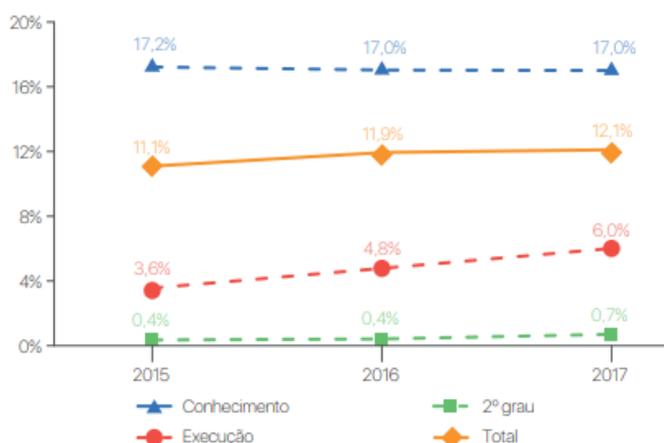
Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019, p. 150)

Encerrando o exame dos dados que, para esta pesquisa, considera-se relevante no tocante a eficiência, cultura da litigiosidade e meios adequados de solução de controvérsia, uma das análises de sua importância feitas pela equipe responsável pela elaboração do relatório é referente aos índices de conciliação. O referido índice é calculado pelo percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em comparação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas. Não foram computados casos em que a conciliação foi pré-processual.

4.2.1 (H) a crescente da conciliação desde o advento do CPC/15?

Antes mesmo de apontar os dados, o relatório menciona que o movimento pela conciliação se deu mais fortemente após a edição da Resolução CNJ 125/2010, bem como com a criação e instauração dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) e dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), que visam fortalecer e estruturar unidades destinadas ao atendimento dos casos em que cabe autocomposição.³¹⁶

Gráfico 13 – Índice de Conciliação de 2015 até 2017



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2018, p. 137).

Os dados dão conta de que em 2017 o índice de sentenças homologatórias de acordo foi de 12,1%, sendo que tal índice vem crescendo nos últimos anos, eis que comparado valor que vem crescendo nos dois últimos anos, eis que em 2015 tal índice era de 11,1% e em 2016 foi de 11,9%. Na fase de execução as sentenças homologatórias de acordo corresponderam, em 2017, a 6,0%, e na fase de conhecimento, a 17,0%.³¹⁷

Os maiores índices de conciliação ocorrem na Justiça Estadual e em primeiro Grau De Jurisdição. É de 16% o índice de conciliação na fase de conhecimento dos

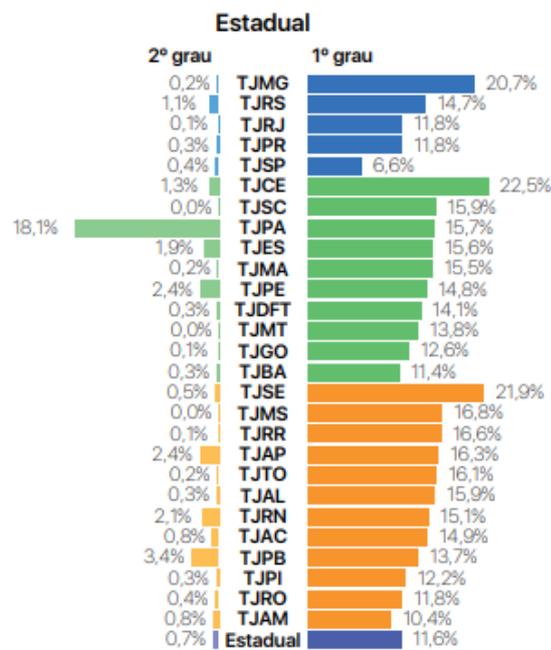
³¹⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 10 de jan. 2019, p. 137.

³¹⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 10 de jan. 2019, p. 137.

Juizados Especiais. Na Justiça Estadual, na fase de conhecimento, o índice de conciliação é de 18% e na Justiça Federal, também em fase de conhecimento, o referido índice é de 10%.

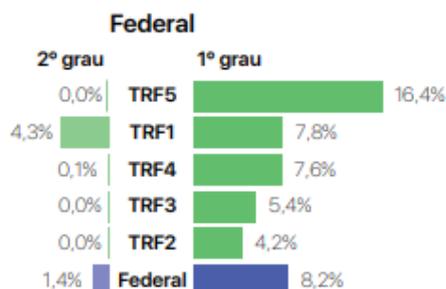
No gráfico abaixo é possível perceber que a conciliação se dá preponderantemente em primeira instância, sendo quase inexistente em segunda instância, salvo exceções como é o caso do Tribunal de Justiça do Pará, em que o percentual de conciliações em segunda instância supera o índice de primeira instância.

Gráfico 14 – Índice de conciliação por grau de jurisdição, da Justiça Estadual, do ano de 2017.



