



**UNILASALLE**  
CENTRO UNIVERSITÁRIO LA SALLE



MICHELLE FERNANDA MARTINS

**ACESSO À JUSTIÇA E EVOLUÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO:  
a audiência preliminar (art. 331, CPC/1973) e a  
audiência de conciliação (art. 334, NCPC/2015)**

Canoas, 2016

MICHELLE FERNANDA MARTINS

**ACESSO À JUSTIÇA E EVOLUÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO:  
a audiência preliminar (art. 331, CPC/1973) e a  
audiência de conciliação (art. 334, NCPC/2015)**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Sociedade do Centro Universitário La Salle – UNILASALLE, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro

Co-orientador: Prof. Dr. Jayme Weingartner Neto

Canoas, 2016

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

M379a Martins, Michelle Fernanda.

Acesso à justiça e evolução do sistema jurídico [manuscrito] : a audiência preliminar (art. 331, CPC/1973) e a audiência de conciliação (art. 334, NCPC/2015) / Michelle Fernanda Martins. – 2016.

217 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado em Direito) – Centro Universitário La Salle, Canoas, 2016.

“Orientação: Prof. Dr. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro”.

1. Direito. 2. Acesso à justiça. 3. Audiência de conciliação. 4. Audiência preliminar. I. Ribeiro, Diógenes Vicente Hassan. II. Título.

CDU: 340.12



# UNILASALLE

## CENTRO UNIVERSITÁRIO LA SALLE



Credenciamento: Decreto de 29/12/98 - D.O.U. de 30/12/98  
Recredenciamento: Portaria 626 de 17/05/12 - D.O.U. de 18/05/12

### Programa de Pós-Graduação em Direito

#### BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro  
UNILASALLE, Orientador e Presidente da  
Banca

Prof. Dr. Jayme Weingartner Neto  
UNILASALLE

Prof. Dr. Germano André Doederlein Schwartz  
UNILASALLE

Prof. Dr. Luis Gustavo Flores Gomes  
Mestrado em Direitos Humanos - UNIJUÍ

**Área de Concentração:** Direito e Sociedade

**Curso:** Mestrado Acadêmico em Direito

Canoas, 09 de dezembro de 2016.

Dedico este trabalho à minha mãe, Miriam Fabiane Martins Malgarin, que é a maior incentivadora da minha evolução, e a quem tudo devo.

## AGRADECIMENTOS

Cursar um mestrado não é tarefa fácil. Requer compromisso, requer dedicação, requer tempo, requer abdicação de outros projetos. Somos apresentados a novos tópicos, a novas formas de pensar, a novos desafios. Nossas crenças e nossos valores são questionados. Assim, quando há comprometimento com o curso, sofremos um período de desestabilização, onde as coisas, por vezes, parecem não se encaixar. Porém, durante este período, temos apoio de diversas pessoas, que são nosso suporte, que nos ajudam a selecionar o que importa e são estimuladores da nossa evolução. São a estas pessoas que quero agradecer agora.

Primeiramente, agradeço ao Centro Universitário Unilasalle, por ter construído, conjuntamente aos docentes do Programa de Mestrado em Direito e Sociedade, um projeto ousado e diferenciado, que demonstra que o direito pode sim estar próximo à sociedade. Assim como demonstra que é possível realizar pesquisas sérias no direito, e que há como apresentar tais perspectivas por meio de dados, e não somente por fórmulas genéricas e abstratas.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, pelo apoio contínuo e pela disponibilidade constante de tempo para discutir sobre a dissertação comigo. Agradeço pela pró-atividade ao me orientar, demonstrando sempre uma preocupação em me auxiliar e esclarecer uma cabeça cheia de dúvidas. Agradeço por compartilhar seu conhecimento e suas percepções comigo, que muito contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho. E, por fim, agradeço por insistir comigo na leitura de Niklas Luhmann, mesmo quando eu resistia bravamente. Aproveito ainda para ressaltar a admiração que tenho pela sua constante busca pelo aprimoramento, assim como pelo exercício da magistratura com sapiência.

Agradeço ao meu coorientador, Prof. Dr. Jayme Weingartner Neto, pelos sábios comentários realizados durante o desenvolvimento deste trabalho e pelas sugestões sempre pertinentes, com a indicação de excelentes livros, todos com potencial crítico e reflexivo do direito.

Agradeço ao Prof. Dr. Germano Andre Doederlein Schwartz, pela disponibilidade em compor a banca avaliadora deste trabalho, mesmo com uma agenda lotada de compromissos. Agradeço por me permitir ter os primeiros

contatos com a teoria dos sistemas sociais, facilitando a sua compreensão, por meio das aulas ministradas. Seus textos, juntamente ao do meu orientador, Prof. Dr. Diógenes, e do Prof. Dr. Luis Gustavo, tornaram mais fácil a compreensão de conceitos luhmannianos, o que, certamente, não é tarefa simples. Agradeço também pelas sugestões, indicações bibliográficas e críticas construtivas realizadas que permitiram que este trabalho fosse melhor desenvolvido.

Agradeço ao Prof. Dr. Luis Gustavo Gomes Flores pela disponibilidade em compor a banca avaliadora deste trabalho, com sugestões sempre pertinentes, críticas construtivas e indicações bibliográficas, para que fosse possível melhor desenvolver este trabalho, assim como ver que, sim, é possível (re)pensar o direito.

Agradeço a todos os Professores do corpo docente do Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle, por muito terem contribuído para o meu conhecimento, me permitindo leituras fantásticas, que me auxiliassem a ver o mundo de outra forma, indo de Luigi Ferrajoli a Hannah Arendt, passando por Boaventura de Souza Santos, entre outros. Agradeço por realmente amarem este projeto e inspirarem seus alunos.

Agradeço aos funcionários do Unilasalle, em especial os da Secretaria do Mestrado e os da biblioteca, que muito me ajudaram nessa caminhada, me assessorando com pedidos, formulários e a encontrar livros necessários para a pesquisa.

Agradeço à CAPES e ao Unilasalle pela bolsa concedida, que me ajudou a realizar este trabalho com uma maior tranquilidade.

Agradeço aos meus colegas do Mestrado, os quais tornaram esta caminhada muito mais fácil e prazerosa. Sem eles, tudo seria mais difícil.

Agradeço aos meus pais, Miriam e Rogério, por todo o suporte de uma vida, mas, em especial, pelo constante apoio e incentivo para que eu investisse em uma carreira acadêmica. Agradeço por serem a minha força e por me mostrarem o quanto o Direito pode ser apaixonante. E por me mostrarem que tudo é possível quando se sonha.

Agradeço aos meus irmãos, Carolina e João Pedro, pelo companheirismo e pela alegria que me proporcionam, e por serem uma constante motivação em minha vida. Ao João Pedro, por ser sempre um apoiador nas minhas invenções.

À Carolina, por partilhar angústias comigo, principalmente as relativas à vida académica, e por me fazer sempre acreditar.

Agradeço à minha família, por todo apoio, paciência e confiança que me demonstram.

Agradeço ao meu namorado, Alex, pelo companheirismo, mas, em especial, por toda a compreensão e força que me foram dadas durante a realização deste trabalho. Agradeço, principalmente, por sua especialidade em solucionar problemas, e pelos muitos cronogramas que fez para mim para que eu conseguisse cumprir os prazos estabelecidos neste processo de dissertar, mesmo com um tempo exíguo.

Por fim, mas não menos importante, agradeço aos meus amigos que, mesmo muitos não tendo formação jurídica, me escutaram nos últimos anos falar sobre acesso à justiça, conciliação e evolução, me trazendo visões de fora do mundo do direito, e me permitindo vislumbrar ideias que não teria visto antes.



*“A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar.”*

(Eduardo Galeano)

## RESUMO

O presente trabalho aborda as dificuldades que o direito tem tido para garantir o acesso à justiça em uma sociedade hipercomplexa, já que os contextos sociais se modificam, assim como o número de processos tramitando no Poder Judiciário aumenta. Diante desta realidade, as transformações exigem que o direito evolua, para que possa exercer a sua função diferenciada dentro da sociedade. Porém, embora existam estímulos à evolução do sistema jurídico, como, por exemplo, através de inovações legislativas, suspeita-se que há uma resistência dos atores jurídicos em aceitarem estas inovações, em especial dos magistrados, o que se constatou na análise de julgados acerca da aplicabilidade da audiência preliminar do STJ, TJRS, TJSP e TJRJ, onde 61,36% das decisões não utilizaram o instituto ou não fundamentaram devidamente a sua dispensa, embora contrariasse a disposição do texto legal (art. 331, §3º, do CPC/1973). A audiência preliminar foi escolhida para ser pesquisada por ser representativa do acesso à justiça, tornando o julgador mais próximo do jurisdicionado. Dessa forma, o problema que a dissertação aborda é “Como ocorreu a aplicabilidade da audiência preliminar pelos órgãos do Poder Judiciário de segundo grau e pelo Superior Tribunal de Justiça?”. A pesquisa foi realizada através de levantamento bibliográfico e análise de decisões judiciais. O referencial teórico é a teoria da evolução defendida por Niklas Luhmann, sendo feito um recorte da teoria do jus-sociólogo para a melhor compreensão da pesquisa efetuada. Foi analisado como não foi possível a evolução do sistema jurídico através da introdução da audiência preliminar no processo civil, por meio dos mecanismos evolutivos variação, seleção e estabilização. Foram estudados também novos estímulos à evolução do sistema jurídico, através de inovações legislativas, como a introdução da audiência de conciliação e/ou sessão de mediação no NCPC/2015. Por fim, foi analisado como o conceito de resiliência jurídica pode ser útil à evolução do direito, em tempos complexos e inovadores.

**Palavras-chave:** Acesso à Justiça. Audiência de Conciliação. Audiência Preliminar. Evolução.

## ABSTRACT

The present paper deals with the difficulties that law has had in order to guarantee access to justice in a hypercomplex society, since social contexts change, as well as the number of lawsuits in the judicial branch increases. Faced with this reality, transformations demand that the law evolve, so that it can exercise its differentiated function within society. However, although there are stimuli to the evolution of the legal system, such as through legislative innovations, it is suspected that there is a resistance of the legal actors to accept these innovations, especially of the magistrates, which was verified in the analysis of judgments about Of the applicability of the preliminary hearing of the STJ, TJRS, TJSP and TJRJ, where 61.36% of the decisions did not use the institute or did not duly justify its dispensation, although it was contrary to the provision of the legal text (article 331, CPC/1973). The preliminary hearing was chosen to be searched for being representative of access to justice, making the judge closer to the jurisdiction. Thus, the problem that the dissertation addresses is "How did the preliminary hearing apply through the organs of the Secondary Judiciary and Superior Court of Justice?". The research was carried out through a bibliographical survey and analysis of judicial decisions. The theoretical reference is the theory of evolution defended by Niklas Luhmann, making a cut of the jus sociologist's theory for a better understanding of the research done. It was analyzed how it was not possible to evolve the legal system through the introduction of the preliminary hearing in the civil process, through the evolutionary mechanisms variation, selection and stabilization. New stimuli to the evolution of the legal system were also studied through legislative innovations such as the introduction of the conciliation hearing and/or mediation session in NCPC/2015. Finally, it was analyzed how the concept of legal resilience can be useful to the evolution of law, in complex and innovative times.

**Keywords:** Access to Justice. Conciliation hearing. Preliminary Hearing. Evolution.

## LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Aspectos das decisões.....	73
---------------------------------------	----

## LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Tempo médio do processo baixado na Justiça Estadual .....	138
Figura 2 - Tempos .....	138

## LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Dados Estatísticos do Conselho Nacional de Justiça.....	128
--	-----

## LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Decisões 1 .....	48
Gráfico 2 - Decisões 2 .....	52
Gráfico 3 - Decisões 3 .....	60
Gráfico 4 - Decisões 4 .....	63
Gráfico 5 - Decisões 5 .....	71
Gráfico 6 - Litigiosidade .....	129
Gráfico 7 - Taxa de congestionamento na Justiça Estadual - ano-base 2014 ..	130
Gráfico 8 - Taxa de congestionamento na Justiça Estadual - ano-base 2015 ..	131
Gráfico 9 - Confiança nas instituições .....	132
Gráfico 10 - Semana Nacional da Conciliação - 2008 a 2011 .....	134
Gráfico 11 - Semana da conciliação - 2012 a 2015 .....	135
Gráfico 12 - Semana da conciliação - 2012 a 2015 .....	136
Gráfico 13 - Índice de conciliação na Justiça Estadual .....	137

## LISTA DE SIGLAS

AC	Apelação Cível
AgRg	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
AR	Ação Rescisória
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CPC/1973	Código de Processo Civil de 1973
EDcl	Embargos Declaratórios
NCPC/2015	Novo Código de Processo Civil de 2015
NUPEMEC's	Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais
REsp.	Recurso Especial
TRU	Turma Regional de Uniformização



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>20</b>
<b>2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DE LEGISLAÇÃO NOVA PELO PODER JUDICIÁRIO</b> .....	<b>30</b>
<i>2.1 Introdução: Direito como Expectativa Normativa</i> .....	30
<i>2.2 O Exemplo da Audiência Preliminar</i> .....	35
<i>2.2.1 Breve Histórico da Audiência Preliminar</i> .....	35
<i>2.2.2 A Audiência Preliminar no Processo Civil e o Acesso à Justiça</i> .....	39
<i>2.2.3 Motivações para a Instituição da Audiência Preliminar e seus Projetos de Lei</i> .....	45
<b>2.3 Resultados da Pesquisa Empírica: Análise das Decisões do STJ, TJRS, TJSP e TJRJ</b> .....	<b>47</b>
<i>2.3.1 Análise dos Julgados do STJ</i> .....	47
<i>2.3.2 Análise dos Julgados do TJRS</i> .....	49
<i>2.3.2.1 A Discricionariedade Judicial e os “Direitos Disponíveis”</i> .....	53
<i>2.3.2.2 A Excludente do §3º do Artigo 331</i> .....	54
<i>2.3.2.3 A Disposição para Conciliar a Qualquer Tempo e a Voluntariedade do Ato de Conciliar</i> .....	55
<i>2.3.2.4 Os Princípios da Celeridade e da Efetividade</i> .....	56
<i>2.3.3 Análise dos Julgados do TJSP</i> .....	59
<i>2.3.4 Análise dos Julgados do TJRJ</i> .....	62
<b>2.4 A função do Poder Judiciário e sua Aparente Resistência na Aplicação de Legislações Recentes</b> .....	<b>65</b>
<i>2.4.1 A Função do Poder Judiciário</i> .....	65
<i>2.4.2 Jurisprudência, Legislação e o Significado da Nova Norma</i> .....	67
<i>2.4.3 A Aparente Resistência do Poder Judiciário no Instituto da Audiência Preliminar</i> .....	70

<b>3 A TEORIA DA EVOLUÇÃO APLICADA AO SUBSISTEMA JURÍDICO E O ACESSO À JUSTIÇA.....</b>	<b>76</b>
<b>3.1 Breve Introdução à Teoria dos Sistemas Sociais, a Complexidade da Sociedade Moderna e a Diferenciação Funcional .....</b>	<b>76</b>
<b>3.2 A Função Diferenciada do Direito e a Teoria da Evolução de Niklas Luhmann .....</b>	<b>85</b>
3.2.1 A Função Diferenciada do Direito.....	85
3.2.2 O que é a Evolução.....	87
3.2.3 Fases da Evolução/Mecanismos Evolutivos .....	97
<b>3.3 O Acesso à Justiça Dentro da Evolução do Sistema Jurídico.....</b>	<b>104</b>
3.3.1 Breve Conceituação do Acesso à Justiça.....	104
3.3.1.1 A Primeira Onda.....	105
3.3.1.2 A Segunda Onda.....	106
3.3.1.3 A Terceira Onda.....	107
3.3.1.4 A Quarta Onda .....	108
3.3.2 Acesso à Justiça nos Tempos Atuais .....	110
<b>3.4 A Ideia de Resiliência Jurídica .....</b>	<b>115</b>
<b>4 ACESSO À JUSTIÇA E REFLEXÕES SOBRE O NOVO CPC (NCPC/2015) .....</b>	<b>125</b>
<b>4.1 A Conciliação e o Acesso à Justiça .....</b>	<b>125</b>
<b>4.2 Dados Estatísticos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) .....</b>	<b>127</b>
<b>4.3 O CNJ e a Política de Conciliação.....</b>	<b>133</b>
<b>4.4 Da Necessidade de Preparo para a Conciliação e suas Possíveis Resistências.....</b>	<b>141</b>
4.4.1 A Conciliação e a Política Brasileira.....	141
4.4.2 A Conciliação e o Ensino Jurídico Brasileiro.....	144
4.4.3 Da Abertura do Direito para a Sociedade .....	147
<b>4.5 A Autonomia de Vontade das Partes do Novo CPC (NCPC/2015) .....</b>	<b>149</b>
<b>4.6 A Audiência de Conciliação e a Sessão de Mediação no Novo CPC (NCPC/2015) .....</b>	<b>159</b>

<b>4.7 Principais Horizontes do Novo Diploma Processual Civil .....</b>	<b>169</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>177</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>184</b>
<b>ANEXO A - Tabelas com os resultados das pesquisas.....</b>	<b>198</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O direito é um subsistema da sociedade, que tem como função, segundo Niklas Luhmann, estabilizar as expectativas normativas (Luhmann, 1998). O direito se mantém mesmo que não ocorra o cumprimento das normas. Assim, os eventuais conflitos são antecipadamente regulados, o que possibilita o convívio social.

No entanto, o modelo atual do direito tem encontrado dificuldades para corresponder aos anseios sociais, já que, muitas vezes, não possui respostas adequadas para as transformações ocorridas nos últimos tempos e/ou não as protege como deveria.

Outro obstáculo que enfrenta é não ter a estrutura adequada para atender um número elevado de demandas, assim como indicar a direção mais adequada para cada processo. Afinal, para cada situação, haverá uma resposta diferenciada, apresentando-se apenas similaridades. Portanto, a discussão sobre tal tema torna-se urgente.

Existindo este contexto, novas respostas passam a ser buscadas, para que o direito se mostre mais eficiente, de modo que ocorrem estímulos à evolução do sistema jurídico. Certas vezes, o modo pelo qual se faz isto é através de inovações legislativas, que procuram dar novas configurações ao direito. Porém, muitas vezes, os atores jurídicos demonstram resistências a estas inovações, o que pode ocasionar óbices à evolução do sistema jurídico.

Para a compreensão desta ideia, o presente trabalho aborda este conceito, estudando os mecanismos evolutivos, assim como analisando possíveis resistências a novos institutos, como a conciliação dentro do processo civil. Questiona se é possível o direito se reinventar e se mostrar resiliente, apresentando assim uma capacidade de readaptação.

Para esta análise, primeiramente, é necessário saber que se vive em um Estado Democrático de Direito, onde se busca assegurar os direitos e garantias do indivíduo, de modo que os direitos fundamentais não sejam violados. Entre os direitos fundamentais, previstos no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, encontra-se o acesso à justiça, estipulado no inciso XXXV, que dispõe que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Embora o acesso à justiça seja um direito constitucionalmente assegurado, muitas vezes este não consegue ser garantido aos indivíduos, que sequer têm acesso ao Poder Judiciário, seja por questões geográficas seja por questões econômicas. Contudo, o enfoque deste trabalho não diz respeito ao acesso ao Poder Judiciário, e sim acesso “à justiça”, isto é, acesso à adequada prestação jurisdicional<sup>1</sup>, pois acesso ao Poder Judiciário não equivale a acesso à justiça. Não basta apenas garantir acesso ao Poder Judiciário, embora seja um desafio constante e ainda a ser superado, se, posteriormente, este serviço não for bem prestado<sup>23</sup>.

Se o acesso à justiça for analisado sob a ótica das ondas de Cappelletti e Garth (1988), pode-se verificar que, no momento atual, os legisladores e intérpretes têm buscado superar os problemas da terceira onda<sup>4</sup>. Há uma procura em criar novos mecanismos para prevenir as disputas na sociedade contemporânea, buscando garantir a efetividade do processo. É neste contexto que se insere o Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015), publicado em 2015, e que iniciou a vigorar em 2016, que traz diversas mudanças, entre as quais interessa aqui destacar a (re)introdução da conciliação.

A instituição da conciliação objetiva uma efetiva tutela jurisdicional, na qual cada caso concreto será apreciado e discutido dentro do seu contexto fático, analisando inclusive se é possível uma composição amigável entre as partes através de concessões mútuas, conforme já foi dito e fomentado pelo Conselho

---

<sup>1</sup> A adequada prestação jurisdicional ocorre quando todos os atores jurídicos exercem uma atividade com o objetivo de atingir os fins últimos da jurisdição. Neste sentido, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2016) refere que: “A esse respeito, não se pode deixar de salientar que o fim do direito é servir à finalidade pragmática que lhe é própria. Processualmente, visa-se a atingir a um processo equânime, peculiar do Estado democrático de direito, que sirva à ideia de um equilíbrio ideal entre as partes e ao fim material do processo: a realização da justiça material”. (OLIVEIRA, 2016).

<sup>2</sup> O serviço bem prestado pelo Poder Judiciário também será aquele que procura atender aos fins últimos da jurisdição.

<sup>3</sup> Destaca-se que aqui não se trata tão somente do trabalho eficaz dos tribunais e dos magistrados, mas também dos demais atores jurídicos, entre os quais advogados, promotores, defensores públicos, que devem estar bem preparados profissionalmente, para que possam atender, de forma adequada, aos interesses dos jurisdicionados da melhor maneira possível.

<sup>4</sup> Isto não quer dizer que os desafios da primeira e da segunda onda tenham sido solucionados, que são, respectivamente, o acesso à justiça aos pobres e a proteção de interesses difusos (em especial, direito ambiental e direito do consumidor). Ao revés, conjuntamente a terceira onda, são problemas que devem ser enfrentados para que seja garantido o acesso à justiça ao indivíduo.

Nacional de Justiça (CNJ) ao longo dos anos. Conquanto não seja o principal objetivo, também busca diminuir a elevada sobrecarga processual.

É importante ressaltar que diminuir o número de processos não é o objetivo de instituir a conciliação, mas sim uma consequência positiva. A principal ideia, ao inserir a conciliação e a mediação, é dar voz aos cidadãos, assim como trazer o direito mais próximo à realidade e ao contexto fático dos processos.

Embora a mediação não seja o foco principal do presente trabalho, é abordado de forma breve por se assemelhar à conciliação em seus propósitos, bem como também representar uma inovação legislativa e, portanto, um estímulo à evolução do sistema jurídico.

No ano de 2006, o CNJ lançou o projeto “Semana Nacional da Conciliação”, evento anual que abrange todos os tribunais do país. O CNJ ainda lançou diversas Resoluções que estabelecem políticas de conciliação: Resolução n° 125/2010, Recomendação n° 50/2014 e Resolução n° 198/2014.

O que se percebe, portanto, desde o projeto do Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015) e nos últimos anos, é que a doutrina e as instituições têm priorizado a conciliação. Tais iniciativas procurariam minimizar efeitos da “*crise do Poder Judiciário*”.

Ao se analisar o direito brasileiro, verifica-se um Poder Judiciário, que tem inúmeros processos para julgar, sendo que as demandas tramitam lentamente, levando certo tempo até chegar à efetiva solução dos litígios.

Conforme consulta ao Relatório do CNJ 2016, ano-base 2015, somente no ano de 2015 foram ajuizados 27,2 milhões de novos casos<sup>5</sup> (CNJ, 2016, p. 13). No Relatório do CNJ 2015, ano-base 2014, somente no ano de 2014 foram ajuizados 28,88 milhões de novos casos<sup>6</sup>. (CNJ, 2015, p. 57).

No Relatório Justiça em Números 2016, ano-base 2015, pela primeira vez, foi analisado o tempo médio que um processo leva para tramitar. Na Justiça Estadual, entre primeira e segunda instância, o tempo médio é de dez anos e onze meses, para o processo de conhecimento. Caso o processo seja levado ao

---

<sup>5</sup> Este número de casos novos engloba processos dos tribunais superiores, tribunais de segundo grau, tribunais de primeiro grau, turmas recursais, juizados especiais e TRU.

<sup>6</sup> Este número de casos novos engloba processos dos tribunais superiores, tribunais de segundo grau, tribunais de primeiro grau, turmas recursais, juizados especiais e TRU.

Superior Tribunal de Justiça (STJ), há o acréscimo do tempo médio de três anos e cinco meses. (CNJ, 2016, p. 11)<sup>7</sup>.

Portanto, vê-se que o elevado número de processos aumenta a morosidade do sistema, principalmente quando se procura conduzir adequadamente o processo<sup>8</sup>, sem que seja violado o acesso à justiça.

Porém, a instituição da conciliação como tentativa de resolver mais rapidamente e de modo mais satisfatório o litígio, enseja algumas preocupações. Ainda que haja todo este esforço em estabelecer uma postura conciliatória nas demandas judiciais, há notória resistência dos indivíduos e dos operadores do direito em abandonar a “*cultura da sentença*”<sup>9</sup> e passar a adotar uma “*cultura da pacificação social*”. Além disso, acredita-se que os atores jurídicos, em especial, os magistrados demonstram uma aparente resistência em aplicar inovações legislativas/legislações recentes.

Essa suposta resistência pode ser observada através do procedimento da audiência preliminar, que foi instituída por uma reforma legislativa em 2002, no Código de Processo Civil de 1973. Embora o procedimento fosse obrigatório, os julgadores passaram a entender que o procedimento era facultativo e dispensá-lo. Assim sendo, questiona-se se o instituto da conciliação, introduzido pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015), se mostrará eficaz, tendo em vista que se suspeita que haja uma resistência do Poder Judiciário em aplicar novas legislações.

---

<sup>7</sup> Oportuno ressaltar que os dados estatísticos sempre contêm possibilidades de críticas e, por vezes, não são confiáveis. Por exemplo, no caso da Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, a realidade que mostram os números do CNJ é diversa. Conforme reportagem publicada no jornal Zero Hora, em 12/11/2016, assinado pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Luiz Felipe Silveira Difini, informa que o Índice de Produtividade do TJRS foi de 100%, pois foi capaz de produzir mais com menos recursos.

Os dados informados são: “No ano de 2015 no RS, julgamos 2.772.000 processos, com um orçamento de R\$ 3 bilhões. Em todas as Justiças Estaduais, foram julgados 19.900.000 processos (sete vezes mais) e seu orçamento foi de R\$ 44,7 bilhões (quinze vezes mais). O custo da Justiça do RS por processo julgado foi menos da metade da média nacional. Na Justiça Federal, foram julgados 3.600.000 processos e o orçamento de R\$ 10 bilhões; na Justiça do Trabalho, 4.300.000 processos e orçamento de R\$ 16,5 bilhões”. (LUIZ..., 2016).

<sup>8</sup> Conduzir adequadamente o processo é conduzi-lo adequadamente ao fim que se destina. Além disso, a condução adequada do processo é aquela que visa ao fim último da jurisdição, que é a realização do direito material.

<sup>9</sup> Esta expressão - “cultura da sentença” - foi cunhada por Kazuo Watanabe (2011) para falar sobre o momento em que se vive no Brasil, onde há um grande acréscimo no número de recursos, o que congestionava todas as instâncias do Poder Judiciário. (WATANABE, 2011, p. 4).

Além desta resistência do Poder Judiciário, pergunta-se se não ocorrerá também uma resistência dos advogados e das partes, que poderão indicar o seu desinteresse na tentativa conciliatória (artigo 334, §4º, do NCPC).

Destaque-se também que terão que ser enfrentadas as problemáticas apresentadas por Kim Economides (1999), quando refere que há uma quarta onda de acesso à justiça, que seria referente ao acesso dos atores jurídicos à justiça, inclusive daqueles que trabalham no sistema judicial, além de ser necessário analisar a oferta dos serviços jurídicos.

No caso da conciliação, em especial, será necessário superar os problemas deste quarta onda, pois será preciso que os tribunais possuam centros de conciliação, conciliadores preparados e magistrados atentos à consecução deste objetivo.

Do mesmo modo, se mostrará necessário que os advogados se preparem profissionalmente para esta nova forma de solução de controvérsias, principalmente quando o ensino jurídico tem preparado tão somente para o litígio e atualmente se tenha, a princípio, a visão que o conflito judicial e a consequente litigiosidade são a única forma de solução de conflitos.

Para enfrentar estas problemáticas, pretende-se analisar a situação através de uma visão sociológica, através da teoria da evolução aplicada ao subsistema do direito, conforme defendido por Niklas Luhmann. Para o jus-sociólogo, o sistema evolui através de três processos: a inovação, a seleção e a estabilidade<sup>10</sup>.

A inovação ocorre quando há um novo comportamento, havendo um desvio daquilo é esperado. A seleção, por sua vez, vai identificar o que é válido e o que não é válido, sendo possível ajustar as expectativas do sistema, isto é, dirá o que é direito e o que não é. A estabilidade ocorrerá por último, sendo estabilizado o sistema e determinada a produção das estruturas sociais.

É importante que ocorram os três fenômenos para que seja permitida a interpretação e o ajuste das estruturas sociais. Só haverá liberdade se for permitido saber o que as estruturas sociais permitem e assim ser possível criar

---

<sup>10</sup> O autor destaca que, embora adote os mecanismos evolutivos da teoria darwiniana, a teoria de Darwin não se aplica na realidade do subsistema do direito, pois, se assim fosse, estaria desconhecendo a complexidade das relações sociais. Destaca ainda que, na teoria darwiniana, os fatores ambientais são considerados, ao contrário do que acontece na aplicação da teoria da evolução ao ordenamento jurídico.



nossas expectativas em relação ao sistema do direito. Apesar de hoje se viver em uma sociedade de risco<sup>11</sup> e contingente<sup>12</sup>, na qual, a princípio, não é possível prever eventos futuros<sup>13</sup>, é preciso ter a normatividade como forma de estabilização e legitimação do sistema.

As expectativas normativas simplificarão as relações sociais e reduzirão a sua complexidade, assim como legitimarão o procedimento, uma vez que a legitimação ocorre a partir do momento em que se conhece a regra que será aplicada, esta é aceita e desta regra decorrem as expectativas normativas.

Ademais, conforme defendido por Marcelo Neves (2012), não há relevância na afirmação nova e a sua assimilação no caso de o sistema não se restabilizar, e o direito não se enquadrar na diretriz que é trazida pela regra nova. Dessa forma, pretende-se analisar como será a aplicação desta nova norma trazida pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015), qual seja a instituição da audiência de conciliação, assim como será analisado como ocorreu a implementação (ou não) da audiência preliminar no processo civil.

Através desta análise, procura-se verificar quais os problemas enfrentados, assim como possíveis soluções, para que se verifique se é possível um direito resiliente, que saiba absorver choques e posteriormente se reinventar. Do mesmo modo, procura entender se a audiência de conciliação e a sessão de mediação apresentariam avanços em relação à audiência preliminar.

Tendo abordado estes aspectos gerais acerca do que se analisará no trabalho, refere-se que o problema a ser estudado é como ocorreu a aplicação da legislação recente sobre a audiência preliminar pelos magistrados, com foco nas decisões de segundo grau, objetivando verificar se houve (ou não) a estabilização das expectativas normativas, que seria a função do direito.

Tal ideia é importante, pois é necessário ainda entender o que se espera da mudança legislativa, analisando o que se quer, se há uma procura por celeridade, tentando controlar o futuro – que não é controlável –, e quais as consequências disso.

---

<sup>11</sup> Este conceito será abordado ao longo do trabalho.

<sup>12</sup> Este conceito será abordado ao longo do trabalho.

<sup>13</sup> Em certa medida, é possível realizar alguma previsão de futuro. Contudo, sempre haverá uma margem de contingência, isto é, as possibilidades apresentadas podem ser diferentes das esperadas.

Deve se ressaltar ainda que a pesquisa se iniciou no ano de 2014, com o ingresso no Mestrado de Direito e Sociedade do Unilasalle, em um período que existia muita polêmica sobre se existiriam ou não reformas no texto do Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015), as quais inclusive ocorreram, razão pela qual a temática em questão teve e tem grande relevo.

O sentido da pesquisa acerca da audiência preliminar é escolher uma situação e analisar como foi a aplicação para mostrar o desenvolvimento da evolução do sistema jurídico, procurando extrair conclusões daquele exemplo. Existiriam outras esferas no direito onde tal situação – uma suposta resistência à nova norma – poderia ser verificada, como se vê, por exemplo, no caso do artigo 212 do Código de Processo Penal<sup>14</sup>, onde as regras de inquirição foram modificadas. No entanto, nem sempre estas regras são respeitadas nas decisões judiciais. Contudo, como dito anteriormente, em razão do período em que o trabalho esteve e está sendo desenvolvido, as discussões do CPC ganharam relevo e foram escolhidas para serem o objeto do presente trabalho.

A utilidade da pesquisa acerca da audiência preliminar é mostrar as consequências que a não aplicação de um instituto pode trazer<sup>15</sup>. Sabe-se que pode haver críticas por se analisar um artigo já revogado; no entanto, como já dito, o que se quer mostrar são as consequências que esta suposta resistência do Poder Judiciário pode trazer, e utilizar o aprendizado na conciliação no Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015).

