

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPEDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARÍLIA – UNIVEM
MESTRADO EM TEORIA DO DIREITO E DO ESTADO

DANIELE SILVA LAMBLÉM TAVARES

**MEDIAÇÃO: FERRAMENTA DE EMPODERAMENTO DOS
JURISDICIONADOS PARA A CULTURA DO CONSENSO EM UM
CONTEXTO DE RESPEITO AOS “PRECEDENTES JUDICIAIS”**

MARÍLIA
2019

DANIELE SILVA LAMBLÉM TAVARES

MEDIAÇÃO: FERRAMENTA DE EMPODERAMENTO DOS JURISDICIONADOS
PARA A CULTURA DO CONSENSO EM UM CONTEXTO DE RESPEITO AOS
“PRECEDENTES JUDICIAIS”

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Teoria do Direito e do Estado da “Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Teoria do Direito e do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Luís Henrique Barbante Franzé

Co-orientador: Prof. Dr. Mário Lúcio Garcez Calil

MARÍLIA
2019

TAVARES, Daniele Silva Lamblém

Mediação: ferramenta de empoderamento dos jurisdicionados para a cultura do consenso em um contexto de respeito aos “precedentes judiciais” / Daniele Silva Lamblém Tavares; orientador: Prof. Dr. Luis Henrique Barbante Franzé; co-orientador: Prof. Dr. Mário Lúcio Garcez Calil. Marília, SP: [s.n.], 2019.

89f.

Dissertação (Mestrado em Direito), Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, 2019.

1. Crise da Jurisdição. 2. Mediação. 3. Precedentes Judiciais. 4. Cultura do Consenso

CDD: 341.4618

*À nossa princesa Manuela.
Essa conquista somente se tornou real pelo
amor mais puro e mais forte que eu já senti, o
amor que deu um sentido especial à minha
existência: o amor de mãe!*

AGRADECIMENTOS

A Deus, autor e consumidor da minha vida, rocha eterna, meu refúgio e minha fortaleza, meu provedor, minha fonte infindável de paz e alegria, Alfa e Ômega, amado da minh'alma, meu respirar, meu TUDO, a Ele toda honra, toda glória, todo louvor e toda GRATIDÃO.

Ao meu eterno príncipe, meu amado esposo Adolfo, pelo apoio incondicional, pela incomparável compreensão quando minha presença não foi possível e quando minha preocupação e atenção pareciam se voltar exclusivamente para este trabalho, pelo colo, pelo abraço, pelo amor. Quantas renúncias você fez para esse sonho se realizar! Obrigada por nunca me permitir desistir! *“Você me fez entender que não há medo pra nós dois. Enfrento o que vier, qualquer situação, com você não há limites”*.

À minha princesa Manuela, que mesmo antes de nascer, foi capaz de gerar em mim a força e o incentivo mais intensos que eu poderia experimentar. Por amor a você, minha filha, fui capaz de finalizar este trabalho em tempo inexplicável, somente para, então, voltar meus olhos unicamente para essa doce espera que está chegando ao fim. Logo, terei você em meus braços! Te amo!

Aos meus pais... Não há palavras para expressar o quanto sou grata por ter vocês em minha vida! São expressão viva do amor de Deus por mim e não mediram esforços para que eu vencesse mais esta etapa. Obrigada pelas orações diárias, por todas as formas de apoio, pelas palavras de correção e encorajamento, por me amarem mesmo quando eu não mereço, por me fazerem quem eu sou hoje, pelo seu DNA.

À Vó Guilherma, pelas orações constantes e pela eterna preocupação. Ao Vô Alaor, por sempre acreditar em mim.

À minha irmã. Fer, você me desafia a ser melhor todos os dias, é um espelho e um exemplo de mulher batalhadora, de oração e de fé firme e inabalável! Ao meu cunhado, pelo eterno incentivo. Aos meus sobrinhos Lucas e Luiza, por quem nutro um amor sublime.

À minha segunda família: PG 14 (Célula Ekklesia), por viver comigo cada experiência maravilhosa do mestrado, me sustentando em oração.

À minha pastora Fabrina, pelo cuidado, pelas orientações e pelo amor materializado nos incentivos e também nas prestações de contas. Obrigada por me impulsionar a planejar e remir melhor meu tempo!

Aos amigos e amigas que sempre torceram por mim e me deram força em oração!

Aos meus orientadores, Luis Henrique Barbante Franzé e Mário Lúcio Garcez Calil, o mais sincero agradecimento.

Ao coordenador Lafayette Pozzoli, por sua constante disponibilidade em me ajudar a avançar nas etapas deste programa e por organizar minha qualificação ainda durante a gestação.

À eterna amiga Erica Inoue, pela amizade e companheirismo nas aulas.

À nossa eterna Leninha, pelo carinho e gentileza com que sempre me tratou.

*“O conselho da sabedoria é: Procure obter sabedoria;
use tudo o que você possui para adquirir entendimento”.*
(BÍBLIA SAGRADA, Provérbios 4:7)

TAVARES, Daniele Silva Lamblém. **Mediação: ferramenta de empoderamento dos jurisdicionados para a cultura do consenso em um contexto de respeito aos “precedentes judiciais”**. 2019. 89 f.. Dissertação – Curso de Mestrado em Teoria do Direito e do Estado da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2019.

RESUMO

A presente pesquisa tem como propósito analisar a mediação como uma ferramenta que, se conjugada ao sistema de precedentes judiciais, torna-se apta a fomentar e empoderar os jurisdicionados brasileiros a alcançar uma cultura de paz e consenso, ante a crise da jurisdição brasileira, instalada a partir da consagração de direitos fundamentais e da supremacia da Constituição de 1988, especialmente referente à garantia de acesso à Justiça, que culminou em uma explosão de litigiosidade e emperramento da máquina judiciária. Ademais, o volume de demandas a serem tratadas pelo Judiciário acarretou a ausência de uniformidade jurisprudencial e, por conseguinte, insegurança jurídica. Valendo-se do procedimento dedutivo, o tema foi estudado mediante pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa, e tratou da viabilidade da opção legislativa do Código de Processo Civil de 2015 em adotar institutos da teoria de precedentes judiciais da *Common Law*, aliado ao método de resolução extrajudicial de conflitos conhecido como mediação, a fim de resgatar a segurança jurídica e a autonomia da sociedade no tratamento de conflitos e instauração da cultura do consenso.

Palavras-chave: Crise da Jurisdição. Mediação. Precedentes Judiciais. Cultura do consenso.

TAVARES, Daniele Silva Lamblém. **Mediation: empowerment tool for the jurisdictional culture of consensus in a context of respect for “judicial precedents”**. 2019. 89 f.. Dissertação – Curso de Mestrado em Teoria do Direito e do Estado da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2019.

ABSTRACT

This research aims to analyze mediation as a tool that, if combined with the system of judicial precedents, becomes able to foster and empower Brazilian jurisdictions to achieve a culture of peace and consensus, given the crisis of Brazilian jurisdiction, installed from the consecration of fundamental rights and the supremacy of the 1988 Constitution, especially regarding the guarantee of access to justice, which culminated in an explosion of litigation and the binding of the judiciary. In addition, the volume of demands to be dealt with by the judiciary has led to the absence of jurisprudential uniformity and, consequently, legal uncertainty. Using the deductive procedure, the subject was studied through bibliographic and documentary research, with a qualitative approach, and addressed the feasibility of the legislative option of the Civil Procedure Code of 2015 in adopting institutes of the theory of judicial precedents of the Common Law, allied to the method. out-of-court dispute resolution known as mediation in order to restore legal certainty and societal autonomy in dealing with conflicts and establishing a culture of consensus.

Keywords: Crisis of Jurisdiction. Mediation. Judicial precedents. Consensus culture.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I - A CRISE DA JURISDIÇÃO E OS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	12
1.1 Crise da Jurisdição e a excessiva litigiosidade	12
1.1.1 O acesso à Justiça e a crise da Jurisdição	12
1.1.2 Acesso institucional à Justiça e acesso substancial à Justiça.....	15
1.1.3 O acesso à Justiça, a “cultura do litígio” e a (in)segurança jurídica.....	17
1.2 Evolução dos métodos de resolução de conflitos	19
1.2.1 Tratamento adequado dos conflitos e a consequente desjudicialização	22
1.2.2 O modelo multiportas de solução de conflitos (ou <i>Multi-door Courthouse System</i>) ..	24
1.2.2.1 ANTES DE CARACTERIZAR O CONFLITO.....	27
1.2.2.2. VIA CONSULTIVA.....	28
1.2.2.3. VIA ADMINISTRATIVA	29
1.2.2.4. VIA AUTOCOMPOSITIVA.....	29
1.2.2.5. VIA HETEROCOMPOSITIVA	30
1.2.2.6. PROCESSOS HÍBRIDOS.....	31
1.2.3 Métodos consensuais de solução de conflitos no contexto do acesso à Justiça	31
1.2.4 Mediação	34
CAPÍTULO II - TEORIA DOS PRECEDENTES.....	36
2.1 Common Law (costumes, <i>stare decisis</i> , <i>ratio decidendi</i>)	36
2.2 O direito como integridade de Ronald Dworkin	40
2.3 A aproximação entre os sistemas do <i>civil law</i> e do <i>common law</i>	43
2.4 A teoria dos precedentes judiciais no direito comparado	47
2.4.1 Inglaterra	47
2.4.2 Estados Unidos	49
2.4.3 Portugal	51
2.4.4 Itália	52
2.4.5 Alemanha	53
2.5 Os precedentes no sistema brasileiro e o Código de Processo Civil de 2015	54
2.6 Precedentes, jurisprudências e súmulas.....	55
2.7 Mecanismos de não engessamento do Direito frente aos precedentes judiciais.....	59
2.7.1 <i>Distinguishing</i>	59
2.7.2 Revogação dos precedentes (<i>overruling</i>)	60
2.7.3 Técnica da sinalização (<i>anticipatory overruling</i>)	62
CAPÍTULO III - A RUPTURA DA CULTURA DO LITÍGIO POR INTERMÉDIO DO RESPEITO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	63
3.1 Precedentes judiciais e a possibilidade de segurança jurídica e previsibilidade para jurisdição brasileira.....	63
3.1.1 Estabilidade, integridade e coerência: premissas do artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015	67
3.1.2 Jurisprudência Lotérica (imprevisibilidade e insegurança das decisões do Judiciário brasileiro) x Teoria dos precedentes (princípio da integridade na decisão judicial) ...	69

3.2 Ferramentas para o fomento da cultura do consenso.....	71
3.2.1 A eficácia dos precedentes judiciais como estímulo para a mediação	72
3.2.2 O papel do advogado no processo de mediação	73
CONCLUSÃO	78
REFERÊNCIAS.....	80

INTRODUÇÃO

Com o advento do Constitucionalismo, muitos países vivenciaram um fenômeno jurídico que elevou suas respectivas Constituições ao patamar de núcleo central do ordenamento jurídico, sendo consagrada a supremacia constitucional, cujos direitos ali estampados ganharam novos contornos, isto é, foram positivadas as garantias fundamentais mais básicas do indivíduo. Ademais, essas Constituições passaram a incluir, em seu rol, princípios de elevada carga axiológica, demandando uma intensa atividade hermenêutica para sua aplicação. Não foi diferente com o Brasil.

Tais abertura e valoração constitucional deflagrou o fortalecimento do Poder Judiciário, na medida em que à função jurisdicional fora acrescida a atividade interpretativa da norma constitucional. Outrossim, a constitucionalização fomentou o resgate da cidadania, bem como uma maior conscientização da sociedade acerca de seus direitos, destacando-se a garantia fundamental de acesso à justiça e gerando uma crescente demanda pelo Judiciário.

Apesar de legítima a proteção constitucional de direitos fundamentais, a explosão de litigiosidade acarretou novos problemas: afogamento da máquina judiciária, morosidade judicial (impedindo uma justiça rápida e efetiva) e intensa insegurança jurídica. Assim, em decorrência da lentidão e ineficácia jurisdicional, o remédio vislumbrado foi o resgate de métodos alternativos de resolução de conflitos (com ênfase nesta pesquisa para a mediação), a fim de conferir o tratamento adequado a cada espécie de conflito emergido.

Ocorre que, a insegurança jurídica experimentada não decorreu apenas da incapacidade do Poder Judiciário em lidar célere e adequadamente com os conflitos, mas, também, da flexibilidade da interpretação legislativa conferida aos magistrados e, por conseguinte, da imprevisibilidade das decisões judiciais.

Diante deste cenário, tem-se observado uma crescente convergência entre os sistemas do *civil law* e do *common law*, em que cada país tem empregado, em seu sistema, institutos próprios do outro, devidamente adaptado, a fim de suprir deficiências em seu ordenamento. No Brasil, o Código de Processo Civil de 2015 adotou a teoria dos precedentes judiciais, natural do *common law*, como um importante elemento para promover a estabilidade, integridade, coerência e previsibilidade jurisprudencial.

Todavia, se devidamente adaptado, recepcionado e utilizado o sistema de precedentes, este poderá fomentar uma cultura de consenso especialmente eficaz no tratamento extrajudicial de conflitos, especialmente aplicando-se o método da mediação como ferramenta de

empoderamento dos jurisdicionados, em resgate de sua capacidade de resolução criativa de conflitos. Para tratar destes temas, o trabalho foi fracionado em três capítulos.

No primeiro capítulo, foi abordada a crise da jurisdição brasileira, decorrente da garantia constitucional de acesso à justiça, tratando da diferenciação entre os aspectos formal e substancial deste direito. Discutiu-se, ainda, o fenômeno da explosão de litigiosidade e a expansão da “cultura do litígio”, frente à perda da capacidade da sociedade em resolver os próprios conflitos, dada à postura paternalista do Judiciário, que tem demonstrado ineficácia no tratamento adequado dos conflitos. Por fim, discorreu-se acerca do modelo multiportas de resolução de conflitos, destacando-se a mediação.

No segundo capítulo, ocupou-se da compreensão da teoria dos precedentes, oriunda da tradição da *Common Law*, sendo abordados os principais elementos deste sistema, como a *ratio decidendi* e *obiter dictum*, o fenômeno da convergência com a *Civil Law* e como o direito comparado tem adotado os precedentes judiciais. Nesse contexto, propôs-se uma relação entre esta doutrina e a teoria do *direito como integridade* de Ronald Dworkin, a fim de se alcançar uma cultura jurídica íntegra, estável e coerente, como almejado pelo legislador do Código de Processo Civil de 2015.

Passou-se, enfim, a tratar da viabilidade da adoção da doutrina do *stare decisis* no sistema brasileiro, no atual cenário jurídico, dando especial atenção aos principais métodos de não engessamento do Direito, empregado por aquela doutrina e previsto no Código de Processo Civil de 2015, quais sejam, *distinguishing*, *overruling* e *antecipatory overruling*.

Finalmente, no terceiro capítulo, buscou-se demonstrar que a teoria dos precedentes judiciais apresenta-se como opção viável a fim de garantir maior segurança jurídica e estabilidade ao ordenamento jurídico brasileiro, afastando-se a assombrosa recorrência da “jurisprudência lotérica”, bem como demonstrou-se que os precedentes podem assumir a postura de ferramenta de fomento da cultura do consenso, empoderando-se o jurisdicionado para maior autonomia na resolução dos próprios conflitos, sobretudo valendo-se do método da mediação, auxiliado pelos profissionais da advocacia.

Quanto aos aspectos metodológicos, ressalta-se que, para esta pesquisa, foi utilizado como método de abordagem o dedutivo, partindo-se de teorias acerca dos sistemas jurídicos *common law* e *civil law*, notadamente no que concerne à previsibilidade das decisões judiciais e a segurança jurídica daí decorrente, para compreender o fenômeno particular da “jurisprudência lotérica” no Brasil, assim como dos métodos de resolução extrajudiciais de conflitos, para apreender a eficácia da mediação para uma cultura de paz. Aliados ao procedimento dedutivo, empregou-se os métodos de pesquisa bibliográfica e documental.

Em suma, as reflexões apresentadas na presente pesquisa objetivam despertar debates aptos a fundamentar mudanças culturais no que tange ao *modus operandi* jurisprudencial, assim como de tratamento de conflitos, não se pretende, de forma, alguma, exaurir o tema, mas apenas buscar novas perspectivas para conferir aos jurisdicionados autonomia e empoderamento a fim de implantar-se uma cultura de paz.

Outrossim, o presente trabalho, vinculado à linha de pesquisa “Construção do Saber Jurídico”, do Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM, foi produzido com base em estudos realizados acerca do sistema de precedentes judiciais no contexto do Grupo de Pesquisa intitulado “Constitucionalização do Direito Processual – CODIP”, coordenado pelo Prof. Dr. Luis Henrique Barbante Franzé.

O trabalho é justificável pela necessidade de complementar e desenvolver análises que demonstrem a possibilidade de conferir solução para a crise jurisdicional experimentada em nosso país, combinando-se um método de resolução consensual de litígios – no caso, a mediação extrajudicial – a um sistema de uniformização jurisprudencial, como o é a teoria dos precedentes judiciais.

CAPÍTULO I - A CRISE DA JURISDIÇÃO E OS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

“O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era”¹.

1.1. Crise da Jurisdição e a excessiva litigiosidade

Para o deslinde da pesquisa proposta, importa inicialmente fazer alguma menção à crise enfrentada pelo Judiciário brasileiro e estabelecer uma relação com a explosão de litigiosidade experimentada atualmente. Desta forma, abordar-se-á no tópico a seguir o direito fundamental de acesso à justiça no contexto da mencionada crise

1.1.1 O acesso à justiça e a crise da Jurisdição

A Constituição brasileira (BRASIL, 1988), em seu artigo 5º, inciso XXXV, consagra um dos mais importantes e essenciais direitos fundamentais do indivíduo, sem o qual este vê-se impedido de fazer valer seus direitos violados ou ameaçados de violação. Estampado como um princípio constitucional, o acesso à justiça veio como uma ferramenta de contraponto à proibição à autotutela, em decorrência da assunção pelo Estado do monopólio da jurisdição.

Considerado uma conquista histórica, o princípio de acesso à justiça deve ser empregado em sua integralidade, a fim de alcançar seu real propósito: garantir a observância e a efetividade dos demais direitos dos quais a sociedade é titular. Ora, a Constituição proclamou novos e incontáveis direitos individuais e coletivos, os quais esvaziam-se de sentido sem mecanismos hábeis para sua proteção, em caso de inobservância, lesão ou ameaça de lesão.

Assim, o Estado, na figura do Poder Judiciário, avocou a responsabilidade de dizer o direito e preservá-lo. Contudo, para que o indivíduo tenha a faculdade de reivindicar esse poder-dever a seu favor, foi que a Constituição trouxe o direito fundamental de acesso à justiça, sobre

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito* (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Themis: Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/241/232>. Acesso em: 23 mai. 2019.

o qual Cappelletti e Garth (1988) explicam que é o instrumento por meio do qual os jurisdicionados podem postular o resguardo de um direito desrespeitado, bem como se valer do Poder Judiciário como intermediário de suas demandas, de modo que deve estar disponível a todos.

No entanto, ao examinar esse direito fundamental objeto deste estudo, necessária se faz a compreensão de que sua essência vai muito além da simples inafastabilidade da jurisdição, isto é, ultrapassa a superficial garantia de viabilizar o direito de ação ao jurisdicionado, configurado em um acesso formal ao Judiciário. Uma tutela concretamente justa e específica, que prima pela efetividade do direito reclamado, é o que deveras consiste no cerne da garantia do acesso à justiça.

Assim, em um rápido conceito de acesso à justiça, Eduardo Silva Luz (2018) afirma que se trata de direito fundamental previsto em norma de eficácia imediata, que garante a todos a apreciação de suas questões pelo Poder Judiciário, sendo que a sua afastabilidade somente é aceitável mediante devida fundamentação.

Não obstante a relevância dessa garantia constitucional, importa lembrar que ela foi necessária a fim de assegurar o resultado de um fenômeno marcante em diversos países: a supremacia da Constituição. Movimento iniciado nos EUA, essa onda constitucional trouxe um novo modelo de constitucionalização dos direitos fundamentais, outorgando sua proteção ao Poder Judiciário (BARROSO, 2006), tornando esse poder o protagonista do Estado de Direito.

Por conseguinte, o Brasil, ao adotar esse inovador referencial de supremacia constitucional, promulgou, em 1988, uma nova Constituição Federal, que continha, em seu bojo, novos direitos e novos sujeitos de direitos, conseqüentemente, ampliando a legitimação para a tutela desses interesses. Ademais, a sociedade passou por um processo de resgate de sua identidade e cidadania e conscientização dos direitos de que era titular, o que acarretou uma crescente demanda pelo Judiciário Brasileiro (BARROSO, 2006).

Desta forma, o Poder Judiciário adotou uma postura paternalista, na medida em que se apresentava, a partir de então, como arrimo para a população desamparada pelos poderes Executivo e Legislativo, ávida por alcançar o respeito e a concretização de seus direitos fundamentais.

Verificou-se, por conseguinte, o afogamento da máquina judiciária, acarretado pela intensa judicialização de direitos, além de questões sociais e políticas, impossibilitando, assim, o que a sociedade tanto almejava: uma justiça rápida e efetiva. Instala-se, portanto, a crise jurisdicional brasileira.

Não bastasse o emperramento das engrenagens jurisdicionais, outro problema

suscitado, nesse contexto, tem sido o a adoção pelo Estado – leia-se Poder Judiciário –, de um legalismo jurídico exacerbado e inflexível, na bem-intencionada tentativa de aplicar uma “fórmula matemática” no tratamento dos conflitos, isto é: “ao tomar para si o monopólio da jurisdição, determinando o Direito ao caso concreto de forma impositiva, o Estado pretende tratar o conflito através da aplicação do Direito positivo”. (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2011, p. 65).

Ou seja, o jurisdicionado deixa de ser visto como um indivíduo sujeito de direitos, ao qual deve ser garantida especialmente a dignidade da pessoa humana, passando a ser tratado como um problema, cuja solução encontra-se, de alguma forma, estampada na letra fria do Direito positivo. Infelizmente, muitas são as circunstâncias em que o processo judicial impede a observância do âmago do conflito a ser “resolvido”, conduzindo à uma decisão inadequada e ineficaz.

Inegável a fragilização institucional do Poder Judiciário, dada a sua gradativa perda da capacidade de absorver e tratar conflitos, isto é, o enfraquecimento do seu poder de formular a norma jurídica concreta que irá disciplinar a situação conflituosa e, conseqüentemente, fazer valer aquele regramento. Tal incapacidade gera grande desconforto aos jurisdicionados, provocando o descrédito em uma instituição responsável por proporcionar aos jurisdicionados, não apenas a justiça, mas, também, segurança jurídica e harmonia social.

Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto (2011) reconhecem a necessidade de uma adequação do processo à nova realidade jurídica enfrentada, visto que as debilidades primárias constatadas no curso dos processos judiciais e, especialmente, na pronúncia de decisões inadequadas – e diga-se, inaptas a produzirem efeitos práticos no que tange à efetivação das garantias fundamentais –, têm, gradativamente desgastado a imagem e a credibilidade de um órgão responsável por conferir ao jurisdicionado a salvaguarda de seus direitos.

Isto posto, é forçoso concluir pela imprescindibilidade de uma readequação postural de tratamento dos conflitos pelo Poder Judiciário, visando à efetividade dos direitos fundamentais e adequada resolução das demandas postas, mormente pela crucial distinção entre acesso institucional à Justiça e acesso substancial à Justiça, a seguir tratada, a fim de se atender ao genuíno espírito constitucional acima exposto.

1.1.2 Acesso institucional à Justiça e acesso substancial à Justiça

Conforme já enunciado, o princípio do acesso à justiça apresenta-se como o alicerce para a concretização dos demais direitos fundamentais, sejam eles individuais, difusos ou coletivos.

Nesse sentido, é primordial entender que, apesar de uma garantia de eficácia imediata, mostra-se muito mais ampla que a ideia de direito de ação, isto é, não se trata tão-somente de uma aplicabilidade formal, de acesso à justiça enquanto instituição de poder jurisdicional, em que ao jurisdicionado é viabilizado o ingresso de pedidos perante o Poder Judiciário, sendo vedado à lei impor qualquer obstáculo ao seu exercício.