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2018, p. 140).

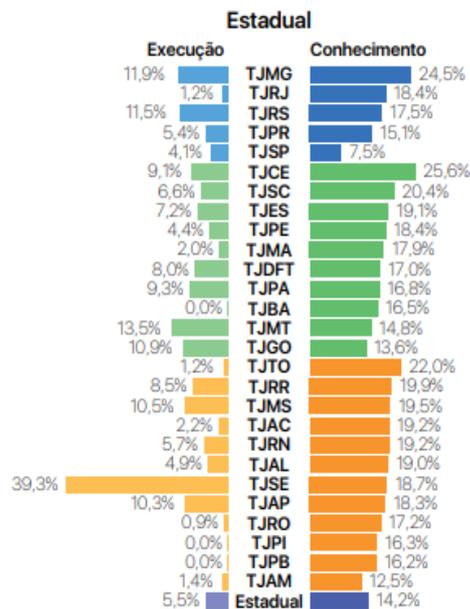
Gráfico 15 – Índice de conciliação por grau de jurisdição, da Federal, do ano de 2017.



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019, p. 140).

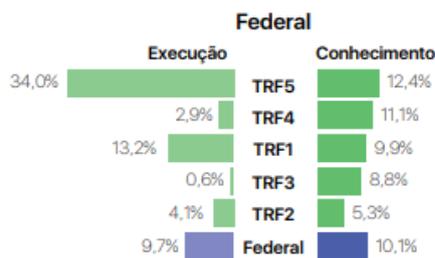
Outro índice apurado diz respeito as estatísticas de conciliação e sua comparação quando no processo de conhecimento e quando no processo de execução. O Gráfico que demonstra que a composição ocorre com maior frequência no processo de conhecimento, mas isso não impede que ocorram bons índices de conciliação na fase executiva, como é possível perceber nas Justiças Estaduais dos estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Mato Grosso, Goiás e, principalmente, Sergipe. O bom desempenho da conciliação em segunda instância também é possível de ser verificado no Tribunal Regional Federal da Quinta Região, eis que tal índice é superior daquele mensurado em primeira instância.

Gráfico 16 – Índice de conciliação nas fases de execução e de conhecimento, no primeiro grau, por tribunal, ano de 2017.



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019, p. 141).

Gráfico 17 – Índice de conciliação nas fases de execução e de conhecimento, no primeiro grau, por tribunal, ano de 2017.



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019, p. 141)

As análises, que foram escolhidas para a presente pesquisa, demonstram que os problemas relativos a gestão de processos, confirmam a crítica da doutrina. A excessiva quantidade de demandas judiciais em tramitação, cuja nomenclatura no relatório é “acervo” impossibilita uma gestão eficiente, pois mesmo que se tenha índices de baixa de processos maiores que ingresso, o engessamento do trâmite processual se dá devido a massiva quantidade de demandas em andamento.

A eficiência tratada no relatório do Justiça em números do CNJ se classifica como eficiência quantitativa, eis que não avalia as especificidades das demandas, mas tão somente questões numéricas. É sabido que determinadas demandas a cognição exauriente se faz necessária para garantir um processo justo, com todas as garantias necessárias para decisão de mérito justa.

No entanto, ainda que se tenha tão somente uma eficiência quantitativa, inegável a afirmação de que há uma cultura da litigiosidade existente no seio social³¹⁸,

³¹⁸ Os resultados alcançados em 2017 decorrem da redução de 1% no quantitativo de processos ingressados associado ao aumento da produtividade, em 5,2%. Durante o ano de 2017, ingressaram 29,1 milhões processos e foram finalizados 31 milhões, ou seja, o Poder Judiciário decidiu 6,5% a mais de processos do que a demanda de casos novos. Apesar da alta produtividade, não houve redução do estoque processual devido à reativação de casos que já haviam sido arquivados em anos anteriores e retornaram à tramitação no ano de 2017, e a fatores como, por exemplo, mudanças de classe. Muito embora tenham ingressado 29,1 milhões de processos, esse cálculo pode incorrer em duplicidade quando um mesmo processo, no mesmo ano, é iniciado em instâncias e fases distintas. É o caso, por exemplo, de um processo que ingressa na fase de conhecimento de 1º grau e, no mesmo ano, submete recurso ao 2º grau e inicia a execução judicial na primeira instância. Se forem consideradas apenas as ações originárias dos tribunais, os processos de conhecimento e as execuções extrajudiciais, chega-se ao quantitativo de 21,2 milhões de processos protocolados no judiciário em 2017. O aumento no número de processos baixados ocorreu devido ao acréscimo de 319 juízes no ano de 2017 e à elevação da produtividade média dos magistrados em 3,3%, atingindo o maior valor da série histórica observada, com 1.819 processos. Considerando apenas os dias úteis do ano de 2017, excluindo períodos de férias e recessos, tal valor implica a solução de aproximadamente 7,2 processos ao dia. O Índice de Produtividade dos Servidores da Área Judiciária cresceu 7,1%, uma média de 10 casos a mais baixados por servidor em relação à 2016. Esse esforço culminou em uma taxa de congestionamento de 72,1%, menor do que a observada em 2016, apesar de permanecer em patamar elevado. Aproximadamente 28% de todos os processos que tramitaram foram solucionados. Se fossem desconsiderados os casos que estão suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, a taxa de congestionamento líquida seria de 67,9% (4,2 pontos percentuais abaixo da taxa bruta). É relevante esclarecer que nem todos os processos que tramitam em um ano estão aptos a serem baixados, em razão da existência de