O objetivo geral do trabalho é analisar como ocorre a aplicação da legislação recente pelo Poder Judiciário, enfocando na audiência preliminar e na audiência de conciliação, sob a perspectiva da teoria da evolução de Niklas Luhmann, procurando responder se o acesso à justiça tem sido atendido nestas questões, e se tem ocorrido a evolução do sistema jurídico.

Os objetivos específicos do trabalho dividem-se em três, conforme a estrutura dos capítulos deste trabalho: (i) entender a audiência preliminar e analisar a suposta resistência dos tribunais à aplicação deste instituto através de uma pesquisa empírica – por meio de julgados –; (ii) compreender a teoria da

---

<sup>14</sup> Caso exista interesse no assunto, ver o artigo “Tribunais, autorreferência e evolução do sistema do direito: o art. 212 do Código de Processo Penal e os Tribunais”, de autoria de Diógenes Vicente Hassan Ribeiro e Michelle Fernanda Martins (2016).

<sup>15</sup> Sabe-se que é uma suposição ousada, mas se questiona se a não aplicação da audiência preliminar não pode ter sido um influenciador na edição de um novo diploma processual civil.

evolução de Niklas Luhmann, como ocorre a evolução do sistema jurídico e como isso representa o acesso à justiça; (iii) compreender os horizontes que o novo CPC (NCPC/2015) traça e como isso representa o acesso à justiça.

No primeiro capítulo, aborda-se para que serve o direito, o que é a audiência preliminar e a razão dela ter sido instituída no direito brasileiro, assim como se estuda como foi a sua aplicação pelo STJ e por tribunais de segundo grau (TJRS, TJSP e TJRJ), analisando uma possível resistência a esta inovação legislativa.

No segundo capítulo, estuda-se a teoria da evolução nos termos ensinados por Niklas Luhmann, uma teoria da evolução aplicada aos sistemas sociais, verificando qual a função diferenciada do direito e como ocorre a evolução do sistema jurídico. Aborda-se, ainda, o conceito de acesso à justiça, a sua dificuldade nos dias atuais e o conceito, ainda que breve, de resiliência jurídica.

No terceiro capítulo, verificam-se dados do Poder Judiciário brasileiro, analisando-se número de processos e qual o contexto do direito na atualidade, através de gráficos. Após, passa-se a analisar as iniciativas trazidas pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015), a conciliação e a mediação, assim como os motivos para esta instituição, visando a entender quais os horizontes para a aplicação do novo diploma processual civil.

Importante destacar que o presente trabalho, em momento algum, pretende abordar aprofundadamente a teoria dos sistemas sociais ou os conceitos de Niklas Luhmann, até mesmo em razão de a pesquisadora desconhecê-los de maneira intensa. Há tão somente um recorte da Teoria da Evolução, apresentada pelo jus-sociólogo, aplicado ao direito para que seja possível compreender o presente trabalho.

O método aplicado, no presente trabalho, consiste em partir da análise de julgados acerca da aplicabilidade ou não da audiência preliminar, em tribunais de segunda instância e no STJ, para posteriormente analisá-los em conjunto com a pesquisa bibliográfica realizada.

Para a pesquisa, foi escolhido o STJ por ser órgão de cúpula do país, sendo o responsável por orientar a posição dos demais tribunais no Brasil. Foram pesquisadas as palavras-chave “audiência preliminar” e “obrigatoriedade”, “art. 331” e “obrigatoriedade”, “artigo 331” e “obrigatoriedade”. Não foi

estabelecido qualquer marco temporal. Esta pesquisa foi realizada em 04/11/2015.

O TJRS foi escolhido por ser o tribunal do local onde a pesquisa está sendo realizada, assim como por ocupar o quarto lugar como tribunal de maior porte, conforme os Relatórios Justiça em Números, do CNJ, dos anos de 2015 e 2016. Foram pesquisadas as palavras-chave “audiência preliminar” e “facultatividade”, “audiência preliminar” e “não obrigatoriedade”, “audiência de conciliação” e “obrigatoriedade”, “audiência preliminar” e “obrigatoriedade”, “art. 331” e “obrigatoriedade”, “audiência de conciliação” e “obrigatoriedade” e “art. 331”, “audiência preliminar” e “obrigatoriedade” e “art. 331”. Como o Rio Grande do Sul é o local no qual se desenvolve a pesquisa, a abrangência das palavras pesquisadas foi maior neste caso. Várias outras decisões foram encontradas por meio de referência nos julgados analisados. As pesquisas foram realizadas em 04/11/2015, 21/06/2016 e 24/06/2016.

Na pesquisa realizada através das palavras-chave “audiência de conciliação” e “obrigatoriedade”, em 04/11/2015, foi marcado o “campo cível”, assim como foi estabelecido o marco temporal de 08/08/2002 a 08/08/2006 para delimitar o número de decisões que seriam analisadas. Na pesquisa realizada pelas palavras-chave “audiência preliminar” e “obrigatoriedade”, foi marcado o campo cível, sem delimitação de marco temporal. Nas demais pesquisas, não houve marcação do “campo cível”, assim como não foi estabelecido marco temporal.

Embora o foco do presente trabalho sejam as decisões proferidas pelo TJRS, houve a escolha de realizar a análise breve de decisões do TJSP e do TJRJ para que se pudesse ter uma visão um pouco mais ampla da interpretação judicial acerca da aplicação da audiência preliminar, não ficando o estudo acerca do tema restrito somente a um tribunal. Ademais, a escolha por estes tribunais deve-se ao fato do TJSP ser o tribunal de maior porte do país e o TJRJ estar como segundo colocado nesta escala, conforme os Relatórios Justiça em Números, do CNJ, dos anos de 2015 e 2016.

No TJSP, foram pesquisadas as palavras-chave “audiência de conciliação”, “obrigatoriedade” e “art. 331”, com o marco temporal de 08/08/2002 a 07/08/2003. O marco temporal foi escolhido para verificar como foi a aplicação da audiência preliminar um ano logo após a sua instituição e, como já dito, por

ser um breve apontamento acerca deste tribunal, não sendo o principal foco do trabalho. A pesquisa foi realizada em 03/12/2015.

No TJRJ, foram pesquisadas as palavras-chave “audiência preliminar”, “obrigatoriedade” e “art. 331”, com o marco temporal de 08/08/2002 a 07/08/2010. O marco temporal também foi escolhido para que fossem delimitadas as decisões a serem analisadas, assim como para que se estudasse a aplicabilidade da audiência preliminar logo após a sua instituição. A pesquisa foi realizada em 09/12/2015.

A pesquisa dos julgados foi realizada de forma quantitativa, procurando a quantidade de julgamentos dos tribunais que possibilitassem conclusões sobre a audiência preliminar<sup>16</sup>.

A análise das decisões judiciais também foi realizada de forma qualitativa, no sentido de identificar, com a maior precisão possível, qual o sentido das decisões.

Pelo decurso do tempo no qual é realizada a pesquisa (2015-2016), não é possível efetuar uma pesquisa empírica que estude a aplicabilidade ou não da audiência de conciliação do NCPC/2015. Todavia, entende-se que são questões que devem ser suscitadas para uma análise em momento posterior.

É importante esclarecer que as conclusões do presente trabalho não precisam ser necessariamente acatadas. Contudo, tais conclusões são dados históricos e que precisam ser mostrados para uma melhor compreensão das normas e de sua aplicação. Do mesmo modo, as questões aqui abordadas pretendem, ainda que minimamente, lançar horizontes para que se possa esperar o que virá com o novo diploma processual civil, em especial na temática da conciliação.

---

<sup>16</sup> Embora não seja possível afirmar categoricamente que um dos motivos da não aplicabilidade da audiência preliminar foi a resistência ao instituto por parte dos advogados, por ausência de uma pesquisa mais detalhada sobre esta questão, este foi um aspecto percebido nas pesquisas, em virtude do número de recursos reduzido, já que muitos procuradores não queriam a audiência de conciliação, e muitos ainda não a querem.

## 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DE LEGISLAÇÃO NOVA PELO PODER JUDICIÁRIO

### 2.1 Introdução: Direito como Expectativa Normativa

Atualmente, vive-se em uma sociedade hipercomplexa, cheia de ofertas e possibilidades, que muda a cada milésimo de segundo, em que é preciso fazer escolhas em todos os momentos, o que aumenta o risco<sup>17</sup> e a margem de contingência<sup>18</sup>.

Além disso, hoje os indivíduos possuem maior consciência dos seus direitos, assim como tendem a consumir mais (RIBEIRO, 2010, p. 5), o que traz como consequência um número grande de processos tramitando no Poder Judiciário.

Nessa realidade, o direito, que muitas vezes apresenta um dogmatismo exacerbado, tem tido dificuldades em apresentar respostas concretas à sociedade. Torna-se um desafio ainda maior garantir uma convivência pacífica entre os indivíduos.

Dentro deste contexto, e através desta percepção, novas formas de realizar o direito têm sido pensadas, algumas vezes sendo introduzidas por inovações legislativas. Contudo, os atores jurídicos tendem a apresentar resistências a estas inovações, tema que será abordado neste trabalho.

O objetivo principal deste trabalho é analisar se existe ou não certa resistência do Poder Judiciário em aplicar novas legislações, leis que recentemente foram incorporadas ao ordenamento jurídico, assim como se o acesso à justiça do indivíduo estaria sendo violado no caso de ser constatada esta resistência.

---

<sup>17</sup> Ulrich Beck, ao explicar a sociedade de risco, afirma que: *“En este sentido, con la sociedad del riesgo se crea la posibilidad de una sociedad que a la vez se separa de la tradicional y es autocrítica. El concepto de riesgo se parece a una cata que permitiera examinar no sólo el conjunto del plan de construcción sino también cada componente del edificio de la civilización en su potencial de autoamenaza”*. (BECK, 1998, p. 231). O que significa dizer que a sociedade de risco se separa da tradicional e é autocrítica. O conceito de risco permite que se examine não só o plano de construção, como cada componente de um prédio em razão do seu potencial de ameaça.

<sup>18</sup> Esse conceito será abordado ao longo do trabalho. Porém, para a compreensão do leitor, de forma bem sucinta, pode-se dizer que contingência significa que as possibilidades apresentadas podem ser diferentes das esperadas.

Objetiva, também, analisar como ocorre o processo evolutivo do direito, por uma perspectiva luhmanniana, estudando como ocorre o processo da estabilização/restabilização<sup>19</sup> em relação à incorporação dessas novas leis pelos tribunais.

Para examinar esta questão, será analisado o instituto da audiência preliminar que foi introduzido por meio da Lei 10.444/2002, que se tratava de uma reforma legislativa ao Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973).

Antes desta reforma de 2002, já havia ocorrido uma reforma legislativa em 1994, por meio da Lei 8.952/1994, que introduziu a audiência de conciliação no processo civil. É possível vislumbrar, portanto, que a audiência preliminar é uma reforma da audiência de conciliação.

Contudo, embora a audiência preliminar tenha estado presente no processo civil durante um longo tempo (2002-2015), treze anos, assim como a audiência de conciliação (1994-2002), nove anos, suspeita-se que esta não foi aplicada como deveria ter sido.

Aparentemente, ocorreu uma resistência do Poder Judiciário à aplicação da nova legislação, razão pela qual se desenvolve o presente trabalho. Da mesma forma, questiona-se como será recebida a audiência de conciliação instituída pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015), que foi publicado em 2015 e iniciou a vigorar em março de 2016.

Este questionamento é levantado, pois, a princípio, poder-se-ia entender que a expectativa normativa<sup>20</sup> do indivíduo está sendo rompida quando não é atendido o que está previsto em lei. Assim, não seria atendida a função do direito que, conforme ensinamento de Niklas Luhmann (1998), é “*La función de estabilización de las expectativas normativas a través de la regulación de la generalización temporal, objetiva e social*” (LUHMANN, 1998, p. 188), ou seja, a função de estabilização das expectativas normativas através da regulação.

Consoante o jus-sociólogo, o direito permite saber quais expectativas possuem respaldo social e quais não possuem, de forma que as expectativas normativas conferem uma segurança para que sejam enfrentados os

---

<sup>19</sup> O conceito de restabilização é abordado por Niklas Luhmann, conjuntamente aos mecanismos de variação e seleção, dentre outros livros, no “*La Sociedad de la Sociedad*”, nas páginas 393 a 398.

<sup>20</sup> A diferenciação entre expectativa cognitiva e expectativa normativa, na perspectiva luhmanniana, será abordada no segundo capítulo.

desenganos da vida cotidiana, assim como uma segurança para não desacreditar destas. (LUHMANN, 1998, p. 189). O direito, portanto, serviria para “aliviar” nossas expectativas normativas.

O autor destaca ainda que uma pessoa se permite um maior ou menor grau de confiança ou desconfiança no momento em que pode confiar no direito. Isso significaria viver em uma sociedade complexa<sup>21</sup>, na qual não bastam mais mecanismos de interação ou personalização para se obter a confiança. (LUHMANN, 1998, p. 189).

Ressalta ainda que o direito apresenta também uma propensão a crises de confiança que são transmitidas simbolicamente, quando não se respeita o direito ou quando este já não se impõe, embora seja possível esta imposição. Isto é, as consequências se apresentam como violação da lei, de forma que deve o direito procurar as formas naturais de restaurar a confiança novamente. (LUHMANN, 1998, p. 189).

Sobre confiança, Niklas Luhmann (1996) diz que:

La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social. Por supuesto que en muchas situaciones, el hombre puede en ciertos aspectos decidir se otorga confianza o no. Pero una completa ausencia de confianza le impediría incluso levantarse en la mañana. Sería víctima de un sentido vago de miedo y de temores paralizantes. Incluso no sería capaz de formular una desconfianza definitiva y hacer de ello un fundamento para medidas preventivas, ya que esto presupondría confianza en otras direcciones. Cualquier cosa y todo sería posible. Tal confrontación abrupta con la complejidad del mundo al grado máximo es más de lo que soporta el ser humano. (LUHMANN, 1996, p. 5).

Conforme Luhmann (1996), a confiança, em seu mais amplo sentido das expectativas de cada um, é um fato básico da vida social. Explica que, em muitas situações, um homem decidirá se oferta confiança ou não. Adverte que uma ausência total de confiança impediria um homem de se levantar pela manhã, já que teria um medo paralisante. Afirma também que o homem não seria capaz de possuir uma desconfiança definitiva, tomando outras medidas preventivas, porque, para isso, seria necessário confiança em outras direções.

---

<sup>21</sup> Esse assunto será melhor abordado no segundo capítulo. Porém, para a melhor compreensão do leitor, ressalta-se que a complexidade ocorre quando há mais de uma opção que demandará seleção.



Segundo o autor, esta confrontação com a complexidade do mundo em grau máximo é mais do que o ser humano consegue aguentar.

Segundo Niklas Luhmann (1996), este ponto de partida traz três aspectos básicos:

(a) a cada dia, a nossa confiança é depositada na natureza do mundo e na natureza humana, sendo a confiança uma característica natural do mundo e integrante dos limites nos quais se vive a vida cotidiana;

(b) a necessidade de confiança acarreta as regras para a conduta apropriada – assim se chega às máximas éticas –;

(c) a possibilidade de utilizar a imaginação para demonstrar as ansiedades de uma existência sem confiança – se transcende ao mundo cotidiano, existindo uma tradição filosófica de distanciamento da manifesta realidade deste –. Este último aspecto teria atraído psicólogos, médicos e pensadores contemporâneos. (LUHMANN, 1996, p. 5-6).

Assim o jus-sociólogo vê a confiança como forma de redução da complexidade do mundo:

Esta discusión ha ayudado a poner en relieve la función de la confianza. Acentúa la capacidad del presente para entender y reducir la complejidad; acentúa los estados como opuestos a los sucesos y así hace posible vivir y actuar con una complejidad más grande en relación con los sucesos. En términos de una teoría psicológica bien conocida, la confianza aumenta la *tolerancia a incertidumbre*. No hay que confundir este efecto con la supremacía instrumental sobre los sucesos. Donde tal supremacía puede asegurarse (es decir, *actualizarse*), la confianza no es necesaria. Pero la confianza, es requerida para la reducción de un futuro más o menos indeterminada. (LUHMANN, 1996, p. 25-26).

A confiança, portanto, ajuda a compreender e reduzir a complexidade, tornando mais fácil viver e atuar em eventos com complexidade. A confiança aumenta a tolerância em relação a incertezas. Em outros termos, “*La confianza reduce la complejidad social, es decir, simplifica la vida por medio de la aceptación del riesgo*”. (LUHMANN, 1996, p. 123). Confiar é aceitar o risco.

Sobre desconfiança, Luhmann (1996) ensina que:

Si la disposición para la confianza está faltando o si la confianza es expresamente negada, con el propósito de evitar los riesgos implicados en la precipitada absorción de la inseguridad, esto por sí mismo deja el problema sin solución. De este modo, la función de la confianza quedaría incompleta. Cualquiera que simplemente rechace otorgar confianza, restaura la complejidad original de las potencialidades de la

situación y se carga él mismo con ella. Sin embargo, el excedente de complejidad pone demasiadas exigencias al individuo y lo hace incapaz de la acción. Cualquiera que no confía debe, por lo tanto, volver a las estrategias funcionalmente equivalentes para la reducción de la complejidad, con el objeto de definir una situación prácticamente significativa del todo. Debe cambiar sus expectativas em negativas y, de este modo, debe en ciertos aspectos volverse desconfiado. (LUHMANN, 1996, p. 124).

No caso, conforme o jus-sociólogo, se não há confiança ou esta é negada, procurado evitar riscos, há um problema sem solução, pois a função da confiança estaria incompleta.

Qualquer um que resolve não depositar confiança, restaura a complexidade original, que coloca diversas alternativas ao indivíduo e o deixa sem ação. Dessa forma, aquele que não confia deve voltar a estratégias funcionalmente equivalentes para reduzir a complexidade, transformando as suas expectativas em negativas, e assim estar desconfiado.

A desconfiança também traz uma simplificação, porém uma simplificação drástica, pois *“Uma persona que desconfía necesita tanto de más información como al mismo tiempo limita la información em la que se siente seguro que puede confiar”*. (LUHMANN, 1996, p. 124).

Portanto, tendo em vista este possível “momento de desconfiança” que pode ser gerado ao não serem atendidas as expectativas normativas do direito, em especial esta possível violação do “acesso à justiça”, torna-se imprescindível analisar a incorporação de novas legislações ao sistema jurídico.

Principalmente, torna-se necessário analisar como ocorre o processo de “estabilização/restabilização” do ordenamento jurídico através da teoria da evolução do direito utilizada por Niklas Luhmann (1996), para que se torne possível compreender como funciona o sistema jurídico (o sistema do direito) e como este evolui.

Importante frisar que estas novas normas devem sempre obedecer ao que está previsto na Constituição. Este, inclusive, é um dos motivos por se ter escolhido analisar o instituto da “audiência preliminar”, previsto no artigo 331, do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), por estar em consonância com o estabelecido no artigo 5º, XXXV<sup>22</sup>, da Constituição Federal, que prevê o acesso

---

<sup>22</sup> Este dispositivo constitucional inclusive é utilizado como fundamento pelo Conselho Nacional de Justiça, na Resolução nº 125, quando estabelece as políticas de mediação e conciliação.

à justiça, dizendo que a lei não excluirá a apreciação de lesão ou ameaça a direito, conforme será explicado ao longo do trabalho.

A escolha pela análise da “audiência preliminar” ocorreu também em razão de ter sido publicado o Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015) no ano de 2015, o qual iniciou a vigorar em março de 2016, tratando-se também de lei nova. Além disso, nesse diploma processual, é instituída a audiência de conciliação que, de certa forma, é um desmembramento da audiência preliminar.

A audiência de conciliação busca restaurar como objetivo a tentativa de composição das partes, que também pode apresentar como consequência diminuir as demandas judiciais, finalidade que a audiência preliminar já possuía.

Conforme será abordado ao longo do trabalho, houve uma aparente resistência, pelos julgadores, ao instituto da audiência preliminar, de forma que se questiona se não haverá também uma resistência em relação à audiência de conciliação.

Pelo tempo em que foi realizada a pesquisa (2015-2016), ainda não será possível realizar uma pesquisa empírica robusta a analisar a aplicabilidade ou não da audiência de conciliação do NCPC/2015. Porém, entende-se que são questionamentos que devem ser levantados para uma análise em momento posterior.

Para ser possível realizar a análise acerca da aplicabilidade da audiência preliminar, verificando se o acesso à justiça, nesta questão específica, esteve sendo violado e assim rompendo as expectativas normativas, é imprescindível, primeiramente, estudar o que era este instituto, qual seu histórico e as motivações para a sua instituição.

## **2.2 O Exemplo da Audiência Preliminar**

### *2.2.1 Breve Histórico da Audiência Preliminar*

Antes de entender o que é especificamente a audiência preliminar, necessário fazer um breve histórico deste instituto, para que seja possível compreender como ocorreu a sua introdução e sistematização no direito brasileiro.

A audiência preliminar, que tem por objetivo a conciliação, foi instituída, pela primeira vez, no Brasil-colônia, pela imposição dos portugueses do Código Afonsino. Neste código, a conciliação era exigida antes do início do litígio. (CORDEIRO, 1999, p. 26).

Antes do Código de Processo Civil de 1973, no tempo da independência, quando as Ordenações Filipinas de 1603 eram vigentes, existia a determinação de que o julgador deveria sempre procurar a conciliação das partes, antes que iras ou desavenças fossem estabelecidas ou que as partes tivessem despesas. A justificativa para esta obrigação era que “*o ganho da causa*” seria “*sempre dúbio*” (CORDEIRO, 1999, p. 27), razão pela qual a conciliação seria vantajosa.

Com a Constituição do Império de 1824, o instituto da conciliação foi elevado a preceito constitucional, sendo estabelecido, no artigo 162, que não iria se iniciar processo nenhum “Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da conciliação”, tarefa que era designada a juízes de paz eletivos. (CORDEIRO, 1999, p. 27).

Há ainda a referência à conciliação no Código de Processo Criminal do Império de Primeira Instância com Disposição Provisória Acerca da Administração da Justiça Civil (Lei de 29 de novembro de 1832), onde é estabelecido que é possível recorrer ao juiz de paz para solucionar o litígio. (CORDEIRO, 1999, p. 27).

O Regulamento 737 de 1850, o qual norteia o Código Comercial, obrigava também a tentativa de conciliação antes do ajuizamento da causa comercial em juízo contencioso. No Brasil-República, este regulamento passou a ser utilizado também nas causas cíveis, através do Decreto 763/1890, tendo sido recepcionado pela Constituição Republicana de 1891. (CORDEIRO, 1999, p. 27-28).

Com o regime federativo estipulado pela Constituição Republicana de 1891, os Estados passaram a legislar sobre processo, sendo que alguns mantiveram a conciliação como tentativa de composição dos litígios, enquanto outros não. (CORDEIRO, 1999, p. 28). O Rio Grande do Sul manteve a figura do juiz de paz para a conciliação nesta época.

O Código de Processo Civil Unitário de 1939 não adotou a conciliação, não a recepcionando, de forma que o instituto da conciliação desapareceu do processo brasileiro. Contudo, a conciliação retornou ao ordenamento com a

Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, sendo obrigatória para os litígios trabalhistas, em audiência designada de maneira prévia, antes da contestação do reclamado. A Lei 968, de 1949, que tratava sobre o desquite litigioso e alimentos, também estabelecia a conciliação. (CORDEIRO, 1999, p. 28).

O Código de Processo Civil, de 1973, inicialmente retomou a tentativa conciliatória<sup>23</sup>. Entretanto, não a fez por meio de audiência, pois estabelecia que a audiência só ocorreria se fosse necessária a produção de prova oral. Por meio de uma reforma legislativa, em 1994, através da Lei 8.952, foi introduzida uma inovação, que referia que não havendo julgamento conforme o estado do processo, o juiz estaria obrigado a designar audiência de conciliação<sup>24</sup>, desde que a causa versasse sobre direitos disponíveis. (CORDEIRO, 1999, p. 29).

Posteriormente, através de outra reforma legislativa, em 2002, houve nova alteração, que modificou o nome de “audiência de conciliação” para “audiência preliminar”<sup>25</sup>. Existiram também outras modificações, as quais serão abordadas no presente trabalho.

Além da previsão da audiência preliminar, a conciliação também foi prevista em outros procedimentos e em outras leis. O procedimento comum sumário, estabelecido pela Lei 9.245, de 1995, adotou um novo sistema, em que fixava o

---

<sup>23</sup> Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.

*Parágrafo único.* Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.

Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

<sup>24</sup> Art. 331 Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

<sup>25</sup> Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).

processo por audiência, dando à audiência preliminar um procedimento próprio<sup>26</sup> no rito sumário (CORDEIRO, 1999, p. 30), disposição legal que vigorou até o ano de 2015 no Código de Processo Civil de 1973.

A previsão da conciliação também existiu na Lei 7.244<sup>27</sup>, de 1984, que criou o Juizado Especial de Pequenas Causas (CORDEIRO, 1999, p. 30), que foi posteriormente revogada pela Lei 9.099/95. Nesta lei, também é estabelecido o procedimento da conciliação<sup>28</sup>.

Atualmente, no ano de 2015, foi elaborado e publicado um Novo Código de Processo Civil (NCP/2015), que iniciou a vigorar no ano de 2016, onde se estabelece a obrigatoriedade da audiência de conciliação<sup>29</sup>, instituto que instiga reflexões, tendo em vista a aparente resistência ao instituto da audiência preliminar, procedimento muito semelhante ao agora introduzido.

Este breve histórico foi feito tão somente para compreender como ocorreu a introdução e sistematização do instituto da conciliação no direito brasileiro. No próximo tópico, analisa-se como a audiência preliminar poderia incrementar o acesso à justiça.

---

<sup>26</sup> Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro.

§ 1º A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador.

<sup>27</sup> Art. 22 - Aberta a sessão, o Juiz esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as conseqüências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 2º do art. 3º desta Lei.

<sup>28</sup> Art. 21. Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as conseqüências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei.

<sup>29</sup> Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

### 2.2.2 A Audiência Preliminar no Processo Civil e o Acesso à Justiça<sup>30</sup>

A Lei 8.952/94, que é uma reforma legislativa do Código de Processo Civil de 1973, introduziu a audiência de conciliação no processo civil (CORDEIRO, 1999, p. 29), através do artigo 331, caput<sup>31</sup>, e §§1º<sup>32</sup> e 2º<sup>33</sup>.

Dessa forma, se não fosse o caso de julgamento antecipado da lide ou extinção do processo, e o processo fosse sobre direitos disponíveis, o juiz deveria designar audiência de conciliação, a qual seria realizada no prazo máximo de trinta dias. Nesta audiência, deveriam comparecer as partes ou seus procuradores, desde que tivessem habilitação para transigir.

Sendo obtida a conciliação, esta seria reduzida a termo e homologada por sentença. Se não fosse obtida a conciliação, o juiz fixaria os pontos controvertidos, decidiria as questões processuais pendentes e determinaria as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento.

Posteriormente à introdução da audiência de conciliação, em 2002, por meio de outra reforma legislativa (Lei 10.444/2002), este procedimento sofreu modificações, passando a se denominar audiência preliminar. Com esta alteração, o “*caput*” ganhou nova redação, assim como foi incluído outro parágrafo (§3º)<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Este ponto/assunto já foi abordado na apresentação dos trabalhos “O constitucionalismo principialista e a inobservância da audiência preliminar no Código de Processo Civil de 1973”, no CONPEDI realizado em Montevideu, de 08 a 10 de setembro de 2016, e “Um estudo sobre a resistência do Judiciário à aplicação de nova legislação: a audiência preliminar da reforma de 2002 do CPC de 1973”, no SOCIOLOGY OF LAW, realizado em Canoas, de 02 a 04 de junho de 2016. Este assunto foi levado aos congressos para que o debate sobre o tema pudesse ser fomentado, procurando-se sempre receber sugestões para o desenvolvimento deste trabalho. Os artigos estão disponíveis em Ribeiro e Martins (2016b, 2016c).

<sup>31</sup> Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de 30 (trinta) dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.”. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

<sup>32</sup> § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

<sup>33</sup> § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

<sup>34</sup> Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

A audiência preliminar seria realizada quando a causa versasse sobre direitos que possibilitavam a transação, sendo realizada no prazo de trinta dias, onde as partes ou seus procuradores ou prepostos compareceriam para transigir, desde que não presentes as hipóteses que autorizam a extinção imediata do processo ou o julgamento antecipado da lide. Verifica-se aqui que a expressão “direitos disponíveis” foi modificada para “direitos que admitam a transação”.

Os parágrafos 1º e 2º continuaram vigorando, de forma que a sistemática da audiência preliminar era a mesma da audiência de conciliação. Em caso de acordo, este seria reduzido a termo e homologado por sentença. Não sendo possível o acordo, o juiz fixaria os pontos controvertidos, decidiria as questões processuais pendentes e determinaria a produção de provas a serem produzidas.

Quanto ao parágrafo 3º, verifica-se que foi trazida uma exceção, isto é, nos casos em que o direito em litígio não admitisse transação (como já era anteriormente estipulado) e naqueles em que não se mostrasse provável a composição, o juiz poderia sanear o processo e ordenar a produção de provas desde logo, sem a realização da audiência.

Contudo, este dispositivo legal (§3º) gerou confusão, pois alguns julgadores passaram a entender que a audiência preliminar não era obrigatória. O *caput* do artigo 331 refere que o juiz “designará” a audiência, não lhe conferindo a faculdade da marcação da audiência preliminar. No parágrafo 3º, são estabelecidas exceções que oportunizariam a dispensa da audiência preliminar; porém, em nenhum momento, é dito que o instituto seria facultativo.

Porém, alguns julgadores e alguns doutrinadores alargaram a margem de interpretação, preconizando que a audiência preliminar era uma faculdade, conforme se verifica nas lições de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2012), quando referem que “O juiz pode decidir a forma pela qual organizará o feito, se por escrito (art. 327, CPC) ou oralmente (art. 331, CPC). A designação de audiência preliminar, portanto, é uma faculdade do magistrado”. Os autores referem ainda que a não realização da audiência preliminar não gera qualquer invalidade do feito. (MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 332).

---

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)



Estes autores utilizaram como fundamento para esta facultatividade o julgamento do REsp. 790.090/RR, julgado pela 1ª Turma do STJ, e de relatoria da Ministra Denise Arruda. Procurando entender o argumento, foi lido o inteiro teor da decisão, a qual refere que, naquele caso, não seria necessária a designação de audiência preliminar, pois estavam em discussão direitos insuscetíveis de transação. Não é possível tão somente, por esta decisão judicial, compreender que a audiência preliminar era facultativa, pois o argumento utilizado foi a excludente do parágrafo 3º do artigo 331. No caso do REsp. 790.090/RR, tratava-se de um direito insuscetível de transação<sup>35</sup>.

Sérgio Bermudes (2010), por sua vez, defendia que a audiência preliminar era obrigatória. Contudo, tratando a causa sobre direitos que não admitam transação e/ou que fosse improvável a realização de acordo, haveria uma exceção a esta regra, conforme determinado no parágrafo 3º do artigo 331. Nesse sentido, o autor:

O § 3º é norma excludente da realização da audiência do art. 331. Não há razão para designá-la se, sendo a transação a sua meta, o direito não a admitir. Há, no parágrafo, um juízo de probabilidade que o juiz exercerá à vista do processo, objetivamente analisado, e das circunstâncias que o cercam. A decisão é agravável (art. 522). (BERMUDES, 2010, p. 195).

<sup>35</sup> EMENTA DA DECISÃO: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. MORTE DE PACIENTE. DANO MORAL. PRESCRIÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 206, § 3º, V, E 2.028 DO CC/2002. IMPUGNAÇÃO DEFICIENTE. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 283/STF. NÃO-DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE CONCILIAÇÃO (CPC, ART. 331). NULIDADE (NÃO-COMINADA) INEXISTENTE. PRECLUSÃO. 1. O Tribunal de Justiça rejeitou a prescrição porque: (I) o prazo de três anos previsto no art. 206, § 3º, V, do CC/2002, somente será computado a partir da sua entrada em vigor, ou seja, 11 de janeiro de 2003; a pretensão à indenização por d (II) anos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos prescreve em cinco anos. (Lei 9.494/97, art. 1º-C) O recorrente, contudo, não impugnou o segundo fundamento, suficiente, por si só, para manter o aresto local, aplicando-se, por conseguinte, a orientação consolidada na Súmula 283/STF. **2. Tratando-se de direitos insuscetíveis de transação, não há obrigatoriedade na designação de audiência preliminar, podendo o juiz, se necessário, sanear o processo por escrito, decidindo eventuais questões pendentes e determinando a produção de provas. Interpretação do art. 331, § 3º, do CPC. Doutrina.** 3. A decretação da nulidade não-cominada exige, além do comprometimento da finalidade do ato (CPC, art. 244), a concreta demonstração do prejuízo (CPC, arts. 249, § 1º, e 250, parágrafo único). Aplicação dos princípios da instrumentalidade das formas e do aproveitamento dos atos processuais. 4. O recorrente não alegou nenhuma nulidade processual durante a instrução, tampouco nos memoriais, limitando-se a reiterar os argumentos da contestação, notadamente a ausência de prova do ato ilícito e do dano moral. Somente após a prolação da sentença de procedência da ação, suscitou a nulidade do procedimento nos embargos de declaração, quando já preclusa a matéria (CPC, art. 245). 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

Athos Gusmão Carneiro também defende que a audiência preliminar era obrigatória, dizendo que:

Em se tratando de lide sobre 'direitos patrimoniais de caráter privado', impede ao juiz o dever de tentar a conciliação, que constitui, como afirmamos em outra oportunidade, [...] como que 'um ponto de encontro entre a autocomposição e a heterocomposição da lide'; as próprias partes fixam o conteúdo do ato (geralmente uma transação; mais raramente o reconhecimento do pedido ou renúncia à pretensão), mas assim agem debaixo da mediação e sugestões do magistrado, que buscará levá-las a uma solução conforme com a equidade e que não traga em si o germe de novos litígios ou contenha cláusula ofensiva a normas jurídicas cogentes. (CARNEIRO, 2002, p. 51).