José Roberto dos Santos Bedaque (2006), leciona que o propósito elementar da garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional não está limitada ao acesso ao juízo, ocupando-se muito mais dos resultados a serem obtidos com o processo, na medida em que se busca a efetiva tutela dos interesses e direitos amparados pelo ordenamento jurídico, o que deveras configuraria o acesso à ordem jurídica justa.

Como se pode inferir, a mera salvaguarda de uma resposta judicial ao pedido, não configura o amplo acesso ao direito fundamental aqui defendido. O que se pretende é uma resposta/solução justa e efetiva que assegure o direito violado ou ameaçado.

Consoante os ensinamentos de MARINONI (1999, p. 218), o direito constitucionalmente garantido de acesso à justiça não pode ser reduzido à uma mera resposta jurisdicional, eis que esta não se mostra, isoladamente, hábil a acautelar as demais garantias constitucionais e infraconstitucionais.

Importa, todavia, que o Poder Judiciário tenha à sua disposição instrumentos processuais aptos à realização dos direitos fundamentais dos indivíduos, isto é, ao Estado-juiz cabe, por via do poder jurisdicional de que é investido, a habilidade de “[...] produzir decisões capazes de propiciar a tutela mais ampla possível aos direitos reconhecidos. Refere-se aqui, a utilidade das decisões” (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2011, p. 57).

Por esta razão, absolutamente pertinentes as reflexões propostas por Bolzan de Moraes e Fabiana Spengler (2008), no sentido de que razões econômicas, culturais e sociais não podem se apresentar como óbices à prestação jurisdicional do indivíduo; bem como por Fabiana Spengler e Theobaldo Spengler (2011), ao afirmarem que a extemporaneidade da resposta judicial configuraria uma solução inadequada do conflito.

O primeiro questionamento diz respeito ao acesso institucional à Justiça, posto que não se nega a necessidade de rompimento dos entraves formais e burocráticos de acesso ao

Judiciário, em especial no que diz respeito aos aspectos econômicos e culturais. Contudo, já se tem observado “ondas” de movimentos processuais no sentido de superar tais problemáticas.

Por não ser este o enfoque principal desta pesquisa, basta sua simples menção, quais sejam: assistência judiciária e justiça gratuita aos hipossuficientes econômicos (em que as despesas processuais e com honorários é suportada pelo Estado); representação jurídica adequada dos interesses difusos; ampliação do enfoque do acesso à justiça (novos mecanismos para que os novos direitos sejam exequíveis).

Quanto à segunda inquietação, interessa uma maior atenção, uma vez que se relaciona ao acesso à justiça em sua perspectiva substancial, medular, isto é, no que diz respeito à utilidade das decisões. Assim, entende-se que, a fim de que uma decisão seja, de fato, justa e efetiva, produzindo os resultados esperados, ela deve, indispensavelmente, apresentar-se adequada e tempestiva.

Sob a ótica de Eduardo Silva Luz (2018), a garantia de acesso à justiça é melhor interpretada sob a perspectiva substancial, quando oferece a possibilidade de acesso à uma ordem jurídica tempestiva e, conseqüentemente, adequada e efetiva.

A complexidade das relações sociais, hodiernamente, impõe ao julgador uma análise minuciosa das peculiaridades de cada lide, nem sempre sendo possível admitir a aplicação de uma “fórmula matemática”, capaz de solucionar, de uma só vez, todos os conflitos que envolvem o mesmo direito pleiteado, já que cada indivíduo pode ter sido lesado de modo diverso.

Destarte, uma solução jurídica adequada é daquela que leva em consideração a singularidade da relação entre as partes e a estrutura do litígio posto, a fim de conferir um resultado qualificado à demanda. A esse respeito, reporta-se ao tratamento adequado dos conflitos, assunto que será abordado no item 1.2.1. a seguir.

No que tange à tempestividade da atuação jurisdicional, esta não se apresenta menos significativa e relevante. Ora, uma decisão justa e adequada, ofertada a destempo, mostra-se completamente ineficaz, uma vez que desprovida de propósito e utilidade. Ou, nas palavras de Rui Barbosa (1997, p. 40): “[...] a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.”

A título exemplificativo, poder-se-ia citar uma ação de obrigação de fazer com a finalidade de se obter do Estado uma medicação fundamental à manutenção da vida do autor cuja decisão seja proferida após o seu falecimento.

Assim, arrisca-se a afirmar que a tempestividade guarda íntima relação também com a dignidade da pessoa humana. A Convenção Européia para proteção dos Direitos Humanos e

Liberdades Fundamentais, em seu artigo 6º, § 1º, primeira parte, estabeleceu que:

Artigo 6º

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, **num prazo razoável** por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. [...]. (grifo do autor).

Por fim, Cappelletti e Garth (1988, p. 20-21) entendem, com base nessa disposição legal, que “[...] a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”.

Destarte, vê se que o acesso à justiça qualitativamente respeitado não é apenas um direito fundamental constitucionalmente reconhecido, mas um importante instrumento para a concretização dos demais direitos, assim como um dos verdadeiros alicerces do poder jurisdicional.

Por outro lado, a ausência de equilíbrio será sempre o estopim para problemas maiores. No caso da crise jurisdicional, a possibilidade de acesso amplo à Justiça acarretou, seja em decorrência da cultura, seja pelo monopólio da jurisdição pelo Estado, uma explosão de litigiosidade que tem abarrotado os tribunais e atravancado a máquina judiciária. Este é o assunto adiante desenvolvido.

1.1.3 O acesso à justiça, a “cultura do litígio” e a (in)segurança jurídica

José Renato Nalini (2008) em relação à crise jurisdicional atualmente experimentada no Brasil, afirma que, no século passado, a tradição do “fio de barba” era a regra, ou seja, a palavra empenhada bastava para que acordos fossem cumpridos e era sinônimo de honradez resolver os conflitos, autonomamente, sem recorrer ao Poder Judiciário, que constituía a última opção, por assim dizer.

O autor explica que, para gerações mais antigas, era dispensável a intervenção estatal, já que pessoas honestas e honradas sempre estavam abertas a dialogar e compreender os sentimentos e motivações alheias, conseqüentemente resolviam seus conflitos civilizadamente por si só. Segundo Nalini, essa cultura foi paulatinamente substituída pelo comportamento a que ele denomina “demandismo”, tendo como regra a esperteza e a desconfiança.

“Demandismo”, em outras palavras, pode ser entendido como uma “cultura do litígio”,

“cultura da judicialidade”, “cultura da judicialização”, enfim. São termos criados para denominar um fenômeno crescente que deságua em uma explosão de litigiosidade, abarrotando os tribunais brasileiros com as mais diversas categorias de demandas.

O ser humano perdeu a capacidade de lidar com os conflitos naturalmente existentes na vida em sociedade, a aptidão de escutar as razões alheias, de enxergar o outro, de dialogar, de construir soluções que atendam os interesses de ambos, de confiar e de ser digno de confiança. O indivíduo perdeu sua sensibilidade, empatia e compaixão.

Diante disso, a nova tendência é a judicialização de interesses contrapostos, transferindo, em prol de uma ilusória segurança, a terceiro imparcial, o Estado-juiz, a prerrogativa de dar uma resposta justa à demanda, decisão esta revestida de um caráter de adversariedade, em que existiria um perdedor e um ganhador, quando se poderia, mediante um diálogo transparente e mediado, chegar-se a novos caminhos, com ambas as partes vencedoras. Eis a “cultura do litígio” arraigada na sociedade atual.

Ademais, a garantia de acesso à justiça, aliada às novas categorias de direitos (difusos, coletivos etc) e seus respectivos sujeitos, permitiu que as demandas sociais, antes deduzidas na seara política, migrassem para o campo jurídico, com respostas jurisdicionais. Inevitavelmente, tal litigiosidade desenvolve-se não apenas qualitativamente, ela explode quantitativamente, “[...] realçando ainda mais a incapacidade e as deficiências da estrutura judiciária, que passou a ser requisitada de forma ampla” (SPENGLER, 2014, p. 26).

Há uma falsa ideia disseminada de que a cidadania apenas será exercida em sua plenitude quando litigar for possível, obtendo-se a garantia da venerada segurança jurídica ofertada pelo Estado-juiz a todos que dele se socorrerem em busca de justiça. Para tanto, o juiz, detentor do “superpoder” de solucionar todos os conflitos (dos mais fúteis aos mais complexos), se valerá de fórmulas jurídicas, firmadas na letra fria da lei, sem qualquer empatia à origem real da lide (RITT, 2018).

Essa ausência de desenvolvimento de uma cultura de paz transmite a imagem de que os meios alternativos para a solução das demandas são frágeis e não tão eficazes quanto a via jurisdicional. Falta ao povo a tão almejada segurança em resultados satisfatórios, demonstrando uma imensa incoerência ante o tamanho descontentamento vivido com a morosidade e ineficácia da jurisdição, que se encontra em crise.

Eduardo Silva Luz (2018) afirma que ainda impera certa desconfiança, beirando o preconceito, quanto à concepção de consenso, quase sempre equiparado à derrota (evocando, mais uma vez, noção ganhador-perdedor), acarretando uma sobrecarga à máquina judiciária, uma vez que a judicialização das demandas é vista como a garantia de satisfação.

Ingeborb Maus (2000, p. 85) assemelha a cultura de litigiosidade a uma “veneração religiosa”, na medida em que, na busca por segurança, os jurisdicionados abrem mão de sua autonomia (para decidir e construir soluções criativas para seus problemas) e submetem-se à última palavra do Poder Judiciário, como uma espécie de deus.

Lamentavelmente, a insatisfação dos litigantes com o resultado da demanda, muitas vezes, é latente, eis que o juiz, respaldado nos textos legais e alheio aos sentimentos intrínsecos do conflito, nem sempre corresponde à expectativa de justiça desde sempre alimentada pelos jurisdicionados (RIGON; WUST, 2013), acarretando um crescente desgaste e descrédito em relação ao monopólio da Jurisdição, incapaz de conferir respostas efetivas, céleres e adequadas.

A crise jurisdicional tem suscitado uma considerável perda de soberania do Estado-juiz, rompendo com a paz social, antes fundamentada na segurança jurídica de uma Jurisdição apta a solucionar conflitos de modo satisfatório.

Forçoso é resgatar a harmonia das relações sociais. Para tanto, “deve-se alargar o conceito de acesso à justiça, que passa a compreender assim os meios alternativos, que atualmente se inserem em um amplo quadro de política judicial” (LUZ, 2018, p. 83).

Não obstante, faz-se necessária uma análise prévia dos contornos da tão almejada e idolatrada segurança jurídica, que, atualmente, mais parece uma grave utopia jurisdicional.

Em vista disso, passa-se a estudar as alternativas jurisdicionais para a resolução de conflitos, visando apurar a eficácia de um tratamento adequado à natureza da demanda apresentada, e a viabilidade de uma consequente desjudicialização de conflitos e desafogamento da máquina judicial.

1.2 Evolução dos meios de resolução de conflitos

Nem sempre o Estado deteve o monopólio da tutela jurisdicional. Interessa, aqui, portanto, um breve retrospecto da história da civilização e a evolução dos meios por ela utilizados para resolução dos conflitos inerentes à vida em sociedade.

De acordo com Freud, o início da civilização decorreu de um insulto proferido por um homem das cavernas contra seu inimigo, em lugar de feri-lo com sua lança.

Por interessante que seja tal afirmação, a análise histórica nos permite concluir que, ao longo dos períodos, distintos sistemas de resolução de conflitos coexistiram, em cada momento com a evidência de um deles sobre os demais.

A grande maioria da doutrina defende certa ordem de prevalência, indicando a

evolução da natureza humana acerca de sua capacidade de lidar com o seu semelhante e reagir ou conter seus instintos.

Assim, tem-se que, nos primórdios da civilização, o homem defendia seus interesses mediante o uso da força (seja ela bruta/física, ou econômica), meio violento através do qual prevalecia a vontade do mais forte e não daquele que detinha razão. Esse sistema foi denominado autotutela, que atualmente é proibido em nosso ordenamento, salvo raras exceções.

Gradualmente, em substituição à força, os litigantes passaram a se valer do diálogo e do consenso. Um modo pacífico de colocar fim às suas controvérsias, denominado autocomposição, gênero de que deriva algumas modalidades como a mediação, conciliação e arbitragem. Os envolvidos resolviam suas pendências através da desistência (em que o indivíduo abre mão de sua pretensão em favor do outro), submissão (quando a parte contrária rende-se e se subordina à pretensão do outro) ou a transação (em que ocorrem concessões recíprocas, a fim de satisfazer ambas as partes).

Por fim, as partes adotaram um sistema em que transferiam a um terceiro – por elas designado, de confiança de ambos e imparcial – o poder de decidir, isto é, de dar uma solução ao litígio. Comumente, esse terceiro possuía alguma autoridade sobre a comunidade, seja moral ou religiosa. Tratava-se, portanto, de uma modalidade heterocompositiva.

Após um tempo, com a complexidade organizacional das sociedades, visando o convívio harmônico de seus integrantes, o Estado avocou para si a escolha deste terceiro imparcial, bem como dos parâmetros a serem seguidos para a tomada de decisão. Desabrochavam as ideias iniciais da função jurisdicional, até que esta se tornou monopólio do Estado, que aplica coercitivamente a vontade da lei em substituição da vontade das partes. Surge, então, a Jurisdição.

Petrônio Calmon, ao prefaciar a obra “Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei” de Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto (2010, p. 10), faz interessante observação quanto ao sistema da autocomposição bastante em voga atualmente:

É importante notar que a mediação é uma prática antiga porque ela é inerente à natureza humana. [...] tenho prazer em criticar [...] quando afirmam, sem fundamento científico, que a forma primitiva de solução de conflitos é a autotutela, ou seja, a resolução do conflito por imposição de uma das partes, normalmente realizada por meio da força física, da astúcia ou de outro meio qualquer que proporcione a um dos envolvidos fazer valer o seu interesse sobre o de outra pessoa. [...] Para mim (também sem fundamento antropológico, mas com base em ilações razoavelmente inteligentes) o homem

começa sua vida em sociedade operando tanto a autotutela quanto a autocomposição.

Querer resolver seus conflitos pela força faz parte da natureza egoísta do ser humano, mas é também inerente a essa natureza a vontade de viver em paz com seus semelhantes, buscando resolver pacificamente seus conflitos. [...]Creio que desde os primórdios da humanidade, o homem também aprendeu a conviver, unindo-se para caçar e para dividir a caça. Da mesma forma não é improvável que líderes tenham surgido nos grupos sociais primitivos e que tais líderes logo tenham se dedicado a resolver os conflitos entre quaisquer integrantes. Em resumo, é idêntica a probabilidade de serem contemporâneos os três meios de solução de conflitos: autotutela, autocomposição e heterocomposição.

A autocomposição se destaca nesta virada de milênio, não só pelo esgotamento da prestação jurisdicional do Estado (como afirmam muitos autores), mas porque nela se resgata algo que é inerente à natureza humana. Quero dizer que a autocomposição é um excelente meio de solução de conflitos, ainda se (ou onde) a Justiça estatal for maravilhosamente administrada e realizada, com eficiência, presteza e rapidez. Por esse raciocínio é que afirmo que a mediação, como mecanismo para obtenção da autocomposição, não deve ser pregada e praticada como um substituto da jurisdição estatal, muito menos por afirmar que esta não vem sendo realizada a contento. Se assim fosse, bastaria que a jurisdição começasse a funcionar bem e os fundamentos da mediação estariam destruídos. Para mim, se a Justiça estatal começar a funcionar muito bem e a tempo razoável (como quer a Constituição Federal), a mediação será ainda mais eficiente e necessária. Sobretudo porque não será praticada apenas por frustração, mas por opção. É nesse sentido que muitos dizem que mediação não é um “meio alternativo” de solução de controvérsias, mas sim um MEIO ADEQUADO.

Muito sensata a afirmação de que a mediação será ainda mais eficiente quando praticada por opção e não pelo descrédito para com o Poder Judiciário. Obviamente, como já exaustivamente discorrido neste trabalho, a Jurisdição brasileira tem dado sinais latentes de incapacidade em proferir decisões eficazes, justas e adequadas às demandas a ela submetidas, razão pela qual nota-se a tendência pela busca de outros mecanismos capazes de suprir essa deficiência.

Contudo, muito mais acertado referir-se aos métodos de autocomposição (arbitragem, conciliação, mediação, negociação) como “meios adequados” de resolução de conflitos, ao invés de “alternativos”, uma vez que só se mostra eficaz a solução que trata adequadamente às peculiaridades de cada conflito, ainda que o meio adequado seja o judicial. Eis o assunto abordado a seguir.

1.2.1 Tratamento adequado dos conflitos e a conseqüente desjudicialização

Alguns dos motivos que provocam grande descrédito à função jurisdicional exercida pelo Estado estão relacionados à desconexão do conteúdo das decisões proferidas nos autos dos processos judiciais e a complexidade dos conflitos ali discutidos, isto é, a grande maioria das soluções apresentadas são insuficientes ou inadequadas às relações afligidas pelas demandas.

Frente a isso, tornam-se de difícil cumprimento, seja pelo desinteresse da parte condenada, seja pela inviabilidade de alcançar seu real objetivo. Nestes casos, Naline (2008, p. 18) considera que as lides receberam apenas respostas processuais que não alcançam “o cerne do conflito que a elas deu origem”.

Algo que precisa inegavelmente ser entendido, em primeiro lugar, é que o conflito é um fenômeno inerente à vida em sociedade, não devendo ser eliminado, mas sim transformado de forma positiva, já que muitos avanços somente foram possíveis em razão de divergências de posicionamentos.

Em segundo lugar e tendo consolidada a ideia de que o conflito não deve ser extinto, mostra-se imprescindível que fique claro que a função do Direito não é somente nortear condutas a fim de se obter o mínimo de civilidade e harmonia social, mas, de igual modo, gerir e possibilitar a efetiva solução das demandas surgidas na vida em sociedade; o que não significa que toda e qualquer resposta deva obrigatoriamente ser produzida em âmbito processual pelo Poder Judiciário.

É sob esta perspectiva que grandes processualistas defendem que o termo correto para outras técnicas de resolução de litígios seria “meios adequados” ao invés de “meios alternativos”, exemplo de Kazuo Watanabe (2014, p. 37): “Não será mais apropriado referir-se à mediação e à conciliação como mecanismos ‘alternativos’ à solução sentencial, devendo ser consideradas como meios ‘adequados’ de resolução de controvérsias”.

Imprescindível se mostra a discussão e a busca de métodos que tragam soluções de qualidade às relações conflituosas, não apenas efetivas, mas igualmente céleres e adequadas, a fim de que não se entregue ao jurisdicionado uma resposta justa a destempo, o que a converte em injusta e inadequada.

Nesse sentido, despontam os mecanismos de tratamento adequado dos conflitos, sendo que os principais visam, inclusive, resgatar a autonomia e capacidade dos indivíduos em construir, consensualmente, soluções criativas e, acima de tudo, qualitativamente efetivas para suas lides.

Quando se alude ao tratamento processual das demandas, alguns autores relatam a

existência de uma “litigiosidade remanescente” após a promulgação da sentença, em decorrência de uma bagagem emocional negativa gerada antes e durante a relação processual no tocante à parte contrária (MENDES, 2014).

Ademais, não se pode esquecer que a principal preocupação deve ser a manutenção ou restauração dos vínculos preexistentes entre as partes. Sendo assim, um desfecho processual tem o condão de enfraquecer ou romper definitivamente o relacionamento das partes, a depender do tratamento dado ao conflito.

Destarte, um tratamento adequado terá como um dos objetivos a restauração de laços e a transformação da perspectiva amigo/inimigo para a ótica adversarial (MOUFFE, 2005), possibilitando aos indivíduos reconhecerem-se como oponentes legítimos, cada qual defensor de seu direito/interesse, contudo, havendo a possibilidade de construir soluções viáveis e interessantes a ambos. Evita-se, assim, que a conflituosidade se acentue e prejudique demasiadamente relações que deveriam continuar.

Quanto aos métodos de tratamento referidos, Fabiana Spengler (2014) faz menção à mediação e à conciliação no sentido de elucidar que o principal intuito não é dar celeridade processual e desafogar o judiciário, mas conferir qualidade ao tratamento das demandas, isto é, proporcionar a produção de respostas pelos próprios conflitantes (ou e conjunto com eles) a contento de seus interesses e, mais, sem o rompimento dos vínculos relacionais anteriormente existentes.

Continuando este raciocínio, Fabiana Spengler (2014, p. 75) demonstra qual seria o principal proveito: “Em se tratando de ‘desafogar o judiciário’, talvez o principal ganho a partir da conciliação/mediação seja a prevenção de novos conflitos que se dará pelo tratamento adequado do litígio atual evitando que este retorne ao Judiciário ou a Central de Mediação na forma de um novo conflito”.

Importante constatação trazida por Petrônio Calmom, ainda no prefácio da obra de Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto, anteriormente citada (2010, p. 10), não pode deixar de ser aqui reproduzida:

Privar o ser humano da possibilidade de resolver seus conflitos é mantê-lo sob tutela, é tolher sua liberdade. Quem pensa que o juiz ou árbitro sabe decidir melhor os conflitos do que os próprios envolvidos têm uma concepção de dignidade humana muito deficiente, ultrapassada e tacaña. O homem é capaz. Ele é o melhor para conhecer seus problemas e para decidir seu destino. Em termos populares se diz: “eu que sei onde dói o meu calo”.

Devemos compreender que as cortes judiciais não são as únicas ferramentas colocadas à nossa disposição para tratar os conflitos que constantemente surgem e surgirão. Desta forma, a criação e adoção de métodos adequados terão efeitos positivos no que tange à pacificação social. Em decorrência disso, processualistas modernos têm a importante função de investigar, de modo interdisciplinar, os impactos de cada mecanismo de solução de litígios, até mesmo buscando em outras culturas aquilo que teve êxito e adaptar à nossa realidade.

Assim, interessante se mostra para esta pesquisa uma breve análise do sistema americano denominado *Multi-door Courthouse System*, também conhecido como “tribunal multiportas”, dentre outras expressões utilizadas no Brasil.

1.2.2 O modelo multiportas de solução de conflitos (ou *Multi-door Courthouse System*)

Foi inserido no direito brasileiro, pelo art. 165 do Código de Processo Civil de 2015, um sistema semelhante ao modelo do tribunal multiportas americano, também conhecido no Brasil como CEJUSC (Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflito). Referido modelo trata-se de uma estrutura que funciona dentro do Poder Judiciário, entretanto possibilita a solução das demandas sem a intervenção de um magistrado. O mencionado dispositivo criou organismos responsáveis “pelo **desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição**”. (BRASIL, 2015).

Tal determinação adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 foi, então, devidamente regulamentada pela Resolução nº. 125 de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual dispõe a respeito da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Ademais, o art. 1º, *caput*, da aludida resolução, estampa o objetivo principal da Política Judiciária Nacional implantada pelo CNJ (“[...] assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”), que em muito se assemelha ao sistema multiportas americano, o qual será melhor detalhado adiante. Convém, portanto, explorar um pouco mais acerca de tão importante sistema, de origem americana e autoria de Frank Sanders, o qual remonta meados da década de 70: o *Multi-door Courthouse System*.

Em 1976, durante uma palestra ministrada na *Pound Conference* (cuja discussão principal eram os obstáculos ao direito de acesso à justiça), o Professor de Direito de Harvard, Frank Ernest Arnold Sander, fez menção a estudos que vinha desenvolvendo, através dos quais

propunha um novo modelo de tratamento de conflitos, originalmente denominado de *Comprehensive Justice Center* (Centro Abrangente de Justiça)(CRESPO, 2012).

Na ocasião, Sander (1976) expressou seu desconforto em relação à mentalidade predominante não apenas na sociedade em geral, mas especialmente na comunidade jurídica, de que os tribunais têm a função natural e precípua de solucionar problemas, o que gera a ineficácia do Poder Judiciário frente ao volume de demandas:

Nós, advogados, temos tido um pensamento muito absoluto quando o assunto é resolução de conflitos. Nós tendemos a crer que os tribunais são os naturais e óbvios – e únicos - solucionadores de conflitos. De fato, lá existe uma rica variedade de processos que podem resolver conflitos de forma bem mais efetiva. Por muitas vezes a polícia tem procurado “resolver” disputas raciais, na escola e entre vizinhos e nós, povo, temos realizado mais e mais demandas nas cortes para resolver disputas que outrora eram lidadas por outras instituições da sociedade. Obviamente, as cortes não podem continuar a se responsabilizarem de forma efetiva por todas as demandas que necessitam ser equacionadas de modo rápido. É, portanto, essencial que se examinem outras alternativas. (Tradução do inglês para o português de SALES; SOUSA, 2001, p. 207).