cultura esta que vem sofrendo um processo de mudança tendo em vista as tendências de meios adequados a solução de conflitos que ultrapassam a clássica da jurisdição. Além da verificação da eficiente pura e simplesmente quantitativa, fora possível perceber que ao tratar de meios adequados de solução de controvérsia o relatório mensurou tão somente a conciliação, ignorando a mediação e outros meios também fomentados pelo atual Código de Processo Civil e realizados pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) e os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC).

Ainda que o âmago da mediação seja a retomada do diálogo e não pura e simplesmente a obtenção de um acordo/solução; a análise pelo CNJ tão somente do instituto da conciliação gera um desprestígio para técnica da mediação, indo de encontro com o movimento dialógico e cooperativo que o Código de Processo propõe, movimento este que pode alterar a cultura litigiosa tão enraizada na sociedade.

4.3 Eficiência do art. 334 do Código de Processo Civil de 2015 frente a análise dos dados extraídos do CNJ

Após análise da sistemática dos mecanismos da conciliação e da mediação, bem como estruturação do art. 334 no atual Código de Processo Civil, diploma legal que fomenta que as partes resolvam o conflito através da autocomposição, é possível afirmar que diploma legal que promove tal resolução, expressa o que o termo eficiência busca alcançar. Tal alcance, por sua vez, deve expressar a eficiência qualitativa, eis que esta considera-se o melhor critério frente a eficiência quantitativa.

A partir dos dados fornecidos pelo CNJ em período pós Novo CPC, é possível afirmar que no tocante a mudança da litigiosidade pouco tenha sido alterada, pois a quantidade de demandas ainda é expressiva, ainda que se tenha uma quantidade expressiva, também, de processos julgados. Neste aspecto, e a partir dos números expressos pelo CNJ, não é possível afirmar que o movimento de autocomposição fomentado pelo NCPC tenha causado expressivas modificações, seja no sentido de

prazos legais, da necessidade de aguardar pagamento de precatórios ou de acordos homologados, entre outras diversas situações jurídicas possíveis. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 10 de jan. 2019, p. 197.

minorar com a cultura da litigiosidade no tocante ao ingresso de demandas, em outras palavras, promovendo que as partes repensem se de fato vale a pena ingressar com uma demanda judicial e promovam o debate muito antes da judicialização; tampouco se viu minorada a cultura da litigiosidade no estágio da realização de autocomposição.

Conforme já tratado nas linhas introdutórias desta pesquisa, não serão alguns dispositivos de lei que farão a mudança comportamental/cultural acontecer tão simplesmente, no entanto eles contribuem para que o processo de mudança ocorra.

Todavia, da análise dos dados acima colecionados, fora possível perceber que a pesquisa fora inútil quando analisou a possível minoração da litigiosidade e eficiência da autocomposição tão somente com índices de audiências de conciliação que restaram exitosas. Tal pesquisa não merece servir de parâmetro para medir a eficiência do art. 334 e dos demais dispositivos do CPC/15 que estimulam a utilização dos meios adequados de resolução de controvérsia, eis que se trata de uma análise tão somente quantitativa e que ignora o instituto que mais tem como objetivo restabelecer o diálogo entre as partes, qual seja, o instituto da mediação.

Equivocadamente, ao expor os índices de conciliação, a cartilha do CNJ assim o fez como se estes retratassem a autocomposição prevista no art. 334 do CPC/15. Todavia, esquece de relatar os índices de mediação, bem como somente explicita em números o existo das conciliações, sem adentrar em possíveis especificidades do processo que ultrapassam a mera análise numérica. Sonegar a mediação de tal análise é ignorar o instituto que possui maior colaboração multidisciplinar entre profissionais de diversas áreas e tem por característica ser o menos adversarial, eis que, conforme Brunela Vieira de Vicenzi e Ariadi Sandrino Rezende, na mediação se busca difundir uma ideia de não se ter adversários.³¹⁹

Outro equívoco perceptível nos dados levantados pelo CNJ quando este analisou índices de autocomposição em números, fora não especificar quais das referidas audiências de conciliação forma realizadas nas varas e quais foram