Logo, versando a causa sobre direitos que admitam a transação, é dever do juiz tentar conciliar as partes, que seria um meio termo entre a autocomposição e a heterocomposição da lide.

No caso da conciliação, geralmente as partes fixam o conteúdo do que acordam, podendo ser uma transação ou até mesmo um reconhecimento do pedido ou renúncia da pretensão. Enquanto as partes transacionam, o julgador media e pode propor sugestões, procurando a solução do caso, de modo que não surjam novos conflitos ou que ofenda ao direito processual vigente.

A princípio, entende-se que esta confusão pode ser decorrência do valor subjetivo e do conceito normativo indeterminado que foi inserido no texto legal, ao afirmar que a "improbabilidade" da obtenção do acordo possibilitaria a não realização da audiência. No entanto, esta redação do dispositivo legal não significa que a audiência preliminar seria facultativa.

Porém, mesmo que obrigatória a realização de audiência preliminar, conforme o texto do artigo 331 do CPC, o que se verifica é que alguns julgadores entenderam que a realização desta audiência seria facultativa, em consonância com o que será abordado neste trabalho a seguir.

Na maioria dos julgados, percebe-se que a fundamentação pela dispensa é em razão das circunstâncias tornarem inviável a conciliação, sem serem especificadas quais seriam estas circunstâncias. No entanto, antes de iniciar esta análise, mostra-se necessário tecer algumas considerações para entender como a audiência preliminar representaria o acesso à justiça<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> O acesso à justiça será melhor abordado no próximo capítulo. No entanto, serão feitas breves referências neste ponto do texto para a melhor compreensão do leitor.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), em sua obra clássica “Acesso à Justiça”, estabeleceram que os desafios do acesso à justiça estariam representados por três ondas. A primeira onda seria referente a assistência jurídica aos pobres, a segunda onda seria referente a adequada proteção dos interesses difusos e a terceira onda seria referente a busca pela efetividade da prestação jurisdicional.

Nesse contexto, a conciliação se enquadraria na terceira onda do acesso à justiça, pois seu propósito é alcançar uma tutela jurisdicional efetiva, por meio da possibilidade da composição entre as partes através de concessões mútuas, conforme já foi afirmado pelo CNJ ao longo dos anos. Ao mesmo tempo, como consequência, desafogaria o Poder Judiciário do elevado número de processos.

A intenção da audiência preliminar sempre foi conseguir realizar a conciliação entre as partes. A Lei 8.952/94, que introduziu a audiência de conciliação no processo civil, objetivava incentivar a autocomposição de litígios. (THEODORO JUNIOR, 2012, p. 429). Neste mesmo sentido, Napoleão Nunes Maia Filho ([2015]):

Renove-se que a realização obrigatória da audiência de conciliação (nova redação do art. 331 do CPC, pela Lei 5.925/73) prestigiava a atividade de pacificação das partes, que viria, nas alterações processuais posteriores, a receber ainda maior valorização; [...]  
A obtenção da conciliação das partes sempre foi um dos anseios mais constantes dos Magistrados e dos estudiosos da Ciência do processo, por representar a *forma ideal* de composição dos litígios, mediante recíprocas concessões entre os litigantes, proporcionando a sua desejável pacificação do modo certamente mais completo, consistente, seguro e rápido, com evidente proveito para todos. (MAIA FILHO, [2015], p. 125).

Desse modo, verifica-se que a audiência preliminar procurava buscar a pacificação das partes e promover a conciliação, mediante recíprocas concessões, assim como prestar uma tutela jurisdicional efetiva e, por conseguinte, a efetivação do acesso à justiça.

Esta promoção da conciliação tem por objetivo também diminuir a sobrecarga de processos<sup>37</sup> que o Poder Judiciário enfrenta, tornando o processo mais célere e menos oneroso para a parte desfavorecida. No entanto, é

<sup>37</sup> Em 2014, chegaram a Justiça brasileira 28,88 milhões de novos processos. Em 2015, chegaram a Justiça brasileira 27,2 milhões de novos processos. Estes dados constam no Relatório em Números 2015 e Relatório em Números 2016, ambos formulados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

importante ter presente a ideia que a diminuição de processos não é o principal objetivo do ingresso da conciliação no sistema jurídico, e sim que o direito seja mais efetivo.

Desta forma, a não observância da audiência preliminar e, por consequência, a não observância da promoção da conciliação entre as partes poderia ensejar uma violação ao acesso à justiça do indivíduo, direito fundamental que possui, pois não recebeu a adequada prestação jurisdicional, já que não teve ao seu dispor todas as opções possíveis.

Ainda que se pudesse alegar que a imposição de uma audiência preliminar e/ou uma audiência de conciliação violasse o acesso à justiça, por imputar algo a parte que não deseja (conciliar) e que isso tornaria o processo mais lento e moroso, entende-se, a princípio, que esta argumentação não se sustenta.

Ao estabelecer uma audiência inicial com este objetivo (conciliar), é dado as partes a oportunidade de dialogarem, assim como também é dado a oportunidade de estas dialogarem conjuntamente ao julgador, demonstrando o que pretendem com aquela contenda processual. Além disso, as partes podem manifestar seu desinteresse na conciliação.

Assim sendo, o juiz ou o seu auxiliar – o conciliador ou o mediador – poderá ter uma visão mais concreta do que se discute, assim como elucidar pontos que sejam importantes para o julgamento. Este diálogo permitirá dar andamento ao processo da forma que for mais adequada, conforme os interesses das partes, isto é, a audiência de conciliação seria quase como um exame preliminar para verificar se o processo pode ser resolvido através do diálogo ou se será necessária a instrução probatória. A relação processual se mostrar célere e rápida de nada adianta, se a prestação jurisdicional não se mostrar adequada.

Algumas críticas que podem ser elaboradas em relação ao acordo são apontadas por Neil Andrews (2012): (a) o acordo seria obtido mediante coação; (b) as partes podem não entender suas posições; (c) uma das partes pode fazer o acordo de forma desleal; (d) as partes podem não ser iguais em aspectos distintos; (e) o “direito” não poderia ser neutralizado pelo acordo; (f) o acordo tem que ser preciso; (g) a opção pelo processo no Judiciário deve ser feita em caso de ilícitos graves. (ANDREWS, 2012, p. 354-355).

Essas críticas são muito importantes e fundamentadas. Por isso, entende-se que a realização do acordo pode ser benéfica ou não, a depender do caso

concreto, o que precisa ser apreciado pelo julgador, conjuntamente às partes e seus procuradores. Exatamente por esta razão, causa preocupação a regulamentação do novo Código de Processo Civil (NCPC/2015) que impõe a audiência de conciliação como obrigatória às partes, só a dispensando se ambas as partes concordarem<sup>38</sup>. Esta preocupação ocorre já que é possível verificar que houve, aparentemente, forte resistência a um instituto similar a este quando introduzido por reforma legislativa no ano de 2002. Além disso, se questiona como ficará a situação quando apenas uma das partes rejeitar a conciliação.

No entanto, deve-se ressaltar que este são apontamentos apenas iniciais que demandam maiores reflexões e pesquisas. Outro ponto importante, para a reflexão, é compreender as motivações para a instituição da audiência preliminar, assim como seus projetos de lei.

### *2.2.3 Motivações para a Instituição da Audiência Preliminar e seus Projetos de Lei*

A Lei 8.952/94, além de reintroduzir a audiência de conciliação no processo civil brasileiro, através do artigo 331 do Código de Processo Civil de 1973, instituiu, como dever do juiz, tentar conciliar as partes a qualquer tempo, no artigo 125, inciso IV<sup>39</sup>, do mesmo diploma legal.

O Projeto de Lei 3803/1993, o qual virou a Lei 8.952/94, trouxe diversas reformas ao Código de Processo Civil, entre os quais o artigo 125, inciso IV, e o artigo 331.

No teor do Projeto de Lei, é dito que as reformas foram feitas em razão de diversos estudos realizados pelo Instituto Nacional de Direito Processual, com amplo apoio do Ministério de Justiça, procurando reformar o ordenamento codificado.

Neste documento, é apresentado como uma das alterações e inovações, para melhorar a eficácia do processo, “O incentivo à conciliação como forma

---

<sup>38</sup> CPC/2015, Art. 331, §4º: A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

<sup>39</sup> Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:  
[...]

IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

alternativa de solução de conflito, inclusive com a previsão de audiência preliminar de conciliação”.

O projeto de lei foi apoiado unanimemente pela Comissão de Justiça e Redação.

Posteriormente, o Projeto de Lei 3.476/00 alterou a redação do artigo 331, assim como também incluiu novo parágrafo. Conforme o relator do projeto, Inaldo Leitão, a matéria ali abordada dava continuidade as reformas elaboradas a partir do ano de 1994.

Com relação ao artigo 331, neste projeto, é dito que a expressão “direitos indisponíveis” é substituída para “direitos que admitam a transação” procurando dar uma maior abrangência. É referido ainda que a expressão “audiência de conciliação” é substituída por “audiência preliminar”, pois o objetivo não é somente conciliar, como também sanear o processo, ordenar provas e designar audiência de instrução e julgamento, se necessário.

Além disso, o projeto fala sobre o acréscimo do parágrafo terceiro, explicitando que, conforme orientação de José Carlos Barbosa Moreira (2001), se o direito não admitir transação, a audiência preliminar pode ser dispensada. Refere que também é possível a dispensa se as circunstâncias da causa evidenciarem ser impossível a transação.

No projeto, também é dito que a parte pode ser representada por procurador ou preposto com poderes para transigir, permissão que seria útil para as pessoas jurídicas de maior parte.

Verifica-se, portanto, pelas informações acima trazidas, que o objetivo da audiência de conciliação/audiência preliminar era conferir maior eficácia ao processo, através da composição amigável entre as partes, assim como sanear o processo, determinar as provas necessárias e designar a audiência de instrução e julgamento, se necessário, conduzindo o processo da maneira que se mostrasse mais adequada.

Ademais, percebe-se que a conciliação é um dever legal atribuído ao juiz, que deve tentar diminuir o conflito e animosidade entre as partes. O juiz ajudaria as partes a solucionarem seu conflito. Nesse sentido, lição de Pontes de Miranda (1974):

A finalidade da conciliação é a de alcançar-se, através de procedimento independente, como se o juiz se pusesse ao lado das partes, e não em frente, a decisão judicial da lide. Tal encontro entre partes e juiz está fora do princípio da publicidade e como que se afasta da linha característica da litispendência. A função do juiz é tentar que fique fora do litígio a solução da questão. [...] Todas as dúvidas sobre o direito ou sobre os direitos das partes, no plano do direito material e no plano do direito processual, ficam desfeitas. Daí a eficácia sentencial do acordo conciliatório. (MIRANDA, 1974, p. 15).

Assim sendo, o objetivo da conciliação seria que o juiz estivesse ao lado das partes para que estas pudessem construir a solução da lide, tentando afastar a tradicional animosidade entre as partes.

Tal pensamento parece vir ao encontro do disposto no Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015, que diz que a conciliação possibilitaria uma maior efetividade na satisfação das partes, pois a solução do conflito seria realizada por elas e não pelo magistrado.

Objetivando compreender como ocorreu a aplicação da audiência preliminar, foi realizada uma pesquisa empírica, através da análise de decisões proferidas em segunda instância (TJRS, TJRJ e TJSP) e no STJ, a qual será abordada a seguir.

## **2.3 Resultados da Pesquisa Empírica: Análise das Decisões do STJ, TJRS, TJSP e TJRJ**

### *2.3.1 Análise dos Julgados do STJ<sup>40</sup>*

As decisões do STJ foram escolhidas para serem analisadas, pois se trata de órgão de cúpula do país, sendo o responsável por orientar a posição dos demais tribunais no Brasil, estando abaixo apenas do STF.

Em 04/11/2015, foi realizada pesquisa, na jurisprudência do STJ, com as palavras-chave “audiência preliminar” e “obrigatoriedade”, sem estabelecer marco temporal, tendo sido encontrado oito acórdãos e cento e quarenta decisões monocráticas.

Destes acórdãos, três se referiam à Lei Maria da Penha e um a procedimento administrativo de policial militar, estando, portanto, fora do nosso

---

<sup>40</sup> As tabelas com os resultados da pesquisa no STJ podem ser encontradas nos Anexos deste trabalho.

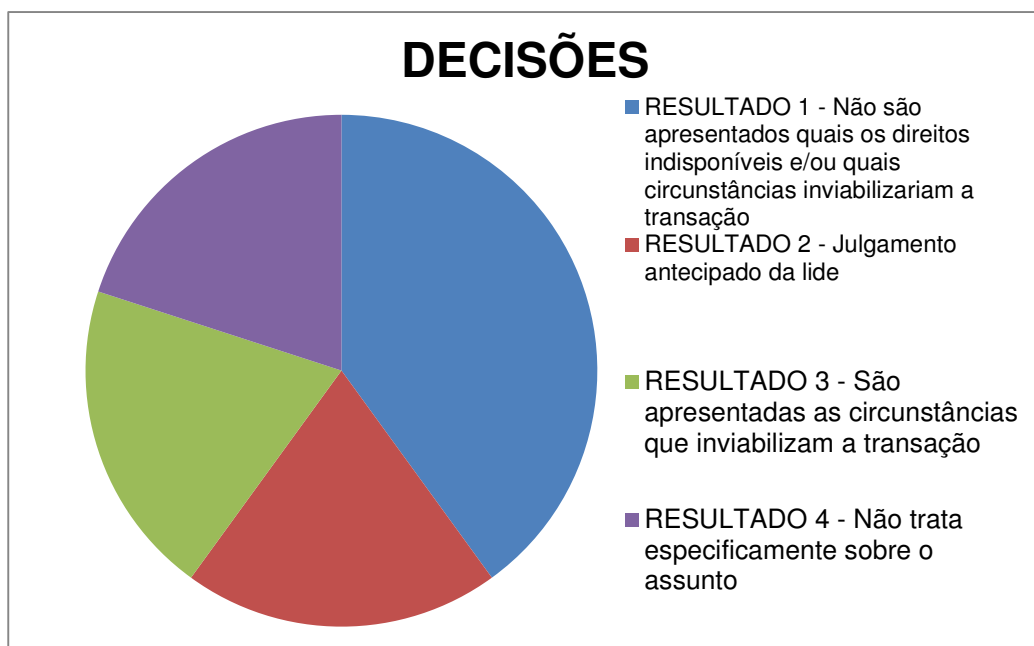
objeto de pesquisa, já que tratam de procedimentos diversos ao que se estuda, restando quatro decisões a serem analisadas. As decisões monocráticas não foram analisadas.

Procurando as palavras-chave “art. 331” e “obrigatoriedade”, sem estabelecer marco temporal, nada foi encontrado. Procurando as palavras-chave “artigo 331” e “obrigatoriedade”, sem estabelecer marco temporal, foram encontrados dois acórdãos e trinta e duas decisões monocráticas. Nestes dois acórdãos, foi encontrado o REsp 796593/RR, que já tinha sido anteriormente encontrado na primeira pesquisa, e outro (EDcl no AgRg no REsp. 724.059). As decisões monocráticas não foram analisadas.

Assim sendo, há cinco julgados para analisar: REsp. 790.090/RR, REsp. 796.593/RR, REsp 417.899/SP, REsp 327.408/RO e EDcl no AgRg no REsp. 724.059.

Graficamente, os resultados podem assim ser apresentados:

Gráfico 1 - Decisões 1



Fonte: Elaborado pela autora.

O *RESULTADO 1* corresponde a duas decisões, as quais referem que a audiência preliminar é facultativa naquele caso, pois estão sendo discutidos direitos insuscetíveis de transação. Todavia, não são referidos quais seriam os direitos discutidos e que, portanto, não permitiriam a transação. Os



números dos processos destas decisões são REsp. 790.090/RR e REsp. 796.593/RR;

O *RESULTADO 2* refere-se a uma decisão que dispensa a audiência preliminar por ser caso de julgamento antecipado da lide. O número do processo desta decisão é REsp 417.899/SP;

O *RESULTADO 3* corresponde a uma decisão que relata que, naquele caso, a audiência preliminar é facultativa, pois se discute direito indisponível, citando qual seria este direito (atos de improbidade administrativa). O número do processo desta decisão é REsp. 327.408/RO;

O *RESULTADO 4* corresponde a uma decisão que não trata acerca da obrigatoriedade ou não da audiência preliminar, apenas salientando como deveria ser o procedimento do despacho saneador. O número do processo desta decisão é EDcl no AgRg no REsp. 724.059.

Analisando os julgados do STJ, verifica-se, pelos apontamentos iniciais, que não há entendimento de que a audiência preliminar seja facultativa, mas tão somente de que esta seria dispensada em caso de se tratar de direito indisponível.

Logo, verifica-se que os julgados estão em consonância com as disposições legais, não tendo apresentado resistência em relação à reforma legislativa realizada no ano de 2002.

Contudo, observa-se que, em apenas um dos acórdãos (REsp 417.899/SP), é referido que a audiência preliminar seria obrigatória. Quanto aos demais, não há qualquer referência acerca da obrigatoriedade do instituto.

Ressalte-se também que, embora seja dito que a audiência preliminar seria dispensável por se tratar de direito indisponível, estes direitos não são indicados, a exceção de uma decisão (REsp. 327.408/RO).

### *2.3.2 Análise dos Julgados do TJRS<sup>41</sup>*

As decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foram escolhidas para serem pesquisadas por estar o tribunal localizado onde a pesquisa foi e

---

<sup>41</sup> As tabelas com os resultados da pesquisa no TJRS podem ser encontradas nos Anexos deste trabalho.

continua sendo desenvolvida, e também por estar em quarto local como tribunal de maior porte, conforme dados do CNJ (CNJ, 2015, p. 62; CNJ, 2016, p. 84).

Foi feita pesquisa em 04/11/2015, com as palavras-chave “audiência preliminar” e “facultatividade”, sem estabelecer marco temporal, encontrando-se um resultado (Apelação Cível nº 70003727567 da Sexta Câmara Cível).

Com as palavras-chave “audiência preliminar” e “não obrigatoriedade”, sem estabelecer marco temporal, foram encontrados cinco resultados (Apelação Cível Nº 70038531653 - Nona Câmara Cível, Agravo de Instrumento Nº 70019133883 - Nona Câmara Cível, Agravo de Instrumento Nº 70019560226 - Nona Câmara Cível, Apelação Cível Nº 599345253 - Décima Nona Câmara Cível, Agravo de Instrumento Nº 599134251<sup>42</sup>, Sexta Câmara Cível).

Por meio de referência no Agravo de Instrumento 70019133883, encontraram-se outras quatro decisões: Apelação Cível 70013374889 - Quinta Câmara Cível, Apelação Cível 70012763173 - Décima Quinta Câmara Cível, Apelação Cível 70010628931 - Décima Nona Câmara Cível e Apelação 70010551547 - Décima Sétima Câmara Cível).

Ainda, por referência na Apelação Cível 70010628931, encontraram-se outras três decisões: Apelação Cível 7007368921, Apelação Cível 7001955335 e Apelação Cível 7002877629.

Por fim, em 04/11/2015, pesquisando pelas palavras “audiência de conciliação” e “obrigatoriedade”, marcando o campo “cível”, foram encontradas 43 decisões. Contudo, buscando delimitar a pesquisa, em um primeiro momento, foi estabelecido o marco temporal de 08/08/2002 a 08/08/2006, sendo encontradas nove decisões.

Destas decisões, sete tratavam de matérias diversas – alimentos, separação, compromisso arbitral –, uma possuía segredo de justiça e apenas uma se à obrigatoriedade da audiência preliminar (processo 7007006620).

Em 21/06/2016, pesquisando pelos termos “audiência preliminar” e “obrigatoriedade”, sem estabelecer marco temporal, marcando o campo “cível”, são encontradas onze decisões. Dessas onze decisões, sete já tinham sido encontradas anteriormente, sobrando quatro decisões a serem analisadas.

---

<sup>42</sup> Não há inteiro teor deste julgado no site do TJRS. Trata-se de processo julgado em 1999.

Uma destas decisões (71004892170) é referente ao procedimento do Juizado Especial Cível, procedimento um pouco diferente do estipulado no diploma processual civil, razão pela qual foi desconsiderada para fins de pesquisa, sobrando assim três decisões.

Na mesma data, procurando pelos termos “art. 331” e “obrigatoriedade”, foram encontradas quinze decisões, sendo que cinco já tinham sido encontradas nas pesquisas anteriores, sobrando dez decisões a serem analisadas. Pesquisando os termos “artigo 331 e “obrigatoriedade”, foram encontradas outras duas decisões.

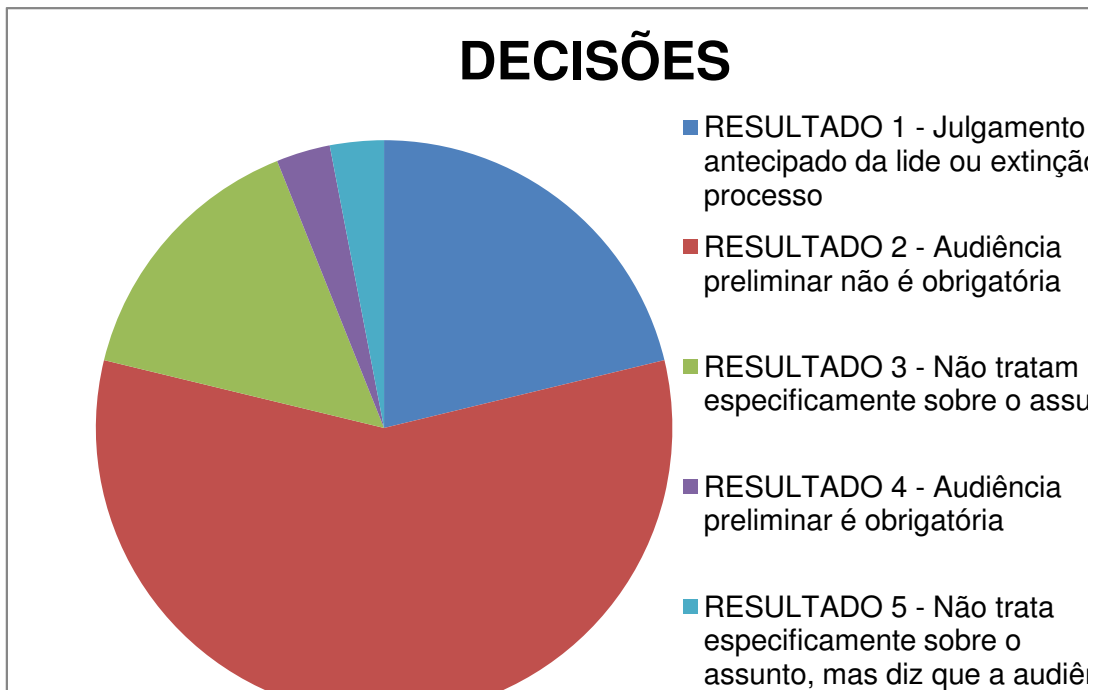
Por fim, em 21/06/2016, pesquisando pelos termos “audiência de conciliação” e “obrigatoriedade” e “art. 331”, foram encontradas seis decisões, as quais já tinham sido analisadas anteriormente. Procurando por “audiência preliminar” e “obrigatoriedade” e “art. 331”, foram encontradas cinco decisões, também já estudadas em momento anterior.

Em 24/06/2016, através de leitura da Apelação Cível 70059059469 e da Apelação Cível 70008805921, foram encontrados, por meio de referência, outros três julgados acerca da questão ainda não analisados (598532299, 7000116867 e 70024364531).

Na mesma data, através da leitura da Apelação Cível 70024364531, encontra-se outro julgado: a Apelação Cível 70010097707.

Dessa forma, foram encontradas trinta e três decisões judiciais para análise no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Graficamente, os resultados podem assim ser apresentados:

Gráfico 2 - Decisões 2



Fonte: Elaborado pela autora.

O *RESULTADO 1* refere-se a decisões que proferiam que a audiência preliminar era dispensável, pois se tratava de casos previstos no artigo 330, incisos I e II, do CPC de 1973 e, portanto, comportavam julgamento antecipado da lide ou eram casos de extinção do processo. Correspondem a sete decisões. O número dos processos que possuem estas decisões são: AC 70002877629, AC 70001166867, AC 70010551547, AC 70007368921, AC 599345253, AC 70013374889 e AC 598266336;

O *RESULTADO 2* corresponde a dezenove decisões, sendo que estas decisões referem que a audiência preliminar não é obrigatória, devendo o juiz analisar a conveniência da sua designação. Nada referem acerca desta conveniência. O número dos processos que possuem estas decisões são: AC 598286888, AI 599134251, AC 70003727567, AC 598202778, AI 70019133883, AI 70019560226, AC 70038531653, AC 7001955335, AC 70010097707, AC 70024364531, AI 598532299, AC 70008805921, AC 700010628931, AC 70021541206, AI 70026025031, AC 70034500579, AI 70043241389, AI 70046057048 e 70059059469;

O *RESULTADO 3* corresponde a cinco decisões que não tratam especificamente sobre o assunto, não referindo se a audiência preliminar é

obrigatória ou não. O número dos processos que possuem estas decisões são: AC 70012658449, AI 70006510333, AI 70016656704, AC 70010507689 e AC 70012763173;

O *RESULTADO 4* corresponde a uma decisão que diz que a audiência preliminar é obrigatória. O número do processo é AC 70007006620;

O *RESULTADO 5* corresponde a uma decisão que não trata especificamente sobre o assunto, mas fala que a audiência preliminar é obrigatória. O número do processo é AI 70002478725.

Em uma totalidade de trinta e três decisões, dezenove referem que a audiência preliminar não é obrigatória, correspondendo a 57,57% das decisões pesquisadas no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, isso sem contar outras decisões que referem que a audiência preliminar seria facultativa (AC 70002877629 e AC 70012763173).

Em muitas destas decisões, nem sequer há fundamentação acerca da razão da facultatividade do instituto. Em outras decisões, os argumentos que são trazidos são: (i) as partes poderiam conciliar a qualquer tempo; (ii) o §3º demonstra que o instituto é facultativo; (iii) a audiência preliminar confronta os princípios da efetividade e da celeridade; (iv) o ato de conciliar é voluntário; (v) a audiência preliminar é facultativa quando a causa versar sobre direitos disponíveis. Somente em uma das decisões, a referente à Apelação Cível 70010551547, é dito que o julgador de primeiro grau tinha apontado especificamente as causas que inviabilizavam a transação.

Apesar do respeito aos argumentos acima salientados, não é possível entender que, por meio destes, esteja caracterizada a facultatividade da audiência preliminar, consoante já acima mencionado, pelos motivos que passam a ser expostos:

#### 2.3.2.1 A Discricionariedade Judicial e os “Direitos Disponíveis”

Embora seja inegável o espaço de discricionariedade judicial que é conferido ao julgador, esta não permite que a lei seja desrespeitada, permite tão somente que a lei seja interpretada. Conforme Elival da Silva Ramos (2010), dentro dessa discricionariedade jurídica, há uma gradação, sendo que haverá

“Liberdade mínima se o texto normativo for vazado de modo preciso e objetivo e máxima se a solução da espécie demandar a integração de lacuna”. (RAMOS, 2010, p. 124).

A maior parte das situações submetidas a julgamento está situada dentre esses dois extremos, quando o julgador possui uma “margem de manobra” em razão de programas normativos conflitantes ou em virtude de um dispositivo legal que possua um conceito indeterminado e vago. (RAMOS, 2010, p. 124-126).

Cabe salientar que o emprego de conceitos vagos e indeterminados não caracteriza uma falha na formulação dos textos legais e sim certa técnica de regulamentação, pois acaba dando ao intérprete uma maior flexibilidade para alcançar os propósitos desejados. (RAMOS, 2010, p. 124-126).

Destaca-se que nem todo conceito indeterminado comporta discricionariedade, mas tão somente aqueles de caráter valorativo e na hipótese de emprego de conceitos técnicos pelo legislador nos quais não exista consenso sobre qual seja a solução adequada. (RAMOS, 2010, p. 124-126).

No caso da audiência preliminar, em especial, não há esta margem de manobra. O artigo 331, *caput*, do Código de Processo Civil é claro quando refere que o julgador designará audiência preliminar quando a causa versar sobre direitos que possam ser objeto de transação, não comportando qualquer espaço de interpretação ou criatividade jurisprudencial.

Dessa forma, não é possível saber de onde se extrai a conclusão proferida em uma decisão de que a audiência preliminar seria facultativa quando a causa versasse sobre direitos disponíveis.

#### 2.3.2.2 A Excludente do §3º do Artigo 331

Consoante já foi acima delineado, a audiência preliminar, pela disposição legal, é obrigatória, apenas podendo ser dispensada se (i) a causa versar sobre direitos que não admitam a transação e (ii) se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável a conciliação.

Estas duas hipóteses são excludentes a regra geral e não autorização para o julgador, por meio da conveniência, em qualquer caso, decidir se irá ou não realizar a audiência preliminar.

Conforme já dito acima, não se nega que exista o espaço de discricionariedade judicial. Porém, esta deve esta discricionariedade estar em consonância com a lei. Aponta-se que, analisando as decisões, em somente uma há referência a quais seriam as circunstâncias que inviabilizariam a transação (Apelação 70010551547 da 17ª Câmara Cível). Nas outras, em nenhum momento, é dito que a audiência preliminar seria obrigatória, mas, nestes casos, seria facultativa em razão da excludente.

Também não há qualquer fundamentação de quais seriam estas circunstâncias que mostravam ser inviável a conciliação, podendo, inclusive, estar caracterizado o desrespeito ao artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual preconiza a necessidade de fundamentação das decisões judiciais<sup>43</sup>. Dessa forma, mostra-se importante a reflexão do tema, para que não haja violação a preceitos constitucionais.

Provavelmente, o caráter subjetivo do §3º do artigo 331 é um dos causadores das interpretações divergentes quanto à aplicação da obrigatoriedade do instituto da audiência preliminar. Entretanto, conforme já exaustivamente repetido neste trabalho, trata-se de norma excludente da obrigatoriedade da audiência preliminar, e não de sua dispensa.

### 2.3.2.3 A Disposição para Conciliar a Qualquer Tempo e a Voluntariedade do Ato de Conciliar

O fato do ato de conciliar ser voluntário e facultativo não torna o instituto da audiência preliminar facultativo, tanto é que o instituto não obriga a presença das partes caso haja desinteresse em conciliar.

Embora se saiba que, em muitas vezes, a audiência preliminar possa não alcançar o resultado desejado (a composição amigável), além da possibilidade de apresentar defeitos em sua sistemática, tal fato, por si só, não autoriza que o

---

<sup>43</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:  
IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

jugador decida conforme a sua crença do que seja melhor, sem obedecer a norma positivada que não concede esta margem de manobra.

Se há uma sustentação de que os juízes não devem se limitar a interpretar as normas de direito positivo, mas estão habilitados a criá-las, mostra-se violada a separação dos Poderes, o que poderia significar um argumento a favor da investidura política no Judiciário ou a sua colocação como dependente do Executivo, o que seria arriscado. (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 45-46).

#### 2.3.2.4 Os Princípios da Celeridade e da Efetividade

Os princípios da efetividade e da celeridade do processo são de extrema importância na seara processual civil, tendo, inclusive, fundamento na Constituição da República Federativa do Brasil. Porém, entende-se que aqui deve se levantar o questionamento se, de fato, a dispensa da audiência preliminar estaria atendendo à efetividade e à celeridade processual.

Cabe, nesse ponto, destacar ensinamento de Marco Félix Jobim (2011), que refere que princípio da celeridade não é sinônimo de princípio da razoável duração do processo, dando conceito para ambos os princípios:

Outro motivo pelo qual não se pode confundir os princípios é pelo próprio conceito de ambos, que são específicos para alcançar determinados fins.