Pertinente, portanto, a afirmação de Luís Alberto Gómez Araújo (1999, *apud* SANTOS, 2014, p. 49) acerca da relação entre a necessidade de meios “alternativos” de resolução de conflitos e a crise da Jurisdição: “[...] necessária uma crise no sistema de administração de justiça latino-americano, para começarmos a pensar em desenvolver na sociedade sua capacidade de resolver seus próprios problemas sem precisar recorrer às vias judiciais”.

Diante disso, Frank Sander (1976) evidenciou a impreterível necessidade de se buscar, criar ou resgatar, outras ferramentas para resolução de conflitos, recomendando, assim, a adoção de um sistema que disponibilize às partes diversas formas de processamento do conflito, a que ele chamou de “portas”; por isso, o nome Tribunal Multi-Portas (*Multi-door Courthouse*), no qual haveria a figura de um gestor de conflitos, responsável por conduzir as partes ao procedimento mais adequado.

O modelo proposto não exclui o tratamento jurisdicional das demandas (processo judicial), que convive de forma harmoniosa e articulada com outras técnicas (portas) à disposição das partes, baseando-se no princípio da adaptabilidade, “[...] segundo o qual o procedimento há de aperfeiçoar as particularidades de cada litígio” (BARBOSA, 2003, p. 248).

E Ricardo Goretti Santos (2014, p. 69) completa: “[...] os conflitos humanos são particulares (únicos, irrepetíveis e concretos), motivo pelo qual sempre demandarão

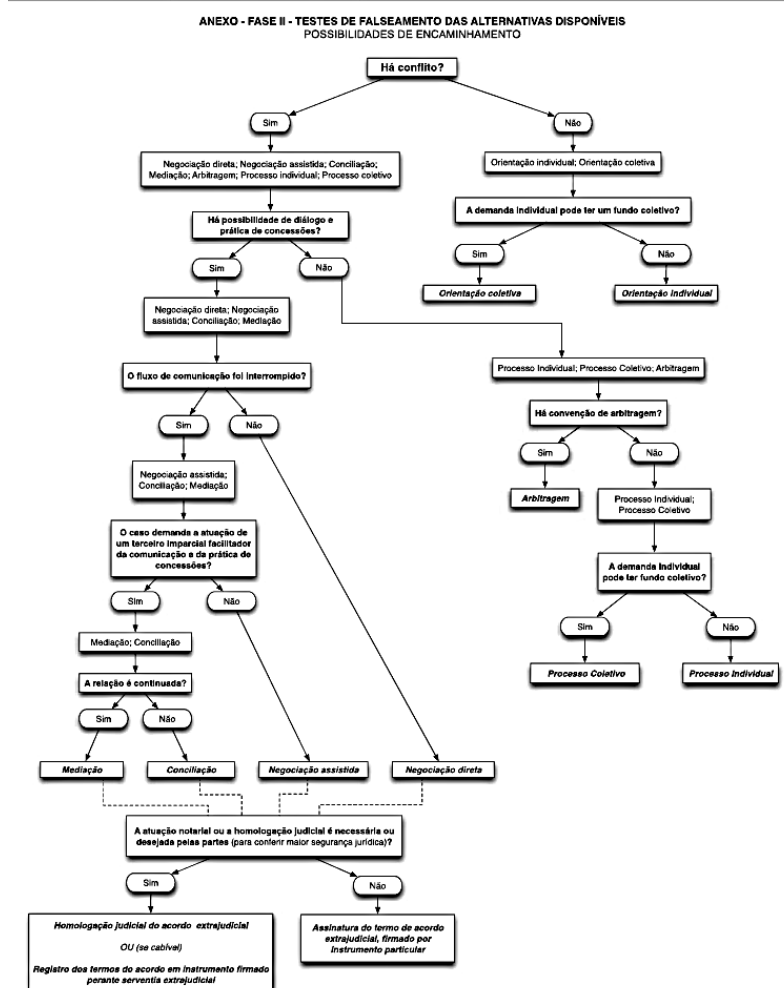
tratamentos não generalizantes”.

Nesse sentido, Frank Sander preocupava-se com a imprescindibilidade de uma taxonomia que, de certa forma, conferisse diretrizes, isto é, critérios ao gestor do conflito na função de encaminhamento das partes ao método mais adequado. Ademais, tais critérios são fundamentais às demais instituições operadoras do direito (escritórios de advocacia, promotorias de Justiça, defensorias públicas, núcleos de prática jurídica das universidades, PROCON’s, dentre outras), na medida em que são, de igual modo, responsáveis por assistir os sujeitos nesse processo de escolha, atuando como coadjuvantes nesse democrático processo que viabiliza o efetivo acesso à justiça (CRESPO, 2012).

Daniela Monteiro Gabbay (2011, p. 205) destaca a ausência dessa taxonomia para a realização da triagem, o que leva os gestores a utilizarem “[...] seus próprios critérios, de acordo com as circunstâncias do caso concreto”.

Refletindo sobre o assunto, Ricardo Goretti Santos (2014, p. 74) idealiza um modelo de classificação e critérios a serem observados durante a triagem. Vejamos:

Figura 1



Não bastasse o caráter democrático e benéfico às partes, o modelo de Frank Sanderevita perda de tempo e dinheiro, nas palavras de Guy M. e Heide Burgess (1997, p. 202):

O termo *corte multiportas* se refere a um local, que pode ou não ser a corte do modo como conhecemos hoje, no qual as pessoas podem se dirigir para resolver seus conflitos de diversas maneiras. Na corte multiportas, inicialmente, as pessoas relatam seus problemas a um servidor responsável pela realização da triagem do conflito (*intakeperson*). Ao ouvir e fazer perguntas sobre o conflito, o *intakeperson* sugere a via mais apropriada para lidar com o problema: litígio regular, julgado de pequenas causas, mediação ou arbitragem, por exemplo. Se o *intakeperson* tiver conhecimento suficiente e for bem preparado, este processo inicial pode evitar perda de tempo e de dinheiro dos litigantes devido à possibilidade de relacionar o problema ao processo mais adequado para tratá-lo eficientemente. Entretanto, é possível escolher um procedimento diferente do que foi recomendado se as pessoas assim desejarem ou mudá-lo se o curso da ação inicial não estiver funcionando efetivamente. (Tradução do inglês para o português de SANTOS, R. G., 2014, p. 54).

Conforme se pode observar, há inúmeros métodos passíveis de serem adotados pelas partes a fim de solucionarem suas demandas. No entanto, igualmente é possível afirmar que modelo multiportas tem o condão não só de solucionar conflitos, visando a cessação de seus efeitos negativos, mas também de prevenir que eles ocorram, como acontece com as atividades consultivas acerca de direitos e deveres antes de instaurado o conflito.

Desta maneira, passa-se a uma breve abordagem dos principais métodos utilizados em um sistema de corte multiportas, porém de maneira superficial, eis que a presente pesquisa tem enfoque principal em somente um deles: a mediação.

Convém, ainda, mencionar que cada tribunal multiportas não é obrigado a disponibilizar todas as espécies de procedimentos e técnicas existentes, mas apenas aquelas compatíveis com as particularidades da região. Nessa ótica, podemos apontar alguns exemplos de “portas”, classificando-os da seguinte forma:

1.2.2.1 ANTES DE CARACTERIZAR O CONFLITO

Como já mencionado, há métodos que podem ser adotados de forma preventiva, isto é, antes do início do conflito, visando dar às partes esclarecimentos jurídicos acerca da situação em que estão envolvidas.

a) Orientação individual: visa proporcionar orientação jurídica ao indivíduo quanto a direitos e deveres de que tenha dúvidas, sem que o conflito já tenha se instalado. (SANTOS, 2014).

b) Orientação coletiva: tem o mesmo sentido da orientação individual, porém ocorre no caso de a orientação jurídica abranger uma coletividade de pessoas. (SANTOS, 2014).

1.2.2.2. VIA CONSULTIVA

Nestes casos, o conflito já se encontra instaurado; desta forma são utilizados os seguintes instrumentos com caráter de consulta, isto é, não são vinculativos, apenas visa informar os conflitantes acerca de possíveis soluções:

a) Avaliação preliminar neutra (*early neutral evaluation*) (GONÇALVES, V. J. C., 2011): trata-se de um parecer oral, não vinculativo, emitido por um jurista designado, emitido após avaliar os argumentos e provas das partes envolvidas no conflito. Muito útil quando associada a outros métodos, especialmente de autocomposição.

b) Summary jury trial (GONÇALVES, V. J. C., 2011; SPENGLER; GIMENEZ, 2015): configura uma espécie de júri simulado, ao qual é exposto, de forma sumária, o conflito, bem como as teses e provas das partes, obtendo-se um veredito de cunho opinativo, com a finalidade de estimular um acordo entre as partes. Destaca-se que o corpo de jurados é escolhido dentro do júri oficial, sem que seja informado de seu papel consultivo.

c) Ombudsman (ouvidor) (GONÇALVES, V. J. C., 2011; SPENGLER; GIMENEZ, 2015): é uma pessoa constituída por uma instituição com a função de investigar situações que surgem naquele ambiente, a fim de prevenir ou facilitar a resolução de litígios, seja entre clientes e a instituição, ou entre os empregados e a instituição empregadora. Sua atuação não tem caráter vinculativo, mas apenas o condão de sugerir soluções ou mudanças necessárias.

d) Mini-trial (GONÇALVES, V. J. C., 2011): assemelha-se à avaliação preliminar neutra, mas é realizada no âmbito privado, normalmente por um advogado especialista no ramo do conflito, que expressa sua opinião acerca do resultado em um eventual processo judicial. Após o parecer, as partes voltam às negociações, podendo, inclusive, contar com o auxílio deste consultor neutro.

1.2.2.3. VIA ADMINISTRATIVA

Administrativamente, há a possibilidade de solucionar os conflitos de interesses por meio do seguinte instrumento:

a) Serventia extrajudicial: quando os conflitos puderem ser dirimidos através da atuação de cartórios extrajudiciais, como é o caso de inventários e divórcios consensuais, que não envolvem indivíduos incapazes, com fulcro na Lei nº. 11.441/2007.

1.2.2.4. VIA AUTOCOMPOSITIVA

Há, ainda, a possibilidade de soluções criadas pelas próprias partes, ainda que por intermédio de terceiros, como nos seguintes métodos, destacando-se a mediação:

a) Negociação direta (SANTOS, 2014): possível em casos que envolvam direitos disponíveis, em que as partes não necessitem da intervenção de um terceiro para conduzir as tratativas a uma solução amigável.

b) Negociação assistida (SANTOS, 2014): também utilizada em casos de direitos disponíveis, porém em que a comunicação entre as partes esteja fragilizada, demandando o auxílio de um terceiro para facilitar o diálogo amistoso e a resolução amigável do conflito.

c) Collaborative Law (direito colaborador) (SPENGLER; GIMENEZ, 2015): novidade entre as técnicas consensuais de resolução de conflitos. Caracteriza-se por um acordo extrajudicial realizado no curso de um divórcio, em que as partes deliberadamente trocam informações financeiras a fim de facilitar a tomada de decisões referentes à partilha de bens.

d) Parenting coordination (coordenação familiar): também se trata de uma nova ferramenta. É utilizada em conflitos de guarda de filhos, a fim de auxiliar os pais a manterem vínculos parentais saudáveis com eles, mesmo após a ruptura da sociedade conjugal, visando evitar a ocorrência de alienação parental e outros impactos negativos sobre a vida da criança e/ou adolescente. No Brasil, o CNJ desenvolveu um projeto semelhante, denominado “Oficina de Parentalidade” ou “Oficina de Pais e Filhos”.

Acerca desse projeto do CNJ, é possível extrair mais informações nos seguintes endereços eletrônicos (acessados em: 18 jul. 2019):

- i. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80802-oficina-online-auxiliara-pais-a-lidarem-com-o-processo-de-separacao>;
- ii. <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/81693-oficina-de-parentalidade-busca>

entendimento-entre-pais-no-mato-grosso;

iii. <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5825/CNJ+lan%C3%A7a+nesta+quarta-feira+Oficina+de+Parentalidade+online>;

iv. <https://brunastefen.jusbrasil.com.br/artigos/449434690/oficina-de-parentalidade-e-o-combate-a-alienacao-parental>.

e) Conciliação: o terceiro imparcial aqui tem a função de auxiliar as partes na obtenção de uma solução para a controvérsia enfrentada. Em que pese o conciliador não possa impor qualquer decisão, tem papel mais ativo que a do mediador, tendo liberdade para apresentar propostas de acordo e a ajustá-las em conjunto com as partes. Somente é possível em casos de direitos disponíveis. Fala-se, ainda, de aplicação em relações circunstanciais, caracterizada pela inexistência de vínculos anteriores, que “[...] torna desnecessária a realização de um trabalho de preservação do diálogo e da convivência entre os envolvidos” (SANTOS, 2014, p. 66).

f) Mediação: diferente da conciliação, o mediador apresenta-se apenas como facilitador do processo de comunicação entre as partes para que construam a composição amigável da lide, não lhe sendo possível sugerir soluções. Ademais, a mediação caracteriza-se por ter como principal objetivo manter ou restabelecer vínculos pré-existentes entre os litigantes, além de prevenir controvérsias futuras. Ou seja, importa, aqui, a resolução do conflito aliado ao fortalecimento das relações e do diálogo. Este método será melhor abordado no item 1.2.4.

1.2.2.5. VIA HETEROCOMPOSITIVA

Quanto aos métodos cuja resposta aos conflitos é imposta por terceiros, podem ser citados:

a) Arbitragem: a decisão acerca da solução do litígio, denominada sentença arbitral, é atribuída a um terceiro imparcial (árbitro ou Câmara Arbitral), no âmbito privado, fazendo as vezes do Estado; portanto, a autoridade da sentença arbitral equivale à da sentença judicial, isto é, título executivo judicial. As partes têm liberdade na escolha da pessoa do árbitro ou Câmara Arbitral, bem como das regras do procedimento, por meio de cláusula compromissória e compromisso arbitral firmados em contrato antecedente, sendo que se recomenda a escolha de um árbitro com conhecimento técnico acerca do objeto da demanda. Pode ser usada em conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis e são garantidos maior celeridade e sigilo na resolução da controvérsia.

b) Adjudicação individual e coletiva: nada mais é do que o tradicional processo judicial, em que as partes transferem ao Estado, representado pela figura do juiz, a prerrogativa de solucionar o conflito, mediante uma decisão coercitiva. Tem natureza contenciosa, podendo se afirmar que se trata de um modelo “ganha-perde”.

1.2.2.6. PROCESSOS HÍBRIDOS

Por fim, cita-se o método denominado Med-arb ou arb-med, que se trata do procedimento em que se executa um dos métodos e, em caso de falha, realiza-se o outro. No primeiro caso, faz-se a tentativa de mediação, que se frustrada, dá lugar à arbitragem, destacando-se que o mesmo terceiro imparcial opera tanto como mediador quanto como árbitro. No segundo caso, inicia-se com o procedimento da arbitragem, sendo que, antes de ser divulgada a sentença arbitral às partes, faz-se a tentativa de mediação do conflito (SPENGLER; GIMENEZ, 2015).

Vê-se, destarte, que são disponibilizadas incontáveis ferramentas aos jurisdicionados, eis que não se trata de rol taxativo, no intento de que a conclusão do procedimento leve as partes a um resultado justo, efetivo e satisfatório, isto é, que seja proporcionado o adequado tratamento ao conflito com a conseqüente adequação da solução.

A partir deste momento, serão abordados os principais métodos de resolução de litígios que têm como base o consenso, dando especial destaque à mediação, conforme já fora mencionado há pouco.

1.2.3 Métodos consensuais de solução de conflitos no contexto do acesso à justiça

No contexto de tratamento adequado das relações conflituosas, as ferramentas de cunho consensual, em que a gestão dos conflitos demanda particular cooperação dos envolvidos, mostram-se extremamente relevantes.

Convém afirmar que tais métodos não podem ser considerados excludentes ou substitutos para o tratamento jurisdicional dispensado pelo Poder Judiciário; pelo contrário, são propostos como meios complementares à função jurisdicional do Estado, de modo a conferir maior efetividade e adequação à garantia de acesso à justiça e inafastabilidade da jurisdição.

Conforme já amplamente discorrido, em que pese o monopólio da Jurisdição pelo

Poder Judiciário tivesse como principal objetivo regular as relações sociais e proteger os indivíduos de eventuais abusos em face de seus direitos, a forma como o acesso à justiça foi delineado para a sociedade transmitiu a concepção de uma figura paternalista e protetiva do Estado, estimulando, de certa maneira, a apatia social quanto à sua capacidade de sanar os próprios conflitos e, por conseguinte, gerando a sensação de necessidade de uma solução imposta por terceiro imparcial.

Todavia, essa cultura acarretou uma explosão de litigiosidade, e conseqüentemente, a morosidade judicial, emperrando a máquina judiciária. Aliado a isso, a crise da Jurisdição experimentada em nosso país se deve também ao excesso de formalismo judicial e ao grande volume de normas promulgadas.

É vital, portanto, desconstruir a imagem de que o poder de resolver conflitos originou-se com o Estado e que só é possível existir por meio dele. Ou seja, trata-se de um imperioso resgate da autonomia e da capacidade dos jurisdicionados para gerir suas demandas, ainda que, para isso, contem com o auxílio de um terceiro desinteressado. Fala-se, aqui, em autocomposição baseada no consenso.

Seguindo esse entendimento, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2016) defendem que, não obstante o Estado deter o monopólio da jurisdição, aos jurisdicionados é garantido a resolução consensual de seus conflitos, que pode ocorrer tanto pelo ajuste de acordo entre as partes ou pela escolha pelos conflitantes de um terceiro que irá proferir uma decisão, como na arbitragem.

Fala-se, portanto, daquilo que Fabiana Spengler (2007, p. 365 e ss.) denomina de “consenso construído”, em lugar do “consenso induzido”, aquele se refere a estratégias ou soluções desenvolvidas em conjunto pelas partes, que conhecem profundamente o conflito e, especialmente, suas motivações; este diz respeito à decisão colocada para as partes pelo Estado-juiz, em relação à qual, em tese, as partes são obrigadas a consentir e cumprir, ainda que não se mostre apta a restabelecer os vínculos rompidos, ou mesmo alcançar o verdadeiro escopo da propositura da demanda.

Bolzan de Moraes e Fabiana Spengler (2008) intitula o “consenso construído” de “jurisconstrução”, ou seja, as partes participam de um diálogo cooperativo, que lhes confere poder e autonomia para “dizer o direito” aplicável ao conflito que lhes envolve, muitas vezes de forma inovadora e criativa, mas sem deixar de dar o devido e adequado tratamento à controvérsia, inclusive satisfazendo os litigantes.

Dada a complexidade das relações sociais e as demandas que surgem em seu meio, a principal pretensão do modelo consensual proposto é a real pacificação social, na medida em

que a garantia do acesso à justiça não pode ser resumida no direito a uma resposta, qualquer que seja ela, relaciona-se, sim, ao empoderamento para manter ou restabelecer relacionamentos enfraquecidos pelos problemas apresentados.

Roberto Portugal Bacellar (2011) defende que a verdadeira justiça e pacificação social só se concretizam mediante a harmonia entre os indivíduos na solução dos conflitos por intermédio do consenso, isto é, não se pode considerar pacificado um conflito apenas com uma solução jurídica se o vínculo relacional não foi tratado e, se possível, restaurado.

Complementando a ideia acima, interessante colocação faz Luis Alberto Warat acerca da construção do conflito pelas partes afirmar a importância da valorização da parte adversa no conflito – a qual ele denomina “o outro” – como um meio de transformar o conflito, em lugar de preocupar-se em valer-se do direito positivo para fazer justiça. A esse olhar sentimental do conflito, ele intitula “outridade” ou “alteridade” (WARAT, 2000, p. 12).

O conflito visto por essa nova perspectiva, qual seja, a da “outridade”, em que se preocupa com os sentimentos que o circundam, permite uma abordagem diversa do sistema “ganha x perde” do Poder Judiciário, afastando qualquer possibilidade de latência do litígio, como explicam CALIL e TAVARES (2018, no prelo):

Até porque o ritual processual não é capaz de encerrar os conflitos, pois, ao contrário do que se espera, o sistema “ganha/perde” é capaz de enfatizar o conflito e torná-lo latente, de modo que, a qualquer momento, pode eclodir em um novo litígio.

Desse modo, faz-se necessário olhar, verdadeiramente, para os sentimentos dos envolvidos acerca do conflito, de modo a trazê-los a uma posição de “corresponsabilidade colaborativa”, pois, juntos, poderão construir uma solução viável, que satisfaça o interesse de todas as partes.

Destarte, os mecanismos consensuais de solução de conflitos apresentam-se surpreendentemente vantajosos, porquanto, dispensam a atuação do Poder Judiciário, o que torna a composição da lide menos onerosa às partes, não apenas financeiramente, mas também no que tange ao desgaste emocional e à celeridade em que produz resultados.

Nesse sentido, passa-se a tratar mais detalhadamente de uma dessas ferramentas, qual seja a mediação, visto ter completa relação com o objeto desta pesquisa.

1.2.4 Mediação

A mediação trata-se de uma espécie do gênero de métodos de resolução consensual de conflitos, cujo principal enfoque, contrariando o que a grande maioria supõe, não é a entabulação de um acordo, mas sim o restabelecimento da comunicação entre os conflitantes e a manutenção dos vínculos relacionais entre eles. Fabiana Spengler expressa essa base em que se funda a mediação, o que, conseqüentemente, viabiliza que o conflito receba seu tratamento adequado: “[...] base o princípio de religar aquilo que se rompeu, restabelecendo uma relação para, na continuidade, tratar o conflito que deu origem ao rompimento”. (SPENGLER, 2014, p. 52).

Ademais, o mediador nada mais é do que a peça dessa engrenagem consensual, que proporciona o protagonismo dos indivíduos na reestruturação de suas demandas, para que sejam capazes de elaborar soluções criativas e eficazes, isto é, ao mediador não são conferidos poderes para opinar ou impor decisões, limitando-se tão-somente a analisar o âmago das questões controvertidas e oferecer às partes, em um espaço qualificado de diálogo, novas perspectivas sobre a situação que as envolve (TARTUCE, 2018, n.p.).

Raciocínio este complementado por Jean François Six (2001 *apud* SPENGLER, 2014, p. 52), que considera a mediação uma “[...] ‘gestão ativa de conflitos pela catálise de um terceiro’ através de uma ‘técnica mediante a qual são as partes mesmas imersas no conflito que tratam de chegar a um acordo com a ajuda do mediador [...]’”.

A aplicação da mediação tem íntima relação à incessantemente defendida necessidade de resgate social da capacidade e autonomia dos indivíduos de gerir os próprios conflitos e tomar decisões conjuntas e consensuais acerca deles, de forma que a diferença produzida seja assertiva e edificadora dos relacionamentos. Fala-se, neste contexto, em democracia, cidadania e produção das diferenças (SPENGLER, 2014).

O mediador tem como primordial atribuição estabelecer um ambiente propício ao diálogo e à convivência saudável, proporcionando aos litigantes uma nova perspectiva da demanda; só assim, as partes estarão aptas a trabalhar com um mesmo propósito, qual seja, produzir um caminho de solução em que ambos possam trilhar não apenas no presente, como também futuramente, sem reclamar a intervenção de um terceiro.

Não se pode, em vista disso, fechar os olhos para uma diferença crucial entre os “tipos” de litígios examinados em sede de adjudicação, isto é, na esfera do Poder Judiciário, e aqueles que, de fato, reclamam uma análise cuidadosa sob pena de agravar a hostilidade e o rompimentos dos vínculos.

Lilia Maia de Marais Sales (*apud* SALES; CHAVES, 2014) estabelece essa distinção, denominando as espécies de “conflitos aparentes” e “conflitos reais”, os primeiros são aqueles falados, sem, contudo, expressar claramente a profundidade dos reais motivos que acarretaram a lide, demandando, assim, uma exploração mais profunda do caso, já que uma solução superficial oferece grandes riscos de agravamento do problema.