³¹⁹ A mediação está alicerçada em uma colaboração multidisciplinar entre profissionais: da comunicação, da psicologia, da sociologia, da antropologia, do direito e da teoria dos sistemas. Com o auxílio destes diversos profissionais, busca-se difundir a ideia de que na mediação não há adversários. Os mediandos atual como corresponsáveis pela solução da contenda. O mediador busca identificar as expectativas, os reais interesses, necessidades, construir o reconhecimento, verificar as opções e levantar os dados de realidade, com vistas, principalmente, à transformação do conflito ou restauração da relação e, só depois, à construção de algum acordo. VICENZI, Brunela Vieira de; REZENDE, Ariadi Sandrini. A mediação como forma de reconhecimento e empoderamento do indivíduo. **Justiça Multiportas:** mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. ZENETI JUNIOR. Hermes; CABRAL. Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodvim, 2016, pg. 531.

realizadas nos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) ou nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), pois com tais dados poderia ser possível analisar a qualidade do trabalho feito em tais Núcleos e Centros em comparação com as Varas, demonstrando, contudo, possível eficiência qualitativa.

A resolução nº 125 do CNJ, já mencionada em outras oportunidades nesta pesquisa, em seu art. 7º cria o núcleo permanente de métodos consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC). Tal núcleo tem como escopo desenvolver a capacitação de juízes e servidores no tocante a gestão de processos autocompositivos, capacitando-os para a prática da mediação e da conciliação. Ademais, também compete ao NUPEMEC estruturar a implementação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos. Já o artigo 8º da referida resolução dispõe sobre os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), sendo tais centros unidades do Poder Judiciário responsáveis pelas sessões e audiências de mediação e conciliação que sejam de competência dos mediadores e conciliadores, além de ser encarregado a prestar suporte a comunidade.

Para a instalação de um CEJUSC é necessária uma mínima estrutura física, preferencialmente dentro do fórum. Aqueles que irão atuar como conciliadores ou mediadores são preparados por através de um curso de capacitação, e é necessário que haja um servidor efetivo para desempenhar as funções de Gestor Judiciário responsável pelo CEJUSC. No tocante a composição dos referidos centros, o CNJ dispõe que os CEJUSCs devem obrigatoriamente abranger os conflitos pré-processuais e processuais; além do setor destinado a cidadania, a teor do art. 10 da Resolução nº 125.³²⁰

³²⁰ Aos Juízes Coordenadores dos CEJUSCs, então, cabe a fiscalização e a orientação dos servidores responsáveis pela triagem dos casos, bem como o acompanhamento da capacitação e da atuação de conciliadores e mediadores, e sua seleção, com a inclusão e a exclusão do cadastro do respectivo tribunal, sendo necessário, portanto, que conheçam não só o funcionamento dos CEJUSCs, com seus procedimentos, mas também a conciliação e a mediação com certa propriedade. A capacitação específica de juízes e serventuários da justiça para atuarem no CEJUSC é indispensável, pois o sucesso do mesmo depende da correta explicação em relação aos métodos de solução de conflitos disponíveis (judicial e extrajudiciais: conciliação e mediação), o que possibilitará a escolha do mais adequado pelas partes. Para tanto, a pessoa responsável pela triagem dos casos deve conhecer profundamente todos os métodos de solução de conflitos disponíveis e seus respectivos procedimentos, pois apenas assim poderá passar as informações necessárias para o devido esclarecimento das partes, que devem fazer uma opção consciente. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Guia de Conciliação e Mediação**: Orientações para implementação de CEJUSCs. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8e05.pdf>>. Acesso em: 07 de fev.2019.

Ademais, além da rotina existente nos CEJUSCs, existem também práticas que produzem excelentes resultados, como os mutirões (em processos que versam sobre execução fiscal, precatórios, seguro DPVAT e outros), os programas de justiça restaurativa, o plano de ações para a Semana Nacional da Conciliação, dentre outros. Todavia, mesmo que exista uma evolução processual e mecanismos que fomentem os meios alternativos de resolução de conflitos, como é o caso dos programas desenvolvidos pelo CNJ, não haverá mudança no sistema processual pátrio, sem que haja uma mudança comportamental de todos os envolvidos.

Desta forma, o equívoco do relatório fora de tratar apenas de audiências de conciliação, utilizando o termo como aquele que representa o que pretende o art. 334 do CPC/15, bem como não diferenciar os acordos realizados pelos órgãos especializados e destinados para tanto. Tal diferenciação serviria, também, para que uma análise qualitativa e não somente quantitativa.