A duração razoável do processo tem por finalidade a garantia ao jurisdicionado que ingressa no Poder Judiciário de que, em determinado tempo, e que este seja razoável, o seu processo tenha sido efetivado, ou pelo menos tenha a sua sentença transitado em julgado.

Já a celeridade processual é a garantia ao jurisdicionado de que os atos processuais sejam realizados no menor espaço de tempo possível, numa linha mais de economia processual. (JOBIM, 2011, p. 146).

A duração razoável do processo preconiza que o jurisdicionado tenha o seu processo solucionado em tempo razoável, enquanto o princípio da celeridade prega que os atos processuais sejam realizados no menor espaço de tempo possível. Celeridade, portanto, significa praticar os atos no menor tempo possível, e não suprimir atos processuais. No caso da audiência preliminar, celeridade seria a designação da audiência preliminar dentro dos trinta dias previstos.



Quanto ao princípio da efetividade do processo, destaca-se ensinamento de Cássio Scarpinella Bueno (2013) que adverte que “processo efetivo” não é o mesmo que “processo justo” ou “processo devido”, pois o justo e o devido ultrapassam o reconhecimento jurisdicional do direito. A efetividade do processo deveria ser “compreendida como efetividade do direito material pelo processo”. Efetividade seria a “concretização e a realização práticas”. (BUENO, 2013, p. 160-161).

Este autor refere ainda que “Um processo só pode ser efetivo desde que predisposto a externar suficiente e adequadamente os seus resultados”. (BUENO, 2003, p. 161). O processo é o instrumento para a concretização de direito material, devendo ser conduzido adequadamente para que este seja efetivado.

Neste aspecto, a audiência preliminar muito poderia ter auxiliado, pois seria possível direcionar o procedimento conforme se mostrasse mais adequado para tutelar a pretensão<sup>44</sup> do jurisdicionado. Não é possível vislumbrar como a dispensa da audiência preliminar representaria o princípio da efetividade do processo. Em realidade, poder-se-ia caracterizar uma privação da efetivação, pois não permite que as partes construam um acordo livre e responsável.

Um artigo muito citado, nestas decisões judiciais do TJRS, para fundamentar a dispensabilidade do instituto aqui estudado é a “Audiência Preliminar, uma opinião crítica”, de Niwton Carpes e Silva (1998), magistrado no TJRS.

Neste texto, o autor salienta a sua preocupação com a instituição da audiência preliminar no rito ordinário, pois isto engessaria o procedimento e tornaria a jurisdição lenta, já que a audiência passaria a ser dual. (CARPES e SILVA, 1998).

A primeira advertência, neste artigo, seria a respeito das causas serem complexas e os valores expressivos no rito ordinário, o que dificultaria a realização de acordos, sendo a conciliação “manifestamente duvidosa”, ao contrário do que ocorreria nos Juizados Especiais e no rito sumário. (CARPES e SILVA, 1998).

---

<sup>44</sup> “A pretensão é a faculdade de se poder exigir a satisfação do direito. Quando ocorre o vencimento de um crédito, por exemplo, o credor passa a ter uma faculdade, qual seja, a de exigir a satisfação do crédito. Tem assim pretensão”. (SILVA, 2006, p. 64).

O autor afirma também que o Estado perderia dinheiro “com a realização de audiências inúteis e de sucesso duvidoso”, assim como as partes perderiam um turno das suas atividades rotineiras para irem na audiência conciliatória. (CARPES e SILVA, 1998).

Conforme Niwton Carpes e Silva (1998), o juiz também perderia tempo com uma “audiência desnecessária e fadada ao insucesso”, o que dificultaria a já elevada carga de trabalho dos magistrados, que precisam presidir as audiências de instrução e julgamento, corrigir o andamento cartorário, assim como atender às partes e os advogados. (CARPES e SILVA, 1998).

Embora se respeite o posicionamento acima explicado, assim como se saiba da carga elevada de trabalho dos magistrados e dos advogados, e da dificuldade de compreender a conciliação como caminho processual a ser adotado, entende-se que tal posição não se sustenta.

Conforme já foi anteriormente dito e será abordado ao longo do trabalho, vive-se em uma sociedade complexa, com múltiplas possibilidades e escolhas. Nesta realidade, não bastam respostas simples para problemas complexos, pois não serão adequados. As respostas, para problemas complexos, devem ser complexas. (RIBEIRO, 2014a, p. 66).

Nesta realidade, que se transforma a cada segundo, o direito precisa ter diversas respostas e diversas formas de solução de conflitos, para que possa dar as respostas adequadas à sociedade, pois os conflitos são diversos e não iguais, não havendo a garantia de efetividade dos direitos por meio de respostas prontas.

Outrossim, conforme será abordado no segundo capítulo, o direito, ao sofrer a irritação<sup>45</sup> advinda dos outros sistemas, assim como ao passar pelos mecanismos evolutivos de inovação/seleção/estabilização, precisa tornar as suas estruturas complexas, para que esteja capacitado a responder a complexidade do mundo e exercer a sua função diferenciada<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Irritação é um termo sistêmico. Conforme explicam Corsi, Baraldi e Esposito: “El entorno puede afectar el sistema únicamente encunato produce irritaciones (o problemas o perturbaciones) que se reelaboran internamente [véase **constructivismo**]: sin embargo, las irritaciones también son construcciones internas, que resultan de una confrontación de los eventos con las estructuras propias del sistema. Por lo tanto no existen irritaciones en el entorno del sistema: la irritación es siempre en realidad una *automilación*, paruen-do eventualmente de eventos del entorno” (CORSI; BARALDI; ESPOSITO, p. 19)

<sup>46</sup> Este conceito será abordado no segundo capítulo.

Tanto é assim que, embora a audiência preliminar tenha sofrido resistências aparentes, em 2015, há novo estímulo nesse sentido, na introdução da audiência de conciliação no NCPC/2015, porém com contornos diversos.

Assim, mostra-se clara a resistência do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul em aplicar as disposições legislativas trazidas por meio da reforma introduzida pela Lei 10.444/2002 e pela Lei 8.952/1994.

As decisões foram proferidas entre os anos de 1998 e 2014, o que demonstra que há uma resistência na aplicação de novas legislações logo que elas passam a vigorar. Esta análise será melhor desenvolvida quando for estudada a teoria da evolução explicada por Niklas Luhmann no próximo capítulo.

### *2.3.3 Análise dos Julgados do TJSP<sup>47</sup>*

Primeiramente, cabe destacar que o enfoque maior deste trabalho são as decisões proferidas pelo STJ e pelo TJRS, apenas analisando, de forma breve, decisões do TJSP e do TJRJ para que seja possível uma visão um pouco mais ampla da interpretação judicial sobre a aplicabilidade da audiência preliminar. A ideia é que o estudo do tema não fique restrito a somente um tribunal e uma localidade.

O Tribunal de Justiça de São Paulo foi escolhido por ser o tribunal da Justiça Estadual de maior porte do Brasil, conforme apontado pelos Relatórios Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 2015 e 2016, anos-base 2014 e 2015.

No dia 03/12/2015, ao pesquisar, no mecanismo de jurisprudência do *site* do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), com as palavras-chave “audiência de conciliação”, “obrigatoriedade”, e “art. 331”, estabelecendo o marco temporal de 08/08/2002 a 07/08/2003, encontraram-se sete decisões, sendo que uma delas (referente ao processo 0030280-52.2003.8.26.0000) não tem relação com o que está sendo aqui discutido.

O marco temporal foi escolhido por se pretender analisar a aparente resistência do Poder Judiciário em aplicar novas legislações, de modo que se

---

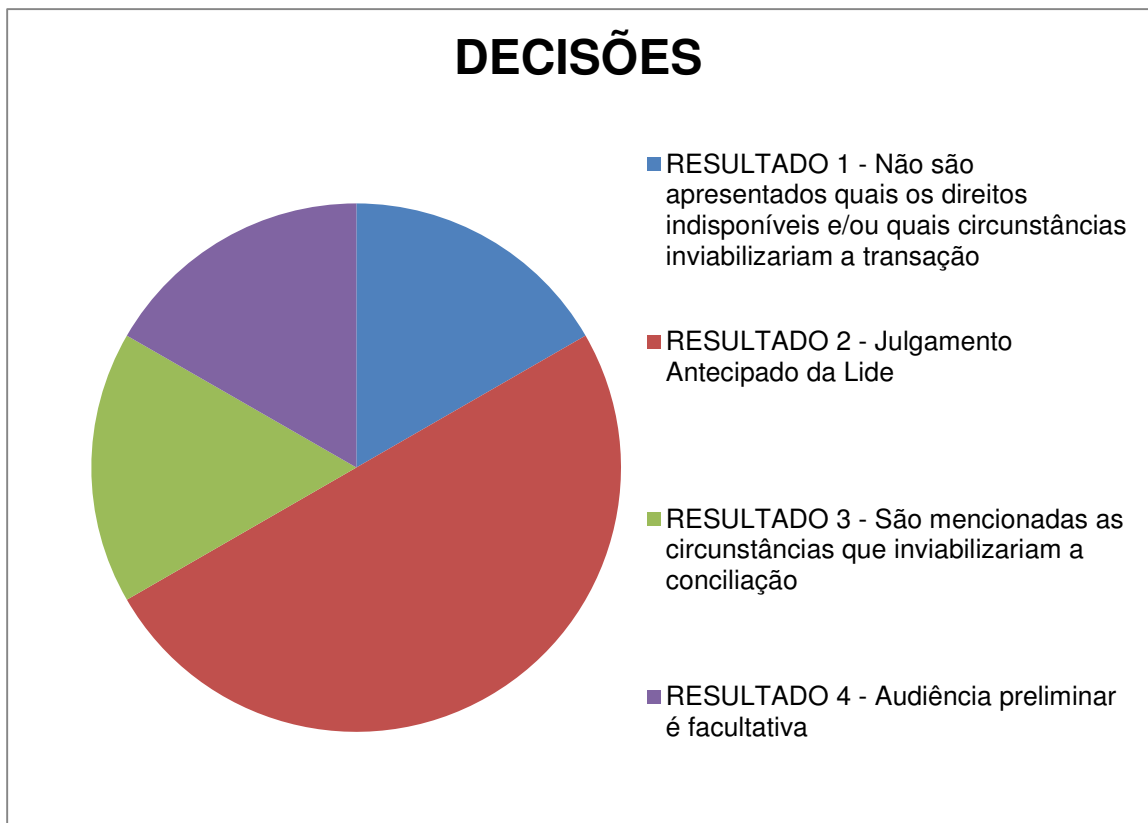
<sup>47</sup> As tabelas com os resultados da pesquisa no TJSP podem ser encontradas nos Anexos deste trabalho.

escolheu um ano após a entrada em vigor da reforma legislativa de 2002, que transformou a audiência de conciliação em audiência preliminar. A Lei 10.444/02 entrou em vigor em 08/08/2002, três meses após ser publicada, conforme seu artigo 5º.

Houve escolha de marco temporal em relação a este tribunal, pois ao se procurar com as palavras-chave, sem delimitar marco temporal, se encontraram muitas decisões, em um total de 494 decisões.

Passa-se, assim, à análise das seis decisões. Graficamente, os resultados podem ser assim apresentados:

Gráfico 3 - Decisões 3



Fonte: Elaborado pela autora.

O *RESULTADO 1* corresponde a uma decisão que entende que a ausência de audiência preliminar não gera nulidade, pois as circunstâncias evidenciavam ser improvável a obtenção de acordo. Não mencionam quais seriam estas circunstâncias. O número do processo desta decisão é o AI 0094482-72.2002.8.26.0000;

O *RESULTADO 2* corresponde a três decisões, as quais entendem que a audiência preliminar era facultativa, pois era caso de julgamento antecipado da lide. Os números dos processos destas decisões são AC 9058803-91.1998.8.26.0000, AC 90033646-48.2000.8.26.0000 e AC 9159138-50.2000.8.26.0000;

O *RESULTADO 3* corresponde a uma decisão, a qual entende que a ausência de audiência preliminar não gera nulidade, pois as circunstâncias evidenciavam ser improvável a obtenção de acordo, sendo mencionadas as circunstâncias. O número do processo desta decisão é o AI 0009971-44.2002.8.26.0000;

O *RESULTADO 4* corresponde a uma decisão que dizia que a audiência preliminar era facultativa, pois era caso de julgamento antecipado da lide. No entanto, no teor da decisão, é referido que a audiência preliminar seria facultativa quando a causa versasse sobre direitos patrimoniais de natureza privada. O número do processo desta decisão é a AR 9008576-24.2003.26.0000.

Pela análise dos julgados do TJSP, verifica-se que, em muitas delas, foi dispensada a audiência preliminar, pois eram casos de julgamento antecipado da lide, já que tratava de matéria exclusivamente de direito.

Nas decisões do TJSP, não se analisa a obrigatoriedade ou não do instituto da audiência preliminar em si. Porém, algumas considerações que são feitas nos julgados causam preocupação.

No processo 0094482-72.2002.8.26.000, é dito que a audiência preliminar seria dispensável, mesmo quando as partes a requeressem. No caso em comento, a decisão atendeu à lei, pois dispensou a audiência por se tratar a matéria exclusivamente de direito.

Todavia, na hipótese das partes requererem expressamente a audiência preliminar, demonstrando o interesse em conciliar, e esta ser negada, não há como não se entender que o acesso à justiça esteja sendo violado, sendo desrespeitado o interesse das partes, que buscam solucionar o litígio, assim como que a autonomia das partes estaria sendo violada.

Não se nega que, em muitas vezes, o pedido de designação da audiência preliminar pode consistir em manobra protelatória do processo; porém, é tarefa

do julgador assegurar que isto não aconteça, sem que haja desrespeito à lei, e com a devida fundamentação.

#### 2.3.4 *Análise dos Julgados do TJRJ*<sup>48</sup>

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi escolhido por ser o segundo tribunal da Justiça Estadual de maior porte do Brasil, conforme apontado pelos Relatórios Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 2015 e 2016, anos-base 2014 e 2015.

No dia 09/12/2015, ao pesquisar, no mecanismo de jurisprudência do *site* do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), com as palavras-chave “audiência preliminar”, “obrigatoriedade”, e “art. 331”, estabelecendo o marco temporal de 08/08/2002 a 07/08/2010, encontraram-se nove decisões.

Não é possível ler o inteiro teor de uma destas decisões (0008286-96.2004.8.19.0203) por se tratar de segredo de justiça.

Foi escolhido este marco temporal para que se possa analisar a suposta resistência à reforma legislativa que ocorreu em relação à audiência preliminar, tratando-se de período recente após a publicação da alteração legislativa.

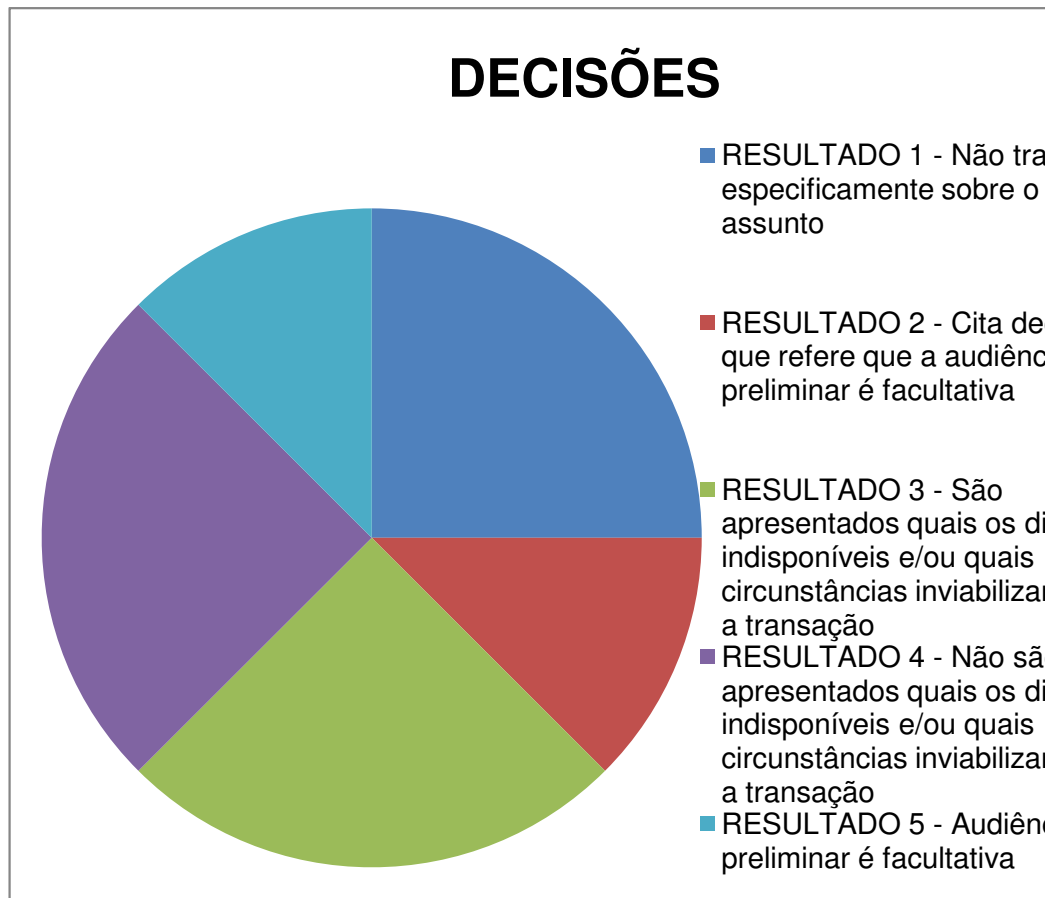
O marco temporal foi estabelecido, já que, sem estabelecer marco temporal, se encontraram 40 decisões. Ademais, como já dito acima, o objetivo com a pesquisa das decisões do TJSP e TJRJ é tão somente vislumbrar como a questão é discutida em outros tribunais, sendo que o principal enfoque desta pesquisa é o STJ e o TJRS.

Os resultados encontrados nas oito decisões do TJRJ são apresentados graficamente:

---

<sup>48</sup> As tabelas com os resultados da pesquisa no TJRJ podem ser encontradas nos Anexos deste trabalho.

Gráfico 4 - Decisões 4



Fonte: Elaborado pela autora.

O *RESULTADO 1* corresponde a duas decisões que não tratam especificamente sobre o assunto da obrigatoriedade da audiência preliminar, apenas falando sobre o despacho saneador. Os números dos processos destas decisões são AC 0013184-69.2006.8.19.0208 e AI 004516-83.2008.8.19.0000.

O *RESULTADO 2* corresponde a uma decisão que não diz que a audiência preliminar é facultativa, mas cita decisão nesse sentido. O número do processo referente a esta decisão é AI 0030932-20.2010.8.19.0000.

O *RESULTADO 3* corresponde a duas decisões, as quais dizem que a audiência preliminar é facultativa quando estiver em discussão direitos que não admitem a transação, citando o direito. O número dos processos destas decisões são AI 0022307-02.2007.8.19.0001 e AC 0011678-69.1984.8.19.0001.

O *RESULTADO 4* corresponde a duas decisões que referem que a audiência preliminar é facultativa quando direito não permitir a transação ou

as circunstâncias evidenciarem ser inviável a obtenção de acordo. Não é mencionado o direito ou as circunstâncias. O número dos processos destas decisões são AC 0049765-88.2007.8.19.0001 e AC 0002014-36.2006.8.19.0003.

O *RESULTADO 5* corresponde a uma decisão que diz que a audiência preliminar é facultativa. O número do processo referente a esta decisão é AC 0032802-39.2006.8.19.0001.

Em algumas das decisões apontadas pelo TJRJ, não há menção acerca da obrigatoriedade da audiência preliminar, sendo tratado apenas sobre a fase de saneamento do processo. Em outras, é dito que a audiência preliminar pode ser dispensada nas duas hipóteses previstas pelo §3º do artigo 331: (i) quando se tratar sobre direitos que não admitam a transação; (ii) quando as circunstâncias demonstrarem ser impossível a conciliação.

Não apenas nas decisões judiciais do TJRJ, como também nas dos outros tribunais escolhidos, a ausência da audiência preliminar é fundamentada nestas duas hipóteses. Contudo, não há menção, na maioria das decisões, de qual seria o direito indisponível em questão ou quais seriam as circunstâncias que inviabilizariam a conciliação.

Do mesmo modo, observa-se também que é utilizada fundamentação da orientação jurisprudencial do STJ que refere que não haveria nulidade em caso de não designação da audiência de conciliação, pois as partes podem compor a qualquer tempo, assim como o objetivo do §3º seria conferir maior agilidade ao processo.

Embora pareça conflitante, entende-se que, a princípio, não se deve decretar a nulidade do processo no caso de não designação da audiência preliminar, pois dificilmente estará configurado prejuízo, já que as partes podem conciliar a qualquer tempo, assim sendo atendida a finalidade da norma. Conforme Antônio Scarance Fernandes, Antônio Magalhães Gomes Filho e Ada Pellegrini Grinover (1999):

Constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da ideia geral que as formas processuais representam tão-somente a um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador



só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício. (FERNANDES; GOMES FILHO; GRIONVER, 1999, p. 26).

Portanto, a nulidade só pode ser declarada quando a finalidade da própria norma estiver comprometida pelo vício em questão, de modo que sendo possível conciliar a qualquer tempo, o objeto da norma não é inviável. Contudo, isso não significa dizer que a audiência preliminar seria facultativa ou que sua dispensa não crie óbices ao acesso à justiça.

A sua designação é obrigatória e talvez sua realização tornasse o processo mais efetivo, na medida em que se torna possível saber qual a condução mais adequada do processo através do contato com as partes, sendo possível melhor analisar quais os interesses que estão sendo debatidos, assim como efetivar o direito material buscado.

Porém, toda esta análise foi realizada com o intuito de verificar como opera o processo evolutivo do direito e como a incorporação de novas legislações causa uma certa desestabilização no sistema na medida em que os tribunais aparentemente resistem em aplicá-las<sup>49</sup>.

Entretanto, antes de aprofundar esta análise, torna-se necessário entender qual a função do Poder Judiciário e o motivo de ocorrer esta aparente resistência na incorporação de novas legislações ou novas normas.

## **2.4 A função do Poder Judiciário e sua Aparente Resistência na Aplicação de Legislações Recentes**

### *2.4.1 A Função do Poder Judiciário*

Para descrever a sociedade, Niklas Luhmann cria a teoria dos sistemas sociais. (LUHMANN, 2010). Esta teoria refere que a sociedade é um todo, sendo dividida em diversas esferas (economia, política, direito, entre outros). (LUHMANN; GIORGI, 1993, p. 9-10). A teoria dos sistemas sociais é uma das formas de reduzir complexidade, tão presente na sociedade contemporânea, já que permite demonstrar o funcionamento e a organização da sociedade.

---

<sup>49</sup> Esta verificação será abordada no próximo capítulo.

O direito também seria uma forma de redução de complexidade, na medida em que serve para aliviar as expectativas normativas dos indivíduos, em consonância com o que foi salientado na introdução. A sentença, por sua vez, seria um gerenciador de risco.

Para explicar o risco e o perigo, Jiri Priban, Leonel Severo Rocha e Germano Schwartz (2015) referem que “Se o futuro dano é consequência de decisão, está-se diante do risco. Por outro lado, se se julga que o dano posterior é provocado externamente, ocorre o perigo”. (PRIBAN; ROCHA; SCHWARTZ, 2015, p. 13).

Desta forma, relatam que “o risco deve ser tratado como um fenômeno de contingência advinda da complexidade da sociedade contemporânea”. (PRIBAN; ROCHA; SCHWARTZ, 2015, p. 15).

Através da análise de escolhas e riscos feitas por Anthony Giddens, em “Modernização Reflexiva” (BECK; GIDDENS; LASH, 1997), verifica-se que a decisão judicial nada mais é do que uma forma de reduzir a complexidade na sociedade pós-moderna, pós-tradicional. Assim também é o ensinamento de Leonel Severo Rocha (2013):

O risco é a contingência: uma decisão sempre implica a possibilidade de que as suas consequências ocorram de maneira diferente. As organizações são os sistemas encarregados de reduzir a complexidade em tal situação. E essa é uma das funções do Poder Judiciário, cuja posição é central no Sistema do Direito. (ROCHA, 2013, p. 37).

Como já dito acima, as organizações são as responsáveis por reduzir a complexidade na sociedade, sendo esta uma das funções do Direito. A decisão judicial é, portanto, um gerenciador de risco em uma sociedade pós-tradicional.

Na proporção em que a decisão judicial é o gerenciador de risco da nossa sociedade pós-moderna, quando leis são criadas, é porque se acredita que o juiz poderá gerenciar aquele risco quando da aplicabilidade da legislação. Esta é uma razão pela qual se entende necessário discutir esta suposta resistência à aplicação de novas normas.

Desconfia-se, como já dito ao longo deste trabalho, que o Poder Judiciário possui certa dificuldade em incorporar novas legislações, isto é, ele apresentaria uma resistência, por meio de seus julgadores, na aplicabilidade de novas normas produzidas pelo Estado. Acredita-se que tal fenômeno é explicado pelo

mecanismo evolutivo da “restabilização/estabilização” na teoria da evolução ao direito formulada por Niklas Luhmann, teoria que será estudada no decorrer deste trabalho, em especial no segundo capítulo.

Contudo, para realizar esta abordagem e demonstrar como essa teoria opera no plano fático, é necessário, primeiramente, ter presente como isso ocorre nas decisões judiciais, para que seja possível analisar o que efetivamente ocorre, razão pela qual a pesquisa empírica foi demonstrada em primeiro lugar.

Para análise deste trabalho, é necessário também compreender qual o papel da jurisprudência, qual o papel da legislação e para que serve a nova norma, ponto que passa a ser discutido a seguir.

#### *2.4.2 Jurisprudência, Legislação e o Significado da Nova Norma*

Primeiramente, deve-se salientar que não se compreende que existam posições hierárquicas entre jurisprudência e legislação. Conforme defendido por Niklas Luhmann (1991), a legislação e a jurisdição ocupam posições distintas no sistema jurídico, sendo que este ordenamento é o que determina a posição dos Tribunais. (LUHMANN, 1991, p. 1).

No ensinamento do jus-sociólogo, “A diferenciação de um sistema jurídico autoconstituente encontra um respaldo organizacional na diferenciação de legislação e jurisdição”. (LUHMANN, 1991, p. 2). Em outras palavras, o sistema jurídico é autorreferente e se diferencia através desta diferenciação entre legislação e jurisdição.

A jurisdição ocupa o papel central do sistema jurídico, o que não significa que seja ineficaz em relação a questões de transformação do Direito. Ao revés, por não poder ser responsabilizada politicamente por suas decisões, fica excluída da participação na ação política. Porém, por esta mesma razão, é favorecida na participação de transformação do Direito, em especial em áreas na qual o legislador se revela inativo. (LUHMANN, 1991, p. 3).

O que não é a jurisdição e, portanto, não ocupa o papel central, é a periferia, inclusive a legislação. Porém, embora com estas posições, “A jurisprudência deve levar em consideração o Direito vigente, em que pesem todas as liberdades de interpretação concedidas”, até mesmo pois “O legislador

teria pouca sorte com suas leis se ele descurasse da ‘justiciabilidade’”. (LUHMANN, 1991, p. 5;7).

Explicando de outro modo, embora a jurisdição ocupe o papel central, precisa respeitar o direito vigente, ainda que possua margem de interpretação, pois o legislador quase sempre terá que atender a “justiciabilidade”. Caso contrário, o legislador não obterá êxito em suas proposições.

Além disso, deve se ter presente que, para concretizar as regulamentações globais, os tribunais remetem ao legislador e o legislador remete aos tribunais, já que sozinhos não conseguem alcançar uma decisão justa. Como ambos contribuem para o aperfeiçoamento do direito, existirão interdependências. (LUHMANN, 1991, p. 6).

Destaca-se ainda que os programas do sistema jurídico não podem condicionar as decisões dos tribunais, já que o sistema “Não pode operar somente com uma lógica puramente dedutiva”, o que não dispensa um certo espaço de argumentação dedutiva. (LUHMANN, 1991, p. 9).

Os tribunais devem “Interpretar, construir e, se for o caso, ‘distinguir’ os casos, para que possam formular novas regras de decisão e testá-las quanto à sua consistência frente ao Direito vigente”. (LUHMANN, 1991, p. 9).

Niklas Luhmann (1991) ensina ainda que a diferença entre periferia e centro não implica hierarquia ou importância para a continuação autopoietica do sistema. Refere que, se não existisse a periferia, não haveria o centro. Se não existisse o centro, não haveria a periferia. (LUHMANN, 1991, p. 9-11).

Por fim, o jus-sociólogo refere que o juiz está vinculado à lei, mas não à legislação. Niklas Luhmann (1991) refere que “Regras genericamente válidas continuam a ser indispensáveis no sistema”, sendo que a jurisprudência e a legislação participam do processo de formulação, modificação, condenação e confirmação destas regras. (LUHMANN, 1991, p. 11).

A legislação, portanto, representa a periferia do sistema jurídico, ou seja, “Um ponto periférico na relação entre o sistema jurídico e o sistema político”. O papel da legislação seria “Acomodar a irritação constante do sistema jurídico pelo sistema político”, o que só é possível “Na forma de regras genericamente válidas, que podem ser trabalhadas no próprio sistema”. (LUHMANN, 1991, p. 11).

Em outros termos, a legislação se incumbe de acomodar a irritação que o sistema jurídico sofre advinda do sistema político, criando regras genericamente válidas para que estas possam ser trabalhadas no próprio sistema. Outrossim, destaca-se outra função da lei:

Então, se, de modo geral, a lei é uma tentativa de organizar a sociedade, para a teoria dos sistemas sociais a lei funciona como prevenção, funciona com vistas à redução da complexidade da sociedade, pois previne os acontecimentos futuros e, assim, traz segurança, porque é uma expectativa e uma expectativa geral de que todos se comportem daquela forma. (RIBEIRO, 2010, p. 8).

A lei também serve para ajudar o direito a cumprir o seu papel, qual seja estabilizar as expectativas normativas. A lei funcionaria como uma prevenção, pois apresentaria uma previsão de eventos futuros, antecipando como resolvê-los, trazendo certa segurança e uma expectativa de determinado comportamento. Contudo, destaca-se aqui que sempre haverá uma margem de contingência, pois as expectativas podem ser diferentes das esperadas. (RIBEIRO, 2010, p. 8).

Outro ponto importante, para a temática do presente trabalho, é o ensinamento de Niklas Luhmann (1991) que refere que tem se concedido à vontade privada um poder de disposição cada vez mais amplo sobre a “*vigência do Direito*” (LUHMANN, 1991, p. 3).

Esta compreensão parece se enquadrar exatamente na audiência de conciliação e/ou mediação feita no âmbito judicial, e no engrandecimento da vontade das partes. Oportuniza-se as partes que possam construir a solução do seu conflito, respeitando as suas vontades privadas, sob a tutela do direito.

No entanto, voltando às posições da legislação e da jurisprudência, torna-se necessária a abordagem de alguns pontos. A legislação, além de “acomodar” a irritação advinda do sistema político, serve como um estímulo à evolução da sociedade (RIBEIRO, 2014a, p. 66).

Em tempos pós-modernos, com a facilidade de comunicações e a dinamicidade destes tempos, o direito, muitas vezes, é demandado a dar respostas, embora muitas vezes não as consiga dar ou as dê em momento posterior, como, por exemplo, pode-se vislumbrar no reconhecimento das uniões homoafetivas ou no reconhecimento do poliamor.

A sociedade não espera a regulamentação jurídica para escolher como vive (RIBEIRO, 2013, p. 32), existindo cada vez mais transformações sociais e novas realidades. Porém, muitas vezes, é exigido do direito respostas e a sua readequação. Seria, nas palavras de Niklas Luhmann, “O improvável se tornando provável” e assim ocorrendo a evolução (LUHMANN, 2007, p. 325-327). Em outras palavras, “As transformações sociais são – verdadeiramente – o motor da evolução dos sistemas sociais”. (RIBEIRO, 2013, p. 32).

Sendo assim, torna-se imprescindível discutir a evolução do sistema jurídico e seu papel na sociedade, em especial torna-se oportuno discutir as novas formas trazidas pelo direito para garantir a efetividade do direito e do acesso à justiça de uma forma mais rápida, como é o caso da conciliação e da mediação.

A nova norma, portanto, nada mais é do que um estímulo à evolução do sistema jurídico. Evolução esta que não pode ser causada, mas tão somente estimulada. Do mesmo modo, não se tem certeza do sucesso desta evolução. (RIBEIRO, 2014a, p. 11).

A evolução só ocorrerá se forem atendidos os processos da inovação, seleção e estabilização/restabilização da evolução, processos que serão estudados no próximo capítulo. Porém, já cabe adiantar que embora seja imprescindível a assimilação da informação nova no processo evolutivo (inovação), ela é insuficiente, pois é necessário que ocorra a restabilização das novas estruturas com o complexo das estruturas já existentes. (NEVES, 2012, p. 7).