É extremamente relevante vislumbrar o conflito como um iceberg, que se considerado apenas superficialmente, comprometerá toda a harmonia da relação. Assim, um diálogo habilmente conduzido, demanda um genuíno aprofundamento no estudo dos interesses em jogo, a fim de se trazer à tona o conflito real, em outras palavras, os sentimentos feridos e os verdadeiros desejos das partes para que ocorra a pacificação, já que nem sempre o objeto central da demanda será um bem jurídico. Nesse sentido, Alexandre Araújo Costa (2004, n.p.) interpela:

Mas o que fazer quando o conflito não é uma disputa por um determinado bem, mas o resultado de uma percepção diferente do mundo? Que fazer quando se confrontam um marido que repete padrões patriarcais e uma mulher que o ama, mas tenta conquistar sua liberdade e autonomia? Ou quando desejamos aquilo que não é quantificável, como atenção, carinho ou um pedido de desculpas? Ou aquilo que nenhum acordo é capaz de criar, por envolver respeito, afeto, cuidado ou qualquer coisa que envolva um sentimento sincero? Nessas situações, os modelos de disputa falham, justamente porque há conflito sem haver propriamente disputa. O que está em jogo são desejos inconciliáveis por serem divergentes e não por convergirem em relação a um bem disputado.

Assimilada a essência deste tão importante método de resolução de conflitos, é indispensável destacar que este poderá ser aplicado de diversas maneiras e em variados momentos (pré-processual, processual, incidental e extraprocessual), desde que não se distancie de seu propósito: a pacificação social.

No que concerne aos modos e ambientes de execução, estes serão melhor abordados no capítulo 3, eis que é determinante o estudo de um dos catalisadores, do êxito da mediação e, conseqüentemente, do consenso e da pacificação social. Passa-se, portanto, ao exame da teoria dos precedentes judiciais e todos os aspectos que envolvem sua adoção pelo direito brasileiro e sua aplicabilidade no contexto da crise jurisdicional no país.

CAPÍTULO II - TEORIA DOS PRECEDENTES

2.1 Common Law (costumes, stare decisis, ratio decidendi)

Ao buscar compreender a ideia central da *Common Law*, pertinente, antes de tudo, trazer a voga rápida discussão levantada por Lênio Streck (2015) acerca da diferenciação entre as expressões *sistema jurídico* e *tradição jurídica*, eis que esse discernimento impacta de forma substancial o objeto desta pesquisa, na medida em que ocupa-se de ferramentas aptas à desconstrução de conceitos e mudança cultural de uma sociedade.

Ora, enquanto *sistema jurídico* relaciona-se, de forma conceitual mais restrita, ao conjunto de regras jurídicas que compõem um determinado ordenamento jurídico, regem os seus institutos jurídicos e, conseqüentemente, regulam a vida em sociedade; a expressão *tradição jurídica* abarca uma concepção mais ampla, abrangendo hábitos e costumes, enfim, práticas de um povo no que concerne ao seu sistema legal e à aplicabilidade e função do direito na sociedade, sendo, portanto, uma associação do sistema jurídico com a cultura (MERRYMAN, 2007).

Diante disso, já se torna possível verificar que a *Common Law* tem base em uma tradição cultural, construída ao longo de anos e arraigada aos costumes dos povos que dela se valem, não se resumindo a um simples sistema jurídico construído com o escopo de controle social.

Das lições de Streck (2015), extrai-se que a tradição da *Common Law* teve origem, basicamente, no século XVI, em território francês, em que fora recepcionado o direito romano de duas formas diferentes pelo sul e pelo norte, isto é, enquanto o sul adotou o direito romano como fonte primária, sistematizando um ordenamento jurídico escrito, o norte estruturou-se com base nos costumes como fonte primária (direito consuetudinário), aplicando o direito romano subsidiariamente.

Importa destacar que, a despeito de a essência da *Common Law* referir-se à organização legal e à aplicabilidade do direito com fonte consuetudinária, cada país que adotou tal arranjo construiu sua tradição com enfoque diverso. Veja: uma das tradições *Common Law* mais conhecidas, a inglesa, não teve influência romana, formando-se como “fruto da atividade dos tribunais reais da justiça na Inglaterra”, ou seja, “consiste em um Direito de processualistas e de práticos” (STRECK, ABBOUD, 2015, p. 23).

Contudo, devido ao enfoque deste trabalho, um aprofundamento histórico da construção da *Common Law* será dispensado, direcionando-se o estudo à sua essência e ao

funcionamento do sistema jurídico decisional adotado.

Na *Common Law* inglesa, as regras de direito material legisladas, isto é, sistematizadas em textos normativos não tinham posição de protagonismo, sendo que tais regras foram sendo criadas gradativamente através dos julgamentos realizados pelas cortes reais, conforme cada caso concreto analisado (denominados *case law*), tornando tais precedentes parâmetros para futuros julgamentos (DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2002, *apud*, CRAMER, 2016, p. 16).

É indispensável compreender que, na *Common Law*, os precedentes não eram concebidos com a finalidade precípua de serem precedentes, mas a coerência e racionalidade dos fundamentos da decisão (denominados *ratio decidendi*) é que lhe transmitiam a identidade de precedente judicial, conferindo argumentos de autoridade que viabilizavam sua utilização como paradigmas a serem seguidos em casos correlatos, desde que o seu emprego no caso futuro fosse profundamente fundamentado.

Lenio Streck e Georges Abboud colocam de forma interessante essa compreensão ao afirmar que: “[...] os precedentes são ‘feitos’ para decidir casos passados; sua aplicação em casos futuros é incidental. [...] precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras [...]” (2015, p. 34-35).

Desta forma, surgiram diversos mecanismos de apoio, sem qualquer caráter vinculante, para servirem como guias para advogados e juízes no conhecimento dos casos julgados e da forma como decidiam as cortes, podendo ser citados (CRAMER, 2016): *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* (escrito por Henry Bracton, juiz da *Court of King’s Bench*), *Yearbooks* (comentários escritos anualmente acerca das petições endereçadas às Cortes e seus respectivos julgados – foram publicados de 1268 a 1535), *Law Reports* (relatórios formados pelo inteiro teor dos julgamentos e anotações das questões mais relevantes; a partir de 1865, foram intitulados *Council of Law Reporting for England na Wales*).

Tais documentos demonstram a valorização e o respeito aos precedentes pelas cortes reais, independente do fato de inicialmente não terem qualquer caráter vinculante. Nesse sentido, Henry Bracton (1922, *apud* CRAMER, 2016, p. 17) afirmava:

Se surgisse um assunto novo, ainda não examinado, mas se casos análogos já tivessem ocorrido, a decisão deveria ser naquele mesmo sentido, visto que se fazia oportuna a ocasião para proceder de um caso similar a outro caso similar. Mas se, porventura, não houvesse precedente e a decisão fosse difícil e obscura, o caso deveria ser levado a julgamento perante a Magna Curia. (Tradução do italiano para o português de José Rogério Cruz e Tucci, 2004, pp. 153-154).

A partir dessa construção, foi se consolidando, nas cortes, a ideia de vinculação dos precedentes tanto em relação à própria Corte que proferiu o julgado quanto nas Cortes inferiores. Assim, cita-se que, em 1861, a *House of Lords*, no caso *Beamish v. Beamish*, estabeleceu tal eficácia vinculante de forma genérica. Já em 1898, no célebre caso *London Tramways Company v. London County Council*, o órgão de cúpula do Judiciário inglês incorporou, definitivamente, a doutrina do *stare decisis* à tradição *Common Law* (CRAMER, 2016).

Nada obstante, faz-se de extrema relevância estabelecer uma correta compreensão acerca da doutrina do *stare decisis*, de origem inglesa e melhor desenvolvida nos EUA. Ora, ao contrário do que comumente se presume, *Common Law* e *stare decisis* não se confundem, como adverte Luiz Guilherme Marinoni (2011), ao explicar que aquela surgiu tempos antes da doutrina esta e teve êxito independente dos elementos daquela teoria.

Como já mencionado, a *Common Law* originou-se em uma cultura em que não se falava em direito legislado, e sim em costumes e tradição a serem observados; logo, as normas jurídicas eram elaboradas a partir dos julgamentos das Cortes. Assim, tornou-se um hábito o exame destas “normas jurídicas” a fim de se identificar a (in)existência de determinado “direito material” pré-estabelecido, isto é, exemplos de como as cortes aplicavam o direito nos casos reais (STRECK; ABOUD, 2015, p. 43).

Quanto à doutrina do *stare decisis*, esta diferencia-se, na medida em que o precedente se eleva da categoria de simples fonte de direito, isto é, deixa de se apresentar como meros exemplos de aplicação de princípios, recebendo uma roupagem de decisão vinculante dos órgãos judiciais (CRAMER, 2016).

A locução “*stare decisis*” deriva do termo latino “*stare decisis et non quieta movere*”, que traduz a ideia de “respeitar aquilo que já foi decidido”, indicando que causas que tratem de questões idênticas ou semelhantes sejam decididas da mesma forma que as anteriores, salvo a superação devidamente fundamentada daquele entendimento. Fala-se, então, dos precedentes judiciais vinculantes.

Importa reafirmar que esta doutrina prestigia a estabilidade, a coerência e a continuidade da jurisprudência, isto é, o respeito pelo passado, e pelos princípios estabelecidos na decisão judicial, garantia a observância de um tratamento isonômico dos jurisdicionados, além de uma segura previsibilidade do direito, em que os sujeitos poderiam basear suas ações.

Destaca-se que esta doutrina não se funda em uma aplicação automática dos precedentes, devendo, portanto, proceder-se uma aprofundada análise das particularidades de cada caso, isto é, das similaridades dos fatos apresentados no caso paradigma e no caso a ser

decidido, aplicando-se tão-somente os princípios que constituíram os fundamentos do precedente, que são os verdadeiros detentores da força vinculante da decisão.

Apesar da estabilidade e previsibilidade, a *stare decisis* também permite a flexibilidade necessária para o avanço do Direito, não fechando os olhos para aquilo que não se mostra adequado, como afirma Edward D. Re (1994, p. 285): “A doutrina do *stare decisis* consequentemente não exige obediência cega a decisões passadas. Ela permite que os tribunais se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo”.

Alude-se, aqui, à *ratio decidendi* do precedente. Sir John Salmond, citado por Arthur L. Goodhart, bem conceitua a *ratio decidendi* como o elemento de autoridade do precedente, de cunho abstrato e caráter vinculante não apenas para as partes, mas *erga omnes* (SALMOND *apud* GOODHART, 1930).

Ora, a *ratio* de um precedente nada mais é que a tese jurídica consagrada na resolução da questão de fato analisada pela Corte, configurando o elemento vinculante do precedente. Contudo, como Neil MacCormick (1987, p. 157) bem ensina que: “a maior dificuldade no caminho para um entendimento claro de qualquer doutrina de precedente e, portanto, de qualquer direito jurisprudencial, é a qualidade controvertida da *ratio decidendi*” (tradução do inglês para o português de Luiz Guilherme Marinoni, 2011, p. 223).

Por esta razão, Goodhart (1931) defende que o passo mais importante para se determinar a *ratio decidendi* de um precedente, isto é, do princípio ou tese jurídica consagrada, é determinando-se quais os fatos foram relevantes para o julgamento do caso em questão.

Importante distinção também necessária à compreensão da *ratio decidendi* é que diz respeito à *obter dicta*: “Logo, a força vinculativa de um caso anterior limita-se ao princípio ou regra indispensável à solução das questões de fato e de direito efetivamente suscitadas e decididas. Todos os pronunciamentos que não são indispensáveis à decisão constituem *dicta*” (RE, 1994, p. 284). Ou seja, as abordagens periféricas, cuja exclusão não interferiria na solução do caso julgado, configuram as denominadas *obter dicta*.

Verifica-se, portanto, que muitos elementos conferem segurança para que os precedentes judiciais sejam fonte do Direito, sendo vinculantes na doutrina do *stare decisis*, conferindo estabilidade, previsibilidade, coerência e integridade à jurisprudência. Quanto a este último aspecto, nada melhor que discorrer acerca da teoria desenvolvida pelo teórico Ronald Dworkin, denominada *direito como integridade*, o que será feito no tópico a seguir.

2.2 O direito como integridade de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin elaborou esta teoria, a que nominou de *direito como integridade*, em contraponto a dois modelos interpretativos do direito, os quais foram alvo de críticas suas, por discordar de sua efetividade: o convencionalismo e o pragmatismo. Para Dworkin, uma atividade interpretativa do sistema jurídico só funciona em sua lógica do *direito como integridade*.

Assim, para se abordar essa teoria, ainda que não em sua total complexidade, necessária se faz uma breve reflexão acerca das duas concepções de direito já mencionadas. Contudo, antes desta análise, imprescindível trazer o conceito de princípios adotado pelo teórico: “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. (2002, p. 36).

Acerca do convencionalismo, pode-se afirmar que configura uma corrente, de viés positivista, que adota a aparente previsibilidade e segurança das decisões políticas do passado, chamadas convenções (o que leva ao nome desta doutrina), limitando a atividade criativa do magistrado. Dessa forma, a função do juiz resume-se à aplicação, isto é, uma espécie de subsunção do caso em análise a uma decisão proferida no passado, sem a prerrogativa de realizar qualquer alteração que adeque os princípios dela extraídos ao contexto atual.

Ou seja, “[...] o convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo” (DWORKIN, 1999, p. 272). Enfim, as normas fixadas no passado são decisivas para o reconhecimento dos direitos do presente. A crítica de Dworkin a esta corrente consiste no seguinte:

O direito por convenção nunca é completo, pois constantemente surgem novos problemas que ainda não haviam sido resolvidos de nenhuma maneira pelas instituições que dispõem da autoridade convencional para resolvê-los. Assim, os convencionalistas acrescentam essa condição a sua descrição da prática jurídica. [...] Portanto, a decisão que um juiz deve tomar nos casos difíceis é discricionária no sentido forte do termo: é deixada em aberto, via correto entendimento de decisões passadas. O juiz deve encontrar algum outro tipo de justificativa além da garantia do direito, além de qualquer exigência de consistência com decisões tomadas no passado, que venha apoiar o que fará em seguida. (DWORKIN, 1999, p. 142-143).

Logo, essa doutrina força o juiz decidir discricionariamente, criando o direito, por assim dizer, nos casos em que não existem convenções que tratem de situação semelhante do

passado, chamados “casos difíceis”, desconstruindo a falsa ideia de previsibilidade.

No que tange ao pragmatismo, de cunho utilitarista, tal corrente tem enfoque no futuro e nas consequências que poderão acarretar à sociedade, exigindo, assim, atuação instrumental dos juízes, no sentido de elaboração de regras que valorizem o interesse social, ignorando os direitos individuais, bem como as decisões do passado.

Segundo Dworkin (1999), para os juízes que seguem tal corrente, ignorar as normas estabelecidas em decisões do passado mostra-se benéfico ao interesse geral. Os pragmáticos defenderão sempre prioritariamente o interesse da comunidade, na medida em que jamais reconhecerão um direito individual pelo simples fato de estar previsto legalmente, caso acarrete prejuízo social, especialmente no futuro.

O teórico continua, ao fixar a principal diferença entre convencionalismo e pragmatismo:

A diferença prática entre as duas teorias da jurisdição é, portanto, a seguinte: em um regime convencionalista, os juízes não se considerariam livres para alterar regras adotadas conforme as convenções jurídicas correntes, exatamente porque, após o exame de todos os aspectos da questão, uma regra diferente seria mais justa ou eficiente. Em um regime pragmático, nenhuma convenção desse tipo seria reconhecida, e ainda que os juízes normalmente ordenassem o cumprimento de decisões tomadas por outras instituições políticas no passado, eles não reconheceriam nenhum dever geral de fazê-lo.[...]

Em uma sociedade pragmática, porém, ele (o jurisdicionado) teria de prever se os juízes considerariam seu caso como um daqueles em que as virtudes da previsibilidade são menos importantes do que a substância da lei e, no caso de considerarem a substância mais importante, se veriam uma decisão favorável a ele como melhor ou pior para a comunidade. O pragmatismo torna um pouco mais difícil prever o modo como vão comportar-se os tribunais nos casos que, do ponto de vista do convencionalismo, são fáceis. Mas o pragmatismo tem vantagens correspondentes. Deixa os juízes livres para mudarem as regras quando pensam que a mudança seria - ligeiramente ao menos - mais importante que qualquer mal que a mudança pudesse causar. (DWORKIN, 1999, p. 181).

A partir das críticas acima apresentadas por Ronald Dworkin a respeito daquelas duas concepções interpretativas do direito, apontando falhas graves de cada uma (as quais se apresentavam como empecilhos à prolação de decisões justas, equitativas e coerentes com o sistema jurídico adotado), ele desenvolveu uma terceira teoria de interpretação, à qual denominou *direito como integridade*, visando conferir aos jurisdicionados maior previsibilidade, estabilidade e segurança jurídica.

Importa mencionar que o *direito como integridade* é alicerçado em um sábio equilíbrio entre os fundamentos estabelecidos pela atividade decisional do passado, a evolução social e as

projeções futuras da construção jurídica a ser realizada. Trata-se de uma ferramenta que permite ao direito um constante movimento, já que se adequa ao contexto em que é aplicado, sem jamais abandonar a coerência sistêmica e os princípios fundamentais firmados no passado.

Assim, percebe-se a possibilidade de certa atividade criativa do magistrado, nunca discricionária, sendo imprescindível uma interpretação normativa que observe a integridade do direito construído ao longo dos anos, atuando em “[...] prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento” (DWORKIN, 1999, p. 271).

A teoria de Dworkin baseia-se em certos ideais políticos que podem ser resumidos em três princípios fundamentais: o princípio da justiça, configurado na justa partilha de oportunidades e recursos; o princípio da equidade, segundo o qual exige-se um arranjo político imparcial, de maneira a estabelecer uma adequada distribuição de poder, na medida em que todos os cidadãos detêm certa dose de influência sobre as decisões políticas; e o princípio do devido processo legal, ao se referir a um processo equitativo no que diz respeito às regras a ele aplicáveis, aptas a garantir um justo grau de exatidão nas decisões (DWORKIN, 1999).

A esses princípios, Dworkin (1999) acresce o ideal da integridade política, o qual ele subdivide em: integridade na legislação (delimitando a atuação dos legisladores e demais criadores do direito) e integridade na deliberação judicial ou no julgamento (na medida em que os julgadores exerçam sua função de intérprete de forma a conferir coerência ao sistema jurídico de normas e princípios).

Ou seja, os criadores do direito devem manter-se coerentes aos princípios já mencionados (integridade na legislação); enquanto os magistrados devem encarar o sistema jurídico como um corpo íntegro, não como uma sucessão de decisões esparsas e divorciadas entre si (integridade no julgamento). E a partir desse último aspecto do ideal da integridade é que Dworkin elaborou sua teoria do *direito como integridade*.

Para explicar sua teoria, Dworkin (1999, p. 275-286) faz uma alegoria comparando o *direito como integridade* a um “romance em cadeia”, escrito sequencialmente por variados autores (juízes), que têm como ideal a continuidade do direito e a coerência do sistema jurídico, na medida em que interpretam os “capítulos anteriores” antes de elaborar a nova decisão e, assim, estabelecem um constante diálogo entre os julgamentos do passado e os reflexos que eles têm para casos futuros.

Verifica-se, desta maneira, um propósito de construção jurídico-normativa a cada decisão proferida respeitando os princípios estabelecidos preteritamente. Tal racionalidade nas decisões jurisdicionais é o que nos desperta para a íntima correlação entre a teoria de Dworkin e o sistema precedentalista, sendo que ambos intentam proporcionar aos jurisdicionados

coerência, segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade.

André Frederico de Sena Horta (2017) esclarece que a atividade hermenêutica jurisdicional não pode, nem deve, simplesmente ser realizada sem um ponto de origem (a que ele chama de “grau zero interpretativo”), de onde se interpreta princípios e dá continuidade à história do direito. Defende, dessa forma, a necessidade de uma continuidade interpretativa, sem abandonar as particularidades de cada demanda a ser julgada, diminuindo, destarte a imprevisibilidade.

Seguindo essa linha de pensamento, Carvalho Netto (2015), defende a possibilidade de associar-se o *direito como integridade* à prática do sistema de precedentes judiciais que se tem tentado implantar no contexto jurídico brasileiro, eis que o intérprete não deve, em nenhum momento, atuar mecanicamente, devendo, pelo contrário, construir decisões compatíveis à complexidade das relações que lhe são confiadas para uma solução.

Desta forma, visualiza-se uma forte tendência a que os sistemas jurídicos de *Common Law* e *Civil Law* sigam em um processo de convergência, de modo que cada país importe institutos de outro sistema e os adapte a fim de suprir suas deficiências, no caminho de se garantir a integridade do direito. É o que veremos no tópico a seguir.

2.3 A aproximação entre os sistemas do *civil law* e do *common law*

Quando tratamos da aproximação dos sistemas jurídicos, há que se esclarecer que a referência é uma salutar convergência, em que ocorra o intercâmbio de experiências positivas que possam ser devidamente aproveitadas, com as necessárias e cuidadosas adaptações, com o fito de se alcançar uma maior eficiência na resolução de conflitos locais.

Outrossim, importante esclarecimento foi trazido por Ronaldo Cramer (2016, p. 29) acerca da diferença entre os fenômenos da convergência e da hibridização, com o propósito de que se afaste a tão repudiada ideia de jurisdições mistas, que leva muitos desavisados a rejeitarem um instituto de tão grande valor quanto o precedente judicial:

A **convergência** é a **incorporação de institutos** de outra tradição, para resolver, de maneira mais eficiente, os problemas práticos do sistema jurídico local, **sem descaracterização da tradição originária**.

A **hibridização**, por sua vez, constitui a **mistura**, por opção ideológica, de elementos estruturais das duas tradições, que resulta numa **tradição mista, sem a preponderância de características de uma ou de outra**.

Com efeito, o que se tem visto não é uma tendência de hibridização, mas de

convergência entre as duas tradições (grifo do autor).

Sendo assim, o que se defende no presente trabalho é uma salutar e construtiva convergência entre *common law* e *civil law*, já que o escopo de ambas é e sempre foi a estabilidade e a segurança jurídicas, além de uma prestação jurisdicional justa e adequada, sem jamais conjecturar uma fusão sem nexos, mesmo porque a origem e o avanço histórico de cada uma divergem inquestionavelmente.

Nesse sentido, William Pugliese (2014) sustentou com propriedade a compatibilidade da teoria dos precedentes com a tradição do *civil law*, bem como com o ordenamento jurídico brasileiro, já que o direito fundamental à igualdade reclama coerência e consistência sistêmica.

Semelhantemente, Marinoni (2011) assevera que a doutrina do *stare decisis* não se trata da essência do *common law*, como já mencionado anteriormente, porém alcançou vital importância, já que seu escopo recai sobre a segurança jurídica, igualdade e previsibilidade.

Barbosa Moreira (2004), inclusive, nos alerta acerca do deslumbramento com os modelos estrangeiros, a fim de que não sejamos tentados a uma imitação cega de certos institutos sem os ajustes necessários ao contexto do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, é inadmissível a adoção de receitas prontas.

Destarte, o que se tem experimentado hodiernamente é uma crescente valorização normativa no âmbito dos sistemas jurídicos de tradição *Common Law*, eis que a globalização tem demandado, em muitos casos, uma rápida produção normativa acerca de determinados assuntos, sem depender de uma apurada construção jurídica do *case law*.

Por outro lado, países de tradição *Civil Law* têm sido fortemente estimulados à adoção de um sistema de precedentes, de maneira a conferir maior previsibilidade, uniformidade e coerência à atividade jurisdicional. Mais uma vez ressaltando que cada sistema mantém suas particularidades predominantes, de modo algum se descaracterizando, como perfilha FILARDI (2018, p. 127-128):

De toda sorte, ainda é possível identificar como características predominantes do *common law* a construção de um sistema jurídico baseado em uma continuidade histórica de decisões e de modelos comportamentais derivados de costumes, uma valorização dos precedentes enrijecida pelo *stare decisis* e com normas jurídicas necessariamente decorrentes de casos concretos – *case law*. No sistema do *civil law*, o ponto de partida da aplicação do direito é sempre a lei. [...] Os magistrados devem observância irrestrita às leis [...]. Por mais pontos de contato que hoje existam entre *common law* e *civil law*, os dois sistemas derivam de concepções de continuidade e ruptura, absolutamente antagônicas e que permitem enquadramentos de Estado de Direito diversos. [...] *common law* e *civil law* seguirão existindo e se

aproximando, mas permanecerão atrelados às suas respectivas raízes de *stare decisis* e princípio de legalidade.