Para que fosse possível medir a eficiência qualitativa dos meios adequados de solução de controvérsia disciplinados pelo art. 334, ou seja, verificar se as garantias e princípios processuais foram respeitados, bem como aqueles existentes na legislação esparsa e que disciplinam tal matéria; seria necessário a análise caso a caso a partir de uma pesquisa empírica, subdivida conforme a matéria e meio de solução de controvérsia escolhido. No entanto, ainda que tal análise não seja possível através do relatório Justiça em números, acredita-se que os dados de autocomposição que foram realizados sob a coordenação ou orientação de profissionais preparados, em ambientes propícios e seguindo as diretrizes do Guia de Conciliação e mediação do CNJ, bem como o que dispõe sobre o preparo de tais profissionais no CPC/15, expressam a eficiência qualitativa, e fariam com que o relatório tivesse maior coesão com a realidade, bem como qualidade na transmissão da informação.

Importante destacar que a qualidade aqui tratada não permeia a subjetividade, eis que a regulamentação dos mediadores e conciliadores está, inclusive, disposta no CPC/15.³²¹ Desta forma, ousa-se propor que, para o relatório Justiça em Números do

³²¹ Sobre tal temática esclarece Trícia Navarro Xavier Cabral: Ademais, o CPC/15 destinou a Seção V, do Capítulo III, para regulamentar as atividades dos conciliadores e mediadores judiciais entre outras matérias, previu: a) a criação de Centros judiciários de Solução Consensual de Conflitos pelos Tribunais, destinados à realização de audiências e pelo desenvolvimento de programas para auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (art. 165); b) os princípios que informam a mediação e a conciliação e a mediação (art. 166); c) o cadastro e a capacitação dos conciliadores e mediadores (art. 167); d) a possibilidade de as partes escolherem, de comum acordo, o conciliador ou o mediador (art.168); e) as formas de remuneração dos conciliadores e mediadores (art. 169); f) os casos de impedimento (art. 170); g) o prazo de impedimento para um ano para o conciliador e

CNJ expressar que através da audiência de autocomposição prevista no art. 334 é possível que se tenha um processo eficiente de modo qualitativo, a análise e resultados necessariamente precisam trazer dados de acordos obtidos através da mediação, e não apenas de conciliação. Ademais, necessário seria analisar a qualidade daqueles dos mediadores e conciliadores e o ambiente que as audiências ocorreram para que se pudesse averiguar, resguardadas exceções, um viés qualitativo, que melhor se encaixa com o ideal de processo proposto pelo CPC/15; vez que de nada adianta um resultado numérico favorável se não se pode demonstrar que ele é, também, justo.

mediador assessorar, representar ou patrocinar as partes (art. 172); h) as hipóteses de exclusão do cadastro (art. 173); i) a criação de câmaras de mediação e conciliação para a solução de controvérsias no âmbito da administração pública (art. 174); j) a possibilidade de outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais (art. 175), CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Análise comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/2015. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. ZENETI JUNIOR. Hermes; CABRAL. Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodvim, 2016, pg. 469.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da eficiência do art. 334 para uma mudança de paradigma processual, qual seja, o rompimento de uma cultura da sentença para uma cultura da pacificação é tema atual e pertinente. Assim, não se pode deixar de buscar compreender o que se entende por eficiência no CPC/15, bem como afastar certos dogmas vinculados a eficiência, como a ideia de que esta, sempre e unicamente está atrelada ao tempo no processo.

Superada o conceito do que se entende eficiência para fins processuais, parece mais facilitado o caminho para compressão de que o art. 334 CPC é um mecanismo eficiente para uma mudança comportamental dos agentes processuais e, por consequente, mudança cultural. Para tanto, a cultura se mostra como importante elemento para criação e mutação do direito. No entanto, mesmo ciente de tal importância, esbarra-se no dilema de conceituá-la. É ampla a divergência doutrinária sobre a conceituação de tal fenômeno, todavia há um consenso quanto ao fato de que a cultura está umbilicalmente atrelada aos fenômenos sociais e, sendo importante seu estudo para as ciências jurídicas.

Mesmo não existindo um conceito bem estabelecido e até mesmo acirrada discussão sobre o que vem a ser cultura, inegável seu reflexo na criação jurídica de nosso país. Tal afirmação fica melhor explicitada quando da promulgação da Constituição Brasileira de 1988 que tutelou extensa gama de direitos ignorados pelas constituições anteriores. A proteção constitucional, dos direitos de terceira dimensão dão conta das necessidades sociais para realização de um Estado Democrático de Direito. É partindo da premissa de que os anseios de uma sociedade multicultural estão inseridos na Constituição de 88, é que se demonstra a evolução, do direito processual civil, principalmente na busca de mitigar o retrogrado procedimento eivado de litigiosidade.

No Brasil, a busca pela desmistificação da cultura litigiosa do processo civil, fundamentada nas formas alternativas de resolução de conflitos, se materializa na conciliação, mediação e arbitragem. No CPC/15 há previsão e incentivo para a autocomposição, sendo que o legislador, inclusive, as incluiu como normas – leia-se aqui norma em sentido amplo – fundamentais do processo civil.