E é nesta parte, nesta restabilização, que surge o problema, pois esta só ocorrerá “Quando a nova expectativa é inserida como norma jurídica vigente no modelo estrutural de reprodução do direito”, residindo aqui o problema da inserção da nova norma no ordenamento jurídico.<sup>50</sup> (NEVES, 2012, p. 7).

#### *2.4.3 A Aparente Resistência do Poder Judiciário no Instituto da Audiência Preliminar*

Feitas estas breves considerações acerca do problema da inserção da nova norma no ordenamento jurídico, do papel da legislação e da jurisdição, e da função do Poder Judiciário, oportuno retomar algumas considerações acerca da

---

<sup>50</sup> Esta ideia será melhor abordada no segundo capítulo.

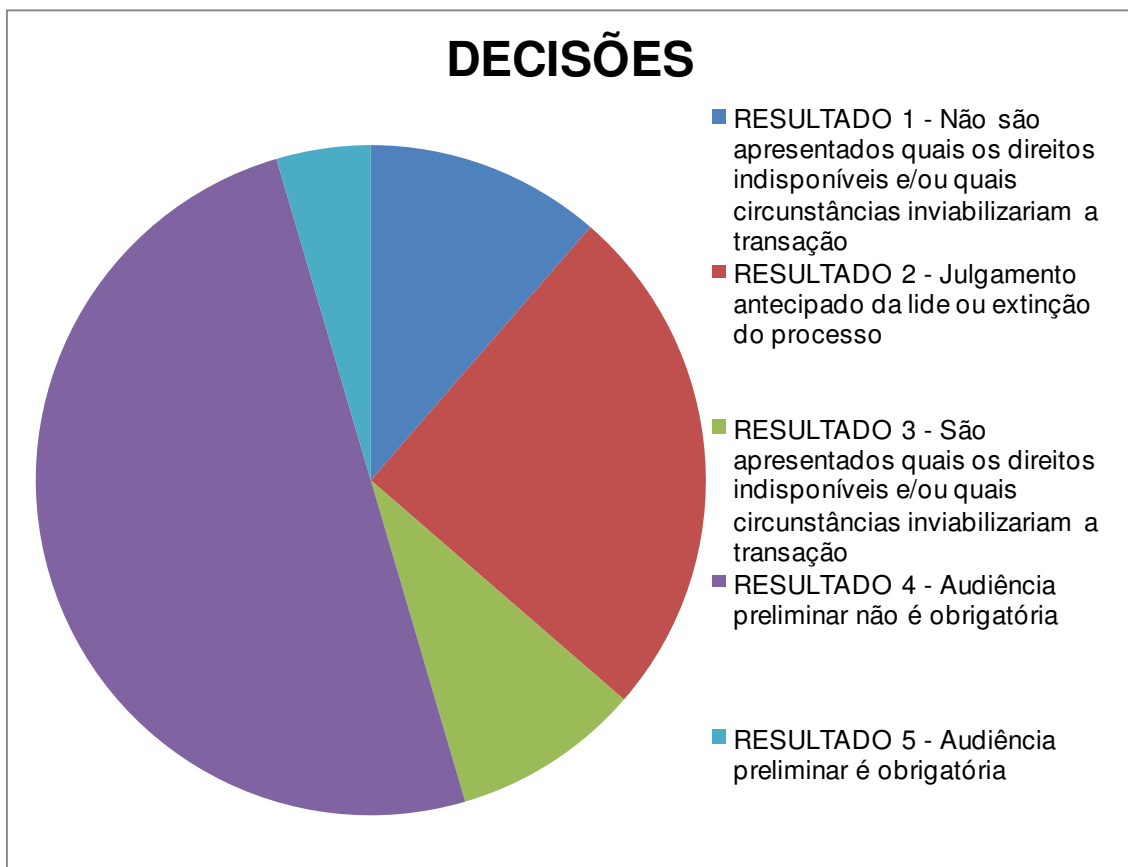
aparente resistência do Poder Judiciário à aplicabilidade da audiência preliminar, antes de aprofundar na temática do acesso à justiça e da teoria da evolução.

Reunindo todas as decisões encontradas, há um total de cinquenta e duas decisões. São cinco decisões do STJ, trinta e três decisões do TJRS, seis decisões do TJSP e oito decisões do TJRJ.

Desse resultado total, para melhor análise, descontam-se oito decisões, por não tratar especificamente sobre o assunto, sendo uma do STJ (EDcl no AgRg no REsp. 724.059), cinco do TJRS (AC 70012658449, AI 70006510333, AI 70016656704, AC 70010507689 e AC 70012763173) e duas do TJRJ (AC 0013184-69.2006.8.19.0208 e AI 004516-83.2008.8.19.0000), chegando-se assim a um total de quarenta e quatro decisões.

Os resultados da análise total de decisões estão representados no gráfico a seguir:

Gráfico 5 - Decisões 5



Fonte: Elaborado pela autora.

O *RESULTADO 1* corresponde a cinco decisões que disseram que a audiência preliminar era dispensável, pois o direito discutido não admitia transação ou as circunstâncias evidenciavam ser improvável a obtenção de acordo, sem especificar qual seria o direito discutido ou quais seriam estas circunstâncias. Representa 11,36% das decisões. O número dos processos destas decisões são: STJ (REsp. 790.090/RR e REsp. 796.593/RR), TJSP (AI 0094482-72.2002.8.26.0000) e TJRJ (AC 0049765-88.2007.8.19.0001 e AC 0002014-36.2006.8.19.0003);

O *RESULTADO 2* corresponde a onze decisões que referem que não haveria necessidade de audiência preliminar, pois era caso de julgamento antecipado da lide ou de extinção do processo. Representa 25% das decisões. O número dos processos destas decisões são: STJ (REsp. 417.899/SP), TJRS (AC 7002877629, AC 70001166867, AC 70010551547, AC 70007368921, AC 599345253, AC 70013374889 e AC 598266336), TJSP (AC 9058803-91.1998.8.26.0000, AR 9008576-24.2003.26.0000 e AC 9159138-50.2000.8.26.0000);

O *RESULTADO 3* corresponde a quatro decisões que disseram que a audiência preliminar era dispensável, pois o direito discutido não admitia transação ou as circunstâncias evidenciavam ser improvável a obtenção de acordo, especificando o direito discutido e/ou as circunstâncias do caso. Representa 9,09% das decisões. O número dos processos destas decisões são: STJ (REsp. 327.408/RO), TJSP (AI 0009971-44.2002.8.26.0000), TJRJ (AC 0049765-88.2007.8.19.0001 e AC 0002014-36.2006.8.19.0003);

O *RESULTADO 4* corresponde a vinte e duas decisões que referem que a audiência preliminar não é obrigatória. Representam 50% das decisões, o maior percentual encontrado. Os números dos processos destas decisões são: TJRS (AC 598286888, AI 599134251, AC 70003727567, AC 598202778, AI 70019133883, AI 70019560226, AC 70038531653, AC 7001955335, AC 70010097707, AC 70024364531, AI 598532299, AC 70008805921, AC 700010628931, AC 70021541206, AI 70026025031, AC 70034500579, AI 70043241389, AI 70046057048 e 70059059469), TJSP (AR 9008576-24.2003.26.0000) e TJRJ (AI 0030932-20.2010.8.19.0000 e AC 0032802-39.2006.8.19.0001);



O *RESULTADO 5* corresponde a duas decisões que referem que a audiência preliminar é obrigatória. Representa 4,54% das decisões, o menor percentual encontrado. Os números dos processos destas decisões são: TJRS (AC 70007006620 e AI 70002478725).

Pelos resultados encontrados, em especial, os percentuais, vislumbra-se que aparentemente ocorreu uma resistência do Poder Judiciário à aplicabilidade da audiência preliminar. Ao somar o percentual que refere que a audiência preliminar não é obrigatória junto ao percentual que não fundamenta efetivamente a sua dispensa, obtém-se um total de 61,36%, referente a vinte e sete decisões judiciais, um número expressivo. Principalmente ao contrapor ao percentual das decisões que referem que o instituto é obrigatório ou fundamentam efetivamente a sua dispensa baseado na excludente do §3º do artigo 331 do CPC de 1973 (13,63% - seis decisões).

Para melhor compreender este dado, foram analisados alguns aspectos destas decisões que são demonstrados na tabela a seguir, para verificar se houve ou não mudança de posicionamento em relação a este posicionamento:

Quadro 1 - Aspectos das decisões

(continua)

	TRIBUNAL	NÚMERO DO PROCESSO	DATA DA DECISÃO	CÂMARA OU TURMA	OBSERVAÇÃO
<b>DECISÕES QUE INDICARAM O DIREITO INDISPONÍVEL OU INDICARAM AS CIRCUNSTÂNCIAS QUE INVIABILIZARAM A CONCILIAÇÃO</b>	STJ	Resp. 327.408/RO	05/10/2004	Segunda Turma	Não foram analisadas outras decisões desta Turma, não sendo possível verificar se houve mudança de entendimento
	TJSP	AI 0009971-44.2002.8.26.0000	12/08/2002	1ª Câmara	Existem três outras decisões desta Câmara, julgadas posteriormente, que modificaram o entendimento, referindo que a audiência preliminar era facultativa ou sem a fundamentação devida (Agravo de Instrumento 0094482-72.2002.8.26.0000, Apelação 9058803-91.1998.8.26.0000 e Ação Rescisória 9008576-24.2003.26.0000)

## Quadro 1 - Aspectos das decisões

(conclusão)

	TRIBUNAL	NÚMERO DO PROCESSO	DATA DA DECISÃO	CÂMARA OU TURMA	OBSERVAÇÃO
<b>DECISÕES QUE INDICARAM O DIREITO INDISPONÍVEL OU INDICARAM AS CIRCUNSTÂNCIAS QUE INVIABILIZARAM A CONCILIAÇÃO</b>	TJRJ	AC 0049765-88.2007.8.19.0001	19/01/2010	5ª Câmara	Não foram analisadas outras decisões desta Câmara, não sendo possível verificar se houve mudança de entendimento
	TJRJ	AC 0002014-36.2006.8.19.0003	25/03/2008	19ª Câmara Cível	Não foram analisadas outras decisões desta Câmara, não sendo possível verificar se houve mudança de entendimento
<b>AUDIÊNCIA PRELIMINAR É OBRIGATÓRIA</b>	TJRS	AC 70007006620	23/10/2003	5ª Câmara	Esta decisão foi proferida em data próxima (23/10/2003) as três outras decisões desta Câmara que decidiram em sentido oposto (Apelação Cível 598286888 - 19/11/1998, Apelação Cível 70012658449 - 26/10/2005 e Apelação Cível 70013374889 - 28/12/2005)
	TJRS	AI 70002478725	28/06/2001	10ª Câmara	Decisão anterior a reforma legislativa de 2002 Houve mudança de posicionamento na Câmara, conforme vemos nas decisões do AC 70001955335 (11/10/2001) e AI 70016656704 (01/09/2006)

Fonte: Elaborado pela autora.

Assim sendo, é possível verificar que o sistema jurídico não aceitou o estímulo trazido pela Lei 8.952/1994 e pela Lei 10.444/2002, que trazia uma nova tentativa de composição de litígios, buscando uma solução mais efetiva e satisfatória para as partes.

Os motivos podem ser os mais variados possíveis: dificuldade de pauta, tentativa de acelerar ou não protelar o processo, entre outros. Porém, a questão importante a ser percebida é que houve resistência à aplicabilidade da audiência preliminar e, por consequência, ao estímulo da evolução do sistema jurídico.

Por este motivo, pretende-se entender o procedimento da audiência de conciliação e mediação, assim como se este poderá representar o incremento do acesso à justiça,. Outro objetivo é analisar se será um estímulo efetivo para a evolução do sistema jurídico, em tempos tão velozes e dinâmicos, já que a

pretensão do indivíduo ao ingressar em juízo pode ser distinta da pretensão do indivíduo quando da audiência de conciliação ou quando da sentença.

### **3 A TEORIA DA EVOLUÇÃO APLICADA AO SUBSISTEMA JURÍDICO E O ACESSO À JUSTIÇA**

#### **3.1 Breve Introdução à Teoria dos Sistemas Sociais, a Complexidade da Sociedade Moderna e a Diferenciação Funcional**

O direito é um subsistema da sociedade, que tem por função diferenciada estabilizar a expectativa normativa dos indivíduos, ou seja, permite dizer quais são os direitos e deveres que devem ser respeitados na ordem social.

Contudo, atualmente, diante da velocidade das transformações sociais, a sociedade tem exigido que o direito cumpra a sua função através de uma evolução, já que este, algumas vezes, não tem mais se mostrado efetivo e/ou adequado. Portanto, mostra-se relevante compreender como ocorre a evolução do direito.

Primeiramente, destaca-se que este trabalho não tem o objetivo de abordar profundamente a teoria dos sistemas sociais, e sim trabalhá-la de maneira sucinta, apenas de modo que permita a compreensão do leitor para a reflexão da evolução conforme Niklas Luhmann.

Pela leitura do livro “Introdução à teoria dos sistemas”, que foi elaborado após um curso de inverno ministrado por Niklas Luhmann (2010), na Universidade de Bielefeld, pode-se verificar que este autor se preocupou em verificar se existiria algo, no campo da sociologia, que pudesse se denominar de “teoria dos sistemas”.

Assim, o jus-sociólogo iniciou a procurar teorias, referindo que se destacam duas teorias produzidas nas décadas de 1940 e 1950, especialmente nos Estados Unidos, que seriam o “funcionalismo estrutural” e o “desenvolvimento peculiar sobre o sistema da ação”, esta última desenvolvida por Talcott Parsons. (LUHMANN, 2010, p. 11;36). O funcionalismo estrutural consistia em:

O ponto de partida do funcionalismo estrutural tem origem nos estímulos de estudos etnológicos e social-antropológicos realizados com tribos ou clãs que haviam ficado isolados do desenvolvimento universal. O objetivo dessas disciplinas era apreender, mediante observação metodizada, as estruturas originais da sociedade. (LUHMANN, 2010, p. 36).

A ideia do funcionalismo estrutural era, portanto, compreender as estruturas originais da sociedade, assim como apreende-las por meio de uma observação feita através de métodos. Contudo, Niklas Luhmann (2010) refere que sociologia do final dos anos 1940 e início dos anos 1950 acabou sendo rechaçada pela necessidade de que fossem explicadas as condições de manutenção de certas estruturas nos sistemas.

Além disso, refere que o funcionalismo estrutural possuía duas limitações: (a) não era possível questionar a respeito da estrutura; (b) não era possível decompor a estrutura, para que se entendesse a possibilidade dos termos, condições de manutenção, variáveis e todo o aporte teórico. (LUHMANN, 2010, p. 37).

Porém, refere que a principal incapacidade era a ausência de resposta acerca de como poderia ser possível perceber que a sociedade teria se tornado um sistema diferente, quantas mudanças teriam ocorrido e como se perceberia que determinadas estruturas já não mais operavam na sociedade. (LUHMANN, 2010, p. 38).

Estes questionamentos teriam surgido principalmente pelas transformações geradas por meio da Segunda Guerra Mundial. O funcionalismo estrutural, muitas vezes, foi utilizado para a planificação de cima, para o controle, sendo que acabou servindo como reforço das estruturas de domínio. (LUHMANN, 2010, p. 39).

Dessa forma, a sociologia de 1960 e 1970 percebeu que estes impulsos de modernidade tinham dificuldade para se concretizar, o que se verificava tanto em países em desenvolvimento quanto em países desenvolvidos. Outrossim, foi gerada a consciência de que nem todo o conhecimento sociológico poderia ser transmitido para a práxis. Por tais fatores, o funcionalismo estrutural acabou sendo recusado. (LUHMANN, 2010, p. 39).

Luhmann (2010) explica que não se pode abordar a teoria de Parsons à margem do funcionalismo estrutural, pois este autor propôs consolidar o marco teórico da manutenção da estrutura nos sistemas, chegando inclusive a classificar esta teoria como a segunda melhor teoria (LUHMANN, 2010, p. 40-42).

Porém, a frase que poderia definir a teoria de Parsons seria "*action is system*", a medida em que a teoria da ação se apresentaria mais direcionada ao

indivíduo na qualidade de sujeito, sendo que assim a sociologia se abriria a possibilidade de integrar sistemas psíquicos e orgânicos daquele que age (LUHMANN, 2010, p. 40-42)..

Por outro lado, se utilizaria “A teoria do sistema para designar realidades de grande escala (macrossociais), de modo a conservar seu caráter de elevada abstração”. (LUHMANN, 2010, p. 40-42).

Pelas duas ideias acima mencionadas, estar-se-ia à frente de paradigmas contraditórios. Parsons, por sua vez, refere que ação e sistema nunca poderiam ser compreendidos separadamente, pois “A ação só é possível sob a forma de sistema”. Explica que “A construção de estruturas sociais se realiza sob a forma de sistema, e a operação basal sobre o qual esse sistema se constrói é a ação”. (PARSONS apud LUHMANN, 2010, p. 42). As estruturas seriam construídas sobre formas de sistemas e esta construção ocorreria por meio da ação.

A teoria de Parsons fala ainda que “A ação é uma propriedade emergente (*emergent property*) da realidade social” e que, para haver uma ação, existe certo número de componentes, os quais não serão abordados neste trabalho, por não ser o seu objeto<sup>51</sup>. Este autor fala também que uma ação se realiza quando já existiria uma encadeação de valores coletivos, sendo que “O autor é somente um elemento dentro do conjunto ação”. (PARSONS apud LUHMANN, 2010, p. 42-44).

Luhmann (2010) refere que a teoria de Parsons “Oferece uma das arquiteturas conceituais mais grandiosas na sociologia contemporânea”, porém deixa em aberto questões de auto-implicação cognitiva, já que “Não considera que o conhecimento dos sistemas sociais dependa das próprias condições sociais”, assim como “Não tem presente que o conhecimento (ou a definição, ou a análise) das ações já seja em si mesmo uma ação”. (LUHMANN, 2010, p. 57-58).

Dessa forma, procurando verificar se existiria uma teoria geral dos sistemas, assim como objetivando descrever a sociedade, e influenciado pelas teorias acima descritas, Niklas Luhmann (2010) acaba formulando a teoria dos sistemas sociais, a qual preconiza que a sociedade é um todo, sendo dividida em diversos sistemas e subsistemas (economia, política, direito, entre outros)

---

<sup>51</sup> Caso haja interesse por este assunto, a teoria está explicada no decorrer das páginas 40-58 de “Introdução à teoria dos sistemas sociais” de Niklas Luhmann.

(LUHMANN; GIORGI, 1993, p. 9-10), os quais teriam funções diferentes, o que será abordado mais adiante.

Na teoria dos sistemas sociais, é importante a compreensão que os sistemas e/ou subsistemas da sociedade são sistemas abertos. Niklas Luhmann (2010) explica que, na física, se entendeu que o universo é um sistema fechado, que não aceita *input* de uma ordem externa, sendo a lei da entropia inexorável (LUHMANN, 2010, p. 62).

Porém, o mesmo não vale para a ordem biológica e para a ordem social, as quais precisam ser essencialmente abertas, podendo assim desenvolver neguentropia, o que demonstra o esforço dos organismos vivos em se sobrepor a lei entrópica do universo, ainda que de modo parcial. (LUHMANN, 2010, p. 62).

Abertura significa "*comércio com o meio*", tanto para a biologia quanto para os sistemas psíquicos e sociais, de modo que surge um novo modelo: o intercâmbio. No caso dos sistemas orgânicos, o intercâmbio é de energia, enquanto, nos sistemas psíquicos, o intercâmbio é de informação (LUHMANN, 2010, p. 62).

Esses sistemas interpretam o mundo e respondem a esta interpretação, razão pela qual os sistemas são abertos, já que se pressupõe uma troca entre o sistema e o meio. Niklas Luhmann (2010) adverte que a teoria do encerramento operativo não contradiz a teoria dos sistemas abertos, apenas entende a abertura por outra perspectiva teórica. (LUHMANN, 2010, p. 62).

Nesse ponto, ressalta-se que, para a teoria luhmanniana, tudo é comunicação, ou seja, a sociedade é composta de comunicação, sendo que tudo que é comunicável faz parte da sociedade. (SCHWARTZ, 2013, p. 62).

As operações dos sistemas e seu choque com o meio/ambiente operam através da comunicação. Aqui, é importante dizer que, na teoria dos sistemas sociais, tudo que não é sistema é ambiente (SCHWARTZ, 2013, p. 62). Nesse mesmo sentido, Diógenes Ribeiro (2016) adverte que:

A sociedade, como sistema total, que abarca os demais sistemas sociais, opera por meio da comunicação. Pode-se dizer que a sociedade, o sistema social mais abrangente, é o mesmo que comunicação, porque é o sistema que abrange todas as comunicações. (RIBEIRO, 2016, p. 129).

Logo, a sociedade, sendo o sistema social mais abrangente, opera por meio de comunicação, já que engloba a comunicação de todos os outros sistemas, sendo a própria comunicação<sup>52</sup>.

Junto com esta ideia de intercâmbio geral da teoria dos sistemas, há a teoria da evolução. No campo da biologia, Darwin tenta analisar como seria possível que um acontecimento único fundador da vida (célula) traga uma multiplicidade de espécies, com formas orgânicas tão distintas. No campo do social, a pergunta é semelhante: como explicar que a linguagem, que é um fenômeno universal de socialização, tenha trazido uma diversidade de culturas e linguagens tão grande. (LUHMANN, 2010, p. 62).

Para a biologia, na teoria da evolução, a diversidade vem através de um acontecimento bioquímico, já, para o social, o acontecimento único é o comunicativo. Os sistemas abertos responderão a estes acontecimentos, de modo que os estímulos que são advindos do meio podem alterar a estrutura do sistema. No campo social, este estímulo vem através de uma comunicação surpreendente. (LUHMANN, 2010, p. 62-63).

Estes estímulos do meio levam os sistemas a selecionarem novas estruturas, passando por uma seleção e, após, mostrarão se estas seleções possuem consistência suficiente para se tornarem estáveis, permitindo assim a estabilização. (LUHMANN, 2010, p. 63).

Os mecanismos evolutivos variação, seleção e estabilização, utilizadas por Darwin<sup>53</sup>, e que serão detalhadas em momento posterior neste trabalho, deram consistência ao modelo dos sistemas abertos na teoria geral dos sistemas, já que permitem explicar a dimensão histórica e o desenvolvimento da complexidade estrutural. (LUHMANN, 2010, p. 63).

Um dos pontos centrais e essenciais da teoria dos sistemas sociais formulada por Niklas Luhmann é compreender que cada sistema social aberto possui uma função diferenciada. Sobre as funções diferenciadas dos sistemas e subsistemas na sociedade, diz-se:

---

<sup>52</sup> A redundância do termo mostra-se necessária para destacar que a sociedade é comunicação.

<sup>53</sup> O autor destaca que, embora adote os mecanismos evolutivos da teoria darwiniana, a teoria de Darwin não se aplica na realidade do subsistema do direito, pois, se assim fosse, estaria desconhecendo a complexidade das relações sociais. Destaca ainda que, na teoria darwiniana, os fatores ambientais são considerados, ao contrário do que acontece na aplicação da teoria da evolução ao ordenamento jurídico.



En esta sociedad diferenciada por funciones (o por diferenciaciones funcionales), los sistemas parciales son desiguales por la función que cada uno de ellos desarrolla. Todo sistema parcial se diferencia y se define con base a la función específica que desarrolla en la sociedad: los principales son el sistema político, el sistema económico, el sistema de la ciencia, el sistema de la educación, el sistema jurídico, las familias, la religión, el sistema de salud, el sistema del arte. La comunicación fundamental en la sociedad está por tanto estructurada alrededor de estas funciones. (CORSI; BARALDI; ESPOSITO, 1996, p. 61).

Vive-se, portanto, em uma sociedade diferenciada por funções ou por diferenciações funcionais. Os sistemas são desiguais em razão da função que cada um exerce na sociedade. A comunicação essencial na sociedade está estruturada em volta destas funções.

Pelos conceitos deste jus-sociólogo, função/funcionalismo é aquilo que torna único e diferencia determinado fenômeno, o que o torna contingente e confrontável com outros fenômenos, sendo, aliás, essa confrontação que torna possível o conhecimento. (CORSI; BARALDI; ESPOSITO, 1996, p. 80).

A função da arte, por exemplo, seria a possibilidade de ofertar ao mundo a possibilidade de contemplá-lo a si próprio, fazer com que o mundo apareça no seu interior. (CORSI; BARALDI; ESPOSITO, 1996, p. 20).

Conforme explica Ulisses Schwarz Viana (2015), amparado na teoria luhmanniana, a função exercida pelos subsistemas da sociedade “Surge da necessidade de redução da complexidade do ambiente social que deve ser realizada de modo funcionalmente especializado”. O autor explica ainda que também haveria o estabelecimento de uma comunicação, especializada, ao redor dos códigos binários pelos quais os sistemas operam. (VIANA, 2015, p. 36-37).

O sistema defende a sua autonomia através da sua diferença. Nesse ponto, é preciso compreender a noção de *encerramento operativo*, pois a diferença entre o sistema e o meio só é possível através do sistema, ou seja, o sistema produz uma operação exclusiva. O sistema se diferencia no momento em que desenvolve sua própria lógica de comunicação e assim cria a sua própria memória. (LUHMANN, 2010, p. 101-102).

Dentro desse conceito de encerramento operativo, existem dois pontos a serem estudados: a auto-organização e a autopoiese. Auto-organização significa a construção de estruturas próprias dentro do sistema. O sistema, por ser

encerrado operativamente, não pode conter estruturas originalmente. O próprio sistema deve construir as suas estruturas, já que elas não são inerentes a ele. (LUHMANN, 2010, p. 112).

A autopoiese consiste em “Um sistema que é capaz de se autorreproduzir por intermédio de seus próprios elementos em uma lógica recursiva”. Os sistemas, além de serem independente e autônomos, dependem somente dos seus elementos, o que traz consigo a ideia de autorreferência. (PRIBAN; ROCHA; SCHWARTZ, 2015, p. 19). Neste aspecto, é oportuno ressaltar que o encerramento operativo não significa fechamento absoluto.

Niklas Luhmann desenvolve a teoria dos sistemas sociais inspirado por dois biólogos chilenos, Humberto Maturana e Francisco Varela, que ensinam, no livro *A Árvore do Conhecimento*, que os organismos vivos (vegetal, bactéria, animal) são sistemas fechados, autorreferentes e autopoieticos. Assim, para o jus-sociólogo, os sistemas sociais e seus subsistemas seriam fechados, autorreferentes e autopoieticos.

O fechamento do sistema significa que, operativamente, ele seria clausurado, não existindo abertura, na ideia de encerramento operativo acima falada. Os sistemas serem autopoieticos significa que eles reproduzem a si mesmo, através de seus próprios elementos. Os sistemas serem autorreferentes é decorrente da capacidade que eles possuem de operar com base nas suas próprias bases constituintes.

Outro ponto importante, para compreender a teoria luhmanianna, é saber que a sociedade em que hoje se vive é uma sociedade complexa, sendo a função dos sistemas reduzir esta complexidade. Embora Anthony Giddens (BECK; GIDDENS; LASH, 1997) não seja adepto da teoria dos sistemas sociais, transcreve-se trecho da sua obra, por sua importância, para possibilitar a visualização da complexidade da sociedade moderna:

Nos contextos pós-tradicionais, não temos outra escolha senão decidir como ser e como agir. Partindo desta perspectiva, até os vícios são escolhas: são modos de se enfrentar a multiplicidade de possibilidades que quase todos os aspectos da vida cotidiana, quando se olha da maneira adequada, oferecem. (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 94).

A complexidade da sociedade pós-moderna, da sociedade pós-tradicional, é caracterizada pelas muitas possibilidades que existem: escolher o que comer,

escolher o que vestir, escolher nossa atividade profissional, escolher nosso lazer, escolher nossa forma de constituição de família, entre tantas outras coisas. Conforme Beck, Giddens e Lash (1997), até mesmo os nossos vícios seriam escolhas.

A complexidade, portanto, seria o “Excesso de possibilidades, contra a contingência de soluções, em que deve haver seleção, opção, escolha, por uma hipótese, que pode não se revelar a correta”. (RIBEIRO, 2014a, p. 62). Por contingência, Niklas Luhmann (1983) explica que:

Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de despontamento e necessidade de assumir-se riscos. (LUHMANN, 1983, p. 45-46).

Logo, a contingência é a possibilidade dos resultados apresentados serem diferentes dos esperados. Assim, a complexidade nos obriga a escolher, enquanto a contingência significa a possibilidade de desapontamento em razão da expectativa, bem como a necessidade de que riscos sejam assumidos.

Nesse contexto, os sistemas e, em especial, o direito, assumem a função de reduzir a complexidade. Desse modo, o direito, para defender a sua autonomia e realizar a sua função diferenciada, precisa fazer escolhas.

Porém, em uma sociedade que se pretenda pós-moderna, torna-se grave que o direito se baseie em critérios modernos para resolver problemas que lhe são posteriores, problemas pós-modernos, sendo que a pós-modernidade é “Uma chance histórica que a modernidade possui de abrandar sua intolerância racional em direção a uma solidariedade global”. (PRIBAN; ROCHA; SCHWARTZ, 2015, p. 11).

Portanto, hoje é preciso pensar em um direito próximo à sociedade, voltado ao futuro, que procure resolver problemas pós-modernos (PRIBAN; ROCHA; SCHWARTZ, 2015, p. 11), que tenha consciência da complexidade, da contingência, do risco e do perigo. Jiri Priban, Leonel Severo Rocha e Germano Schwartz (2015) explicam ainda que:

É de se considerar, ainda, que as leis modernas (Constituição) eram feitas para durar um lapso temporal bastante longo, visto que a velocidade das mudanças na modernidade não era por demais acelerada. Dito de outra forma: o Direito era simples porque a sociedade também o era. (PRIBAN; ROCHA; SCHWARTZ, 2015, p. 10).

Em outro tempo, na modernidade, as leis eram feitas para durar uma quantidade de tempo extensa, pois as transformações não eram constantes, ou seja, vivia-se em uma sociedade simples, o que não se pode dizer hoje. É importante saber que “Onde havia antes simplicidade, hoje existe complexidade. Onde outrora havia perigo, hoje há risco”. (SCHWARTZ, 2004, p. 38).

Para estes autores, “A pós-modernidade deve ser analisada como uma série de transições que são próprias e estão afastadas de diversos feixes institucionais da modernidade” (PRIBAN; ROCHA; SCHWARTZ, 2015, p. 11), sendo que este período “Acentua, todavia, a produção da diferença, da fragmentação, da singularidade. Acentua contingência e complexidade. Logo, acentua risco”. (PRIBAN; ROCHA; SCHWARTZ, 2015, p. 11).

Por fim, Jiri Priban, Leonel Severo Rocha e Germano Schwartz (2015) apontam como características do direito em um tempo pós-moderno<sup>54</sup>: “1) visão pragmática dos conflitos; 2) descentramento do sujeito; 3) relativismo; 4) pluralidade das racionalidades; 5) lógicas estilhaçadas; 6) complexidade; 7) retorno da Sociedade Civil; 8) risco”. (PRIBAN; ROCHA; SCHWARTZ, 2015, p. 11).

São por estes motivos que o presente trabalho está sendo construído, para abordar inovações que procuram tornar o direito mais atual, mais próximo de resolver os conflitos dos indivíduos na sociedade pós-moderna. E, por isto, que procura estudar como ocorre a evolução do sistema jurídico, para entender como esta inovação seria possível, tópico que passa a ser estudado a partir de agora.

---

<sup>54</sup> Os autores apontam que não concordam amplamente com o termo, pois este não comporta um conceito.

## **3.2 A Função Diferenciada do Direito e a Teoria da Evolução de Niklas Luhmann**

### *3.2.1 A Função Diferenciada do Direito*

Dentro deste contexto, e para suscitar o debate que este trabalho intenta, torna-se necessário compreender e analisar, mais uma vez, qual a função especializada do direito na sociedade pós-moderna, que seria a estabilização das expectativas normativas através da regulação da generalização temporal, objetiva e social, para que assim seja possível enfrentar os anseios da vida cotidiana. (LUHMANN, 1998, p. 188).

O direito serve, portanto, para assegurar a convivência pacífica da sociedade, a partir do momento em que os indivíduos conhecem seus direitos e deveres, sabendo quais as expectativas normativas que podem ter e como devem agir.

Pode-se citar, como exemplo, que se alguém colide em outro carro, o Código de Trânsito Brasileiro e o Código Civil asseguram que a pessoa que teve seu carro danificado, sem ter culpa no acidente de trânsito, tenha o direito à justa indenização pelo ato ilícito perpetrado por outrem.

Pode-se citar também o exemplo do consumidor que, sendo indevidamente cobrado, tem direito à restituição em dobro daquela quantia, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, o direito tem como função conferir certa segurança ao indivíduo, sabendo quais expectativas têm respaldo social e quais não têm, de modo que existem expectativas normativas, para que seja possível enfrentar os desenganos da vida cotidiana. Nesse ponto, é importante não confundir expectativa normativa com expectativa cognitiva.