Por conseguinte, em virtude de a presente pesquisa voltar-se para o sistema jurídico brasileiro, o enfoque do fenômeno da convergência será sobre o impacto dele sobre o *Civil Law*, em especial nosso ordenamento jurídico. Voltamos, portanto, nosso olhar para as principais causas que levaram o *Civil Law* ao intercâmbio de práticas de outra tradição jurídica.

Ora, com o advento do constitucionalismo, as constituições passaram a reger os ordenamentos jurídicos por intermédio de princípios, os quais, por sua vez, direcionam o processo hermenêutico das demais normas. Tal condição impôs uma nova postura do Judiciário, abandonando a atividade meramente declaratória, já que os princípios não são passíveis de subsunção, e adotando-se uma função criativa no que tange às normas jurídicas efetivamente aplicadas aos casos concretos.

Notadamente, as deliberações das cortes supremas (como se apresentam o STF e o STJ) tornaram-se referência de interpretação das normas jurídicas, adquirindo, em grande parcela dos casos, efeito vinculante, como acontece com os precedentes judiciais da *Common Law*. Busca-se, especialmente, parâmetros aptos a garantir a integridade do Direito, como já defendido com base na teoria de Ronald Dworkin.

Daniel Mitidiero (2013) reforça o argumento da repercussão que o constitucionalismo teve sobre os sistemas de *Civil Law*, na medida em que conferiu maior abertura interpretativa à norma, mostrando-se, destarte, de sumária importância a adoção de elementos da tradição da *Common Law*, com vistas à valorização e uniformização dos precedentes judiciais.

Ademais, TORRE (2015, p. 65) defende que “[...] o Judiciário não cumpre sua missão institucional ao apenas julgar casos concretos, mas também deve atuar preventiva e prescritivamente, para que suas decisões sirvam de orientação para casos futuros”.

É inegável que o respeito aos precedentes judiciais se trata de uma construção cultural que demanda tempo e estratégias meticulosas para uma desconstrução conceitual, tanto que, para os juízes de tradição *Common Law*, a vivência e aplicação dos precedentes nada tem a ver com receio por qualquer sanção pela sua desobediência/inobservância, constituindo muito mais uma questão de reputação (TORRE, 2015, p. 67).

Nesse sentido, Marinoni (2011, p. 100-101) demonstra indignação pelo fato de que, mesmo estando comprovado que da obediência estrita à lei não decorre necessariamente segurança jurídica, por muito tempo não foi assumida nenhuma postura capaz de alterar a realidade enfrentada:

A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria ao *Civil Law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas. [...] A segurança seria garantida mediante a certeza advinda da subordinação do juiz à lei. [...]

Porém, quando se “descobriu” que a lei é interpretada de diversas formas, e, mais visivelmente, que os juízes do *civil law* rotineiramente decidem de diferentes modos os “casos iguais”, curiosamente não se abandonou a suposição de que a lei é suficiente para garantir a segurança jurídica. [...] deveria ter surgido, ao menos em sede doutrinária, a lógica e inafastável conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes. [...]

A segurança jurídica, postulada na tradição do *civil law* pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar essa mesma segurança no ambiente do *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isso, fez surgir o princípio, inspirador do *stare decisis*, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*).

Dessa forma, importa a verdadeira criação de um sistema próprio de precedentes no contexto do direito brasileiro, a fim de despertar o respeito e a credibilidade, primeiramente, da comunidade jurídica e, posteriormente, de toda a sociedade. Veja-se que não se trata de nenhum absurdo a defesa de uma adaptabilidade, na medida em que não é possível observar similitude nem mesmo entre ordenamento jurídico inglês e americano (sendo este uma ex-colônia daquele), já que os Estados Unidos desenvolveram *common law* e *stare decisis* de acordo com suas peculiaridades e necessidades.

No que tange à diferença de concepção quanto ao precedente judicial em cada ordenamento, em que pese em todo caso referir-se a elemento influenciador de decisões futuras, Torre (2015, p. 69) nos recorda que, na tradição *Common Law*, tal instituto tem cunho de fonte do direito, enquanto no Brasil, eminentemente *Civil Law*, apresenta natureza interpretativa, sem de modo algum descaracterizar o precedente judicial, ou mesmo poder-se alegar uma *commonlawlização* do direito brasileiro.

De acordo com Gustavo Gonçalves Gomes (2014, p. 161-162, *apud* FILARDI, 2018, p. 122), “o que parece ocorrer no Brasil é um movimento de evolução do sistema de *civil law*, em que os magistrados têm papel relevante na otimização e na criação do direito, mediante a prolação de decisões judiciais qualitativas e bem fundamentadas”.

Desta feita, com a aludida tendência de aproximação entre as tradições de *Common Law* e *Civil Law*, vislumbra-se crucial uma análise da teoria de precedentes adotada no direito comparado, a fim de se adentrar à discussão quanto a aplicabilidade deste sistema no direito

brasileiro, os benefícios que eventualmente serão colhidos pela nossa jurisdição e os instrumentos eficazes para evitar indesejáveis engessamentos, já que o que se prega é a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade, nunca uma prejudicial inflexibilidade que leva sempre a injustiças imensuráveis.

2.4 A teoria dos precedentes judiciais no direito comparado

Tendo em vista que o nascedouro da teoria dos precedentes judiciais foi o sistema do *Common Law*, é uma decorrência lógica, em primeiro lugar, abordarmos acerca dos aspectos gerais e fundamentos de aplicação nos países que adotam esta cultura. Assim, trataremos brevemente dos precedentes judiciais no sistema jurídico inglês e no americano.

Após, imprescindível que a análise recaia sobre o tratamento dispensado pelos países de *Civil Law* aos precedentes, mais especificamente aqueles que, de certa forma, influíram sobre o direito brasileiro: Portugal, Itália e Alemanha.

2.4.1. Inglaterra

Após a conquista da Grã-Bretanha pelos normandos em 1066, o direito inglês passou por uma drástica transformação, rompendo com a tradição romana para prestigiar os costumes locais, desenvolvendo, assim, um Estado forte, cujas convenções sociais serviram como elemento de previsibilidade decisória e segurança jurídica (FILARDI, 2018).

Por um tempo, os julgamentos locais continuaram a ser realizados pelas cortes locais (*local courts*), com características feudais, sendo que estas passaram a coexistir com a Corte do Rei (Conselho de Witan ou Witenagemot), sendo os conselheiros do rei os primeiros juízes reais. Com o passar do um tempo, estes conselheiros receberam do rei jurisdição própria, proferindo suas decisões nas Cortes Reais de Justiça de Westminster e desenvolvendo um sistema de direito único para os casos de interesse nacional, baseado nos costumes locais, que ficou conhecido como *common law* (ALMEIDA, G. 2016).

Sobre o processo de centralização da justiça inglesa que culminou na criação da *Common Law*, Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2014, p. 41) explica:

Os conquistadores normandos estabeleceram Cortes Reais e um sistema de justiça real que gradualmente foi substituindo as antigas Cortes e regras feudais. Nesse processo de centralização da justiça, os juízes desenvolveram novos procedimentos e remédios, bem como um novo corpo de direito substantivo que seria aplicado a todos os cidadãos ingleses, o que justifica o nome de *common law*, como direito comum a todos, em oposição aos costumes locais. Ou seja, *common law* significava o direito comum a todo o Reino da Inglaterra, comum justamente porque se decidia de maneira centralizada pelas Cortes Reais de Justiça de Westminster. Desse modo, o *common law* se opunha a todos os direitos locais que se baseavam nas tradições e eram distintos de um local para o outro.

Interessante trazer à baila, ainda, colocação de Teresa Wambier (2012, p. 20-21) no que tange o processo de construção da cultura do *Common Law* gerou confiança nos jurisdicionados:

A designação *common* vem do direito comum, e diz respeito ‘aos costumes gerais, geralmente observados pelos ingleses’. O *common law*, é interessante observar, não teve início com a adoção da explícita premissa ou da regra expressa de que os precedentes seriam vinculantes. Isto acabou acontecendo imperceptivelmente, desde quando a decisão dos casos era tida como a aplicação do direito costumeiro, antes referido, em todas as partes do reino, até o momento em que as próprias decisões passaram a ser consideradas direito. Assim, desenvolveu-se o processo de confiança nos precedentes e, a rigor, nunca foi definido com precisão o papel dos precedentes e o método correto de argumentação a partir dos precedentes. Neste contexto é que foi concebida a teoria declaratória, já que os juízes declaravam um direito que ‘já existia’ (sob forma de costume), embora fossem às suas decisões que se dava (e se dá) o valor e o status de ser direito.

Foi assim que se estabeleceu que a autoridade do direito da *Common Law* seria a construção jurisprudencial a que se convencionou chamar precedentes judiciais, ou seja, as decisões judiciais pronunciada em um caso concreto, que fixasse princípios aptos a solucionar casos futuros.

A força vinculante do precedente decorreu, destarte, do fato de nele se encontrar o fundamento de validade da tradição *Common Law*, especialmente para conferir segurança jurídica aos jurisdicionados, bem como estabilidade e coerência.

Concernente aos elementos formadores do precedente judicial (*ratio decidendi* e *obiter dictum*), estes já foram objeto de estudo anteriormente, razão pela qual não serão novamente abordados.

Por fim, interessante mencionar brevemente acerca da *Equity Law*, um conjunto de regras adotadas por uma espécie de tribunal paralelo à *Common Law*, a Corte de Equidade (*Court of Chancery*), cujas decisões eram proferidas pelo *chancellor* (um tipo de conselheiro

do rei) em casos de recursos contra as decisões dos Tribunais Reais. A principal diferença entre ambas as cortes era que na *Common Law* o processo era público e oral, enquanto na *Equity* era secreto e escrito (RIBEIRO, 2015).

Mais a frente, as *Judicature Acts*, de 1873 e de 1875, procederam uma unificação procedimental dos dois sistemas, sendo que a competência para a aplicação de ambas as jurisdições passou a ser da Suprema Corte de Justiça (*Supreme Court of Judicature*) (RIBEIRO, 2015).

Demonstrado, portanto, a evolução da *Common Law* no direito inglês e a relevância dos precedentes judiciais para este sistema, devendo se destacar que as regras procedimentais dessa tradição, na Inglaterra, era extremamente rígidas e, inicialmente, tiveram grande influência no direito americano, tendo em vista o processo de colonização, conforme veremos no tópico seguinte.

2.4.2. Estados Unidos

O sistema jurídico americano apresenta situação peculiar, isto é: sofreu influência do direito inglês, em razão de ter sido colônia inglesa, portanto, segue a tradição da *Common Law*; contudo tem características próprias do *Civil Law*, como leis e Constituição escrita. Por esta razão, convém realizar um breve retrospecto histórico a fim de melhor elucidar tais apontamentos.

André Vasconcelos Roque (2008, p. 254, *apud* RIBEIRO, 2015, p. 64) traz uma justificativa plausível para a introdução de leis escritas em um sistema originariamente de cunho consuetudinário como a *Common Law* que se tentava implantar nas colônias inglesas dos Estados Unidos:

(...) as condições sociais, políticas e econômicas nas colônias americanas eram relativamente primitivas no século XVII, fato este que não permitiria a plena incorporação de um sistema tão complexo como havia se tornado a *common law* na Inglaterra. As rígidas formas processuais nas Cortes Reais inglesas (*forms of action*) não seriam compreendidas por colonos sem formação jurídica. A justiça era administrada em muitas colônias por pessoas leigas, através de procedimentos informais, lembrando em certos aspectos as cortes locais que existiam na metrópole na época da conquista normanda. Para possibilitar que homens leigos compreendessem os elementos mais simples da *common law* adaptados à realidade americana, foram editados códigos escritos em quase todas as colônias.

Ademais, quando da independência dos Estados Unidos, 1776, houve a necessidade de organização das treze colônias, sendo que, em 1787, a aprovação da primeira e única Constituição dos Estados Unidos, durante a Convenção Constitucional da Filadélfia, possibilitou tal organização federativa do país. Ressalva-se que dozes destas colônias, em 1777, já tinham suas respectivas constituições estaduais e sua própria organização judiciária, inclusive a própria Suprema Corte (RIBEIRO, 2015, p. 66).

Contudo, foi reconhecida a supremacia da Constituição, a qual representou a vontade do povo, bem como confirmou a forma de governo federalista, em que, consensualmente, cada colônia cedeu parcela de sua autonomia ao Estado Federal, a fim de se consolidar a unidade do sistema (PEREIRA, 2018).

Interessante ressaltar elementos próprios do direito americano não observados no direito inglês: Constituição escrita, sistema de separação de poderes baseado nas lições de Montesquieu, representatividade popular, sistema federativo (como já mencionado, cada Estado conservava uma parcela de autonomia), Presidente com mandato temporário e Poder Judiciário com poder de controle de constitucionalidade (NOGUEIRA, 2013, p. 159).

O sistema jurídico americano também se distingue do sistema inglês pelo poder discricionário que a Suprema Corte dos Estados Unidos tem de decidir acerca de quais casos pretender se pronunciar, não havendo, como regra, o direito de recorrer a ela para uma revisão, Ora, o *Evarts Act* (também conhecido como *Judiciary Act of 1891*) concedeu à Suprema Corte poder discricionário quanto ao conhecimento dos recursos. Mais tarde, alterou-se o perfil da *Supreme Court*, para se tornar a guardiã da Constituição americana, passando aquela a selecionar quais matérias julgar (TORRE, 2015, p. 59-61).

Destaca-se, aqui, o precedente americano *Madson v. Marbury*, um dos mais notáveis e valorosos da história da tradição *Common Law* norte-americana, tanto que ainda é respeitado e tem validade até os dias atuais, ainda que tenha sido construído há mais de 200 anos.

Inclusive, prevalece na doutrina que a supremacia da Constituição acima mencionada advém deste distinto precedente e não do texto constitucional (NOGUEIRA, 2013, *apud* RIBEIRO, 2015).

Interessante notar que a cultura de precedentes e da doutrina do *stare decisis* está tão arraigada no povo americano que “as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos interferem diretamente não só no direito norte-americano, mas também nos padrões de comportamento da sociedade norte-americana” (RIBEIRO, 2015, p. 69). Acerca desta peculiaridade cultural, surge o que se denomina *super precedent* (super precedente), referindo-se àqueles que, de tão entranhados à cultura, tornam-se praticamente imutáveis (GERHART, 2008).

Enfim, o sistema de *stare decisis* americano carrega características próprias de sua cultura e de seu povo, sendo marcadamente de tradição *Common Law*, porém adotando atributos da *Civil Law*, como a supremacia da Constituição e a observância de leis escritas tendo em vista a demanda de instrumentos que, em conjunto, sejam aptos a garantir estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica aos jurisdicionais.

2.4.3. Portugal

Para versar sobre a experiência portuguesa com os precedentes judiciais vinculantes, importa mencionar os institutos dos assentos e dos estilos e seus aspectos gerais.

Os assentos consistiam em pronunciamentos judiciais da Casa de Suplicação (corte judicial de Portugal no século XV), os quais se propunham a interpretar uma lei, uniformizando a jurisprudência sobre determinado assunto. Sua incorporação definitiva ao ordenamento jurídico português se deu com a promulgação do Código de Processo Civil português de 1939, recebendo o atributo da imutabilidade com a reforma do referido diploma processual em 1961 (SANTOS, L. 2014, p. 40).

Com um padrão semelhante aos enunciados das súmulas brasileiras, extraía sua força vinculante, primeiramente da Lei da Boa Razão de 1769, e depois da previsão contida no Código Civil português de 1966, art. 2º, que dispunha: “Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar por meio de **assentos, doutrina com força obrigatória e geral**” (PORTUGAL, 1966). Aludido instituto foi declarado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional de Portugal em 1993, por contrariar o artigo 115, nº. 1 e 5, da Constituição portuguesa de 1976 (CRAMER, 2016, p. 37).

Afirma-se que o escopo dos assentos eram a certeza ou segurança jurídica, a igualdade das decisões, estabilidade da atividade jurisdicional e unidade da ordem jurídica (SANTOS, L. 2014, p. 41).

Ademais, afirma Riccardo Giuliano Figueira Torre (2015, p. 44-45) que os assentos se diferenciam dos precedentes judiciais do *common law*, na medida em que aqueles são firmados para interpretação da lei em projeção para o futuro, enquanto os precedentes decorrentes de costumes são deliberação estabelecidas em respeito à atividade jurisdicional do passado.

Já os estilos, semelhantemente às jurisprudências dos tribunais brasileiros, eram deliberações proferidas pelos tribunais superiores de Portugal (Casa da Suplicação, Casa do Cível e Casa das Relações) de forma a manter a jurisprudência constante e uniforme (TUCCI e

AZEVEDO, 2009).

O que se pode extrair desta análise é o inquestionável escopo de uniformização jurisprudencial por intermédio de tais instrumentos adotados por certo período pelo direito português, com vistas a uma maior segurança e estabilidade jurídicas.

Contudo, hodiernamente, tem-se que as deliberações dos tribunais portugueses apresentam tão somente força persuasiva, sendo a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade por parte do Tribunal Constitucional o único pronunciamento com caráter vinculante (TORRE, 2015, p. 37).

2.4.4. Itália

A Itália conta com duas cortes de julgamento: a *Corte di Cassazione* (Corte de Cassação) e a *Corte Costituzionale* (Tribunal Constitucional).

A *Corte di Cassazione*, criada em 1941, se apresenta como órgão de hierarquia máxima, com atribuições previstas no art. 65 da Lei nº. 12/1941, que se resumem a garantir aplicação correta e interpretação uniforme das leis. Por outro lado, a *Corte Costituzionale*, instituída em 1948, tendo início de funcionamento apenas em 1956, é o tribunal guardião da Constituição, por assim dizer, proferindo julgamentos acerca da constitucionalidade das leis, bem como dos atos do Poder Legislativo (TORRE, 2015).

Não obstante a atividade de ambas as cortes se constituir apenas de formação jurisprudencial, suas teses acabam por apresentar atributos de precedentes, acentuados na medida em que os juízes constitucionais extraíam das jurisprudências formadas, suas “*ratio decidendi*” (TORRE, 2015).

Assim, para o direito italiano, consideram-se precedentes judiciais: (a) aquelas decisões, cuja relevância ensejem sua observância em julgamentos futuros; (b) o primeiro julgamento das cortes sobre um determinado assunto; (c) a mudança de entendimento das cortes acerca de certa matéria (CRAMER, 2016).

Relevante destacar, ainda, o instituto das *massimas*, que resumem a deliberação do tribunal a respeito de certa questão, a exemplo das súmulas do direito brasileiro, sendo que tais *massimas* podem se reportar tanto à *ratio decidendi* da decisão, quanto ao *obiter dictum*, não havendo limite de *massimas* para cada julgado (CRAMER, 2016).

Por fim, a vinculação unicamente aplica-se às decisões da *Corte Costituzionale* que dizem respeito à inconstitucionalidade das normas, diferentemente da situação em que este

tribunal considera a constitucionalidade de determinada lei (CRAMER, 2016).

Verifica-se, ainda, que a observância dos precedentes já está se mostrando uma questão cultural, na medida em que “hoje advogados e juízes italianos trabalham usando e citando a jurisprudência mais que a lei” (BIN, 1995, p. 61, *apud* CRAMER, 2016, p. 40).

Por esta razão, defende-se a importância de se ter bem definidos os conceitos de jurisprudência e precedentes judiciais, para sua perfeita utilização.

2.4.5. Alemanha

Da mesma forma que ocorre na Itália, o direito alemão conta com duas cortes superiores: a Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) e a Suprema Corte (*Bundesgerichtshof*).

A Corte Constitucional, criada em 1951, é responsável por deliberar acerca de todas as questões que envolvam a Lei Fundamental (*Grundgesetz*), a constitucionalidade das demais leis e as controvérsias de cunho nacional em que estejam compreendidos órgãos governamentais. Destaca-se que o art. 94.2 da Lei Fundamental de Bonn conferiu eficácia vinculante às suas decisões. De outra banda, é igualmente instituída a Suprema Corte (*Bundesgerichtshof*) com a função de dirimir litígios envolvendo direito federal e uniformizar a jurisprudência dos tribunais inferiores (TORRE, 2015).

Em que pese a inexistência de qualquer outra previsão legal no que tange à vinculação, a cultura processual alemã tem sido marcada pelo respeito aos precedentes, sendo comum uma profunda fundamentação por parte do tribunal no caso não aplicar um precedente por expressa discordância quanto à adequação ao caso sub judice (CRAMER, 2016).

Ronaldo Cramer (2016, p. 41) sustenta que “[...] a cultura de respeito aos precedentes é de tal maneira forte na Alemanha que, se um advogado propuser ação ignorando os precedentes das cortes superiores, será responsabilizado a indenizar o seu cliente”.

Outra interessante informação quanto aos instrumentos empregados pelo direito alemão com o escopo de uniformização da jurisprudência é a existência de legislação aplicável aos casos de investidores em mercado de capitais, semelhante à repercussão geral e outros mecanismos de julgamento de causas repetitivas utilizados no Brasil: é denominada Lei do *Musterfahren* (causa piloto), devendo-se enfatizar que a decisão proferida na causa piloto tem aplicabilidade apenas sobre os processos sobrestados, sem qualquer repercussão sobre casos futuros (CRAMER, 2016).

A partir de agora, passar-se-á à abordagem do sistema de precedentes que se tem tentado implantar no direito brasileiro, através do Código de Processo Civil de 2015.

2.5 Os precedentes judiciais no sistema brasileiro e o CPC/15

“Precedentes constituem valioso subsídio que auxilia a hermenêutica de casos concretos”, afirma José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 277).

Em busca de instrumentos capazes de garantir uniformização e coerência à jurisprudência pátria, o Código de Processo Civil de 2015 adotou o sistema de precedentes, todavia de forma impositiva, isto é, a previsão é a de precedentes obrigatórios, que têm causado grande alvoroço na doutrina.

Ora, até o advento do Código de Processo Civil de 2015, o livre convencimento motivado acobertava os magistrados que decidissem por desconsiderar jurisprudência uniforme dos tribunais superiores. Todavia, a nova legislação processual deu novo valor aos precedentes a ponto de prever obrigatoriedade normativa de sua observância, sob pena de utilização de instrumento pelo jurisdicionado, qual seja a reclamação, configurando, destarte, uma vinculação impositiva, forçada.

Surgiu a utópica ideia de que a imposição criaria uma nova cultura, sobre a qual Hugo Filardi (2018, p. 137) assevera que “[...] a liberdade decisória e a própria questão cultural imantada à aplicação dos precedentes no *common law* foram colocadas de lado em prol de pretensas soluções fantasiosas que resolveriam todos os problemas de acesso à justiça”.

Nesse mesmo raciocínio, Lênio Luiz Streck e Igor Raatz (2016) manifestaram-se discordando da ideia de a necessidade de uma jurisprudência coerente, estável, segura e apta a promover a igualdade jurisdicional possa ser resolvida pela imposição obrigatória dos precedentes judiciais, institucionalizada pelo Código de Processo Civil de 2015.

É inquestionável a necessidade de respeito e utilização dos precedentes judiciais nas fundamentações jurídicas das deliberações judiciais; contudo, trata-se de postura essencialmente cultural, a qual, segundo aqueles autores, não se forma mediante uma propositura legal.

O Código de Processo Civil de 2015 deveria ser sugestivo quanto às atividades judiciais que apresentam caráter de decisões paradigmas, ao invés estatuir um rol de observância obrigatória, especialmente em razão de que um precedente tem sua força vinculante extraída da qualidade de seus argumentos (*ratio decidendi*).

Hugo Filardi (2018) complementa esse entendimento, defendendo inaceitabilidade da classificação dos precedentes judiciais em obrigatórios e persuasivos, eis que deveriam ser naturalmente fruto de uma atividade jurisdicional qualificada a ponto de pautar os procedimentos da vida em sociedade, isto é, conferir parâmetros para condutas e decisões.