O fato de existir previsão legal para que se busque outras formas de resolução de controvérsias não significa que, de fato, elas serão utilizadas como almeja o

legislador, haja vista a cultura litigiosa e a busca pelo provimento do imperativo do Estado, comportamentos enraizados desde a formação profissional, que durante toda sua formação muitas vezes sequer é apresentado à centros de conciliação e mediação.

Desta análise, acredita-se que, como postulado/metanorma a eficiência disposta no art. 8º do CPC/15 cumpre com o seu papel, eis que tem como objetivo propiciar, por meio de outras normas, que se efetive o ideal de processo justo. E é neste aspecto que pode ser vislumbrada a audiência de mediação e conciliação do art. 334. No entanto só é possível confirmar se a audiência prevista no art. 334 do CPC pode expressar o ideal de eficiência trazido pelo Código, quando bem compreendidos os intuitos da mediação e da conciliação e respeitados o regramento de tais institutos.

Sabe-se da importância da retomada do diálogo entre as partes, e acredita-se que, de fato, o meio mais adequado para resolução de um conflito é através do debate entre aqueles que vivem o problema. A autocomposição, principalmente a mediação que pressupõe que existe um vínculo anterior entre os envolvidos, traz uma ideia de maior participação das partes para solução do feito e, conseqüentemente, maior senso de justiça – guardadas as exceções de casos de direitos que não se podem transacionar e de demandas que necessitam serem julgadas pelo Juiz – Estado – .

O que se pode questionar a partir dos resultados obtidos com a presente pesquisa é se o momento em que a audiência do art. 334 está posta no processo, bem como sua obrigatoriedade – nos casos de conciliação – promovem uma mudança comportamental voltada para cultura da pacificação. E esse questionamento e constatação de que neste aspecto a audiência não fora eficiente se dá pelo fato de que, ainda que não se tenha defesa escrita do demandado, o momento que a audiência se dá o litígio já está posto, ou seja, de modo que as partes já tem conhecimento do conflito e este já fora exposto para o judiciário, o que, nos parece, fazer com que a retomada de um diálogo pacífico seja dificultada.

Sua obrigatoriedade, por sua vez, também causa certa estranheza quando as diretrizes do código são no sentido de incentivar a autonomia da vontade das partes. Ainda que a coercitividade esteja voltada tão somente para a conciliação, de modo a não ser colidente com o que dispõe a lei da mediação, considerando que a busca por um acordo seja algo construindo em conjunto pelos envolvidos no conflito, tal construção necessita ser querida e não imposta pelo legislador.

Feitas as críticas ao sistema de autocomposição do art. 334 do CPC/15, e a partir de uma visão holística do instituto, a pesquisa pode afirmar que tal dispositivo, juntamente com o art. 3º, bem como os demais dispositivos do Código que regulam a autocomposição e o papel dos mediadores e conciliadores são normas que efetivam o ideal de processo justo, eis que mitigam a litigiosidade, possibilitam o descongestionamento de demandas tramitando no acervo do Poder Judiciário e faz com que a solução para o conflito se dê através da retomada do diálogo entre as partes, fazendo com que estas participem de forma expressiva no processo.

É sabido que determinados problemas sociais não poderão ser resolvidos por meio da retomada do debate, que se faz necessário o resguardo do judiciário, a análise do magistrado, a cognição exauriente e a decisão jurisdicional para sua solução. No entanto, também resta evidente que no caso em que a mediação e a conciliação, quando efetuados nos parâmetros que propõe o Código em análise, são institutos possíveis para eficiência e justiça processual, eis que nada melhor que as partes resolvendo o problema que por elas fora criado. Face ao momento que a audiência se dá, a crítica é no sentido de, que, talvez já se esteja batendo à “porta” do judiciário; no entanto, sua realização – qualitativamente eficiente – confirma a saída de uma visão jurisdicional para uma visão processual, mitigando os tradicionais problemas relacionados com a jurisdição, como demora, discricionariedade e (des)confiança do jurisdicionado e, por consequência, a crise que assola o Poder Judiciário.

Assim, tem-se a efetivação da metanorma eficiência prevista no CPC/15 tanto na ideia de retomada do debate entre as partes mediante a audiência de autocomposição prevista no art.334, como na quebra de paradigma³²² do sistema conflitual clássico³²³.

³²² No tocante a transição paradigmática e/ou quebra de paradigma, esclarece Boaventura de Souza Santos: “A transição paradigmática é um período histórico e uma mentalidade. É um período histórico que não se sabe quando começa e muito menos quando acaba. É uma mentalidade entre lealdades inconsistentes e aspirações desproporcionadas entre saudosismos anacrônicos e voluntarismos excessivos. Se, por um lado, as raízes ainda pesam, mas já não sustentam, por outro, as opções parecem simultaneamente infinitas e nulas. A transição paradigmática é, assim, um ambiente de incertezas, de complexidade e de caos que se repercute nas estruturas e nas práticas sociais, nas instituições e nas ideologias, nas representações sociais e nas inteligibilidades, na vida vivida e na personalidade. SANTOS. Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Editora Cortez, 2001. p.257.