Niklas Luhmann (1983) ensina que a “Estrutura é definida por uma propriedade, isto é, por uma constância relativa”, explicando que, em um mundo constituído sensorialmente, complexo e contingente, seria interessante abordar os passos da seleção uns aos outros. (LUHMANN, 1983, p. 53-54).

Por exemplo, em um processo de comunicação, o emissor opta por determinada mensagem, dentre uma série de possibilidades, as quais são desconhecidas ao receptor da mensagem. Assim, existem opções e seleções

que são obscurecidas, o que “Alivia o indivíduo em grande parte do exame próprio de alternativas”. (LUHMANN, 1983, p. 53-54). O jus-sociólogo diz que:

A estrutura da seleção continua sendo seletiva, mesmo quando ela não é realidade conscientemente, quando é simplesmente vivenciada. Existem outras possibilidades, e elas se apresentam ao ocorrerem desapontamento de expectativas. É nessa possibilidade do desapontamento e não na regularidade da satisfação que se evidencia a referência de uma expectativa à realidade. As estruturas sedimentam, como expectáveis, um recorte mais delimitado das possibilidades. Dessa forma, elas são enganosas com respeito à real complexidade do mundo, permanecendo, em decorrência, expostas aos desapontamentos. Assim, elas transformam a sobrecarga permanente da complexidade no problema da experimentação eventual do desapontamento, contra o qual pode ser feito algo concreto. Do ângulo do sistema psíquico, portanto, podemos também dizer: elas regulam o medo. (LUHMANN, 1983, p. 54).

Logo, verifica-se que a estrutura da seleção é escolher entre diversas opções, mesmo quando não há consciência disso. Quando é feita uma opção, existem outras possibilidades, ainda que não se saiba, como, por exemplo, no caso de um receptor de uma mensagem, que não tem conhecimento das diversas alternativas do emissor da mensagem, que selecionou uma comunicação dentre aquelas possíveis.

Nestas escolhas e opções, que caracterizam seleção, e que são dotadas de contingência, sempre poderá ocorrer desapontamento de expectativas, já que elas podem ser enganosas em relação à complexidade do mundo. Por meio desta decepção, é possível verificar que há uma expectativa à realidade.

As estruturas obscurecem a real complexidade, aparentando que o número de possibilidades é menor, estando assim expostas a descontentamentos, a respeito do qual algo pode ser feito.

É nesse aspecto que se torna imprescindível diferenciar a expectativa normativa e a expectativa cognitiva, as quais são diferenciadas em termos funcionais. No nível cognitivo, os desapontamentos devem ser adaptados à realidade. Porém, no nível normativo, há uma estipulação em não aceitar os desapontamentos. (LUHMANN, 1983, p. 55-56).

Niklas Luhmann (1983) utiliza o exemplo da contratação de uma nova secretária para explicar este conceito. Esperar que a nova secretária seja jovem e bonita seria uma expectativa a nível cognitivo, sendo, neste caso, necessário adaptar o desapontamento à realidade, isto é, aceitar o desapontamento no caso

de ela não ser jovem e/ou não ser bonita. No nível normativo, contudo, é esperado que ela apresente determinadas condições de trabalho, sendo que, neste caso, não se deve aceitar o desapontamento. Não era a expectativa que estava errada, sendo a discrepância atribuída ao autor. (LUHMANN, 1983, p. 55-56).

Portanto, cabe ao direito estabilizar as expectativas normativas por meio de uma regulamentação geral em relação aos aspectos tempo, objetivo e social, e assim garantir a convivência pacífica da sociedade.

### 3.2.2 O que é a Evolução

Analisada a função do direito e a diferenciação entre as expectativas normativas e cognitivas, inicia-se a abordar como ocorreria a evolução do sistema jurídico. Para isto, abordar-se-á o conceito de evolução.

Marcelo Neves (2012) ensina que a “Concepção sistêmica da positividade do direito moderno é indissociável do modelo de evolução social como ampliação da complexidade, que conduz, na sociedade moderna, à diferenciação funcional”. (NEVES, 2006, p. 1).

Em outros termos, não há como afastar o direito positivo da evolução social, que aumentou a complexidade, e que leva à diferenciação funcional, consoante já abordado no tópico acima. Aliás, o direito necessita adotar critérios pós-modernos em uma sociedade pós-moderna, e não critérios modernos, pois a sociedade já não é mais moderna.

Niklas Luhmann (2007) diz que *“la sociedad es resultado de la evolución”*, ou seja, a sociedade é resultado da evolução. Explica também que a teoria da evolução tem como ponto de partida o paradoxo de tornar o improvável em provável (LUHMANN, 2007, p. 325-327), sendo que, a partir disto, a conduta desviante passaria a integrar o sistema. (NEVES, 2012, p. 1).

Por exemplo, *“La improbabilidad de supervivencia de individuos aislados (y aun de familias aisladas) se transforma en la (menor) improbabilidad de su coordinación estructural”*, ou seja, a improbabilidade de sobrevivência de indivíduos isolados ou famílias isoladas se transforma na menor improbabilidade de sua coordenação estrutural, assim se iniciando a evolução sociocultural. (LUHMANN, 2007, p. 326).

Embora seja improvável que indivíduos e/ou famílias isoladas sobrevivam, isto acaba se tornando a probabilidade que eles se organizem estruturalmente e, assim, exista a coordenação estrutural.

A teoria da evolução traz algumas reflexões, como a questão do tempo e a problemática acerca de como estruturas cada vez mais carregadas de pressupostos e mais improváveis podem surgir e ter um funcionamento normal, ou seja, a evolução altera “*La baja probabilidad del surgimiento en una alta probabilidad de la preservación*”. (LUHMANN, 2007, p. 326).

A evolução também não ocorre somente através de seus resultados estruturais, isto é, os efeitos não advêm tão somente da distribuição de energia e poder da sociedade, embora a captação destes resultados seja importante. Niklas Luhmann (2007) exclui as teorias modernistas de evolução, as quais são baseadas na razão e na história, utilizando do esquema neodarwinista para explicar a evolução (variação, seleção e restabilização). (LUHMANN, 2007, p. 327).

Um ponto importante a compreender, na concepção luhmanianna, é que a evolução não é causal (RIBEIRO, 2016, p. 135). Conforme o jus-sociólogo, a teoria da evolução trabalha com implicações causais, mas se renuncia a trabalhar com leis causais. (LUHMANN, 2007, p. 328).

Portanto, as leis não podem determinar a evolução, mas tão somente a estimular, ou seja, “A evolução não se dirige a um fim determinado ou à realização de um ideal ou valor”. (NEVES, 2012, p. 5).

Deve se saber ainda que “*Le sistema se confronta con un futuro indeterminable para él mismo – para lo cual en cierta manera se tienen acumuladas provisiones de adaptación a situaciones imprevisibles*”. (LUHMANN, 2007, p. 29).

Embora haja uma pequena possibilidade de previsão do futuro, sempre haverá uma margem de contingência, podendo as possibilidades apresentadas serem diferentes das esperadas. Nesse sentido:

A teoria da evolução não pretende aportar nenhuma interpretação do futuro, não caracterizando, tampouco, uma teoria do controle da evolução. Fundamental saber, também, que nenhum sistema evolui a partir de si mesmo. (RIBEIRO, 2016, p. 135).



Outro aspecto a ser destacado é que a evolução aumenta a biomassa do globo terrestre, assim como incrementa a quantidade de sucessos comunicativos desde que a linguagem surgiu. Além disso, a comunicação aumenta quando é possível dizer não, isto é, negar e/ou refutar comunicações. (LUHMANN, 2007, p. 327).

A sociedade utiliza a linguagem, assim como o direito utiliza a linguagem, embora em condições de compreensão diferenciadas. A ideia de que há uma autopoiese independente do direito, traz a compreensão de que há evolução independente do direito. (LUHMANN, 1998, p. 305).

Niklas Luhmann (1998) salienta que a evolução não é uma gradação paulatina, mas sim “*Un modo de câmbios estructurales del todo compatibles con transformaciones bruscas (‘catástrofes’) y con largos períodos de estancamiento (‘Stasis’)*” sendo que, para uma mudança ocorrer abruptamente, uma série de pré-condições torna-se necessária, as quais são chamadas de “*preadaptive advances*”. (LUHMANN, 1998, p. 305-306).

Isto ocorreria também para a possibilidade de um sistema de direito estabelecido em um nível de auto-observação, possibilidade de codificar o sistema através de conflitos normativos pelo código binário: direito/não direito. (LUHMANN, 1998, p. 306).

Dessa forma, torna-se possível saber se os observadores e os programas condicionais devem ou não se ater ao direito, podendo ocorrer uma maturação através desta função. Outro impulso evolutivo ocorreria quando o direito deve defender sua autonomia na ideia de diferenciação funcional já mencionada. (LUHMANN, 1998, p. 306). Conforme Luhmann (1998):

Outro impulso evolutivo sobreviene cuando el derecho debe defender su autonomía en el nuevo contexto de la diferenciación por funciones de la sociedad. Un sistema autopoietico que se cierra por primera vez o que defiende su clausura en un contexto social radicalmente transformado (que se vuelve, pues, a formar de nuevo), no lo hace mediante una reorganización planificada sino mediante una reconstrucción evolutiva de las instalaciones ya existentes. (LUHMANN, 1998, p. 306).

A partir do momento em que o direito deve defender a sua autonomia, toma outro impulso evolutivo, pois, no momento em que se fecha e se defende como um sistema fechado, termina por se reorganizar e se reconstruir, de modo que as instalações já existentes evoluem. A instituição da conciliação e da mediação

não deixa de ser uma reformulação das estruturas já existentes, e uma forma de resposta do direito à sociedade.

O autor destaca que, antes de compreender como estão diferenciadas as funções evolutivas da sociedade, seleção e variação, é necessário compreender como são as estruturas do sistema para que estas se encontrem expostas a evolução. Para isso, refere que “*Existe memoria en la sociedad*” (LUHMANN, 1998, p. 207), assim como “*La memoria social radica em la conservación tradicional de los conocimientos*”. (LUHMANN, 1998, p. 307).

Segundo o autor, esta forma de memória traz dificuldades, pois é possível notar desvantagens consideráveis em locais “*En donde precisamente las inseguridades o los conflictos de las situaciones complejas se debían conciliar mediante conocimientos incuestionables: en la adivinación y en el derecho*”. (LUHMANN, 1998, p. 307). Por isso, nestes campos, teriam ocorrido mudanças, buscando a conservação do conhecimento, tal como a escrita. (LUHMANN, 1998, p. 307-308).

A escrita é uma ferramenta de acoplamento estrutural entre a realidade física, psíquica e social. Niklas Luhmann (1998) destaca que:

Em este sentido, la escritura realiza mucho más de lo que expresa: produce un proceso de diferenciación de los textos, que luego puede servir de base *idéntica* para la creación de *diferentes* opiniones. [...] Sólo en medio de las marcaciones son posibles las marcas y las posibilidades de combinación de las marcas resultan ser un medio para la conformación de forma que luego se desempeñarán como texto. (LUHMANN, 1998, p. 308).

A escrita produz mais do que expressa, já que realiza um processo de diferenciação dos textos, podendo servir de base idêntica para a criação de diferentes opiniões.

O meio físico da escrita a provê uma constância que é independente da utilização comunicativa. Se não fosse assim, a escrita se dissolveria. A assimilação da escrita só ocorreria ao ser utilizada como informação, sendo que a assimilação se refere ao sentido e não à parte física da escritura. Exatamente por isto, a escrita pode garantir uma constância que não obsta estar chamando permanentemente informação diferenciada dentro do contexto fechado da comunicação em si mesma. (LUHMANN, 1998, p. 308-309).

Tal método possibilita que o sistema condense suas próprias identidades na reutilização do sentido. Assim sendo, a escrita possibilita o acesso permanente ao sentido e dificulta o esquecimento. (LUHMANN, 1998, p. 308-309).

Do mesmo modo, a escrita torna-se independente do momento da comunicação e das intenções de quem comunica. Se a intenção de quem comunica é relevante ou não, cabe à interpretação dizer. (LUHMANN, 1998, p. 309). Dessa forma, incumbe aos julgadores analisar a relevância ou não da intenção dos legisladores.

Portanto, a escrita serve para fixar informações que eram dignas de ser memorizadas. A escrita teria surgido para conservar as interpretações das adivinhações – práticas jurídicas que eram habituais – através da fórmula *si esto/entonces esto*. Além disto, este mecanismo serviria para fixar os acontecidos e reconhecer os desvios, assim antecipando evitar conflito, sendo que, mais tarde, recebe a função de “publicação” e de por em evidência que o direito é para qualquer pessoa. (LUHMANN, 1998, p. 309-311).

Enquanto os locais onde havia a cultura oral, sem a utilização da escrita, dependiam da repetição fidedigna, os textos escritos, por sua vez, têm maior liberdade de utilização em situações imprevistas, dependendo sempre de um maior cuidado para a redação dos textos. (LUHMANN, 1998, p. 311-312).

Assim, dessa forma, a forma escrita permite uma interpretação livre e ativa, sendo que *“Los textos deben ser comprensibles por sí mismos y deben poner límites a los espacios de interpretación. Y, sobre todo, deben evitar las contradicciones y velar por la suficiente consistencia”*. (LUHMANN, 1998, p. 311-312).

Dessa forma, verifica-se que o próprio texto escrito deve colocar limites à interpretação, buscando evitar ativismo judicial<sup>55</sup>, o que não se confunde com judicialização<sup>56</sup> e/ou discricionariedade judiciária<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Quando se fala em ativismo judicial, se está referindo a *“ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”*. (RAMOS, 2010, p. 116).

<sup>56</sup> A judicialização é *“uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado da vontade política”*. (BARROSO, 2009).

<sup>57</sup> Não há como negar, desconsiderar ou subestimar o papel da discricionariedade judiciária. Existem três espaços fisiológicos e que não podem ser suprimidos da discricionariedade judiciária: (a) poder de qualificação jurídica – interpretação da lei; (b) poder de verificação factual – valoração das provas; (c) poder equitativo de conotação dos fatos verificados –

Inicialmente, a escrita tinha tão somente a função de esclarecer e reconhecer possíveis desvios no direito; no entanto, posteriormente, recebe uma função de maior importância, qual seja, de manifestar a alteração jurídica ou de confirmá-la, mostrando-se como uma condição de validade do direito. (LUHMANN, 1998, p. 312).

As leis servem para que seja possível utilizá-las como informação, sendo que não há interesse que o sentido da lei seja estável por si só. Conforme Luhmann (1998):

La proyección de la norma es la que, en primer lugar, vuelve aguda la necesidad de acoplamiento entre el ahora y el después; el uso de la escritura en el plano de las expectativas normativas se da muy posteriormente (en el sentido de aletheia: sustraerse al olvido), y presupone ya una alta adaptación de los signos lingüísticos a la diversidad del lenguaje hablado – por ejemplo en las escrituras fonéticas. (LUHMANN, 1998, p. 317).

A lei e a sua proteção traduz a necessidade de acoplamento entre o agora e o depois. Isso não significa que a escrita do direito tenha a segurança pretendida, pois, neste caso, o direito não evoluiria. A insegurança de que as expectativas não se reconheçam como válidas não se elimina, mas tão somente se transforma. A escrita vem tão somente substituir a diferença de signo/sentido. (LUHMANN, 1998, p. 317). Ainda conforme o autor:

Una vez que el texto escrito queda encajado en el contexto de la comunicación de sentido, esto es: que puede ser leído, citado...; no queda otra posibilidad que organizar y abrirse a las remisiones de sentido. Esto es un doble procedimiento de reducción y aumento de la complejidad. (LUHMANN, 1998, p. 317).

Assim sendo, a partir do momento em que o texto se encontra inserido na comunicação do sentido, podendo ser lido e citado, não há como não se organizar e abrir as possibilidades e remissões de sentido. Nada mais é do que um processo de aumento e redução da complexidade.

As diferenças entre texto e interpretação, texto e contexto, sentido literal e sentido implícito, são o que expõe o direito à evolução. O texto escrito continua a ser observado novamente mediante novas distinções, sendo estas o que delimitam a tarefa da interpretação. Logo, “*Todo derecho asegurado mediante la*

---

espaços de compreensão e ponderação das condutas irregulares e irrepetíveis de cada fato. (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 45-47).

*escritura, es un derecho que puede ser interpretado*". São os textos, em si mesmo, que autorizam a interpretação de quem e como deve ser feito. (LUHMANN, 1998, p. 317-318).

Esta seleção de “*quién*” e “*como*” é como o direito pode se adaptar as transformações da sociedade, inclusive quando se fala da legislação escrita que prevê a mudança de textos, afinal todo texto está sujeito à interpretação. (LUHMANN, 1998, p. 318).

Somente a diferença entre texto e interpretação é o que permitiu e permite que o direito na sociedade possa evoluir:

Sólo hasta la sociedad moderna en la que la legislación comienza a dominar la evolución del derecho – con repercusiones difíciles de estimar –, toda la evolución del derecho (y sobre todo la evolución tan especial del derecho civil romano durante dos mil años), ha sido posible por la diferencia entre texto e interpretación. Esto es lo que ha determinado los resultados de la forma denominada derecho. (LUHMANN, 1998, p. 318).

As leis só começam a dominar a evolução do direito na sociedade moderna, sendo então possível compreender a diferença entre texto e interpretação, pois é o que permite a evolução.

A partir do momento em que se permite que um texto seja acessado por meio de diferentes sentidos, conforme a interpretação, é possível que permaneça vigente e válido por mais tempo. É esta diferenciação que permite que existam resultados da forma “direito”.

Assim como no sistema autopoietico, as condições da evolução são produtos da evolução. A evolução ocorre através da variação, da seleção e da estabilização (LUHMANN, 1998, p. 319), mecanismos evolutivos que serão abordados aprofundadamente no próximo tópico.

A evolução do direito ocorre através do conflito, pois somente através do combate é possível defender e buscar o reconhecimento de situações excepcionais, assim como se torna possível uma observação de segunda ordem. Contudo, as expectativas são importantes, pois mostram a capacidade de persistência da sociedade. (LUHMANN, 1998, p. 322-323).

Porém, nenhuma sociedade pode basear seu direito no consenso, não podendo este ser condição de validade para o direito, pois, caso assim o fosse, qualquer evolução estaria excluída. A evolução vai depender de como se resolve

o problema através de uma consulta social, sem que exista a necessidade de um consenso, de modo que alguns, como os legisladores e os juizes, vão considerar, para todos, quais normas são obrigatórias. (LUHMANN, 1998, p. 322-323).

Niklas Luhmann (1998) destaca que a transformação do direito não é consequência das atividades orientadas por seus fins, mas o resultado entre a variação e a seleção que se reproduz incessantemente. O autor relata ainda que, independentemente dos conceitos que possibilitam acesso ao processo legislativo estarem mal articulados, a prática dos tribunais, assim como a doutrina, dissolve cada vez mais a referência com a estabilidade do direito existente. (LUHMANN, 1998, p. 330-331).

A atividade desempenhada pelos tribunais e pela doutrina traz cada vez mais a (des)estabilização ao direito, à medida em que é possível que haja alterações na interpretação através de contextos fáticos cada vez mais diferenciados.

Com a fixação por escrito dos ditames jurídicos, torna-se possível verificar que o direito tradicional já não se encaixa e então se tenta conservá-lo mediante a sistematização conceitual, o que prova a tendência conservadora na inovação evolutiva. (LUHMANN, 1998, p. 333).

Em alguns casos, verificar-se-á tentativas de que o direito tradicional permaneça, embora ele já não mais corresponda à realidade e, mesmo assim, se tentará conservá-lo, como se pode verificar no caso do casamento/união homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo.

Embora existam diversas formas de constituição de família nos dias atuais, o texto do Código Civil, em seu artigo 1.723, referia que a entidade familiar seria a união entre homem e mulher, mostrando-se uma concepção conservadora e ultrapassada. No entanto, por muito tempo, houve uma tentativa constante de sua utilização nos julgados, sendo necessário o ajuizamento da ADPF 32/RJ, que posteriormente foi encampada pela ADI 4277, para que se reconhecesse a possibilidade da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

E, mesmo após este julgamento, existiam resistências ao reconhecimento das uniões e casamentos homoafetivos pelos cartórios, sendo que o Conselho Nacional de Justiça elaborou a Resolução 175, a qual prevê a proibição às autoridades administrativas competentes de se recusarem a celebrar o

casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (artigo 1º). Ainda não há qualquer lei com esta previsão<sup>58</sup>.

Através dessa situação, é possível observar que há uma resistência à inovação evolutiva e uma procura constante de conservar sistematicamente o direito, embora este já não se mostre mais adequado e tenha sofrido um processo de desestabilização.

No entanto, verifica-se que os conhecimentos jurídicos dão estabilidade à práxis, de modo que esta se desenvolve através da comparação cautelosa entre os casos já decididos e os novos casos. O método consiste sempre em provar de novo o alcance das deduções analógicas. Uma nova decisão não necessariamente está determinada por conceitos prévios. Para a evolução, é preciso que se reconheça a novidade de cada caso para decidi-lo. Só pode haver o exercício de subsunção quando um caso é igual ao outro. (LUHMANN, 1998, p. 332-333).

O sistema se mantém estável em razão das regras que sempre, de novo, podem ser aplicadas ou então o sistema do direito se desvia do ponto de partida existente e constrói mais complexidade através do *distinguishing*<sup>59</sup> e *overruling*<sup>60</sup>. Só no último caso, pode haver uma restabilização estrutural do direito. (LUHMANN, 1998, p. 334).

Através de uma multiplicidade de decisões do tribunal, é possível perceber seus defeitos e buscar melhores possibilidades de construção. O direito tem a oportunidade de amadurecer através de seus próprios defeitos. O sistema, reconhecendo seus próprios erros, pode utilizar de meios próprios e adequados para corrigi-los. Assim, é possível que o entorno/ambiente irrite o sistema jurídico e estas irritações nada mais são do que formas de analisar os problemas e as soluções que se possa construir. Desse modo, se questiona se pode

---

<sup>58</sup> Caso haja interesse no assunto, ver o artigo "Acesso à justiça e transformações sociais: direito à homoafetividade", de Michelle Fernanda Martins e Simone Stefani Signori (2016).

<sup>59</sup> Conforme Francisco Rosito, "*Distinguishing* (diferenciação) é a técnica utilizada no sistema da *Common law* para demonstrar que os fatos do caso concreto sob julgamento são diferentes dos fatos que geraram o precedente, razão pela qual este não deve ser aplicado àquele". (ROSITO, 2011, p. 88).

<sup>60</sup> Conforme Francisco Rosito, "A técnica do *overruling* (revogação) consiste na rejeição do precedente, sendo um juízo negativo sobre a sua *ratio decedendi*. É utilizada para reconhecer a existência de fundamento jurídico para abandono de precedente anteriormente estabelecido. Cuida-se da hipótese em que o precedente se revela ultrapassado ou equivocado, sendo substituído por decisão que adota diferente orientação". (ROSITO, 2011, p. 304-305).

melhorar o direito sem modificá-lo ou tão somente o modificando. (LUHMANN, 1998, p. 338).

Nesse sentido, Luhmann (1998) refere que o direito vigente impulsiona a sua própria modificação; no entanto, também conserva a sua estabilidade. As disposições para a estabilização do direito são dinâmicas e manipulam a variação do direito, tratando-se, portanto, de um procedimento circular. O direito, por meio de intervenções regulatórias na vida cotidiana, produz situações que serão motivo de conflito, cultivando a si mesmo. (LUHMANN, 1998, p. 339-340).

Verifica-se que, no final do século XIX e XX, iniciou-se a rejeitar a jurisprudência conceitual e a justificar as inovações. Isso se fundamenta em razão da democratização do sistema político e a canalização constitucional da influência política na legislação. A política, com a sua quantidade de diretrizes, provoca um impacto enorme no direito. (LUHMANN, 1998, p. 336, 340).

Desse modo, se verificará se os desejos políticos correspondem ao direito vigente. Não são tão somente os conflitos que fazem modificar o direito, mas também a política que persegue seus próprios propósitos. Importante referir que sem normas, não haveria conflito, cabendo, portanto, a norma indicar como se resolverá o conflito. Assim, a evolução do direito tem que se apoiar em sua interpretação, já que *“La interpretación realiza una prueba de consistencia al examinar qué comprensión de una norma cabe en el contexto de otras”*. (LUHMANN, 1998, p. 340).

Como resultado da evolução, para o direito, só existe o direito positivo, ou seja, só existe o direito que entra em vigor através do próprio direito, através do símbolo de validade jurídica. Luhmann (1998) destaca ainda que não se pode conceber o direito como um sistema lógico totalmente fechado, pois nenhum sistema lógico pode se fundamentar como um sistema livre de contradições. Assim *“La validez del derecho no radica en la unidad sino en la diferencia”*. A validade ocorre através da reprodução contínua. (LUHMANN, 1998, p. 342-343).

As diferenciações clássicas da teoria da evolução (variação/seleção/estabilização) são inevitáveis nas formações circulares, os impulsos do entorno aparecem como casualidades que afetam o sistema que já evoluiu. (LUHMANN, 1998, p. 347). Estes impulsos não realizarão a evolução, mas tão somente irão estimulá-la. (RIBEIRO, 2014a, p. 66).



No entanto, apesar de toda esta possível evolução e possível crescimento do direito, existem alguns âmbitos que inicialmente apresentarão problemas, na medida em que se desenvolvam os procedimentos de estabilização ou restabilização.

Primeiramente, estes processos sofrerão resistências, para que tão somente, em um momento posterior, possa ocorrer a restabilização. É o caso da introdução dos procedimentos de conciliação e mediação no processo civil, razão pela qual este é o objeto de estudo do presente trabalho.

Embora sejam tentativas válidas e que muito têm a contribuir com o direito, tornando-o mais próximo da sociedade, já que os indivíduos desejam ser escutados nos tribunais através de uma comunicação eficaz e estes procedimentos podem permitir isto, verifica-se que há uma tentativa de conservação sistemática do direito e uma resistência aos impulsos e inovações evolutivas, conforme abordado no primeiro capítulo.

Feitas estas ponderações iniciais, adentra-se na análise do processo evolutivo. Embora o improvável se torne provável, frequentemente, tal situação, por si só, não basta para o acontecimento evolutivo, razão pela qual se abordará a inovação, a seleção e a estabilização.

### *3.2.3 Fases da Evolução/Mecanismos Evolutivos*

Conforme dito acima, não basta a inovação para que ocorra a evolução, mesmo que esta seja a primeira etapa deste processo. Marcelo Neves (2012) refere que “Embora essa assimilação estrutural da inovação seja imprescindível à ocorrência do acontecimento evolutivo, ela lhe é insuficiente”, pois “A restabilização (dinâmica) diz respeito à compatibilização das novas expectativas com o sistema”. (NEVES, 2012, p. 6-7).

Para ocorrer a evolução, é necessário que exista a comunicação surpreendente, que ocorra algo fora do esperado, o que se traduz no mecanismo da inovação. Contudo, este é só o primeiro passo do processo evolutivo.

A inovação é imprescindível para que ocorra o impulso evolutivo, porém, por si só, é insuficiente, de modo que os mecanismos da seleção e estabilização/restabilização também precisam acontecer.

A restabilização é o terceiro e último acontecimento e ocorrerá quando o direito se reinventar e estiver mais compatível com a realidade fática de cada processo. Ocorrerá quando as inovações legislativas e os estímulos da evolução forem aceitos, passando a se reproduzir por si só, através das suas próprias bases constituintes.

A partir deste momento, por meio da restabilização, o direito poderá se mostrar adequado às expectativas normativas dos indivíduos, o que garantirá a convivência pacífica da sociedade. Para Niklas Luhmann (1998), a evolução ocorre quando são preenchidas as seguintes condições:

1. La *variación* de un elemento autopoiético respecto de los patrones de reproducción que habían sido, hasta el momento, vigentes.
2. La *selección* de la estructura que hace posible que dicha variación se constituya en condición de las siguientes reproducciones.
3. La *estabilización del sistema*, en el sentido de mantener-lo dinámicamente estable para que sea posible la reproducción autopoiética de la forma (determinada estructuralmente) que ha experimentado mutación. (LUHMANN, 1998, p. 304).

A variação diria respeito, portanto, aos elementos do sistema, a seleção à estrutura e a estabilização a unidade do sistema que se reproduz autopoeticamente. A improbabilidade da evolução consiste no fato de ser possível um acesso diferenciado a estes componentes. (LUHMANN, 1998, p. 304).

O jus-sociólogo destaca que não pode afirmar que a evolução da sociedade ocorra assim, mas que assim supõe. (LUHMANN, 1998, p. 303). Conforme explica Diógenes Ribeiro (2016):

[...] variação não significa, desde logo, transformação, uma vez que isso constituiria a própria evolução, mas que significa uma variante para uma possível seleção, que seleção é tão-somente uma ocorrência dessa forma e não de outra, mas que a seleção ocorre em seguida à variação produzida no sistema.

[...]

E, à sua vez, reestabilização refere-se à formação dos sistemas com relação aos quais algumas inovações oferecem duração no tempo e capacidade de resistência. (RIBEIRO, 2016, p. 136-137).

A variação não constitui automaticamente a transformação, pois isso já representaria a evolução. Ela tão somente é um desvio, uma variante, que pode ser selecionado. Esta seleção é a escolha desta forma e não de outra, que

ocorre logo após o acontecimento do desvio. Já a restabilização representa a capacidade de resistência desta inovação, assim como a sua duração no tempo.

Sinteticamente, a variação ocorre quando um padrão de reprodução, que até então tinha sido vigente, se mostra diferente. A seleção ocorre quando uma escolha é realizada e fará com que aquela variação seja uma condição das reproduções seguintes. A estabilização do sistema significa a reprodução autopoietica daquela forma que experimentou a mutação.

Através desta ideia, procura-se compreender o que são estes mecanismos evolutivos, do mesmo modo que foi analisado que aparentemente houve resistência dos tribunais na aplicação da audiência preliminar.

Este instituto foi introduzido no processo civil brasileiro por meio de uma reforma legislativa em 2002, buscando uma conciliação, e uma nova forma de solução de conflitos. No entanto, foi possível verificar que supostamente houve uma resistência ao estímulo evolutivo, não tendo ocorrido o mecanismo evolutivo da restabilização.

A audiência preliminar introduzida pela Lei 10.444/2002 foi uma reforma da audiência de conciliação, que havia sido introduzida no Código de Processo Civil de 1973 por meio da Lei 8.925/1994.

Ambas as leis objetivavam procurar a composição amigável das partes e dar uma maior dinamicidade ao processo. Na audiência preliminar, introduzida em 2002, também se procurava o saneamento do processo, e existiam duas excludentes para a sua obrigatoriedade: (a) se o direito em questão não admitisse transação; (b) se as circunstâncias evidenciassem ser improvável a obtenção de conciliação. Na audiência de conciliação, introduzida em 1994, a única excludente era se a causa versasse sobre direitos indisponíveis.

Porém, embora estas duas reformas tenham sido elaboradas, procurando assim melhorar o acesso à justiça, aparentemente houve uma resistência dos atores jurídicos para estas inovações.

Aparentemente, a evolução do direito foi impedida, já que, conforme a pesquisa empírica relatada no primeiro capítulo, verifica-se que, de um total de 44 decisões, em 27 delas, a audiência preliminar não foi considerada obrigatória e não houve a devida fundamentação em sua dispensa, totalizando assim um percentual de 61,36%, o que demonstra a resistência para este impulso

evolutivo. Dessa forma, a audiência preliminar acabou caindo em desuso e não sendo utilizado pelos tribunais e no processo civil brasileiro.

Tal situação mostra-se instigante, sendo necessário entender a razão dessa resistência, principalmente, quando há, novamente, outra tentativa do mesmo impulso evolutivo no Novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC/2015), quando é trazida a audiência de conciliação. Por esta razão, procura-se entender como ocorre a evolução do sistema jurídico e, para isto, torna-se imprescindível a análise dos mecanismos evolutivos.

Trazido o resultado desta pesquisa, que é exposto para que possa ser discutido, passa-se a analisar os mecanismos evolutivos dentro deste caso concreto: variação, seleção e estabilização/restabilização.

Niklas Luhmann (2007) explica que a diferenciação da variação, da seleção e da restabilização tem um sentido oculto em si mesma, a medida em que permite explicar como é possível que manifestações transitórias se constroem e se desconstroem, assim como servem para desenvolver o paradoxo do improvável no provável. (LUHMANN, 2007, p. 335).

Os conceitos de variação e seleção questionam como é possível a distinção do provável e do improvável, assim como transformam o conceito inicial de paradoxo em algo mais possível de ser trabalhado. (LUHMANN, 2007, p. 335).

A variação ocorre quando há uma diferença dos padrões de reprodução que até então tinham sido vigentes. O mecanismo evolutivo da evolução ocorre quando ocorrem comunicações inesperadas e surpreendentes (LUHMANN, 2007, p. 358), as quais podem até mesmo consistir em erros.