Não se pode negar a convergência do ordenamento jurídico brasileiro com o sistema da *Common Law*, já tendo sido, inclusive, adotados, outrora, elementos referentes à teoria de precedentes judiciais, sem, contudo, ferir princípios legítimos do *Civil Law*, como a supremacia da constituição e a primazia da lei.

Quanto a exemplos dessa convergência, podem ser citados: a introdução das súmulas vinculantes (art. 103-A, CF), através da Emenda Constitucional 45/2004, as quais foram conferidas a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante; o modelo concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, § 2º, CF), cujas decisões igualmente têm efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Diante desses exemplos e da ideia de que precedentes tem uma conceituação que diverge das jurisprudências e súmulas, demanda uma abordagem acerca da distinção entre tais institutos. É o que se fará a seguir.

2.6 Precedentes, jurisprudências e súmulas

É de basilar relevância desmistificar a ideia de que os conceitos de precedente judicial, jurisprudência e súmula se confundem, podendo ser adotados como sinônimos. Passa-se, portanto, a realizar uma distinção terminológica entre estes institutos, a fim de que sejam corretamente interpretados e, por conseguinte, utilizados adequadamente.

De início, entende-se que a expressão direito jurisprudencial ou mesmo jurisprudência é próprio do direito de tradição *Civil Law*, reportando-se ao conjunto reiterado de julgados dos tribunais acerca de certa questão, revelando, desse modo, o posicionamento adotado em determinado período por aquela corte. Sua validade situa-se no dispositivo das decisões atingido pela coisa julgada, que limita o alcance da lei.

Em contrapartida, o que se requer de uma decisão judicial para que seja levada ao status de precedente judicial definitivamente não está relacionado à pluralidade de casos concretos decididos em semelhante linha de entendimento, bastando a fixação de uma única tese jurídica (*ratio decidendi*), aplicada a um caso concreto e apta a se tornar paradigma para resolução de casos futuros, destacando-se que seu valor é extraído da fundamentação da

decisão, que pode conter mais de uma *ratio*, isto é, mais de uma tese.

Destarte, conclui-se que a distinção aqui ostentada tem caráter tanto quantitativo quanto qualitativo. Michele Taruffo (2014), didaticamente, esclarece que a divergência quantitativa se refere ao fato de que basta uma única decisão para se configurar um precedente, enquanto que é requisito para que exista, de fato, uma jurisprudência, a pluralidade (às vezes, dezenas ou centenas) de decisões acerca daquela questão demandada.

O autor prossegue identificando como consequência do requisito da pluralidade o inconveniente da incerteza acerca da quantidade imprescindível de decisões para se caracterizar uma jurisprudência relativa ao caso concreto.

A distinção qualitativa, segundo Taruffo (2014), funda-se no uso da aplicação do precedente judicial a partir da analogia entre os fatos do caso paradigma e do caso em julgamento, sendo este exercício realizado pelo juiz do caso futuro que “estabelece” o precedente, ou seja, é ele quem analisa uma decisão e vislumbra a similitude entre os fatos e a autoridade dos fundamentos da primeira para sua adoção com caráter de precedente, o que torna suficiente um única decisão para se “criar” o precedente.

Quanto à jurisprudência, não se realiza a análise comparativa dos fatos, uma vez que se trata de enunciados que fixam regras jurídicas um tanto quanto mais específicas que a lei que interpreta, contudo, não perdem o caráter de enunciado geral semelhante ao da norma. Por fim, a indeterminação da quantidade de decisões possibilita a incoerência e contradição da própria jurisprudência, permitindo, inclusive, o despontar de um caos jurisprudencial (TARUFFO, 2014).

Ainda sobre a distinção qualitativa, aduzem Marcia Cristina Xavier de Souza e Marcela de Azevedo Limeira Kiwielewicz (2014) a imprudente forma de utilização do precedente judicial no Brasil, tidos, precipuamente, como instrumentos de aceleração do tempo de julgamento, enquanto em sua origem (*Common Law*), são fontes do direito, analisados profundamente para uma adoção cuidadosa de seus fundamentos.

Ora, a densidade da decisão tida como precedente judicial é extremamente mais elevada que aquelas formadoras da jurisprudência, na medida em que o precedente judicial dedicou-se a compreender e interpretar o caso analisado nas minúcias de cada circunstância fática e jurídica que o envolveu, fixando tese(s) jurídica(s) hábil(eis) a ser(em) adotada(s) como paradigma para deliberações futuras, inclusive de índole vinculante.

Outro termo indistintamente tratado como sinônimo de precedente é a súmula, mormente a súmula vinculante, exatamente pelo atributo da vinculação. Assim, crucial identificar suas particularidades a título de diferenciação.

As súmulas consistem em enunciados resumidos e dotados de abstração, a semelhança das leis, suscetíveis de interpretação a cada oportunidade de aplicação; enquanto os precedentes judiciais envolvem uma análise qualitativa do caso concreto em sua totalidade em comparação ao paradigma.

Quanto à vinculação, pode-se, simploriamente, afirmar que as súmulas configuram textos normativos abstratos, com vinculação *erga omnes* e que demandam interpretação; por outro lado, o precedente judicial apresenta-se como norma que atribui significado à legislação.

Nesse sentido, bem elaborada a diferenciação entre texto e norma realizada por Lenio Luiz Streck e Georges Abboud (2015, p. 54), afirmando que é concernente à hermenêutica jurídica, uma vez que “*a norma de que falamos é o sentido do ser do ente (texto)*. O texto só exsurge na sua ‘normação’” (grifo do autor). Seguindo essa linha hermenêutica, esses autores (2015, p. 55) apresentam uma crítica referente ao emprego desvirtuado da súmula vinculante com roupagem de precedente:

A visão tradicional sobre a súmula vinculante é refratária ao acesso hermenêutico, porque ignora que o direito deve ser concretizado em cada caso concreto, e não apenas através de uma subsunção de fatos a previsões normativas, dessa maneira, passa-se a acreditar que a súmula vinculante, uma vez editada, resolveria diversos casos idênticos, mediante um simples silogismo [...].

[...] a norma exurge somente diante da problematização do fato concreto, seja real ou fictício, e consiste em equívoco do positivismo legalista entender que a norma já está acabada e presente no texto da lei ou do enunciado da súmula vinculante. A lei e a súmula vinculante são *ante casum* com o objetivo de solucionarem casos *pro futuro*. A norma não, porque precisa ser produzida em cada processo individual de decisão jurídica. Não há textos sem normas; não há normas sem texto (*jein text ohne Norm; kein Norm ohne Text*).

Inclusive, há que se dizer, infelizmente, que verifica-se uma deturpação do precedente judicial do *Common Law* ao se tentar associá-lo ao instituto da súmula vinculante, eis que esta figura como uma tentativa frustrada de simplificação dos julgamentos, vinculando as decisões futuras a enunciados gerais e abstratos dos tribunais superiores, ao passo que a obrigatoriedade de observância do precedente pelos juízes fixa-se na *ratio decidendi*.

Ante a presente análise e o inquestionável movimento legislativo no ordenamento jurídico brasileiro, na tentativa de implantação de mecanismos aptos a uniformizar o direito, conclui-se pela inevitável compatibilidade da adoção de certos institutos do *Common Law* pelo direito brasileiro, com a devida adaptação, simbolizando, assim, a intenção de estabilidade e segurança jurídicas a partir das experiências bem sucedidas de outros sistemas jurídicos.

A credibilidade e coerência da tutela jurisdicional prestada pelo Judiciário brasileiro,

para ser alcançada, demanda, precipuamente, uma maior atividade judicial interpretativa, visando extrair de cada texto legal ou precedente a norma, isto é, o sentido aplicável ao caso concreto, afastando-se da simples subsunção superficial.

Analisando as alterações propostas pelo Código de Processo Civil de 2015, é notória intenção do legislador em guiar os aplicadores do direito a posturas mais estáveis, íntegras e coerentes (artigo 926, *caput*, CPC/15), tanto que exige maior ônus argumentativo seja quando da aplicação de determinado precedente (identificando-se os fundamentos do caso paradigma e relacionando-os ao caso sob análise), seja em casos de superação (*overruling*) ou não aplicação (*distinguishing*) de entendimentos.

A exemplo disso, citam-se, do Código de Processo Civil de 2015, o parágrafo 1º do artigo 489, que prevê as hipóteses em que se considera uma decisão judicial desprovida de fundamento, especialmente quando deixa de estabelecer a relação concreta entre a questão em julgamento e o ato normativo ou entendimento de outros tribunais, e os parágrafos do artigo 927, que tratam dos procedimentos a serem observados no caso de alteração de tese jurídica adotada anteriormente, visando assegurar a segurança jurídica e a isonomia:

Nessa perspectiva, Riccardo Giuliano Figueira Torre (2015) defende, ainda, como missão do Poder Judiciário uma atuação preventiva, o que se pode alcançar mediante fundamentações melhor elaboradas a ponto de refletir em casos futuros, ou seja, decisões paradigmas com o condão de precedentes a serem adotados.

Não obstante isso, importa alertar para o fato de que uma obrigatoriedade imposta descaracteriza o instituto do precedente, cuja vinculação deve, sobretudo, decorrer da qualidade de seus fundamentos, aptos a despertar nos jurisdicionados segurança jurídica. Ou seja, “[...] um sistema de *stare decisis* não surge de um dia para o outro ou por determinação legislativa”, como sustenta Georges Abboud (2016, p. 574).

Trata-se de uma cultura de respeito aos precedentes judiciais, bem como de enraizar-se o hábito da análise comparativa entre o caso paradigma e o caso sucessivo, a ser incorporada no sistema jurídico pátrio, sendo um dos grandes desafios enfrentados pelo Código de Processo Civil de 2015, conforme defende José Lúcio Monteiro de Oliveira (2014)

Por fim, necessário se faz demonstrar que a adoção de institutos da doutrina do *stare decisis* não importa no emprego de amarras ao sistema jurídico, tornando-o inflexível, tanto que o próprio Código de Processo Civil de 2015 previu igualmente a aplicação de mecanismos que impedem o engessamento do direito, conforme já rapidamente mencionado e melhor analisado adiante.

2.7 Mecanismos de não engessamento do Direito frente aos precedentes judiciais no CPC/15

Conforme já amplamente relatado, tem-se como escopo da teoria dos precedentes judiciais a necessidade de garantir segurança jurídica aos jurisdicionais, mediante a adequação dos princípios extraídos da construção jurídica da *ratio decidendi* ao contexto social, de modo que, a cada nova decisão judicial fundada em um precedente, seja construído um direito contemporâneo às transformações sociais.

Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 396-397) pontua acerca da teoria dos precedentes, que não engessa, mas também não emancipa totalmente os magistrados em seu julgamento, isto é, vincula “a discricionariedade do juiz na interpretação da lei, controlando a sua autoridade de forma democrática”.

Como corolário dessa ideia, não se pode negar a indispensabilidade de instrumentos aptos a manter uma dinâmica evolutiva do direito, evitando-se o engessamento do sistema. Neste cenário, surgiram alguns mecanismos de suma importância, sendo que destacaremos os principais: *distinguishing*, *overruling* e *anticipatory overruling*.

2.7.1 *Distinguishing*

A apreciação acerca da aplicabilidade de um precedente judicial a um novo caso revela-se como uma atividade de raciocínio interpretativo-indutivo, eis que demanda do magistrado a extração da *ratio decidendi* do julgamento paradigma, bem como uma análise comparativa minuciosa no que tange às circunstâncias fáticas de ambos os casos.

A partir desse exame, é possível a aplicação desta primeira técnica, *distinguishing*, isto é, havendo similitude entre as demandas, impõe-se a observância do precedente judicial; caso contrário, realiza-se a adequada fundamentação para demonstrar a distinção vislumbrada e afastar a obrigatoriedade do precedente para aquela situação específica, pela simples inadequação. Deve-se atentar que esse mecanismo não é respaldado pela conveniência e oportunidade, e sim pela motivação devidamente demonstrada.

De acordo com Ricardo Kalil Lage (2018, n.p.), tal mecanismo pode ser conceituado como “técnica que permite demonstrar que o caso concreto apresenta particularidades ou características que o tornam diferente do paradigma. É necessário analisar a questão jurídica, os fatos e fundamentos”.

Inclusive, da leitura do artigo 489, §1º, incisos V e VI, e artigo 1.037, §§ 9º a 13, do Código de Processo Civil de 2015, extrai-se que o novo regramento processual brasileiro prevê a possibilidade de realizar o *distinguishing* e exige a devida fundamentação.

A utilização do *distinguishing* reivindica extrema cautela do julgador, na medida em que, ao confrontar entre o caso em julgamento e o caso paradigma, averigua-se a existência (ou não) de diferença juridicamente relevante. Ora, não se pode defender a ocorrência de identidade absoluta de demandas, sob pena de estar-se diante de litispendência. É o que ensina Gustavo Santana Nogueira (2013, p. 212):

Todos os casos submetidos ao Judiciário contêm diferenças entre si, posto que se forem idênticos estaremos diante do fenômeno da duplicidade de ações (litispendência), porém os casos, quando postos em comparação, podem conter semelhanças que justifiquem a aplicação ao caso que está sendo julgado da *ratio decidendi* do precedente. Não há uma fórmula que identifique com precisão que tipo de diferenças podem justificar a não aplicação do precedente, cabendo a cada juiz fazer a sua análise e ao Tribunal que elaborou o precedente verificar, quando cabível, se o *distinguishing* foi corretamente feito.

Nesse contexto, CRAMER (2016, p. 142) estabelece dois requisitos que, em seu entendimento, se mostram suficientes para identificar a tese: “(a) *semelhança dos fatos referentes ao pedido ou à questão a ser julgada*; e (b) *identidade dos fundamentos jurídicos desses fatos*”.

Entende-se, então, que a demonstração racional da distinção entre os casos confrontados ratifica a autoridade do precedente judicial, ao invés de enfraquecê-la – como se o precedente estivesse equivocado ou devesse ser revogado, embora o “excesso de distinções possa ser sinal de enfraquecimento de sua autoridade” (MARINONI, 2011, p. 329). Por fim, o *distinguishing* sabiamente aplicado permite uma salutar flexibilidade na operacionalização do sistema de precedentes.

2.7.2 Revogação dos precedentes (*overruling*)

Em que pese a elevada estima que a teoria dos precedentes carrega, não se pode aplicar os precedentes às cegas, em decorrência de o próprio sistema defender a estabilidade, a congruência e a segurança jurídica das decisões.

Destarte, é vital que cada julgamento seja congruente à realidade social da época,

devendo as Cortes estabelecer critérios razoáveis para não aplicação de precedentes ultrapassados, sob pena de excluir sua eficácia, obrigatoriedade e autoridade, estando diante de decisões injustas, inconsistentes, fontes de desigualdades e insegurança jurídica.

Por esta razão, admite-se a possibilidade de revogação ou superação de precedentes comprovadamente obsoletos, através do recurso denominado *overruling*, também previsto no Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 927, §§ 2º ao 4º.

O mecanismo do *overruling* consiste na possibilidade de se estabelecer uma nova norma jurídica (precedente judicial), em substituição àquela anteriormente estabelecida, a qual se mostra inadequada à realidade político-social, de forma a manter o sistema jurídico dinâmico e atualizado, o que preserva a segurança jurídica, a coerência, a previsibilidade e a estabilidade do direito.

Adverte-se para o fato de que, assim como no *distinguishing*, qualquer alteração de precedente deve ser devidamente motivada, encontrando a técnica de superação/revogação fundamento na mudança social, política, cultural, jurídica, econômica, tecnológica ou moral daquela sociedade, na medida em que a necessidade é a de que o direito seja estável, porém nunca imutável.

Nesse sentido, Marinoni (2011) menciona como hipóteses autorizadoras do *overruling* a perda da congruência social e da consistência sistêmica do precedente, uma vez que o precedente deve, obrigatoriamente, fundar-se no contexto social, aliado à harmonia do sistema jurídico. Sendo assim aplicada a técnica da superação, mantém-se a segurança e confiabilidade dos precedentes judiciais.

O autor ainda alerta para a possibilidade de revogação do precedente em caso de “erro” ou “equivoco”, apenas nos casos em que transmita nitidamente à sociedade a imagem de que a manutenção do precedente ampliará ou perpetuará a injustiça (MARINONI, 2011).

Ainda sobre a cautela na aplicação do *overruling*, Bustamante (2012, p. 395) alerta: “[...] as exigências de uniformidade, coerência, consistência [...] exigem que na revogação de precedentes judiciais sejam ponderadas cuidadosamente as necessidades de estabilidade e de mudança do sistema jurídico”.

De igual modo, visando perpetuar a estabilidade e segurança jurídicas, a técnica do *overruling* deve ter aplicação ponderada no sentido de se averiguar, antes de tudo, se trará maiores vantagens que transtornos; na probabilidade de uma imediata revogação extremamente prejudicial ao cenário jurídica, fala-se, então, na medida denominada *antecipatory overruling*.

2.7.3 Técnica da sinalização (*antecipatory overruling*)

Considerando a possibilidade de superação de um precedente tendo em vista a incongruência social ou sistêmica, não se pode, outrossim, permitir que sejam proferidas “decisões surpresa”.

Para tanto, criou-se a técnica conhecida como *antecipatory overruling* ou técnica da sinalização, que funciona como uma espécie de modulação temporal da alteração do precedente, de forma que o tribunal anuncia/sinaliza que mudará o paradigma em decisões vindouras, em razão do enfraquecimento do precedente e das novas tendências adotadas pela Corte Suprema (ROSA, 2016, p. 64).

Ademais, essa técnica é empregada pelos tribunais em circunstâncias em que a imediata revogação poderá acarretar maiores desordens que benefícios à segurança jurídica. Desta forma, a corte preserva a credibilidade do Judiciário e a segurança jurídica, em razão da manutenção da previsibilidade, seja por aplicar o precedente ainda em vigor ao caso em julgamento, seja por preparar os jurisdicionados para a possível superação futura (CRAMER, 2016).

Por fim, o que se almejou demonstrar neste capítulo foi a relevância da teoria dos precedentes para um sistema jurídico que prime pela integridade do direito, estabilidade, coerência e segurança jurídica. Ambicionou, ainda, apresentar elementos essenciais desta teoria, a forma como são utilizados e necessidade de uma verdadeira adaptação ao ordenamento jurídico brasileiro, considerando a tradição *Civil Law*, por anos construída, eis que a simples adoção de receitas prontas não viabilizará um aperfeiçoamento do sistema; pelo contrário, arrisca-se a estabelecer um verdadeiro caos jurídico.

Doravante, tratar-se-á da viabilidade da desconstrução da cultura de litigiosidade experimentada atualmente em nosso país, tanto por intermédio da previsibilidade e estabilidade jurídicas proporcionadas pelo sistema de precedentes, quanto pelo empoderamento dos jurisdicionados através de uma cultura de consenso ao fomentada por instrumentos como a mediação.

CAPÍTULO III - A RUPTURA DA CULTURA DO LITÍGIO POR INTERMÉDIO DO RESPEITO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Em que pese, a crença de que não se pode obrigar por meio de lei a observância e o respeito aos precedentes, especialmente por se tratar de questão de tradições, há quem defenda que, em alguns casos, a lei pode ser uma grande aliada nos primeiros passos para uma transformação cultural. É o que sustenta Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 395):

A lei é um poderoso instrumento indutivo da mudança cultural, deve servir à razão, significa dizer que, especialmente em matérias contra intuitivas, como o estabelecimento de uma cultura dos precedentes, que esperar por uma mudança gradual e espontânea da sociedade pode não surtir efeitos. Para exemplificar, basta lembrar do nosso passado recente, A função civilizatória da legislação no Brasil produziu grandes mudanças nos últimos anos, a proibição de fumar em locais públicos, a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança, o fornecimento de medicamentos para pacientes com AIDS, são apenas alguns dos exemplos de como as práticas sociais podem ser moduladas mediante medidas legais, administrativas e judiciais. A atividade dos tribunais integrada à atividade legislativa pode acelerar ainda mais as mudanças civilizatórias de que a sociedade brasileira tanto depende.

No que tange às questões jurídicas que têm sido tratadas neste estudo, verifica-se que há temas que demandam uma ruptura de comportamento, como é o caso da explosão de litigiosidade, e institutos que seriam bem-vindos, eis que irão agregar valor e auxiliar na solução de problemas há muito enfrentados.

Perfilha-se, portanto, que um sistema de precedentes, devidamente adaptado e implantado em nosso ordenamento jurídico, favorecerá uma cultura de paz e de consenso, desestimulando o demandismo e reduzindo drasticamente o volume de processos que têm agravado a crise do Judiciário. Aliás, a doutrina do *stare decisis* iniciaria sanando a insegurança jurídica e a imprevisibilidade, como passaremos a analisar.

3.1 Precedentes judiciais e a possibilidade de segurança jurídica e previsibilidade para jurisdição brasileira

Atualmente, com advento do constitucionalismo, o cenário jurídico brasileiro, assim como de todos os países que adotam o *Civil Law*, se alterou, ampliando a quantidade de conceitos indeterminados e conferindo força normativa aos princípios constitucionais, o que tem reclamado do Poder Judiciário uma postura mais uniforme em seus julgamentos, a fim de

que a sociedade desfrute de maior segurança jurídica e possa pautar suas condutas com expectativas reais acerca das consequências jurídicas, bem como do comportamento de terceiros.

Ademais, a noção de Estado de Direito não se pode concretizar sem que se apoie no valor da segurança jurídica. Nesse sentido, Fogaça (2016, p. 135), ao analisar a segurança jurídica, agrega ensinamentos de José Afonso da Silva e Hans Kelsen:

José Afonso da Silva compreende a segurança jurídica como o conjunto de condições capaz de possibilitar às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida, enquanto Hans Kelsen somente considera adequado tratar como Estado de Direito aquela ordem jurídica que satisfaça os requisitos da democracia e da segurança jurídica.

Em verdade, o ordenamento jurídico tem como razão de ser a necessidade de oferecimento de segurança jurídica, de modo que direito e segurança são conceitos ligados umbilicalmente, pois o “Estado de Direito ou é seguro, ou não é Estado de Direito”.

Ora, é vital entender que existe uma distinção entre segurança jurídica enquanto princípio (imposição normativa) e enquanto valor (estado desejável). Nesse sentido, Humberto Ávila (2014, p. 122-123) faz interessante observação, que nos leva a conclusão de que, no âmbito do sistema de precedentes, a segurança jurídica apresenta-se como um valor a ser alcançado:

A segurança jurídica pode, da mesma forma, denotar uma asserção sobre um estado desejável, isto é, de um estado que seja qualificado como digno de ser buscado, por razões sociais, culturais ou econômicas, porém não especificamente por uma imposição normativa. Desse modo, o uso da expressão ‘segurança jurídica’ denota *juízo axiológico* concernente àquilo que se julga bom existir de acordo com *determinado sistema de valores*. A frase ‘um ordenamento previsível é muito melhor para o desenvolvimento econômico que um imprevisível’ denota que a segurança jurídica é um valor substancial da vida humana.

Entendendo essa necessidade, Cramer (2016, p. 54-55) defende a observância dos precedentes como exigência da segurança jurídica:

O indivíduo precisa ter certeza do que é a ordem jurídica, ter a confiança de que o Estado e os demais indivíduos atuarão conforme essa ordem e saber os reflexos jurídicos de seus atos, a fim de poder conformar a sua conduta.

[...]

Desse modo, a segurança jurídica impõe o respeito aos precedentes para gerar *previsibilidade* da resposta judicial e, por conseguinte, pautar a vida em

sociedade, inibindo o surgimento de novos conflitos, principalmente casos repetitivos. A previsibilidade é a dimensão subjetiva da segurança jurídica.

Verifica-se, destarte, que a segurança jurídica é valor intrinsecamente atrelado à previsibilidade, já que o indivíduo somente poderá estar seguro do resultado de seus atos, se puder prever como a jurisprudência se pronuncia acerca de cada tese jurídica, ainda que tais teses não sejam acobertadas pelo manto da vinculação, apenas sejam constantemente respeitadas pelo Judiciário como um sistema uniforme. Nas palavras de Teresa Wambier (2012, p. 33, *apud* CRAMER, 2016, p. 56), significa “saber as regras do jogo antes do começo da partida”.