³²³ É sobre a mudança de paradigma que, talvez, a eficiência qualitativa não fora possível de vislumbrar, e talvez uma eficiência ainda tímida em questão de percentuais. Mas é certo que o fomento caminha para que se tenha uma mudança na estrutura conflitual – uma jurisconstrução. Há, portanto, uma mudança de um modelo, daquele modelo de processo engessado e pouco eficiente. uma

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

AMORIM, José Roberto Neves. O CNJ, a mediação e a conciliação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v.11, n.43, out./dez, 2014.

ASSIS, MACHADO DE. **Memórias póstumas de Brás Cubas**. São Paulo: Martin Claret, 2010

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto; BACELLOS, e Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n 232, Abr/Jun. 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Ensaio sobre o conceito de cultura**. Zahar: Rio de Janeiro, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BIRKET- SMITH, Kaj. **História da cultura: origem e evolução**. 3. ed. Traduzido por Oscar Mendes. São Paulo: Melhoramentos, 1965.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014

BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2010.

necessidade de revisar o modelo conflitual de jurisdição. Propõe a autora uma ideia de reconstrução do modelo, nesse sentido: Esses “mecanismos alternativos” (arbitragem, conciliação, mediação...) podem ser estratégias adotada para tratar os conflitos sociais e interindividuais, salientando-se que é o próprio modelo conflitual de jurisdição que precisa ser revisto. Atualmente, ele se caracteriza pela oposição de interesse entre as partes, geralmente identificadas como indivíduos isolados, e a atribuição de um ganhador e um perdedor, no qual um terceiro, neutro e imparcial, representado pelo Estado é chamado a dizer quem pertence o Direito. Esse modelo tem sido posto em xeque, fazendo com que a possibilidade de repensar a jurisdição readquirir consistência, partindo da ideia do consenso e da *jurisconstrução*, sem a intermediação de um terceiro entre as partes conforme o modelo atual, de caráter tríade, no qual uma pessoa alheia intervém imposto uma decisão a partir da função do Estado de dizer o Direito. De fato, apesar das crises, o Judiciário ainda exerce o papel de protagonista no tratamento de litígios, subordinando-se à lei e dela retirando a sua existência e a sua legitimidade. SPENGLER. Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. Ijuí: Unijuí, 2010.p.115-116.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em <->. Acesso em 30 jul. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em 30 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 30 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 11 maio. 2016.

BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana:** entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BUFFON, Marciano; COSTA, Bárbara Josana. Do Estado de Bem-estar Social para o Neoliberalismo. **Estudos Legislativos**, v. 8, 2014.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. A mudança cultural pela composição de litígios. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, ed.comem. 25 anos, p. 454, 2014.

CAMBI, Eduardo. **Neconstitucionalismo e neoprocessualismo:** direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil.** 1. ed. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do direito.** 3. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2005.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro:** a responsabilização civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CHASE, Oscar G. **Direito, Cultura e Ritual**: sistema de resolução de conflitos no contexto da cultura compara; Tradução Sérgio Arenhart, Gustavo Osna. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Conselho Nacional de Justiça, Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. acesso em 30 out. 2018.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. **O objeto litigioso no processo civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CRESCI SOBRINHO, Elicio de. **Objeto litigioso no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008.

CUNHA, Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 233, jul. 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida** - de acordo com o novo CPC. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1996.

FACCHINI NETO, Eugênio. ADR (alternative dispute resolution) - Meios alternativos de resolução de conflitos solução ou problema? **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, v. 5, n. 17, out./dez., 2011

FERNÁNDEZ, Albert Noguera; SCHWARTZ, Germano (Org.) **Cultura e identidade em tempo de transformações: reflexões a partir da teoria do direito e da sociologia**. Curitiba: Juruá, 2011.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Juarez. Hermenêutica e Desvios Cognitivos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (FDV)**, v. 13, 2013.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FREITAS, Helena Patrícia; PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. Implicação do neoliberalismo processual nas reformas processuais civis e na formação das decisões (in)eficientes. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, n.22 jul./dez. 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A autocomposição como catalisadora da prestação jurisdicional. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, 2001.

GARCIA REDONDO, Bruno. Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. **Revista Jurídica UNIGRAN**, v. 15, 2013.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. Meios alternativos de solução de controvérsias: verdades, ilusões e descaminhos no novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 242, abr., p. 604, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 4, n. 14, jul./set, 2007.

GUERRERO, Luis Fernando, *Alternative Dispute Resolution e Adequação ao Momento Histórico – A Questão do Acesso à Justiça*. in CARNEIRO, Athos Gusmão e CALMON, Petrônio (orgs.), **Bases Científicas para um Renovado Processo Civil**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

GUERRERO, Luis Fernando. Conciliação e mediação - Novo CPC e leis específicas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v.11, n.41, abr./jun, 2014.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991.