A variação, no caso analisado, ocorre através da irritação a qual os tribunais estão acometidos em razão da elevada sobrecarga de processos e de novas demandas e, por consequência, da morosidade dos processos, o que cria a “*crise do Poder Judiciário*”.

Esta variação também é consequência das transformações da sociedade e da complexidade do mundo, que trazem diversas opções e novas realidades sociais, para as quais o Poder Judiciário precisa dar respostas, já que esta é sua função. Contudo, algumas vezes, este órgão não possuirá estas respostas, o que demonstra que novas seleções são necessárias.

Assim, há variação nos elementos de reprodução que até então tinham sido vigentes, na medida em que aqueles padrões de repetição não se mostram mais

satisfatórios. Porém, até aquele momento, tinham sido atendidos. No contexto atual, a recente e ainda nova democratização do acesso à justiça não tem se mostrado satisfatória.

A seleção ocorre quando se escolhe uma estrutura que permita que aquela variação se constitua em uma condição das reproduções seguintes. No presente caso, se procuram novas alternativas para que todas as demandas possam ser atendidas, ou seja, que o elevado número de processos não obstaculize o atendimento das demandas individuais e/ou sociais conforme cada caso concreto.

Busca-se que todos possam continuar ingressando com as suas ações, procurando resolver conflitos, e que isso não impeça a concretização de direitos, isto é, que o Poder Judiciário consiga atender a esta demanda, assim como consiga analisar cada caso concreto. A partir do momento em que se vive em uma sociedade caracterizada pela informação, há consciência dos direitos, o que fará com que a luta por eles aumente.

Além disso, o acréscimo de demandas faz com que aumente o número de situações e peculiaridades, motivo pelo qual o julgador e as partes precisam estar mais próximos, para que seja possível analisar cada caso concreto. Para isto, novas estruturas serão selecionadas.

O mecanismo evolutivo da seleção escolhe as referências de sentido que possuem valor para formar as estruturas. (LUHMANN, 2007, p. 358). Através da seleção, procura-se um método de atender as novas demandas e a reivindicação de direitos da população.

Assim sendo, no mecanismo evolutivo da seleção, inicia-se a procura por um novo modo de gestão da prestação jurisdicional e iniciativas para o Poder Judiciário através de discussões. Portanto, a nova realidade social e a elevada sobrecarga de demandas judiciais se tornam uma condição para que se possa pensar em alternativas.

Dessa forma, após discussões e debates, ocorre a seleção através da inovação legislativa, que deve ser incorporada no sistema. No caso concreto analisado, esta seleção ocorreu quando se resolveu instituir a audiência de conciliação, através de uma reforma legislativa de 1994 (Lei 8.952/1994) e, posteriormente, quando se resolveu instituir a audiência preliminar, através de

uma reforma legislativa no diploma processual civil no ano de 2002 (Lei 10.444/2002).

Estas escolhas foram feitas para fomentar a conciliação entre as partes, assim como sua autonomia, o que poderia trazer como consequência a diminuição das demandas judiciais, já que a condução do processo torna-se mais próxima ao contexto fático do processo.

Pode-se verificar a instituição da audiência de conciliação e da sessão de mediação pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015) também como representativa da fase da seleção.

A estabilização/restabilização, por sua vez, ocorreria quando se tornasse possível a reprodução autopoietica daquela forma que experimentou a mutação. Conforme Niklas Luhmann (2007), *“La reestabilización se refiere al estado del sistema que está evolucionando después de una selección que ha resultado positiva o negativa”*. (LUHMANN, 2007, p. 358).

Logo, o mecanismo evolutivo da estabilização/restabilização tornaria possível a repetição da inovação legislativa que foi trazida, por si só, sendo capaz de se autorreproduzir através de seus próprios elementos.

No caso concreto, a estabilização ocorreria através da incorporação, no sistema jurídico, da obrigatoriedade da audiência preliminar na interpretação do direito, sendo que este entendimento continuasse a se reproduzir por si só, o que se verifica que não foi possível e, portanto, aparentemente não houve a evolução do sistema jurídico.

Conforme dito por Marcelo Neves (2012), a seleção não necessariamente significa a restabilização, sendo que esta só ocorreria no momento em que *“A nova expectativa é inserida como norma jurídica vigente no modelo estrutural de reprodução do direito”*. (NEVES, 2012, p. 19).

A expectativa depositada na audiência preliminar não se tornou vigente no modelo estrutural de reprodução do direito, na medida em que não ocorreu a sua restabilização. É neste ponto que se insere o *“Problema da inserção consistente da nova norma no ordenamento jurídico”* (NEVES, 2012, p. 19), ou seja, da resistência a novas regras no sistema jurídico.

Importante, neste aspecto, destacar ensinamento de Niklas Luhmann (2007) que refere que *“Es claro, ante todo, que tanto las selecciones positivas como las negativas dejan tras de sí un problema de estabilidad”* (LUHMANN,

2007, p. 337), ou seja, as inovações não estarão livres de problemas de estabilidade.

Dessa forma, verifica-se um grande problema no mecanismo da “estabilização” do direito na análise da inovação legislativa aqui discutida, visto que as decisões proferidas quanto à audiência preliminar não foram capazes de a estabilizar no sistema, de forma que continuasse sendo utilizada através da reprodução autopoietica.

Assim sendo, não foi realizado o objetivo inicial, qual seja trazer a discussão do processo mais próxima da realidade, fomentar a conciliação entre as partes e prestar uma jurisdição mais efetiva, objetivos que serão melhor abordados no próximo item.

Marcelo Neves (2012) refere que:

As estruturas inovadoras só terão capacidade de resistência se forem incorporadas como parte de uma unidade auto-referencial de comunicações, seja esta a sociedade como um todo ou de seus sistemas parciais. Daí não decorre, porém, elas tenham que se ‘adaptar passivamente’ ao modelo estrutural já existente. Ao contrário, a restabilização como mecanismo evolutivo implica, em grau maior ou menor, que as estruturas preexistentes rearticulem-se para adequar às novas expectativas, possibilitando, assim, a continuidade dinâmica da sociedade. (NEVES, 2012, p. 7).

O autor explica, portanto, que a inovação só resiste quando ela se transforma em parte de uma unidade autorreferencial de comunicações, isto é, quando ela se transforma em parte de uma unidade que se reproduz por si só. No caso, a audiência preliminar só resistiria se ela tivesse se transformado em parte do sistema do direito, que é autorreferente, na medida em que se reproduz através das suas próprias bases constituintes, o que não se constata que não ocorreu.

Tal situação, portanto, não significa que as inovações devem se adaptar passivamente ao modelo estrutural que já existe. Luhmann (2007) refere que “*En el caso de la selección positiva debe establecerse en el sistema una nueva estructura con consecuencias que más adelante deben probarse*” (LUHMANN, 2007, p. 337), dizendo, portanto, que quando há uma seleção positiva, o sistema deve articular uma nova estrutura para que, posteriormente, seja possível ser provada.

No caso, o direito precisa estar pronto para ser modificado e rearticulado, de modo que possa aceitar novas expectativas e respondê-las, dando respostas efetivas. Em síntese, não são as inovações que devem se adaptar ao direito, mas o direito que deve se adaptar às inovações.

A restabilização consiste na ideia de que o sistema já existente possa se rearticular para se adequar às novas expectativas.

Portanto, a evolução ocorrerá com a construção e a estabilização de uma nova estrutura no sistema, após ela ter sido selecionada em virtude de um desvio, uma variação, uma inovação.

A partir do momento em que houve a construção e a estabilização de uma nova estrutura no sistema, outros estímulos à evolução ocorrerão, de modo que uma nova desestabilização surgirá, e todo este processo se repetirá ou não, podendo demonstrar evolução ou não.

A sociedade, diante da velocidade das transformações, exige que o direito cumpra a sua função por meio da evolução do sistema, razão pela qual, nos próximos tópicos, se abordará o conceito de acesso à justiça e o conceito de resiliência jurídica.

### **3.3 O Acesso à Justiça Dentro da Evolução do Sistema Jurídico**

#### *3.3.1 Breve Conceituação do Acesso à Justiça*

O conceito clássico de acesso à justiça se encontra na obra “Acesso à Justiça” de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988). Para a melhor compreensão do conceito, se abordará, primeiramente, a ideia desta obra para que depois seja possível melhor desenvolver o tema.

Segundo estes autores, o “acesso à justiça” passou por três situações básicas, as quais ocorreram em ordem cronológica. Estas situações seriam “ondas”, as quais se apresentaram como prováveis soluções para os problemas que limitavam o acesso à justiça. Os autores; contudo, frisam que é necessária uma reflexão ainda maior sobre este tema. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31).

Em síntese, a primeira onda seria garantir a assistência jurídica aos pobres; a segunda onda diria respeito às reformas tendentes a proporcionar



representação jurídica para os interesses difusos, especialmente no tocante ao direito do consumidor e no direito ambiental; e a terceira onda seria o “*enfoque de acesso à justiça*”, isto é, a priorização de uma reforma interna no processo na busca da efetiva tutela jurisdicional. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31-73).

A intenção, neste trabalho, não é discorrer exaustivamente sobre este tema, mas apenas introduzir conceituações gerais, assim como os problemas apresentados por estas “ondas”, para que se torne possível analisar o trabalho sob a ótica do “acesso à justiça”.

### 3.3.1.1 A Primeira Onda

Quanto à primeira onda, Cappelletti e Garth (1988) destacam que os primeiros esforços dos países ocidentais para proporcionar o acesso à justiça concentraram-se em oferecer os serviços jurídicos para os pobres, já que o auxílio de um advogado seria fundamental para entender “*leis misteriosas*” e desvendar “*procedimentos misteriosos*”.

Assim sendo, o acesso à justiça foi reconhecido; no entanto, os serviços de assistência judiciária de diversos países se mostraram insuficientes e inadequados, já que se fundamentavam, na maior parte dos casos, em serviços prestados por advogados sem contraprestação. O Estado não adotava qualquer ação positiva para garantir o acesso à justiça, sendo prestada uma assistência judiciária gratuita ineficiente. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31-32).

Portanto, diversos países iniciaram a adotar soluções para efetivar estes direitos; contudo, não se descreverá estas experiências, pois não é o objetivo do presente trabalho. Apenas, a título de curiosidade, menciona-se que existiram três formas de sistema de assistência jurídica aos pobres: a) o sistema *judicare*<sup>61</sup>; b) o advogado remunerado pelos cofres públicos e c) os modelos combinados. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 35-43).

Por fim, os autores destacam que para o efetivo acesso à justiça no tocante a primeira onda, se mostra necessário: (a) um grande número de advogados; (b)

---

<sup>61</sup> “Trata-se de um sistema através do qual a assistência jurídica é estabelecida *como um direito* para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei, *Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado*. A finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado.” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 35)

que os advogados se tornem disponíveis para auxiliar aqueles que não podem pagar pelos seus serviços; (c) uma especial atenção para o problema das pequenas causas individuais. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 47-48).

### 3.3.1.2 A Segunda Onda

No tocante à segunda onda, a preocupação se refere à representação adequada e efetiva dos interesses difusos, assim denominados os interesses coletivos ou grupais. Apesar da preocupação anteriormente apresentada acerca da representação dos pobres enquanto grupo, se ignoravam direitos difusos, como a proteção ao meio ambiente ou ao direito do consumidor. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49-50).

Esta segunda onda trouxe a necessidade de reflexões de concepções que até então eram tidas como tradicionais no processo civil, já que estas não abriam espaço para a proteção de interesses difusos. Desta forma, foram feitas reformas legislativas e proferidas decisões judiciais no sentido de proteção dos interesses difusos. Cita-se, como exemplo, as *class actions*<sup>62</sup> do direito norte-americano. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49-50).

Os autores afirmam ainda que, apesar da ação governamental ser a principal forma de efetivação dos direitos difusos, sozinha esta não conseguiu alcançar grande êxito, pois o Ministério Público e as instituições análogas não conseguiriam assumir sozinhos a defesa dos interesses difusos. Além disso, alegam que, para isto, seriam necessários conhecimentos em áreas técnicas, não jurídicas, como urbanismo, contabilidade, medicina, entre outros. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 51-52).

Cappelletti e Garth (1988) apontam como solução a esta problemática uma eficiente ação de grupos particulares e a combinação de recursos, como as

---

<sup>62</sup> “A class action do direito norte-americano pode ser definida como o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum. Seu cabimento restringe-se àquelas hipóteses em que a união de todos que poderiam ser partes em um mesmo processo (que se afirmam titulares da lide levada ao Estado juiz, portanto) não é plausível (até porque seu número poderia chegar a milhões) ou porque sua reunião, em um só processo, daria ensejo a dificuldades insuperáveis quanto à jurisdição e à competência. Há precedentes jurisprudenciais onde se verifica que, precisamente pela grande dispersão territorial dos afetados, justificou-se a instauração e o processamento daquela pretensão como class action”. (BUENO, 2013).

ações coletivas, as sociedades de advogados de interesse público, a assessoria pública e o advogado público. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 55-67).

Apesar destes grupos necessitarem de recursos econômicos, experiência e especialização para poder defender apropriadamente um interesse difuso, assim como os advogados públicos não serem responsabilizados pelos interesses que defendem, além de existir dúvida quanto à sua viabilidade a longo prazo, estas soluções seriam um ponto de partida para a reivindicação dos interesses difusos de forma adequada e eficiente. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 55-67).

### 3.3.1.3 A Terceira Onda

A terceira onda atende sob o nome de “*enfoque de acesso à Justiça*” em razão de sua abrangência. Em síntese, esta onda reconhece a importância das duas ondas anteriores, mas ressalta que seus limites devem ser conhecidos, direcionando a sua atenção ao “Conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”. Em síntese, esta posição procura mecanismos para efetivar o acesso à justiça e, por conseguinte, os direitos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67-71).

Ela sugere diversas reformas, sendo estas:

Alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais para a solução de litígios. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 71).

Além disso, esta onda defende a necessidade de adaptação do processo civil ao litígio, já que as contendas são diversas em sua complexidade, necessitando de adequação cada caso concreto. Assim sendo, cada disputa deve ser bem analisada. Deve-se também estudar tanto a repercussão individual quanto a repercussão coletiva de determinado caso. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 71-72).

Seria neste contexto, no da terceira onda, que estaria enquadrado o instituto da audiência preliminar, previsto no artigo 331, do Código de Processo

Civil de 1973 (CPC/1973), e/ou o instituto da audiência de conciliação, previsto no artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015 (NCPC/2015).

A inserção nesta terceira onda ocorreria na medida em que são novos instrumentos instituídos para tentar conferir efetividade ao processo, buscando garantir direitos e possibilitar o acesso à justiça, objetivando ainda prevenir disputas na sociedade moderna, de forma a “aliviar” as expectativas normativas.

A audiência de conciliação, em especial, trata-se de mecanismo enquadrado nesta terceira onda, pois utiliza pessoas leigas ou paraprofissionais que serão profissionalizadas para facilitar a solução de litígios.

Há também uma margem de probabilidade de que o número de processos será reduzido, de forma que será possível melhor direcionar os processos, conforme se mostrar a forma de condução mais adequada. Verifica-se também o processo civil tentando se reinventar.

Esta já era a intenção com a audiência preliminar através das reformas legislativas de 1994 e 2002 (CPC/1973); porém, aparentemente houve uma grande resistência aparente em sua aplicação. Deste modo, questiona-se se esta suposta resistência não se estenderá à audiência de conciliação.

Adverte-se ainda que, ao analisar as críticas que são realizadas às tentativas de conciliação nos processos judiciais, poder-se-ia sustentar que a audiência de conciliação e/ou a audiência preliminar esbarraria na primeira onda do acesso à justiça, tendo em vista a desigualdade entre as partes do processo, na medida em que os “pobres” não teriam a mesma assistência judiciária.

Entretanto, deve-se destacar que, tanto na audiência preliminar quanto na audiência de conciliação, as partes devem estar representadas por procuradores, advogados ou defensores públicos, que possam defender seus interesses. Além disso, caso seja superada esta dificuldade da primeira onda, devem os tribunais e atores jurídicos – tanto advogados quanto juízes – estarem preparados para uma efetiva prestação jurisdicional, de modo a atender à quarta onda do acesso à justiça, que será explicada a partir de agora.

#### 3.3.1.4 A Quarta Onda

Kim Economides (1999), em seu artigo “Lendo as ondas do ‘Movimento de Acesso à Justiça’: epistemologia versus metodologia”, refere que existiria uma

quarta onda – e talvez última, a qual consistiria no acesso dos atores jurídicos à justiça, inclusive daqueles que trabalham no sistema judicial. (ECONOMIDES, 1999, p. 72). Conforme este autor, “O acesso dos cidadãos à justiça é inútil sem o acesso dos operadores do direito à justiça”. (ECONOMIDES, 1999, p. 62).

O autor adverte que “A experiência quotidiana dos advogados e a proximidade da Justiça cegam a profissão jurídica em relação a concepções mais profundas de justiça (interna ou social)”, de modo que estes profissionais ignorariam a relação entre justiça civil e justiça cívica. (ECONOMIDES, 1999, p. 72).

Em síntese, a quarta onda representaria as dimensões ética e política da administração da justiça, sendo que esta ensejaria desafios para a responsabilidade profissional, assim como para o ensino jurídico. (ECONOMIDES, 1999, p. 72).

A ideia seria que não se deve atentar somente para o campo da demanda dos serviços jurídicos, mas também para o campo da oferta dos serviços jurídicos, sendo que, para isto, mostra-se necessário realizar dois questionamentos distintos. O primeiro questionamento seria relativo a quem consegue ter acesso ao ensino jurídico e ingressar nas profissões jurídicas. O segundo questionamento seria relativo a se os atores jurídicos têm acesso à justiça, isto é, se tanto juízes quanto advogados estão equipados para “fazer justiça”. (ECONOMIDES, 1999, p. 73).

Uma das questões importantes, no primeiro aspecto, seria a respeito da reflexão acerca da obrigação do governo de promover o acesso à profissão legal a minorias excluídas social e historicamente. Consoante Kim Economides (1999), essa inclusão das minorias à carreira jurídica é um requisito para o acesso à justiça dos cidadãos brasileiros. (ECONOMIDES, 1999, p. 73).

Ultrapassado este aspecto, deve-se questionar como é possível garantir que advogados e juízes tenham acesso à justiça, sendo que tal questionamento lança sérias questões éticas a respeito da responsabilidade no ensino jurídico, assim como nos organismos profissionais, não somente em relação à admissão às profissões jurídicas, como também na manutenção de “padrões mínimos de profissionalização”. (ECONOMIDES, 1999, p. 73).

Conforme este autor, é necessário o entendimento da “Responsabilidade das faculdades de direito na formação do caráter profissional dos advogados”,

pois, muitas vezes, nestes locais, a ética legal é vista como um paradoxo, assim como a lei é vista fora de alcance, sendo que a justiça é vista como uma “utopia distante”. (ECONOMIDES, 1999, p. 73-74).

O autor sugere ainda que uma iniciativa válida para melhorar estes aspectos seria que os estatutos de classe e código de ética profissional focassem na igualdade de oportunidades, o profissionalismo humanitário e os direitos humanos. (ECONOMIDES, 1999, p. 73-74).

Os grandes desafios a serem enfrentados pela tentativa de conciliação no processo civil parecem ser referentes a esta quarta onda, pois, embora trate-se de reforma que busca melhorias na relação processual, torna-se inevitável questionar se os tribunais estarão equipados para tais iniciativas, assim como se os advogados e juízes estarão preparados profissionalmente para este novo método, sendo necessário questionar, como referido no artigo de Kim Economides (1999), se os atores jurídicos e os cidadãos terão acesso à justiça.

### *3.3.2 Acesso à Justiça nos Tempos Atuais*

Antes de adentrar especificamente na análise do acesso à justiça nos tempos atuais e após ter feito uma breve exposição sobre as ondas do acesso à justiça, é importante saber que a dogmática jurídica tem tido dificuldades para encontrar a sua conceituação. No entanto, Cappelletti e Garth (1988) referiram que acesso à justiça serve para delimitar duas finalidades básicas: é o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos, assim como resolver seus litígios sobre a proteção do Estado. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Estes autores referem, através destas finalidades, que, primeiramente, o sistema deve ser acessível a todos e, em segundo lugar, é necessário que ele produza resultados que sejam justos, individual e socialmente. Cappelletti e Garth (1988) afirmam ainda que, na obra “Acesso à Justiça”, eles trabalham essencialmente com o primeiro aspecto, embora o segundo não possa ser esquecido. Ressaltam ainda que a justiça social pressupõe o acesso efetivo. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 71-72).

Embora os desafios da primeira onda e da segunda onda ainda não estejam superados, especialmente na realidade brasileira, que é um território amplo e possui regiões menos favorecidas, onde muitas vezes sequer é possível ter

acesso ao prédio do Poder Judiciário ou a um advogado, o presente trabalho não pretende trabalhar estas questões, que merecem muitas reflexões e possuem excelentes pesquisas sendo feitas a respeito<sup>63</sup>.

O presente trabalho foca na terceira e quarta ondas, analisando a prestação jurisdicional efetiva<sup>64</sup>, pois não adianta que seja possibilitado o acesso ao Poder Judiciário sem que seja possibilitado o acesso à justiça.

Segundo Ulisses Viana (2011), para que seja possível analisar o acesso à justiça como direito ao processo justo, é preciso compreender a organização do Poder Judiciário no Brasil, principalmente as funções dos tribunais superiores. (VIANA, 2011, p. 93). No próximo capítulo, se abordará dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça para que seja possível ter uma melhor visão da organização do Poder Judiciário no Brasil.

Ulisses Viana (2011) ensina ainda que, com a ampla gama de direitos e liberdades trazida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Poder Judiciário é elevado a uma posição de “Verdadeira ‘câmara de descompressão’ dos conflitos sociais e guardião último da legalidade e das liberdades e garantias democráticas”. (VIANA, 2011, p. 94).

Nesse contexto, sendo estabelecidos diversos direitos e passando a sociedade a pleitear pela sua concretização, assim como solicitar o reconhecimento de novos direitos, alguns problemas surgem. Há pouca efetividade e utilidade dos direitos, restando prejudicado o acesso à justiça.

Ulisses Viana (2011) afirma que “A situação crítica vivida pela jurisdição no Brasil, envolvida numa crônica inefetividade, com baixa utilidade (eficiência) final na tutela dos direitos, conduz-nos, como sociedade, à busca de alternativas factíveis”. (VIANA, 2011, p. 94).

É oportuno considerar que a sociedade atual é dinâmica e veloz, com transformações e comunicações instantâneas, nas quais ocorrem mudanças a

---

<sup>63</sup> Cita-se, apenas como exemplo, dois trabalhos que foram vistos em congressos e merecem atenção no aspecto da primeira e segunda ondas do acesso à justiça, embora ainda existam aspectos da terceira e quarta ondas: “A justiça itinerante como política de democratização do acesso à justiça: estudos de caso do Bailique (AP) e do Complexo do Alemão (RJ)”, apresentado por Leslie Sherrida Ferraz, no *Sociology of Law*, congresso realizado no ano de 2015, no Unilasalle e “Estado do bem-estar social e justiça: Direito, sociedade e o terceiro setor”, apresentado por Bruno Valverde Chahaira, no CONPEDI realizado no ano de 2016, na UNB, em que foram apontados aspectos da primeira onda de acesso à justiça no Estado de Rondônia.

<sup>64</sup> A adequada prestação jurisdicional ocorre quando todos os atores jurídicos exercem uma atividade com o objetivo de atingir os fins últimos da jurisdição.

todo tempo, sendo que, diariamente, o improvável se torna provável, o que pode ensejar evolução a todo o tempo, nos termos luhmannianos.

Além disso, é importante ter presente a ideia de que a sociedade e os indivíduos não esperam que haja uma regulamentação jurídica para decidir como viver. (RIBEIRO, 2013, p. 26).

Nos tempos atuais, a sociedade pós-moderna apresenta como critério a complexidade, que, conseqüentemente, traz a possibilidade de diversas escolhas. Logo, deve-se lembrar que, no processo da evolução, construções altamente complexas podem ser destruídas ou substituídas por “*simplificações superiores*” (NEVES, 2012, p. 15). Assim, abre-se o manancial de direitos que é possível pleitear.

Quanto mais escolhas e possibilidades existem, mais é possível que se demande por direitos, solicitando acesso à justiça. No entanto, não é suficiente somente acessar o Poder Judiciário, é preciso que haja este acesso e que este permita que os direitos pleiteados sejam efetivos.

Todavia, a efetividade torna-se cada vez mais difícil, pois há multiplicidade de possibilidades e diversas situações possíveis, de modo que a contingência é aumentada, podendo, muitas vezes, ocorrer que as respostas apresentadas sejam diferentes das esperadas. Dessa forma, o sistema do direito precisa aumentar a sua complexidade para oferecer o maior número de respostas possível.

Dentro desse desafio no qual o direito está inserido, percebe-se também que, embora haja uma grande solicitação pela efetividade e reconhecimento dos direitos, os indivíduos não esperam a regulamentação jurídica para realizar as suas escolhas e decidir como viver.

No entanto, embora estes indivíduos não esperem a regulamentação jurídica, depositam expectativas normativas no direito para que este resolva seus conflitos, disso decorrendo o fenômeno da judicialização. Geralmente, os indivíduos depositam a esperança da resolução dos seus problemas no Poder Judiciário, mesmo sem leis regulamentando determinada situação. Logo, muitas vezes, resta caracterizada uma deficiência legislativa (RIBEIRO, 2013, p. 26), onde o Poder Legislativo não consegue produzir normas para a regulamentação do convívio social.



Não são poucos os desafios enfrentados pelo Poder Legislativo, para a produção legislativa<sup>65</sup> (RIBEIRO, 2013, p. 27), sendo praticamente impossível que esta consiga atender às reivindicações sociais, principalmente aquelas mais polêmicas, que enfrentam o conservadorismo de outro segmento da população. É possível vislumbrar este contexto nas situações na regulamentação do divórcio, da união civil homoafetiva, da união estável, entre outros.

Conforme Diógenes Ribeiro (2010), quando analisa a tramitação do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil:

Por outro lado, percebe-se, também, a pretensão de que haja uma rápida tramitação do projeto no parlamento, o que não é possível garantir, uma vez que, posto um projeto nas casas legislativas, há uma dependência grande da vontade política dos presidentes das comissões e dos relatores, assim como, depois, de consenso sobre emendas que sejam propostas. E isso é natural, aliás, em qualquer Parlamento, até tendo em conta a origem dessa expressão. As casas legislativas se caracterizam pela discussão dos relevantes temas e projetos que lá tramitam. E essa discussão não segue a vontade da sociedade, muitas vezes. Há, com efeito, temas com relação aos quais os cidadãos pretendem uma deliberação legislativa, que são deixados, dada a sua imensa controvérsia, ao léu, ou enfim, para que o judiciário vá examinando e julgando os fatos pertinentes a tais temas, até que haja uma pressão enorme da cidadania e, igualmente, vontade política para deliberação. (RIBEIRO, 2010, p. 3).

Conforme o autor, por mais que se pretenda que determinado projeto legislativo tramite rapidamente, este depende da vontade política dos presidentes das comissões e dos relatores, assim como consensos para que alterações sejam feitas, o que é comum e próprio à casa legislativa. O parlamento se caracteriza pelos projetos que lá tramitam. Contudo, alguns projetos não são discutidos, em razão da grande controvérsia que possuem, sendo deixado para o judiciário o exame do tema, até que haja uma pressão enorme dos cidadãos para a discussão daquele projeto ou vontade política para deliberar a respeito do tema.

Ademais, vive-se um mito que a sociedade é perfeitamente regulada, de que a sociedade seria um projeto jurídico perfeito. Credita-se este mito, entre

---

<sup>65</sup> Destaca-se que esta deficiência legislativa ocorre por diversos fatores, entre os quais: (i) o elevado número de projetos legislativos e a ausência de tempo para a deliberação; (ii) interesses conflitantes de parlamentares; (iii) interesse do governo e pressão da opinião pública e de outros setores deliberantes; (iv) dificuldade de amplo conhecimento e análise técnica dos projetos; (v) velocidade das transformações sociais que pleiteiam por alterações legislativas. Há destaque para o critério econômico e a opinião pública que, por muitas vezes, acabam pautando a produção legislativa. (RIBEIRO, 2013, p. 25).

outras coisas, a simbologia dos currículos dos cursos jurídicos, os concursos públicos e o exame de ordem, que parecem indicar que há uma legislação elaborada de maneira perfeita. Haveria ainda uma crença de que se a legislação deixa lacunas, o Judiciário resolve a questão. (RIBEIRO, 2014b, p. 211;219-220).

Dessa forma, não há como estranhar que os indivíduos depositem as suas esperanças no Poder Judiciário, acreditando que este sempre resolverá os conflitos pelos quais passam. Contudo, o Judiciário não possui todas as respostas, embora seja chamado a sempre decidir, sendo a esperança de muitos cidadãos.

O Judiciário, por sua vez, também não consegue acompanhar todas as transformações sociais e é improvável que venha a conseguir, principalmente em um contexto onde a velocidade de informação é cada vez mais rápida, onde a globalização nos permite ter contato com múltiplas realidades e onde se vive em um contexto de “modernidade líquida”<sup>66</sup>, como defendido por Zygmunt Bauman (2001, p. 8).

O direito, muitas vezes, mostra-se insuficiente a dar todas as respostas para estas questões, sendo necessária uma fragmentação. Percebendo esta realidade, e sendo impulsionada pelas transformações sociais – que são um

---

<sup>66</sup> “O que todas essas características dos fluidos mostram, em linguagem simples, é que os líquidos, diferentemente dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade. Os fluidos, por assim dizer, não fixam o espaço nem prendem o tempo. Enquanto os sólidos têm dimensões espaciais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo (resistem efetivamente a seu fluxo ou o tornam irrelevante), os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la; assim, para eles, o que conta é o tempo, mais do que o espaço que lhes toca ocupar; espaço que, afinal, preenchem apenas ‘por um momento’. Em certo sentido, os sólidos suprimem o tempo; para os líquidos, ao contrário, o tempo é o que importa. Ao descrever os sólidos, podemos ignorar inteiramente o tempo; ao descrever os fluidos, deixar o tempo de fora seria um grave erro. Descrições de líquidos são fotos instantâneas, que precisam ser datadas. Os fluidos se movem facilmente. Eles ‘fluem’, ‘escorrem’, ‘esvaem-se’, ‘respingam’, ‘transbordam’, ‘vazam’, ‘inundam’, ‘borrifam’, ‘pingam’; são ‘filtrados’, ‘destilados’; diferentemente dos sólidos, não são facilmente contidos — contornam certos obstáculos, dissolvem outros e invadem ou inundam seu caminho. Do encontro com sólidos emergem intactos, enquanto os sólidos que encontraram, se permanecem sólidos, são alterados — ficam molhados ou encharcados. A extraordinária mobilidade dos fluidos é o que os associa à idéia de ‘leveza’. Há líquidos que, centímetro cúbico por centímetro cúbico, são mais pesados que muitos sólidos, mas ainda assim tendemos a vê-los como mais leves, menos ‘pesados’ que qualquer sólido. Associamos ‘leveza’ ou ‘ausência de peso’ à mobilidade e à inconstância: sabemos pela prática que quanto mais leves viajamos, com maior facilidade e rapidez nos movemos. Essas são razões para considerar ‘fluidez’ ou ‘liquidez’ como metáforas adequadas quando queremos captar a natureza da presente fase, nova de muitas maneiras, na história da modernidade”. (BAUMAN, 2001, p. 8-9).

estímulo à evolução da sociedade – (RIBEIRO, 2013, p. 29), o direito tem procurado dar respostas diversas, como se vê pelos instrumentos da mediação, justiça restaurativa, conciliação e transação. Até mesmo porque a sociedade, através da velocidade de suas transformações, exige que o direito cumpra a sua função por meio da evolução do sistema.

Embora se mostre necessário aperfeiçoar a lei e o sistema judiciário, precisa-se ter presente a noção de incerteza. Conforme Diógenes Ribeiro (2014), amparado em Niklas Luhmann, na obra *Sociología del riesgo*:

Quanto mais racionalmente se calcule, e quanto mais completo seja o cálculo, um maior número de prevenções se apresentarão e com isso haverá maior incerteza quanto ao futuro e, em consequência, maior risco. (RIBEIRO, 2014, p. 221).

Quanto maior o número de cálculos e quanto mais racionalmente sejam feitos, maiores riscos serão constatados, havendo assim uma maior incerteza e um maior necessidade de prevenções.

Nesse contexto, torna-se necessário questionar se os atores jurídicos estão preparados para trabalhar com estes novos institutos e com novas respostas, permitindo a evolução da sociedade e do direito na sociedade.

Questiona-se se o direito conseguirá bem realizar essa abertura para a complexidade do ambiente externo, do seu entorno, e se conseguirá ir além da clausura operativa do seu sistema.

Para trabalhar tais problemáticas, acredita-se que o conceito de resiliência jurídica pode ser muito útil.