Luiz Guilherme Marinoni (2011) aponta que a segurança jurídica sempre foi um valor perseguido por ambos os sistemas – *civil law* e *common law* –, com a diferença que o primeiro firmou-se no princípio da estrita legalidade como caminho para se alcançar a sua realização, na medida em que confiava-se na subsunção da vontade da lei ao caso concreto (o juiz é “boca da lei”), negando a possibilidade de interpretação legal pelo juiz; enquanto no segundo sistema, essa atividade hermenêutica sempre ocorreu e foi aceita, limitada pela vinculação e respeito aos precedentes judiciais, garantindo-se a previsibilidade e a segurança jurídica.

Neil MacCormick (2005, p. 16) assim expressa a relevância da certeza jurídica para o Estado de Direito: “entre os valores que ele [o Estado de Direito] assegura, nenhum é mais importante que a certeza jurídica, exceto talvez pelos princípios que a acompanham, a saber, a segurança de expectativas jurídicas e a garantia do cidadão contra interferências arbitrárias por parte do governo e de seus agentes” (tradução do inglês para o português de MARINONI, 2011, p. 121).

No âmbito da certeza jurídica, imprescindível o entendimento de que aquela atrela-se, antes de tudo, à previsibilidade do posicionamento jurisprudencial e não à norma jurídica abstrata extraída do texto legal, eis que o que, de fato importa, é a interpretação realizada pelos tribunais acerca do modo e alcance do direito previsto em lei (MARINONI, 2011).

A Ministra Carmen Lúcia (2009, n.p.) estabelece a relação entre segurança jurídica e o direito à estabilidade nas relações jurídicas, de modo a afirmar que não se trata de imutabilidade, pelo contrário, defende que o direito se pauta pelo movimento da sociedade, o que não pode gerar instabilidade ou desconforto.

Acresce-se, ainda, que a escolha pelo emprego da doutrina do *stare decisis* intenta, acima de tudo servir aos valores acima defendidos, na medida em que:

Stare decisis não seria um fim em si mesmo, e sim um meio para servir a importantes valores no sistema jurídico, que são: segurança jurídica (ao concordar em seguir as regras estabelecidas, os Tribunais permitem aos indivíduos preverem as consequências jurídicas de seus atos), igualdade (quando os Tribunais decidem os casos de hoje de acordo com os casos de ontem, eles asseguram que as regras jurídicas sejam aplicadas de forma coerente e justa), eficiência (ao basear suas decisões em precedentes, os Tribunais evitam a necessidade de reexaminar os princípios jurídicos desde o início) e restrição judicial (quando os juízes são obrigados a basear suas decisões em precedentes, eles possuem menor margem de discricção) (RIBEIRO, 2015, p. 76).

De forma alguma, pode-se olvidar ou desprezar que qualquer um desses valores – segurança jurídica e previsibilidade – subordinam-se ao superprincípio da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, o Estado de Direito que não proporciona um ordenamento jurídico seguro e previsível à sociedade fere gravemente sua dignidade (FOGAÇA, 2016, p. 135).

Aliás, o exercício da cidadania é mitigado na medida em que se obstaculiza ao cidadão conhecer a marcha e a direção da atividade jurisdicional, já que o propósito do direito é conferir segurança às relações sociais (PEREIRA, 2018, p. 31).

Ora, o ideal seria que aos indivíduos fosse exequível um estado de segurança jurídica tal proporcionado pelo simples conhecimento dos textos legais, por sua clareza, coerência, acessibilidade, e de fácil compreensão e descomplicação, aptas à total subsunção ao caso concreto. Porém, não é o que se tem à disposição atualmente, em especial aos textos abertos e conceitos indeterminados.

Assim, a interpretação judicial do texto é que produzirá a norma aplicável ao caso concreto, sendo que somente será admissível uma realidade caracterizada pela segurança jurídica, na medida em que o posicionamento dos tribunais é previsível e conhecido pelos sujeitos.

Diante disso, é certo que a teoria dos precedentes judiciais se apresenta propícia para tal intento, sendo defendida sua adoção por Benjamin N. Cardozo, assim citado por Marinoni (2013, p. 125): “Do contrário, o trabalho dos juízes aumentaria até a exaustão se toda decisão tomada pudesse ser reaberta em todo caso, e alguém não pudesse delinear seu próprio caminho na segurança dos caminhos traçados por outros que vieram antes dele”.

Conforme amplamente debatido, a doutrina de respeito aos precedentes judiciais permite uma uniformização jurisprudencial, almejada por todos os sistemas jurídicos, na medida em que a segurança e previsibilidade são alcançadas, conferindo estabilidade às relações sociais, integridade, coerência e igualdade, concepções abordadas a seguir.

3.1.1 Estabilidade, integridade e coerência: premissas do artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015

Um dos requisitos da segurança jurídica é a continuidade da ordem jurídica, isto é, estabilidade, sendo indispensável ao Estado de Direito a uniformidade jurisprudencial no que tange à interpretação do direito, bem como sua aplicação.

Pois bem. A valorização dos precedentes deve iniciar-se na própria corte em que foi criado, já que os benefícios são incontáveis, a título de exemplo, citam-se aqueles previstos no Código de Processo Civil, em seu artigo 926, *caput*: “[...] os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la *estável, íntegra e coerente*”.

Por *estabilidade* (alteração excepcional tanto do precedente quanto da jurisprudência), reporta-se à continuidade decisional, isto, observa-se o passado e a maneira como se tem decidido cada assunto, tanto visando a elaboração da norma a ser aplicável no novo caso, quanto estabelecendo um direcionamento comportamental da sociedade, sem, contudo, impossibilitar seu progresso (RE, 1994, p. 282).

A título de complementação, Marinoni (2011, p. 130) afirma que a estabilidade se liga à ideia de integralidade do sistema jurídico e colaboração judicial entre cada julgador, diferentemente da realidade brasileira em que o livre convencimento foi desvirtuado, a fim de que cada juiz opere a própria justiça e, sob essa escusa, recusar-se a colaborar para a uniformização da jurisprudência e, conseqüentemente, para uma justa e adequada tutela jurídica

Em continuidade à disposição normativa do artigo 926 do Código de Processo Civil, a segunda premissa a ser tratada alude à *integridade* do direito, significando que se deva considerar aquilo já decidido. Nesse sentido, o entendimento esposado por Rosivaldo Toscano dos Santos Jr. (2014) segue no sentido de valorização não apenas dos precedentes, mas também da supremacia da Constituição.

Ademais, a integridade da jurisprudência nos remete à teoria do filósofo Ronald Dworkin do *direito como integridade*, em especial no aspecto do princípio da integridade no julgamento, na medida em que as decisões precisam ser construídas consistentemente, em decorrência lógica dos julgados anteriores, associados às garantias legais e constitucionais, em uma espécie de *romance em cadeia* sobre determinada norma jurídica, em que a decisão judicial não mostra-se como ato isolado, mas como uma atividade dialógica, isto é, uma construção de novos capítulos a cada nova decisão, todos interligados e baseados na mesma tese jurídica firmada no precedente.

Conclui-se, portanto, que a premissa da integridade no julgamento, aliada à teoria dos

precedentes judiciais, orienta uma interpretação judicial no sentido de analisar quais princípios fundamentaram o caso paradigma, selecionando aquele(s) que aplicam-se ao caso atual, de forma a não haver exigência de que a decisão atual seja idêntica ao precedente, mas sim que siga a interpretação normativa por ele criada.

No que diz respeito à premissa da *coerência*, podemos nos referir às decisões exaustivamente fundamentadas, nos termos do artigo 489, parágrafo primeiro, incisos V e VI, do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), aplicando-se o direito de forma isonômica, sem distinções arbitrárias. Ora, para que uma decisão não configure discricionária, impõe-se, portanto, o dever de motivar a escolha entre o emprego ou não de um precedente suscitado, ou mesmo entre um precedente e outro.

Sobre esta questão, deve-se refletir se existe de fato coerência sistêmica quando o direito jurisprudencial é constituído por decisões distintas entre si, ainda que se trate da mesma norma legal. Ora, a coerência aqui defendida guarda íntima relação com o princípio da isonomia. Aliás, a incoerência gera ausência de sentido no sistema jurídico, consoante Neil MacCormik (2005, p. 190) exemplifica:

Um conjunto incoerente de normas pode ser tal que cada uma possa ser cumprida sem infringir qualquer outra, e, mesmo assim, o todo parecer não fazer sentido na constituição de uma ordem razoável de conduta – imagine uma casa na qual os habitantes devem deixar seus quartos tão desarrumados quanto possível às segundas, quartas e sextas-feiras, e então arrumá-los à máxima perfeição às terças, quintas e sábados, ficando o domingo como um dia de descanso. É possível ter e observar tais regras da casa – mas qual o seu sentido? (Tradução do inglês para o português de MARINONI, 2011, p. 171).

Outrossim, a coerência exige que toda decisão judicial deva ser produzida a partir da tradição jurídica da jurisprudência e da doutrina, nunca partindo apenas do senso moral do julgador, de sua consciência ou de sua simples compreensão do texto legal, isto é, de um marco zero de interpretação.

Pode-se falar em uma continuidade coerente da jurisprudência, na medida em que se respeita as decisões pretéritas, ao mesmo tempo em que propõe uma justificativa adequada para o caso sob julgamento, bem como novos rumos para casos futuros.

Outrossim, um dos fundamentos da doutrina do *stare decisis* relaciona-se com o princípio da igualdade (cujo adágio utilizado pela teoria dos precedentes judiciais é *treat like cases alike*), fixando-se a necessidade de se julgar o tema de cada tese igualmente (CRAMER, 2016, p. 59), conforme alude Lucas Buril de Macedo (2015, p. 154, *apud* CRAMER, 2016, p. 59): “[...] a ideia é que, onde existem as mesmas razões, as mesmas decisões precisam ser

proferidas, o que é uma consequência direta do princípio da igualdade”.

Com bases nessas premissas apresentadas, é que o legislador pátrio intentou introduzir um sistema de respeito aos precedentes judiciais, isto é, às decisões dos tribunais superiores, visando, dentre outros propósitos, a uniformização jurisprudencial, a amenização ou a finalização da crise do Judiciário, bem como a ruptura da cultura de litigiosidade latente. Acerca desta cultura, interessante movimento tem-se observado em nossos tribunais, denominado pela doutrina de “jurisprudência lotérica”, assunto tratado a seguir.

3.1.2 Jurisprudência Lotérica (imprevisibilidade e insegurança das decisões do Judiciário brasileiro) x Teoria dos Precedentes (princípio da integridade na decisão judicial)

Piero Calamandrei (1950, p. 24-25, *apud* CAMBI, 2001, p. 109) equipara as demandas judiciais a um jogo de azar. Segundo ele, “[...] para obter justiça, não basta a parte ter razão, pois, além disso, conforme um antigo provérbio vêneto, é preciso encontrar um Juiz que a entenda e que tenha vontade de lhe dar razão”.

Ora, não há como questionar que inexistência de exatidão na esfera da ciência do Direito, eis que a aplicação tanto da lei quando da norma extraída dos precedentes configuram um exercício hermenêutico, sempre passível de mais de uma resposta. É nessa ótica que Eduardo Cambi fala em “jurisprudência lotérica”:

A ideia da jurisprudência lotérica se insere justamente nesse contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se aparte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado.

[...]

Ora, quando uma mesma regra ou princípio é interpretado de maneira diversa por Juízes ou Tribunais em casos iguais, isso gera insegurança jurídica, pois, para o mesmo problema, uns obtêm e outros deixam de obter a tutela jurisdicional. (CAMBI, 2001, p. 109-110).

A manutenção de loteria jurídica afeta, inclusive, a atividade da advocacia. Veja-se, em um sistema de *common law*, tendo em vista o respeito aos precedentes e, conseqüentemente, a previsibilidade das decisões judiciais, o causídico tem uma direção clara a transmitir ao cliente quanto ao desfecho de seu conflito, podendo afirmar indubitavelmente vale a pena o ajuizamento da demanda.

Por outro lado, na *civil law*, o advogado só tem uma postura tomar: advertir o seu cliente da nebulosidade que envolve o tema do conflito, já que a mesma lei pode ser interpretada de diversas formas a depender do juiz sorteado na distribuição do processo, estimulando, assim, a propositura da ação, arriscando-se a uma decisão favorável.

Para Marinoni, essa lógica apresenta-se inversa, já que a defesa dos civilistas pelo referido sistema é a de que a lei é a garantia de certeza do Direito. Contudo, na prática, o que se observa é um ambiente de maior segurança proporcionado pela *common law*, na medida em que o funcionamento da *civil law* propulsiona à uma explosão de litigiosidade, como uma verdadeira loteria jurídica, o que intensifica o acúmulo de processos a serem julgados e a morosidade da Justiça.

E o autor continua defendendo que, nesse contexto de loteria, cabe apenas ao advogado informar ao cliente que há posições divergentes nos tribunais quanto ao caso, sendo possível arriscar uma demanda na expectativa de uma decisão favorável. Na perspectiva do Judiciário como “casa lotérica”, Marinoni (2011) compara o autor da ação a um “apostador” e o distribuidor judicial a uma “roleta”.

Sobre a índole de um jogo de sorte ou azar, Patricia Rodrigues de Menezes Castagna e Vivian de Gann dos Santos (2018), de igual modo, manifestam-se no sentido de que a imprevisibilidade dos resultados, em decorrência de julgados em diversas direções acerca de casos semelhantes, incentiva a propositura de demandas judiciais e a multiplicação de recursos, já que a cada instância vislumbra-se uma possibilidade de decisão favorável.

Ora, é preocupante a situação das inúmeras divergências jurisprudenciais, que tem gerado caos jurídico e, conseqüentemente, agravando o quadro de insegurança jurídica e descrédito quanto ao Poder Judiciário.

Destarte, importa que sejam adotadas técnicas eficazes para proporcionar um novo ambiente judicial, razão pela qual a postura do legislador do Código de Processo Civil de 2015, para muitos ousada ou mesmo equivocada, possa ter sido uma luz em meio a essa constante escuridão jurídica.

Conforme dito inicialmente, não obstante o respeito à doutrina do *stare decisis* seja de cunho cultural, quiçá a opção legislativa de prever a obrigatoriedade da vinculação a certas decisões dos tribunais superiores, na tentativa de implantar um sistema de precedentes adequado à nossa realidade, tenha sido a mais acertada na atual conjuntura jurídica.

Vislumbra-se, dessa forma, a possibilidade de o problema da jurisprudência lotérica ser remediado, eis que todos os órgãos judiciais teriam o dever de respeitar a referida interpretação jurisprudencial sobre os temas controversos, reduzindo o número de recursos,

amenizando o serviço dos Tribunais, dando maior celeridade à prestação jurisdicional e, destarte, atenuando a crise do Judiciário. Ademais, afasta-se a tensão mantida em decorrência de praticamente todo julgamento reservar uma medida de surpresa (CASTAGNA; SANTOS, 2018).

Hugo Filardi (2018) chama atenção para a necessidade de uma evolução cultural, mesmo no âmbito dos operadores do Direito, na medida em que a valorização da técnica dos precedentes judiciais, na intento de proporcionar algum grau de previsibilidade e uniformidade, deve partir dos profissionais da área, a fim de se difundir essa transformação aos jurisdicionados.

Mais uma vez, convém lembrar que a adoção desse sistema de respeito aos precedentes não implica uma restrição ampla da liberdade do julgador quanto à formação da própria convicção, tendo em vista que a estrutura dessa doutrina envolve o exercício de um juízo de adequação (ou não) do precedente ao caso concreto, de forma devidamente fundamentado, consoante já abordado em capítulo anterior, inclusive discorrendo-se sobre alguns mecanismos de não engessamento do direito, aptos a garantir, concomitantemente, a flexibilidade jurisprudencial e a almejada estabilidade.

Eduardo Cambi (2001) acertadamente defende a uniformização da jurisprudência em prol da certeza jurídica, eis que não impede que a ordem jurídica evolua de acordo com a circunstância histórica, política, cultural, econômica ou social em que a sociedade se encontre, de modo a sempre manter a justiça da decisão

Para Dworkin (1999), a adoção de um direito íntegro, coerente e estável, como se mostra a doutrina dos precedentes judiciais, bloquearia o movimento lotérico dos processos judiciais, na medida em que só haveria justificativa para o ajuizamento de uma demanda quando houvesse previsão clara de sucesso.

3.2 Ferramentas para fomento da cultura do consenso

Visando uma ruptura no atual cenário de litigiosidade e, portanto, estimular uma nova cultura em que o consenso e a paz são as colunas, alguns instrumentos mostram-se sobremaneira eficazes, como é o caso da mediação, em especial quando utilizada em um contexto de respeito aos precedentes judiciais.

3.2.1 A eficácia dos precedentes judiciais como estímulo para a mediação

A significativa ampliação do volume de demandas ajuizada anualmente perante o Poder Judiciário tem sido um dado alarmante em todos os seguimentos do sistema jurídico brasileiro, a ponto de haver grande movimento no sentido da busca de modelos de gestão judiciária ou mesmo de políticas públicas de tratamento de conflitos. Nesse sentido, passa-se agora a abordar a associação entre os dois principais institutos tratados nesta pesquisa: precedentes judiciais e mediação.

Primeiramente, não se pode confundir o direito de acesso à justiça com estímulo à litigância. É importante, destarte, refletir sobre o fato de que a litigiosidade não implica apenas em consequências de ordem econômica, mas também pessoal, emocional e psicológica, que se estendem pelo tempo de duração do processo ou mesmo não se finalizam com ele, além de protelar ou prejudicar a realização de projetos pessoais.

Havendo, portanto, um sistema jurídico pautado na previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais, os indivíduos são mais facilmente dissuadidos de propor demandas judiciais, o que leva à conclusão de que, na hipótese do surgimento de um conflito, as partes serão impelidas a acordos viáveis e benéficos a ambas. Fala-se, desse modo, em estímulo à mediação, que só é viável na medida em que são conhecidas nitidamente pelas partes as vantagens que experimentarão e as desvantagens que serão suportadas.

Questiona-se, nesse sentido, o funcionamento dos precedentes, em especial sobre como incentivar a entabulação de acordo, quando uma das partes conhece perfeitamente seus benefícios com o resultado favorável da demanda. A resposta a este questionamento encontramos em uma das obras de Marinoni (2011, p. 83):

[...] é possível pensar que a parte em cujo favor o precedente milita pode ser estimulada a litigar. No entanto, a previsibilidade permite às duas partes a racionalização das vantagens e desvantagens da litigiosidade. Naturalmente, a parte cuja pretensão está de acordo com o precedente tem vantagem sobre a outra, já que em seu desfavor operam apenas a demora e os custos do processo. Não obstante, a parte que sabe que provavelmente terá decisão contrária sentir-se-á propensa a evitar o litígio, oferecendo vantagens que sejam capazes de desestimular o seu oponente de propor a ação. Quer isso dizer que a previsibilidade acomoda a situação de conflito, desestimulando ambos os litigantes de contender e favorecendo os acordos. (MARINONI, 2011, p. 183).

Verifica-se que a incessante pesquisa por meios para acomodação dos conflitos e estabelecimento de uma cultura de consenso através do fortalecimento da mediação aponta para

grandes vantagens que o sistema de precedentes judiciais pode agregar.

Conforme já estudado anteriormente, ao mencionarmos acerca do fenômeno da jurisprudência lotérica, o ambiente de incerteza jurídica proporcionado pela instabilidade e ausência de uniformidade da jurisprudência encoraja o demandismo, a litigiosidade.

Ora, um sistema jurídico, cuja atividade hermenêutica seja altamente discricionária, em que não há uma cultura de respeito dos tribunais inferiores em relação ao posicionamento dos tribunais superiores, e mais absurdamente o fato de os tribunais contrariarem as próprias jurisprudências, propiciar uma maior receptividade à argumentação, ou seja, estimula não apenas o aumento do volume recursal, mas principalmente a propositura de novas demandas, na esperança de se alcançar uma sentença favorável. Por outro lado, a estabilidade e a certeza jurídicas proporcionadas pelo *stare decisis*, dissuade o ajuizamento de ações, cujo resultado já seja previsível.

Ademais, em um sistema pautado pela insegurança jurídica e imprevisibilidade, os mais altos custos são suportados pelo Poder Judiciário, na medida em que a morosidade e burocracia da máquina judiciária geradas pelas aventuras jurídicas impingem acúmulo de serviço e ineficácia da tutela jurisdicional, gerando cada vez mais desconfiança da sociedade em relação à Justiça.

Por fim, pode-se afirmar que há uma espécie de relação simbiótica entre o sistema de precedentes judiciais e a mediação, eis que, ao mesmo tempo em que a previsibilidade e estabilidade da uniformização jurisprudencial estimula a entabulação de acordos, proporciona uma significativa redução da litigiosidade e, conseqüentemente, do volume de processos.

Desta forma, com uma reduzida intensidade de demandas que exigem o pronunciamento dos magistrados, é possível deduzir que têm a oportunidade de realizarem análises mais apuradas dos elementos dos precedentes judiciais já construídos, o possibilita uma aplicação mais adequada da *ratio* do caso paradigma aos novos casos.

É uma relação de benefício mútuo, que deve ser objeto de melhores reflexões pela doutrina, jurisprudência e comunidade jurídica em geral.

3.2.2 O papel do advogado no processo de mediação

Inicia-se o presente tópico com relevante trecho de uma palestra ministrada pelo Ministro Luis Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, em 11/08/2016, durante o 7º Congresso Brasileiro de Sociedades de Advogados em São Paulo (PINHEIRO, 2018): “O

advogado do futuro não é aquele que propõe uma boa demanda. Mas, aquele que a evita. As medidas extrajudiciais de resolução de conflitos [...] vão impactar nas funções do advogado, que passará de defensor a negociador”.

O Código de Ética e Disciplina da OAB, prevê, em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso VI, como dever do advogado o estímulo ao consenso, de forma a prevenir a propositura de demandas, na medida em que é definido como defensor da paz social.

No item 2.2 do Capítulo I, discorreu-se acerca do chamado Tribunal Multiportas, também conhecido como modelo multiportas de solução de conflitos (ou *Multi-door Courthouse System*), que consiste em um sistema que disponibiliza aos jurisdicionados diversas formas de processamento do conflito, com o intuito de conferir um tratamento compatível à sua natureza e à sua peculiaridade, com a ajuda de um gestor na escolha do método mais adequado. Destaca-se que sistema semelhante foi adotado pelo Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 165, conhecido como Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflito (CEJUSC).

Pois bem. Esses métodos alternativos de resolução de conflitos têm ganhado espaço no mundo, de maneira que futuramente gerará grande impacto na advocacia, na medida em que os clientes irão procurar aquele profissional que estiver mais preparado para orientar acerca da melhor forma de resolver seus problemas, tornando-se imprescindível que os advogados reinventem-se para exercerem funções tanto preventivas de conflitos quanto resolutivas.

Importa que o advogado tenha conhecimento suficiente para manejar ao menos as principais “portas” desse novo tribunal, já que este tem se mostrado apto para dar efetividade aos direitos fundamentais e desconstruir a cultura de litigiosidade latente. Fabiana Spengler (2014, p. 50), ao se referir a essa nova função da advocacia destaca a necessidade de postura criativa por parte do advogado: “O advogado exerce um importante papel que é o de apresentar soluções criativas para que se atendam aos interesses das partes bem como o de esclarecer quais os direitos de seus representados [...] comportamento cooperativo”. (SPENGLER, 2014, p. 50).

O ramo da filosofia jurídica, conhecido como deontologia jurídica, que trata dos parâmetros éticos relativos aos deveres dos operadores do Direito, entre os quais se inclui os advogados, prevê, dentre os deveres básicos do causídico a fim de se estabelecer sua função social (BARBADO, 2003, p.), “[...] colaborar com o Judiciário na composição dos litígios e na aplicação do direito objetivo”.

Diante da frenética busca de métodos alternativos à adjudicação judicial para uma resolução célere, efetiva e adequada dos conflitos, a advocacia incorpora função essencial para se alcançar a justiça, qual seja, estimular os clientes a adoção de técnicas aptas a lidar com os litígios, afastando, contudo, o caráter adversarial das demandas judiciais, ao mesmo tempo em

que encaram o conflito como fator de aprendizagem e crescimento, mesmo porque o ideal de justiça não exige, necessariamente, a cognição judicial, bem como não elimina a possibilidade de construção de soluções criativas pelas próprias partes.