JOBIM, Marco Félix. A Responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. In TELLINI, Denise Estrella (Org.). **Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro: estudos em homenagem à professora Elaine Harzheim Macedo**. Caxias do Sul: Plenum, 2010.

JOBIM, Marco Félix. **Direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual**. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 4. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LIMBERGER, Têmis; KOSSMANN, Edson Luis. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in)suficiente. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.273, set./dez. 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed., de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010 (Divórcio). São Paulo: Saraiva, 2010.

LOURENÇO, Haroldo de Araujo. O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências do novo CPC. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 415, jan. /jun. 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A necessária eficácia expandida - objetiva e subjetiva - das decisões no âmbito da jurisdição coletiva: especialmente, o acórdão do TJSP na ADIn 012480-62.2011.8.26.0000 (j. 01.10.2014), proposta em face da Lei paulistana 15.374/2011, sobre o uso de sacolas plásticas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 241, mar. 2015.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. O direito a efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Genesis: **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, 2003. n. 28.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 789, jul. 2001.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar Domingos de. Funções sistemática e normogenética do princípio da duração razoável do processo (a possível utilidade da norma). In: FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (org.) In: MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. **Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2007.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. Princípio da eficiência e controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 243, set./dez 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PANAREDA, Jordi Augustí. Embaralhando cultura, identidade e conflito mediadores interculturais na gestão da imigração. In: FERNÁNDEZ, Albert Noguera; SCHWARTZ, Germano (Org.) **Cultura e identidade em tempo de transformações: reflexões a partir da teoria do direito e da sociologia**. Curitiba: Juruá, 2011.

PEREIRA, Rafael Caselli. A razoável duração do processo como direito fundamental a um processo sem dilações indevidas. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 107, p. 98-109, fev. 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação judicial no novo CPC. In: RIBEIRO, Darci Guimaraes; JOBIM, Marco Félix (orgs). **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PIQUERAS, Andrés. Alguns pontos importantes sobre multiculturalidade e interculturalidade na mundialização capitalista. Um novo olhar sobre os conceitos de cultura e a identidade. In: FERNÁNDEZ, Albert Noguera; SCHWARTZ, Germano (Org.) **Cultura e identidade em tempo de transformações: reflexões a partir da teoria do direito e da sociologia**. Curitiba: Juruá, 2011.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Cidadania Processual**: processo constitucional e o Novo Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

REALE, Miguel. **Paradigmas da cultura contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **A tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

RIBEIRO, Darci Guimaraes; JOBIM, Marco Félix (orgs). **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar. **Conciliação e Mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, Sheila Marione Uhlmann. Desamor e mediação: releitura sistêmica da ecologia do desejo de Warat. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 30, 2014.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. **Revista de Processo**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, v.1, n.1, p. 44-45, jul. 1979.

SANTOS. Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Editora Cortez, 2001.

SANTOS, Flávio Rosendo dos. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários com fulcro no princípio da eficiência. **Fórum Administrativo**: Direito Público, Belo Horizonte, v. 13, n. 151, set. 2013.

SPENGLER. Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijui, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Eduardo Peruffo e. Aplicação prática nos cursos de direito dos meios alternativos de solução de conflitos (conciliação, mediação e arbitragem). **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 21, n. 27, jan. 2014.

SILVA, Jaqueline Mielke. **O direito processual civil como instrumento da realização de direitos**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

SILVA, Jaqueline Mielke. O tempo na sociedade pós-moderna: a necessidade de adequação do direito processual civil. In TELLINI, Denise Estrella (Org.). **Tempestividade e efetividade processual**: novos rumos do processo civil brasileiro: estudos em homenagem à professora Elaine Harzheim Macedo. Caxias do Sul: Plenum, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SIMÃO NETO, Calil. O conteúdo jurídico do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: o direito de exigir uma prestação jurisdicional eficaz. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.17, n.66, jan./mar. 2009.

STÖBER, Michael. Os meios alternativos de solução de conflitos no direito alemão e europeu: desenvolvimento e reformas. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.244, jun., 2015

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2014.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Teoria Geral do Processo**: Em conformidade com o Novo CPC. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ATAIDE JUNIOR. Vicente de Paula. **Processo Civil Pragmático**. 2013. 278f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração em Direito das Relações Sociais, da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2013. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31921/R%20-%20T%20-%20VICENTE%20DE%20PAULA%20ATAIDE%20JUNIOR.pdf?sequence=1>. Acesso em 09 fev. 2019

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Celina Arruda. Anotações sobre a efetividade do processo. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 7, n. 150 e 151, abr. 2003.

WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio!** Direitos Humanos da Alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide (org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**, São Paulo: Dpj, 2005.

ZAGREBELSKY. Gustavo. **El derecho Dúctil**: Lei, derecho, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 2011.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br