Por esta razão, defende-se uma mudança de mentalidade da classe de advogados, a fim de entenderem a importância de se prepararem para reconhecer, durante o atendimento de seu cliente, qual o melhor método a ser adotado para cada conflito apresentado e como se valer deles, não se esquecendo que o cliente almeja não somente a satisfação de suas necessidades econômicas, mas também interesses emocionais e psicológicos.

Um advogado treinado e capacitado acerca das ferramentas de resolução alternativa de conflitos, deve identificar as situações oportunas para a adoção da mediação e estar apto a propositura de soluções criativas para as demandas; capacidade esta que o destacará como profissional em meio à comunidade jurídica. Infelizmente, esse diferencial, muitas vezes, no ambiente judicial dos processos não é bem apreciado:

[...] Cooley faz menção ao interessante fato de advogados criativos serem, muitas vezes, litigantes frustrados, na medida em que não encontram espaço para a aceitação de soluções criativas no ambiente judicial. Esse autor conclui da seguinte forma: “Os advogados criativos agora têm uma solução para seu dilema – um mediador [...]. Assim, o mediador pode conferir legitimidade e credibilidade às ideias, apresentando-as aos advogados da outra parte [...]. Como a nova ideia parece ter-se originado a partir do mediador, é mais provável que o advogado da outra parte tente verificar sua relevância enquanto solução ou elemento de uma solução”. (BARBADO, 2003, p. 3).

Por outro lado, a insatisfação da sociedade com a morosidade da Justiça, os custos financeiros e o desgaste emocional das disputas judiciais têm atraído bons olhares para a mediação. Logo, a atuação do advogado com os métodos de resolução de conflitos tem extrema importância, já que o desenrolar de uma sessão de mediação de sucesso está diretamente relacionado à preparação daquele profissional.

Infelizmente, pensamentos tradicionais ainda dominam o ambiente da advocacia e são entraves para a aceitação dessa nova cultura. Nesse sentido, Luciana Stefanoni (2018, p. 41) afirma que: “a advocacia, na busca por novos nichos de atuação, fomenta a reprodução da litigiosidade por meio da criação de novas teses, o que se demonstra pela franca expansão da advocacia contenciosa massiva”.

É o que afirma Leonard Riskin, que, de pronto, demonstra também como são argumentos opostos à mediação:

Leonard Riskin expõe o “*Lawyer’s Standard Philosophical Map*”, pensamento dominante entre os práticos e teóricos do Direito que se assenta em duas principais premissas: 1. as partes são adversárias e, se um ganhar, o outro deve perder; 2. as disputas devem ser resolvidas pela aplicação de alguma lei abstrata e geral por um terceiro.

Como se pode facilmente constatar, esses pressupostos são absolutamente contrários às premissas da mediação, segundo as quais: a) todos os envolvidos podem ganhar com a criação de uma solução alternativa; b) a disputa é única, não sendo necessariamente governada por uma solução pré-definida. (TARTUCE, 2016, p. 188).

Em razão do desconhecimento acerca das premissas da mediação (dentre outros métodos consensuais) e de seu funcionamento e eficácia, muitos advogados demonstram preferência para o retorno econômico de causas patrocinadas nos tribunais a propor aos clientes a adoção de uma inovação célere e eficaz, mas pouco conhecida e cujo retorno financeiro, no pensamento deles, será significativamente menor.

Esquecem-se que a cultura e as ferramentas consideradas seguras atualmente, um dia se apresentaram como inovação, e aqueles que tiveram a ousadia de se especializar e se preparar para o futuro, logo receberam a contrapartida do diferencial que demonstraram em relação aos demais.

De igual modo, ocorrerá com aqueles profissionais que se dispuserem a mergulhar neste novo universo. Os frutos colhidos pelos clientes destes (conflitos solucionados de forma célere, eficaz e infinitamente menos desgastante) se mostrarão como eficiente instrumento de marketing.

Inevitável constatar que o principal empecilho à difusão da mediação e dos demais métodos de solução consensuais de conflito é a falta de informação e conhecimento, sendo patente a necessidade de transformação cultural dos profissionais da advocacia desde sua formação nas universidades.

Acerca da mais digna função da advocacia, traz-se à baila o posicionamento de José Lamartine Corrêa de Oliveira (1972, p. 09, *apud* CAMBI, 2001, p. 128) a título de reflexão:

Só há um modo de sermos fiéis à grandeza da perigosa e ambígua vocação jurídica, e esse modo a vida nos ensina aos poucos: é não nos tornarmos insensíveis à vida que, com a sua crueza, os seus dramas e as suas injustiças, desfila nos escritórios de advocacia e nas salas de audiências e julgamentos. Se tivermos a lucidez de refletir, a cada momento, sobre o significado e a raiz, humana e social, dos conflitos e das injustiças, de sua repercussão individual e de seu sentido coletivo, e a coragem de agir em consonância com os frutos da reflexão, estaremos vivos e não terá sido vã nossa passagem pelos Pretórios e Tribunais, teremos podido, como Juízes, agentes do Ministério Público ou advogados, aprender e ensinar uma lição de dignificante serviço ao Homem.

Isto posto, conclui-se que o advogado, como profissional essencial à administração da justiça, deve se posicionar, antes de tudo, como ser humano que é e passar a vislumbrar cada cliente como um indivíduo dotado de sentimentos, cujos conflitos e dramas demandam um tratamento adequado, na medida que, na maioria das situações, a complexidade dos procedimentos judiciais jamais permitiram a sensibilidade para a construção de uma solução justa e eficaz. É necessário justiça, mas, pra isso, é imprescindível alguma humanidade!

CONCLUSÃO

Diante do assunto proposto e estudado, constatou-se uma sequência de óbices enfrentados pelo sistema jurídico brasileiro na tentativa de oferecer aos jurisdicionados uma tutela jurisdicional justa, célere e efetiva. Dentre eles, citamos a excessiva litigiosidade e a cultura de litígio, o excesso de demandas, crise da Jurisdição gerada pela incapacidade de lidar com o volume de processos e de oferecer tratamento adequado aos litígios, ausência de uniformidade jurisprudencial, insegurança e imprevisibilidade jurídicas.

Assim, analisou-se possíveis causas para a crise da Jurisdição brasileira, bem como a existência de métodos alternativos de resolução consensual de conflitos, conferindo destaque à mediação, tal como viabilidade de se associar estes métodos ao efeito vinculante dos precedentes judiciais como possível contribuição para a resolução desses problemas.

Ora, a adoção, devidamente sistematizada e adaptada à realidade jurídica brasileira, da teoria dos precedentes judiciais, possivelmente contribuirá sobremaneira para a construção de uma jurisprudência sólida e apta a proporcionar segurança jurídica aos jurisdicionados, que poderão pautar suas condutas de acordo com a previsibilidade das consequências jurídicas que poderá esperar.

Por outro lado, a existência de um grau mínimo de previsibilidade no resultado das decisões judiciais, irá colaborar para a redução da litigiosidade, já que servirá de favorecimento aos acordos. Isso em decorrência de que a divergência jurisprudencial, mesmo dentro de um mesmo tribunal, encoraja a propositura de novas demandas, caracterizando uma espécie de jurisprudência lotérica, em que o jurisdicionado atua verdadeiro apostador e o distribuidor com uma roleta

Todavia, conhecendo a postura jurisprudencial adotada e respeitada pelo Poder Judiciário, há possibilidade de a parte que não encontra razão na interpretação da norma propor acordos que ofereçam vantagens a ambos, em tal medida que a outra parte assim o prefira a arcar com os custos financeiros, emocionais e psicológicos de um processo judicial.

Com certeza, a implementação do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro e a instituição de métodos alternativos de resolução de disputas, como a mediação, demanda uma mudança cultural extremamente benéfica, porém que demanda tempo e esforço especialmente da comunidade jurídica.

Nesse sentido, abordou-se acerca do papel extremamente relevante do advogado no incentivo à mediação e sua atuação durante todo o processo para auxiliar os clientes a obter o tratamento mais adequado aos seus conflitos, cumprindo, desta forma, integralmente sua função

social como profissional essencial à administração da Justiça.

Resta-nos, portanto, empreender um esforço conjunto para que as medidas propostas no Código de Processo Civil de 2015, aqui tratadas, sejam adequadamente observadas, bem como a sociedade seja conscientizada não apenas de seus direitos, mas também dos instrumentos à sua disposição e das vantagens que cada um oferece, a fim de que possamos futuramente colher os frutos de uma cultura de paz, marcada pelo empoderamento dos jurisdicionados no tratamento de seus conflitos, assim como de um sistema jurídico caracterizado pela segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência de sua jurisprudência, que tenha superado a crise jurisdicional, inclusive com o desafogamento da máquina judiciária.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania (Org.); CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. 188 p. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O sistema jurídico nos Estados Unidos**: common law e carreiras jurídicas (judges, prosecutors and lawyers): o que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro. *Revista de Processo*, v. 251, p. 523-560, 2016.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **Métodos consensuais de solução de conflitos e precedentes - Diálogo necessário**. *Empório do Direito - coluna ABDpro, Brasil*, p. 1 - 5, 25 out. 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

BACELLAR, Roberto Portugal. O Poder Judiciário e o Paradigma da Guerra na Solução dos Conflitos. *In*: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coords.). **Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral da Cidadania**: A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARBADO, Michelle Tonon. **Um novo perfil para a advocacia**: o exercício profissional do advogado no processo de mediação. *In*: AZEVEDO, André Gomma de. **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. Vol. 2.

BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. *In*: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2. p. 243-262.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1977.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica, fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *In*: **Themis: Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006. Disponível em:

<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/241/232>. Acesso em: 23 mai. 2019.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BELEZA, Flávia Tavares. **Estudar em Paz: mediação de conflitos no contexto escolar**. Brasília: UnB, 2011. Disponível em: <http://seer.bce.br/index.php/participacao/article/download/6323/5902>. Acessado em: 13. mai. 2018.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. **O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e a construção de uma resposta consensuada: a “jurisconstrução”**. Sequência (UFSC), v. 1, p. 303-326, 2008.

BRAGA, Paula Sarno. **Processo civil: teoria geral do processo civil**(Coleção Sinopses para concursos). v. 18. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRANCO, Andressa; MEDEIROS, Débora; LARANJA, Geórgia. A mediação no ensino universitário e sua contribuição para o acesso à justiça. *In*: CHAI, Cássius Guimarães; BUSSINGUER, Elda Coelho de A.; SANTOS, Ricardo Goretti (orgs.). **Mediação e Direitos Humanos**. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA). 2014, p. 281-298. Disponível em: https://mpma.mp.br/arquivos/biblioteca/livros/3856_mediacao_e_direitos_humanos_mediatio_n_and_human_rights_mp.pdf. Acesso em: 05 mar. 2018.

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

CALIL, Mário Lúcio Garcez; TAVARES, Daniele Silva Lamblém. **A impossibilidade de eliminação dos conflitos pelo direito**. *In* Seminário Direitos Humanos e Novos Direitos na Contemporaneidade- UNIVEM. São Paulo: Marília, 2018. No prelo.

CALMON, Petrônio. Prefácio. *In*: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei**. - 1.ed. - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. p. 8-12.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Jurisprudência lotérica**. Revista dos Tribunais (São Paulo), São Paulo, v. 786, p. 108-128, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça**. Revista de Processo, São Paulo, n. 74, ano 19, p. 82-97, abr./jun. 1994.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial e a evolução do direito**. Tradução e notas: Lêda Boechat Rodrigues. São Paulo: Editora Nacional de Direito LTDA, 1956.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 44*apud*MORKING; VIEIRA JÚNIOR, 2015.

CASTAGNA, Patricia Rodrigues de Menezes; SANTOS, Vivian de Gann dos Santos. **A jurisprudência lotérica brasileira e a previsibilidade das decisões nos sistemas jurídicos common law e civil law**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5473, 26 jun. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66435>. Acesso em: 1 out. 2019.

COLE, Charles D. **Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos: O sistema de precedente vinculante do Common Law**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 752, p. 1, jun. 1998 (versão online).

Convenção Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acessado em 06. Jul. 2019.

COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. v. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/>. Acesso em: 03 ago. 2018.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CRESPO, Mariana Hernadez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernadez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tania. **Tribunais Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p 25-37.

DAVID, René. **O direito inglês**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DONIZETTI, Elpidio. A força dos precedentes do Novo Código de Processo Civil. JusBrasil. Disponível em: <http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 18. out. 2018.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Camille Gonçalves Javarine; MACABEU, André Luís Vieira. **Advocacia e**

adequada solução de conflitos na esfera judicial. Revista FONAMEC, v. 1, p. 73-93, 2017.

FILARDI, Hugo. **Precedentes obrigatórios inconstitucionais:** análise crítica do sistema de precedentes judiciais proposto pelo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FRANZÉ, Luis Henrique Barbante; PORTO, Giovane Moraes. **Elementos da Teoria do Precedente Judicial.** REVISTA EM TEMPO (ONLINE), v. 15, p. 55-71, 2016. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/1638>. Acesso em: 9 jul. 2019.

FRANZÉ, Luis Henrique Barbante; TAVARES, Daniele Silva Lamblém. **A doutrina do stare decisis à luz da teoria do direito como integridade como estímulo ao consenso.** 2019. No prelo.

FREUD, Sigmund (1930). **Mal-estar na civilização.** In: Edição Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1974. Vol. 21, p. 81-178.

FOGAÇA, Mateus Vargas. **Os precedentes Judiciais como forma de concretização da segurança jurídica no direito brasileiro.** 2015. Dissertação (Mestrado em Programa de Mestrado em Ciência Jurídica) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas UENP; Orientador: Jaime Domingues Brito.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário:** condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto de Salles. São Paulo, 2011. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/.../Daniela_Monteiro_Gabbay.pdf. Acesso em: 29 ago. 2018.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA:** condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. v. 1. 335p.

GERHARDT, Michael J. **The power of precedent.** Oxford: Oxford University Press, 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil:** teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). v. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. **Tribunais Multiportas:** Em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos. 2011. 223f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1912-vinicius-jose-correa-goncalves/file>. Acesso em: 18 jul. 2019.

GOODHART, Arthur L. **Determining the ratio decidendi of a case.** Essays in jurisprudence and the common law. Cambridge: 1931, Cambridge University Press.

HOLMES Jr., Oliver Wendell. **The Common Law.** Toronto: University of Toronto Law Scholl, 2011.

HORTA, André Frederico de Sena. *Processo jurisdicional democrático e precedentes: a fundamentação decisória e a concepção do direito como integridade*; Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais; Orientador: Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves. 2017.

LAGE, Ricardo Kalil. **O sonho da Justiça célere continua**. Necessidade de respeito às orientações firmadas pelos Tribunais Superiores. Migalhas, 13 nov. 2018.

LUZ, Eduardo Silva. **A incerteza do acesso à justiça em face da cultura do litígio: a ascensão dos métodos alternativos de resolução de conflitos**. REVISTA EM TEMPO (ONLINE), v. 16, p. 72-92, 2018.

MACCORMICK, Neil. Why Cases have rationes and what these are. **Precedent in law**. Oxford: Clarendon Press, 1987.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford. University Press, 2005.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia de tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: CRUZ; TUCCI, José Rogério. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: RT, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito, UFPR. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed rev. e atual São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativas do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial**. Revista de Processo: REPRO, São Paulo, RT, v. 37, n. 206, 2013.

MARZINETTI, Miguel. **Justiça multiportas e o paradoxo do acesso à justiça no Brasil: da falência do Poder Judiciário aos métodos integrados de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Novos Estudos CEBRAP. n. 58, nov., 2000, frequência quadrimestral.

MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; DANTAS, Isabela. **A mediação pode ser “ensinada” no Curso de Direito?**. In: Chai, Cássius Guimarães; Bussinguer, Elda Coelho de A.; Santos, Ricardo Goretti. (Org.). *Mediação e Direitos Humanos*. 1 ed. São Luis: Procuradoria Geral de

Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade, 2014, v. 1, p. 192-214.

MENDES, Gustavo Catunda. **Sociedade deve mudar cultura do litígio e aceitar conciliação**. Revista Consultor Jurídico, agosto 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/gustavo-mendes-sociedade-mudar-cultura-aceitar-conciliacao>. Acesso em: 07 jul. 2019.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

MITIDIEIRO, Daniel. **Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo CPC**. Revista de Processo – REPRO, v. 245, pp. 333:349. São Paulo: RT, julho, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O futuro da Justiça: alguns mitos**. Temas de Direito Processual. Oitava Série. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MORKING, Francelize Alves; VIEIRA JÚNIOR, Dicesar Beches. (2016). **Ronald Dworkin e o direito como integridade: uma teoria da decisão judicial aplicada ao direito do trabalho**. Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XX, v. 24, n. 1, p. 186-212. Jan./Dez. 2015. ISSN 2318-8650. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/476/543>. Acessado em: 03. mai. 2019.

MOUFFE, Chantal. **Por um modelo agonístico de democracia**. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, UFPR, n. 025, 2005.

MUNIZ, Tânia Lobo; SILVA, Marcos Claro da. **O Modelo de Tribunal Multiportas Americano e o Sistema Brasileiro de Solução de Conflitos**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, vol. esp., p. 288-311, dez. 2018. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77524>. Acesso em: 18 jul. 2019.

NALINI, José Renato. **A rebelião da Toga**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito brasileiro e comparado**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2013.

OLIVEIRA, José Lúcio Monteiro de. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: uma análise da aplicação da teoria no Brasil**. Dissertação de mestrado (Mestrado em Direito). PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/1213402_2014_completo.pdf. Acesso em: 15 mar. 2019.

PEREIRA, Ionara Melo de Aquino. **O sistema de precedentes judiciais no novo CPC e sua contribuição para uma efetiva segurança jurídica**. 2018. 61 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

PINHEIRO, Nixinn Freitas. **O “Tribunal Multiportas” e o advogado do futuro**. Portal AZ – 22 de Abril de 2018. Disponível em: <http://www.fecema.org.br/arquivos/2935>. Acesso em 13 mai. 2018.

PUGLIESE, William. Juiz Participativo. **Meio democrático de condução do processo**. São

Paulo: Saraiva, 2014.

RE, Edward D. **Stare decisis**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Revista de informação legislativa, v. 31, n. 122, p. 281-287, abr./jun. 1994.

RIBEIRO, Diogo Henrique Mendes. **Vinculação aos precedentes no Novo Código de Processo Civil**. 2015. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015.

RIGOLDI, Vivianne. **A garantia da segurança jurídica pelo respeito aos precedentes e uniformização da jurisprudência na perspectiva do projeto do novo Código de Processo Civil**. In: Renato Bernardi; Fabiana Tamaoki Neves. (Org.). IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito. 1ed. Jacarézinho/PR: UENP & Instituto Ratio Juris, 2014, p. 4-21.

RIGON, Josiane; WUST, Caroline. Quebra de Paradigmas: outro meio de acesso à justiça. In: Fabiana Marion Spengler; Theobaldo Spengler Neto. (Org.). **Acesso à Justiça & Mediação**. 1ed. Curitiba: Multideia, 2013, v. 1, p. 153-168.

RITT, Carolina Fockink. **A proposta de mediação como alternativa para resolver conflitos, diante da crise de jurisdição e cultura do litígio**. Revista Em Tempo (ONLINE), v. 16, p. 240-264, 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade**. Fórum Administrativo - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57937>. Acesso em: 02 out. 2019.

ROSA, Viviane Lemes. **O Sistema de Precedentes Brasileiro**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. Orientador: Eduardo Talamini.

SALES, Lília Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. **Conflito, Poder Judiciário e os Equivalentes Jurisdicionais - Mediação e Conciliação**. Revista da Ajuris, v. 41, n. 134, p. 391-415, 2014.

SANDER, Frank. **The Multi-Door Courthouse: Settling Disputes in the Year 2000**. Hein Online: 3 Barrister 18, 1976.

SANTOS JR., Rosivaldo Toscano dos. **Controle remoto e decisão judicial: quando se decide sem decidir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTOS, Luiz Elias Miranda dos. **Súmula Vinculante e o instituto dos assentos: seu sentido normativo e o problema da liberdade judicial**. REDES - Revista Eletrônica Direito e Sociedade, v. 2, p. 25-35, 2014.

SANTOS, Ricardo Goretti. O acesso integral à justiça pela via dos centros multiportas de gestão de conflitos. In: CHAI, Cássius Guimarães; BUSSINGUER, Elda Coelho de A.; SANTOS, Ricardo Goretti (orgs.). **Mediação e Direitos Humanos**. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA). 2014, p. 42-74. Disponível em: https://mpma.mp.br/arquivos/biblioteca/livros/3856_mediacao_e_direitos_humanos_mediatio

n_and_human_rights_mp.pdf. Acesso em: 05 mar. 2018.

SCHULZE, Clenio Jair. **A teoria da decisão judicial em Ronald Dworkin**. Revista da Ajuris, v. 128, p. 99-118, 2012.

SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; KIWIELEWICZ, Marcela de Azevedo Limeira. Sentença liminar de improcedência: uma tentativa frustrada de adaptação do conceito de precedente e um risco às garantias fundamentais do processo. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. XIII, p. 605-633, 2014.

SPENGLER, Fabiana Marion. **O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. 2007. 476 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do vale dos Sinos, São Leopoldo, 2007).

SPENGLER, Fabiana Marion. **A mediação comunitária como meio de tratamento de conflitos**. Revista pensar, v. 14, n. 2, 2009.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Retalhos de mediação** [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: Esserenel Mondo, 2014. 125 p: il.

SPENGLER, Fabiana Marion; GIMENEZ, Charlise P. Colet. **O fórum múltiplas portas e o adequado tratamento do conflito: um estudo de caso – Lagos/Nigéria**. Disponível em: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/viewFile/3085/pdf>. Acesso em: 22. mai. 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação enquanto política pública** [recurso eletrônico]: a teoria, a prática e o projeto de lei.1. ed. - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil**. Scientia Iuris, Londrina, v. 15, n. 2, p. 53-74, dez. 2011. DOI: 10.5433/2178-8189.2011v15n2p53.

Stefanoni, Luciana Renata Rondina. **A justiça em Aristóteles e a mediação extrajudicial de conflitos**. 2018. 245 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isso – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. 3. ed. rev. atual. De acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

STRECK, Lênio Luiz; RAATZ, Igor. **A teoria dos precedentes à brasileira entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”**. Revista de Processo, São Paulo, RT, v. 262, 2016.

TARTUCE, Fernanda. **Advocacia e meios consensuais**: novas visões, novos ganhos. In: Fredie Didier Jr., Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. (Org.). Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - V.2 - Procedimento Comum. 2ed.Salvador: Juspodvum, 2016, v. 1, p. 183-202.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a.3, n.2, jul-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>. Acesso em: 17. out. 2015.

TORRE, Riccardo Giuliano Figueira. **A valorização dos precedentes pelos tribunais superiores e a jurisprudência defensiva**. 2015. Dissertação (Mestrado em mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: Professor Associado Doutor Ricardo de Barros Leonel.

TRENTIN, Fernanda; PEREIRA, Giordani Alexandre Colvara. Desafios para implantação do fórum múltiplas portas no Brasil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 165, out 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19660&revista_caderno=27. Acesso em: 30 mai. 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: RT, 2009.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 16. ed. Reformulada e ampliada de acordo com o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 608 p. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. *Direito Jurisprudencial*. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **“Brazilian Precedents”**. Migalhas, jun. 2014. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203202,31047Brazilian+precedentes>. Acesso em: 22. mai. 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito**: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 172, 2009.

WARAT, Luis Alberto. Mediación: el derecho fuera de las normas: para una teoría no normativa del conflicto. *Scientia Juris*, v. 4, p. 03-18, 2000.

WATANABE, Kazuo. **Mediação como política pública social e judiciária**. Revista do Advogado, São Paulo, v. 34, n. 123, p. 35-39, 2014. Disponível em: https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/123/revista_advogado_123/assets/basic-html/page-35.html. Acesso em: 30 out. 2019.

WÜST, Caroline. **Mediação comunitária e acesso à justiça as duas faces da metamorfose social**. Santa Cruz do Sul: Esserenel Mondo, 2014.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Teoria do Processo Civil “sem juridiquês”**. [S.l.: s.n.]. [20-?]. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/374116305/Teoria-Do-Processo-Civil-Sem-Juridiques-1>. Acesso em: 15 set. 2019.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 3. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.