### **3.4 A Ideia de Resiliência Jurídica**

Acredita-se que uma das formas de solucionar esta problemática da aparente resistência às mudanças e às inovações legislativas seria através da resiliência jurídica.

Antes de adentrar especificamente na temática da resiliência jurídica, se abordará brevemente o que é resiliência. Deve-se ainda ter bem presente que resistência e resiliência são conceitos distintos.

Conforme o Dicionário Aurélio, resiliência significa “propriedade pela qual a energia armazenada em um corpo deformado é devolvida quando cessa a

tensão causadora duma deformação elástica”. Já o conceito de resistência apresenta diversos significados, dentre os quais nos interessam os dois primeiros: “1. Ato ou efeito de resistir. 2. Força que se opõe a outra, que não cede a outra” (AURELIO, 2004).

Conforme dito por Tiago Santos Pereira e Hugo Pinto (2014), “A resiliência tem sido utilizada enquanto expressão da capacidade de um sistema suportar um choque externo e retomar uma trajetória de equilíbrio”. (PEREIRA, PINTO, 2014, p. 3). Em síntese, resiliência seria a capacidade de adaptação, tornando possível enfrentar mudanças severas no processo de evolução da sociedade.

Estes autores destacam que a resiliência, atualmente, tem um grande alcance e influência, pois a globalização tornou possível efeitos que antes eram impensáveis, efeitos que eram vistos como algo externo. No contexto atual, em que há mudanças cada vez mais aceleradas, com diversas crises (ambientais, econômicas e sociais), a resiliência torna-se imprescindível para a decisão e a definição de políticas. (PEREIRA, PINTO, 2014, p. 3-4).

Os articulistas referem ainda que a fascinação pela resiliência deve se ao fato dela ser maleável e conseguir transitar entre as áreas de contato entre ciência, decisão política e discursos práticos. (PEREIRA, PINTO, 2014, p. 3-4).

Assim como em diversas outras áreas, o direito parece estar enfrentando diversas crises diante do contexto globalizado atual, onde não são poucos os efeitos a que está submetido, tendo que responder a uma série de novos desafios e se readaptar, para que assim possa “evoluir”.

É neste contexto que surge a ideia de resiliência jurídica, para que se verifique se pode também o direito se adaptar, enfrentar mudanças severas e se reconstruir.

A dogmática e o conservadorismo jurídico parecem demonstrar claramente a fragilidade da racionalidade moderna, pois têm demonstrado dificuldades para dar respostas em uma realidade social dinâmica e com um alto grau de contingência. (FLORES, 2015b, p. 493).

A complexidade da sociedade moderna, ao mesmo tempo em que pode trazer as noções de risco e perigo, pode ser vista como “Fonte de novas possibilidades e observações e reflexões jurídicas”. (FLORES, 2015b, p. 495). Assim:

O Direito precisa de uma estratégia operacional e epistemológica que considere praticamente a produção de ressonâncias a partir da forma sistema/ambiente. Assim, surge a Resiliência como elemento reflexivo para pensar o desenvolvimento e aprimoramento do potencial de atualização do Direito. (DELEUZE apud FLORES, 2015b, p. 495).

Desse modo, o direito precisa pensar em uma estratégia que consiga produzir ressonâncias comunicativas na forma ambiente/sistema. É, por meio desta necessidade, que surge a ideia de resiliência como forma de aprimoramento do Direito.

A resiliência é um conceito inicialmente utilizado na Física, que significa a capacidade de um material de sofrer um certo grau de tensão e, posteriormente, voltar ao seu estado natural. O conceito de resiliência também foi utilizado nas ciências humanas, na Psicologia, significando “A capacidade de um ser humano de enfrentar as adversidades na vida, superando-as” e podendo voltar a um estado “equivalente” ao anterior. (FLORES, 2015b, p. 495).

Portanto, a resiliência pode ser considerada a “Capacidade de enfrentar crise, tensão, estresse ou simplesmente uma situação difícil”, o que poderia ser observado no direito, a medida em que os problemas seriam aquilo “Que dificulta ou obstaculiza uma operacionalização construtiva do Direito”. (FLORES, 2015b, p. 496).

Outro ponto importante é destacar que, em geral, a dogmática jurídica apresenta resistência, mas dificilmente resiliência (FLORES, 2015b, p. 496), o que inclusive resta demonstrado na pesquisa empírica realizada neste trabalho, conforme abordado no primeiro capítulo.

Logo, mostra-se a necessidade de “Reconstrução do sentido jurídico a partir de uma operacionalização dinâmica, de uma circularidade virtuosa e de uma reflexividade construtivista”. (FLORES, 2015b, p. 496). Assim:

A Resiliência Jurídica pode ser observada como a potencialidade de um sistema jurídico de assimilar uma contingência inesperada, promovendo rapidamente uma desestabilização e restabilização, dinâmica e construtivista, conservada intacta a sua auto-organização reflexiva e com isso a manutenção e a constância de suas operações futuras. (FLORES, 2015b, p. 496).

Resiliência jurídica seria a capacidade do direito de assimilar uma comunicação inesperada, um resultado diferente do esperado, se desestabilizando e se restabilizando, de uma forma dinâmica e construtivista.

Assim o direito poderia se organizar reflexivamente, ao mesmo tempo em que mantém suas operações futuras.

Ao analisar a instituição da audiência preliminar no processo civil brasileiro, constata-se que não houve resiliência jurídica, mas tão somente resistência, na medida em que houve a tentativa de desestabilização, a partir de uma comunicação inovadora, no entanto, não houve a (re)estabilização. Assim, não ocorreu evolução, pois o instituto não ganhou a autorreferência necessária, de modo que pudesse se reproduzir a partir das suas próprias bases constituintes.

O que se verifica, conforme analisado nas decisões judiciais, é que houve resistência ao instituto, o que confirma a tendência aparente do direito de criar armaduras ao que é diferente e inovador, embora tais iniciativas se mostrem necessárias para os desafios atuais da sociedade contemporânea.

Por tal razão, pretende-se analisar quais as perspectivas para a introdução da mediação e da conciliação no processo civil através do Novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC/2015), se o direito conseguirá aprender e inovar, utilizando seu potencial criativo, assimilando comunicações inovadoras, através da resiliência jurídica, e se assim será possível ocorrer a evolução através do estímulo.

Contudo, existem alguns problemas para entender a resiliência no âmbito do direito, como, por exemplo, não há como estabelecer o que efetivamente seria um problema, pois o problema depende do observador. Do mesmo modo, o que pode ser um problema para um observador, pode ser um desafio para outro (LUHMANN apud FLORES, 2015b, p. 497), não existindo como lidar com “padrões” em uma sociedade complexa. (FLORES, 2015b, p. 497).

Com uma observação complexa, que consiga ultrapassar “pontos cegos” e “obstáculos epistemológicos” da observação, a ideia de direito resiliente é emergir “Com o suporte teórico construtivista, a partir de uma epistemologia reflexiva, voltada permanentemente para desenvolver o aprimoramento da observação e operacionalização (aprendizado)”. (FLORES, 2015b, p. 498).

A resiliência jurídica representaria “Operacionalização do Direito voltada ao Aprendizado e Inovação”. (FLORES, 2014, p. 189). Essa operacionalização consistiria em perceber as mudanças estruturais da sociedade, sendo possível compreender a complexidade do ambiente, assim como compreender a necessidade da constante atualização do direito. (FLORES, 2014, p. 122, 124).

A resiliência jurídica solicita que ocorra a articulação, assim como a desestabilização, para que possam ocorrer ajustes. Dessa forma, com a resiliência, o direito passa a ser visto também como um local de contingência, ao invés daquela tradicional “segurança jurídica”. Tal mecanismo seria uma forma de responder à necessária criatividade no direito em tempos flexíveis e dinâmicos. (FLORES, 2014, p. 125-126).

Para Luis Gustavo Gomes Flores (2014), resiliência é um termo sistêmico, pois possibilita a observação da complexidade da conjuntura social, assim como da sua operacionalização. Além disso, a ideia de resiliência teria certa equivalência com a ideia de autopoiese, criada por Maturana e Varela, no livro “A árvore do conhecimento”, pois se analisa a resiliência em relação a um sistema, assim como a sua capacidade de se auto-organizar, e esta possui um processo de abertura e fechamento. (FLORES, 2014, p. 125;128;130).

Consoante Niklas Luhmann, “Todos los sistemas autopoieticos se caracterizan por la clausura operativa”, o que significa dizer que as operações que levam a produção de sistemas novos de um sistema são dependentes das operações anteriores deste sistema, assim como são pressupostos para as operações ulteriores. (CORSI; BARALDI; ESPOSITO, 1996, p. 32).

Em outras palavras, a autopoiese consiste em “Um sistema que é capaz de se autorreproduzir por intermédio de seus próprios elementos em uma lógica recursiva”. (PRIBAN; ROCHA; SCHWARTZ, 2015, p. 19). Assim sendo, em termos autopoieticos, a resiliência jurídica ocorreria através da desestabilização do sistema – abertura e fechamento –, onde ocorreria a evolução do direito através de suas fases (variação, seleção e estabilização). (FLORES, 2014, p. 131-132).

Se o sistema é autopoietico, ele próprio produz a sua desestabilização, situação que se mostra necessária para o desenvolvimento de novas organizações internas, como para a sua organização. (FLORES, 2014, p. 131-132).

No entanto, não basta apenas a clausura operativa para a autopoiese do sistema, mas também é necessária a abertura cognitiva, para que o sistema possa aprender e evoluir com a irritação sofrida do ambiente externo. E é, nesse sentido, que é preciso pensar em um direito resiliente, um direito “Capaz de enfrentar o ‘novo’, como uma operação de aprendizado recorrente do sistema,

simultaneamente a capacidade de gestão da mudança, de forma construtivista”. (FLORES, 2015b, p. 500).

Em consonância com o disposto por Luis Gustavo Gomes Flores (2015b), um dos grandes desafios da sociedade contemporânea é pensar o direito resiliente, sendo este capaz de observar a complexidade e assim desenvolver suas operações comunicativas. (FLORES, 2015b, p. 500).

Conforme este autor, para que haja resiliência jurídica, é necessário “Pensar em aprimorar, além da capacidade de observar e algumas formas de operacionalização, também a capacidade de produzir ressonâncias comunicativas com grande potencial de produzir comunicações eficazes” (FLORES, 2015b, p. 500), sendo que este é o grande desafio da tentativa de introdução efetiva da conciliação e da mediação no processo civil.

Para um direito estável atualmente, de uma forma paradoxal, o direito precisa ter a capacidade operacional de se desestabilizar através de uma variação e poder se estabilizar a partir de uma seleção, o que pode produzir ressonâncias comunicativas que, provavelmente, serão eficazes. (FLORES, 2015b, p. 499).

No artigo “Direito e Rock: Para reconstruir os limites simbólicos do conservadorismo e da transgressão”, Luis Gustavo Gomes Flores (2015b) aborda uma aproximação entre direito e rock, para abordar esta necessidade do direito de abertura cognitiva para o ambiente social, permitindo-se aprender a inovar e utilizar a criatividade por meio de um construtivismo sistêmico. (FLORES, 2015b, p. 531).

Conforme o autor, através de uma aproximação sistêmica, seria possível o direito aprender com o rock e o rock aprender com o direito. O direito é um sistema parcial da sociedade, enquanto o rock faz parte de um outro sistema parcial da sociedade (a arte). Ambos produzem ressonâncias comunicativas na sociedade. (FLORES, 2015b, p. 531-533).

O rock teria a sua origem no blues e no country norte-americano, que surge como uma forma de comunicação em que há fissura contra a emancipação do controle branco e denuncia o racismo, que contribuíram para a organização política da sociedade e a garantia de direitos. O blues surgiria como “Um lamento, um grito de liberdade da humanidade incolor de todos nós”. Assim sendo, o rock, desde sempre, comporta uma produção da diferença, que



apresenta grande ressonância comunicativa na década de 1950 nos Estados Unidos, por meio da qual surge a ideia de “transgressão”, diferença que pode ser vista através não só das letras e melodias, mas também por meio a postura, do estilo de vida, das roupas e dos hábitos. (FLORES, 2015b, p. 540-542).

O rock, portanto, comporta a ideia de transgressão, de desvio, de escapar da normalidade, tendo uma baixa estabilidade e apresentando acentuamento da abertura cognitiva. Enquanto isto, o direito é altamente dogmático e conservador, apresentando sempre “Uma armadura contra qualquer novidade que possa oferecer risco à manutenção dos seus dogmas”. Enquanto o direito é dogmático, o rock é contradogmático. (FLORES, 2015b, p. 543-545).

Esse fechamento operacional do direito pode até ser explicado pela sua função – que é a estabilização das expectativas normativas –, porém, em tempos caracterizados pela complexidade e que precisa de novas respostas, o direito deve conseguir pensar em sua própria transgressão. Só assim poderá assimilar a diferença e responder as irritações advindas do ambiente social, o que pode observar no contexto do rock. O conservadorismo dogmático, em certa parte, parece precisar se abrir para a transdisciplinaridade, o que pode fazer nesta aproximação com o rock. (FLORES, 2015b, p. 543-545).

O rock, por sua vez, também pode aprender com o direito, já que esta excessiva abertura pode ocasionar a sua perda de identidade, pois, a partir da mistura dos estilos musicais, o rock pode acabar perdendo a sua essência, o que pode ser percebido por meio do reggae, que se transformou em outro estilo musical, embora tenha elementos do rock. (FLORES, 2015b, p. 545-550).

Atualmente, o rock apresenta “Uma perda certa de capacidade de comunicar a ideia de transgressão como um de seus traços marcantes”, o que pode ser percebido através do contraste do cenário de rock brasileiro das décadas de 80 e 90 e o contraste do cenário do rock atual. (FLORES, 2015b, p. 545-550).

Em síntese, o rock pode aprender com o direito a fortalecer a sua identidade, enquanto o direito pode aprender com o rock o “Aprimoramento da capacidade de transgredir suas próprias estruturas dogmáticas”. O direito precisa aprender a se reinventar, “Produzindo fissuras e ressonâncias inovadoras no Direito em seu ambiente”. Por isso, é imprescindível pensar na

inovação e atualização do Direito e, portanto, na ideia de direito resiliente. (FLORES, 2015b, p. 550-553).

Esta aproximação entre diferentes sistemas e conhecimentos, mostra-se relevante nos tempos atuais e pode ser uma das formas de (re)pensar o direito. Hoje é possível ver a problemática da impossibilidade de soluções simples em qualquer área do conhecimento, já que o conhecimento é multidisciplinar e transdisciplinar (RIBEIRO, 2014a, p. 55), e, portanto, estes conhecimentos precisam ser aproximados.

Para uma efetiva readaptação do direito à sociedade contemporânea, com a sua evolução, assim como para que realmente funcionem os procedimentos de conciliação e mediação no processo civil, ocorrendo assim uma resiliência jurídica, é imprescindível, além da observação e a operacionalização, que existam ressonâncias comunicativas capazes de produzir comunicações eficazes.

Um dos grandes desafios do direito, na sociedade contemporânea, é a comunicação eficaz, sendo que o direito resiliente enfrenta o desafio da improbabilidade da comunicação.

A comunicação é composta de três atos: (a) o ato de informar; (b) a informação; (c) a compreensão. Não basta que ocorra o ato de informar e a informação se não existir a compreensão. (LUHMANN apud FLORES, 2015b, p. 501).

Além disso, é importante saber que o interior de um sistema é incompreensível para outro sistema, o que também pode apresentar certa dificuldade, pois “Só é possível observar o que está na comunicação ou o que é tematizado na comunicação”. (LUHMANN apud FLORES, 2015b, p. 502).

Assim “O Direito Resiliente é uma perspectiva que procura observar na contingência um espaço de criatividade, transformação e aprendizado” (FLORES, 2015b, p. 502) para que possa se comunicar com outros sistemas e permitir a sua comunicação.

Para ocorrer a comunicação jurídica, é preciso que existam estratégias criativas que possam enfrentar a complexidade e a incerteza, procurando alcançar resultados positivos. O direito precisa aprender a assimilar a inovação, o que pode ser feito através de mudança em suas próprias estruturas. (FLORES, 2015b, p. 502).

Para isto, observando a instituição da conciliação e da mediação, torna-se necessário que os atores jurídicos, como magistrados, conciliadores e advogados, além de, eventualmente, outros atores de outros ramos, como os mediadores, estejam bem preparados.

Esta preparação é necessária para que não haja impedimento ao acesso à justiça, conforme ensinado por Kim Economides (1999), em seu artigo “Lendo as ondas do ‘Movimento de Acesso à Justiça’: epistemologia versus metodologia” (ECONOMIDES, 1999), em que refere que os atores jurídicos devem constantemente se atualizar para não obstaculizar o acesso à justiça dos indivíduos. Do mesmo modo, o direito precisa modificar as suas estruturas.

O direito resiliente é “Uma estratégia para atualizar o potencial reflexivo do Direito”, que possibilita o aprendizado e a inovação por meio da observação das consequências das decisões jurídicas, através de uma construção sistêmico-construtivista. (FLORES, 2015b, p. 505).

Outro fator importante é compreender que este conservadorismo não é consequência de uma ingenuidade, e sim muitas vezes é produzido pela vantagem que pode ser obtida em termos de controle, à proporção em que prevêem eventos futuros, bem como possíveis soluções. (FLORES, 2015b, p. 506).

Este conservadorismo também não pode ser confundido com a conservação, que é inerente à função do Direito. Porém, esta conservação não pode ser radicalizada, que repita excessivamente o passado. (FLORES, 2015b, p. 508).

Também é preciso saber que o direito possui o seu tempo, isto é, não basta que o Direito se torne ágil. Não adianta que os procedimentos jurídicos sejam rápidos se não conseguirem trazer soluções complexas para problemas complexos, afinal “Se os resultados forem conservadores, o problema do tempo ainda persiste”. Neste contexto, é importante que o direito apresente respostas próprias à complexidade da sociedade. (FLORES, 2015b, p. 507).

Esta resistência à inovação, no âmbito do direito, o torna um dos setores mais conservadores da sociedade, sendo que “A Resiliência Jurídica vem recuperar a importância da observação”. (FLORES, 2015b, p. 507-508).

Embora repetir as operações jurídicas já conhecidas seja mais cômodo e confortável, não há como evitar a inovação, que é uma necessidade do direito e

da sociedade, sendo que esta diferença requisitará domínio, controle e novas avaliações (FLORES, 2015b, p. 510-511), motivo pelo qual é extremamente importante pensar o direito resiliente, de modo a refletir e construir a partir da observação das inovações e das operações jurídicas.

Somente através destas percepções, reflexões e construções, será possível construir um efetivo acesso à justiça na sociedade atual, de modo que o direito possa bem cumprir seu papel e trazer novas respostas.

Por tal motivo, no próximo capítulo, aborda-se o acesso à justiça, o contexto atual do Poder Judiciário através de dados do Conselho Nacional de Justiça e as novas iniciativas trazidas pelo Novo Código de Processo Civil Brasileiro (NCPC/2015), a conciliação e a mediação, para que se verifique se é possível construir novas alternativas, dando novas respostas ao cidadão e tornando o direito mais complexo e próximo à sociedade.

## 4 ACESSO À JUSTIÇA E REFLEXÕES SOBRE O NOVO CPC (NCPC/2015)

### 4.1 A Conciliação e o Acesso à Justiça

O acesso à justiça é um assunto que há muito tempo tem sido debatido. Não há dúvidas quanto a sua importância, sendo um direito garantido constitucionalmente. Porém, na sociedade atual, que é hipercomplexa, este tema ganha novos contornos, necessitando de outras formas para a sua concretização.

Atualmente, não bastam mais respostas simples, pois a sociedade já não é mais simples. Conforme Diógenes Ribeiro (2010), “As soluções devem ser mais complexas. Paradoxalmente, o sistema busca a simplificação tornando-se mais complexo”. (RIBEIRO, 2010, p. 8).

Uma das novas formas de acesso à justiça, que pode atender esta complexidade, é a instituição da conciliação e/ou mediação.

Conforme já abordado no capítulo anterior, não há um conceito preciso do que seria “acesso à justiça”, porém acredita-se que seria o sistema através do qual as pessoas podem reivindicar seus direitos, assim como resolver seus litígios sobre a proteção do Estado. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Do mesmo modo, Cappelletti e Garth (1988) referem que, embora o acesso à justiça tenha crescido muito como um direito social básico, ainda existem diversos problemas em relação à efetividade, principalmente por “efetividade” ser algo vago nas sociedades modernas. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 15).

Conforme estes autores, a efetividade perfeita seria a “*igualdade de armas*”, contudo esta seria uma ideia utópica, já que as diferenças entre as partes não serão totalmente erradicadas. Assim sendo, torna-se necessário saber até onde pode se avançar na direção do objetivo utópico. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 15).

Estes escritores referem ainda que o enfoque do acesso à justiça traz algumas preocupações, de modo que ele exige uma reforma no aparelho judicial, assim como um estudo crítico. A partir desta concepção, analisam ideias e tendências ao redor do mundo, verificando seu potencial, assim como a sua limitação. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 75).

Uma das reformas apontadas é a conciliação, juntamente ao juízo arbitral e os incentivos econômicos para a solução dos litígios fora dos tribunais. Conforme Cappelletti e Garth (1988), a conciliação traz vantagens tanto para as partes, quanto para os tribunais. As partes ganhariam, pois influenciariam na decisão, sendo que estas resoluções seriam mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais. Os tribunais ganhariam, pois reduziria a sobrecarga processual e as despesas excessivamente altas com o Judiciário. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 83-84).

Os autores referem que um processo direcionado à conciliação precisa oferecer possibilidades para que as causas mais profundas da disputa sejam analisadas, para que seja possível restabelecer um relacionamento complexo e prolongado. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 84).

Cappelletti e Garth (1988) salientam o grande sucesso que a conciliação alcançou no Japão, onde existem cortes de conciliação, composta por dois membros leigos e um juiz. Contudo, ressalta que, embora aquela sociedade seja muito diferente da ocidental, não há como não verificar a validade desta forma de solução de conflitos. Os autores destacam ainda a experiência norte-americana e francesa, destacando que, na França, o conciliador tem grande prestígio. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 84-87).

Ressalta-se que a conciliação é útil para muitos tipos de ações, assim como para muitas partes, principalmente em se tratando de relacionamentos prolongados e de seu restabelecimento, ao invés de simplesmente declarar vencidos e/ou vencedores. Porém, é preciso ter presente a concepção de que a conciliação deve representar um efetivo sucesso, e “Não apenas remédios para problemas do judiciário, que poderiam ter outras soluções”. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 87).

Feitas estas considerações iniciais sobre o acesso à justiça e a conciliação, torna-se necessário trazer alguns dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça acerca do Judiciário brasileiro, para que seja possível melhor vislumbrar a realidade judiciária brasileira, e como ocorre o “acesso à justiça” no Brasil.

## 4.2 Dados Estatísticos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>67</sup>

Os dados analisados serão relativos aos tribunais estaduais, tendo em vista que a pesquisa empírica do presente trabalho foi realizada em tribunais estaduais (TJRS, TJSP e TJRJ) e no STJ.

No relatório Justiça em Números, que foi publicado em 2015, tendo por ano-base 2014, verifica-se que foram ajuizados 17.970.239 novos processos no triênio 2012-2014 no primeiro grau dos tribunais da Justiça Estadual<sup>68</sup>.

Os Estados nos quais mais houve ajuizamento de novas ações foram, respectivamente, São Paulo (5.141.722 novos processos), Rio de Janeiro (2.463.756 novos processos), Minas Gerais (1.692.578 novos processos), Rio Grande do Sul (1.472.273 novos processos) e Paraná (914.028).

Os Estados que tiveram o menor ajuizamento de ações foram, respectivamente, Roraima (49.121 novos processos), Acre (81.818 novos processos), Amapá (84.222 novos processos), Tocantins (120.409 novos processos) e Alagoas (148.664 novos processos).

Estes dados podem ser conferidos no gráfico a seguir:

---

<sup>67</sup> Todos os dados aqui apresentados foram retirados do Relatório Justiça em Números do CNJ ou do sítio oficial do CNJ.

<sup>68</sup> Estes dados estão disponíveis no site do Conselho Nacional de Justiça (2014).

Tabela 1 - Dados Estatísticos do Conselho Nacional de Justiça

Tribunal de Justiça dos Estados	Casos Novos: Médio no Triênio 2012 - 2014				Tramitação: Ano de 2014				Servidores da Área Judiciária: Ano de 2014			
	1º Grau	2º Grau	Proporção 1º Grau	Proporção 2º Grau	1º Grau	2º Grau	Proporção 1º Grau	Proporção 2º Grau	1º Grau	2º Grau	Proporção 1º Grau	Proporção 2º Grau
TJ - Acre	81.818	6.401	93%	7%	167.169	8.859	95%	5%	879	116	88%	12%
TJ - Alagoas	148.664	13.781	92%	8%	631.187	21.693	97%	3%	1.218	277	81%	19%
TJ - Amazonas	200.441	19.106	91%	9%	858.190	37.458	96%	4%	898	284	76%	24%
TJ - Amapá	84.222	2.891	97%	3%	167.448	4.397	97%	3%	825	98	89%	11%
TJ - Bahia	687.271	44.973	94%	6%	2.458.126	78.114	97%	3%	7.804	619	93%	7%
TJ - Ceará	325.814	25.905	93%	7%	1.334.900	70.579	95%	5%	2.612	320	89%	11%
TJ - Distrito Federal	350.884	51.316	87%	13%	865.467	75.157	92%	8%	4.014	1.073	79%	21%
TJ - Espírito Santo	327.466	24.916	93%	7%	1.294.990	64.867	95%	5%	3.014	597	83%	17%
TJ - Goiás	516.177	73.692	88%	12%	1.822.408	86.671	95%	5%	3.898	731	84%	16%
TJ - Maranhão	283.912	22.327	93%	7%	797.033	32.782	96%	4%	3.315	516	87%	13%
TJ - Minas Gerais	1.692.578	239.309	88%	12%	5.283.545	466.936	92%	8%	12.129	1.684	88%	12%
TJ - Mato Grosso do Sul	258.544	40.918	86%	14%	762.390	51.685	94%	6%	2.050	289	88%	12%
TJ - Mato Grosso	289.977	34.498	89%	11%	1.174.327	67.875	95%	5%	2.389	167	93%	7%
TJ - Pará	273.886	13.038	95%	5%	959.657	26.828	97%	3%	2.593	390	87%	13%
TJ - Paraíba	232.713	24.723	90%	10%	726.426	37.768	95%	5%	2.600	346	88%	12%
TJ - Pernambuco	484.443	33.241	94%	6%	2.403.293	74.617	97%	3%	5.332	745	88%	12%
TJ - Piauí	127.065	9.058	93%	7%	514.907	25.558	95%	5%	1.593	252	86%	14%
TJ - Paraná	914.028	160.552	85%	15%	3.897.386	312.903	93%	7%	5.307	1.251	81%	19%
TJ - Rio de Janeiro	2.463.756	192.800	93%	7%	11.148.479	290.954	97%	3%	12.247	1.564	89%	11%
TJ - Rio Grande do Norte	219.949	21.629	91%	9%	621.369	43.118	94%	6%	2.278	291	89%	11%
TJ - Rondônia	203.305	22.233	90%	10%	476.045	34.534	93%	7%	1.826	344	84%	16%
TJ - Roraima	49.121	4.350	92%	8%	107.026	9.707	92%	8%	403	87	82%	18%
TJ - Rio Grande do Sul	1.472.723	348.305	81%	19%	3.982.330	455.750	90%	10%	5.901	1.114	84%	16%
TJ - Santa Catarina	816.503	87.042	90%	10%	2.910.078	174.580	94%	6%	4.863	663	88%	12%
TJ - Sergipe	202.848	20.744	91%	9%	790.493	51.327	94%	6%	2.005	254	89%	11%
TJ - São Paulo	5.141.722	635.780	89%	11%	24.282.681	1.258.517	95%	5%	35.569	4.079	90%	10%
TJ - Tocantins	120.409	10.287	92%	8%	399.092	16.803	96%	4%	1.128	228	83%	17%
<b>Justiça Estadual</b>	<b>17.970.239</b>	<b>2.183.815</b>	<b>89%</b>	<b>11%</b>	<b>70.836.440</b>	<b>3.880.037</b>	<b>95%</b>	<b>5%</b>	<b>128.689</b>	<b>18.378</b>	<b>88%</b>	<b>12%</b>

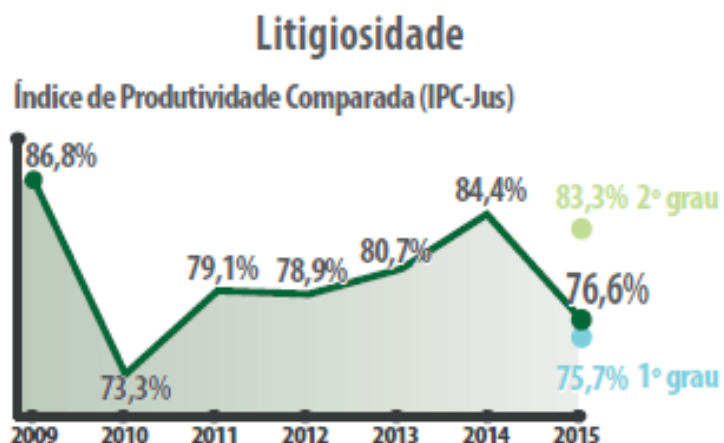
(\*) O Primeiro grau abrange também os juizes especiais e as turmas recursais.

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2014).

Recentemente, houve a publicação, pelo CNJ, do Relatório em Números 2016, tendo por ano-base 2015, que aponta que, em relação aos tribunais estaduais, foram ajuizados 11.260.388 novos casos no primeiro grau, 2.313.907 novos casos no segundo grau, 632.811 novos casos nas Turmas Recursais e 4.704.551 nos Juizados Especiais, totalizando a quantia de 18.911.657 novos casos, no ano de 2015, nos tribunais estaduais. Estes dados podem ser observados na tabela a seguir:



Gráfico 6 - Litigiosidade



	2º Grau	1º Grau			Turmas Recursais	Juizados Especiais			Total
		Conhecimento	Execução	Total		Conhecimento	Execução	Total	
<b>Movimentação processual</b>									
Casos novos	2.313.907	7.353.768	3.906.620	11.260.388	632.811	4.057.383	647.168	4.704.551	18.911.657 ↓ -6,1%
Criminal	492.860	1.228.322	428.779	1.657.101	16.970	606.995	10.457	617.452	2.784.383 ↓ -20,1%
Não-criminal	1.821.047	6.125.446	3.477.841	9.603.287	615.841	3.450.388	636.711	4.087.099	16.127.274 ↓ -3,2%
Julgados	2.415.547	7.273.129	3.644.986	10.918.115	638.432	4.538.798	720.429	5.259.227	19.231.321 ↑ 0,6%
Criminal	498.135	1.046.065	410.324	1.456.389	15.299	760.657	16.699	777.356	2.747.179 ↑ 1,3%
Não-criminal	1.917.412	6.227.064	3.234.662	9.461.726	623.133	3.778.141	703.730	4.481.871	16.484.142 ↑ 0,5%
Baixados	2.191.671	8.325.654	3.652.332	11.977.986	684.821	4.441.702	619.794	5.061.496	19.915.974 ↓ -0,1%
Criminal	474.364	1.311.501	306.947	1.618.448	19.136	817.621	11.617	829.238	2.941.186 ↓ -9,8%
Não-criminal	1.717.307	7.014.153	3.345.385	10.359.538	665.685	3.624.081	608.177	4.232.258	16.974.788 ↑ 1,8%
Casos pendentes	1.695.955	20.143.788	30.614.996	50.758.784	524.581	4.946.806	1.104.053	6.050.859	59.030.179 ↑ 3,0%
Criminal	288.748	4.613.279	1.133.537	5.746.816	11.870	983.649	23.765	1.007.414	7.054.848 ↑ 5,2%
Não-criminal	1.407.207	15.530.509	29.481.459	45.011.968	512.711	3.963.157	1.080.288	5.043.445	51.975.331 ↑ 2,7%

Disponível em: Conselho Nacional de Justiça (2016).

Ainda, nesta análise feita pelo CNJ, constata-se que, no ano-base 2014, na Justiça Estadual, no primeiro grau, tramitaram 70,8 milhões de processos, ao tempo em que houve somente a baixa de 17,3% milhões, o que corresponderia a 24,5% do total. Foram ajuizados 28,9 milhões de novos casos<sup>69</sup>.

Já no segundo grau dos tribunais estaduais, tramitaram 3,9 milhões de processos, sendo baixados 2,1 milhões, o que equivale a 54,4% do total. Nestes dados, não foram computados os números relativos aos juizados especiais.

Assim sendo, verifica-se que a taxa de congestionamento da Justiça Estadual, em primeiro grau, é de 80%, enquanto, no segundo grau, a taxa de congestionamento, é de 46%, excetuados os dados relativos aos juizados especiais.

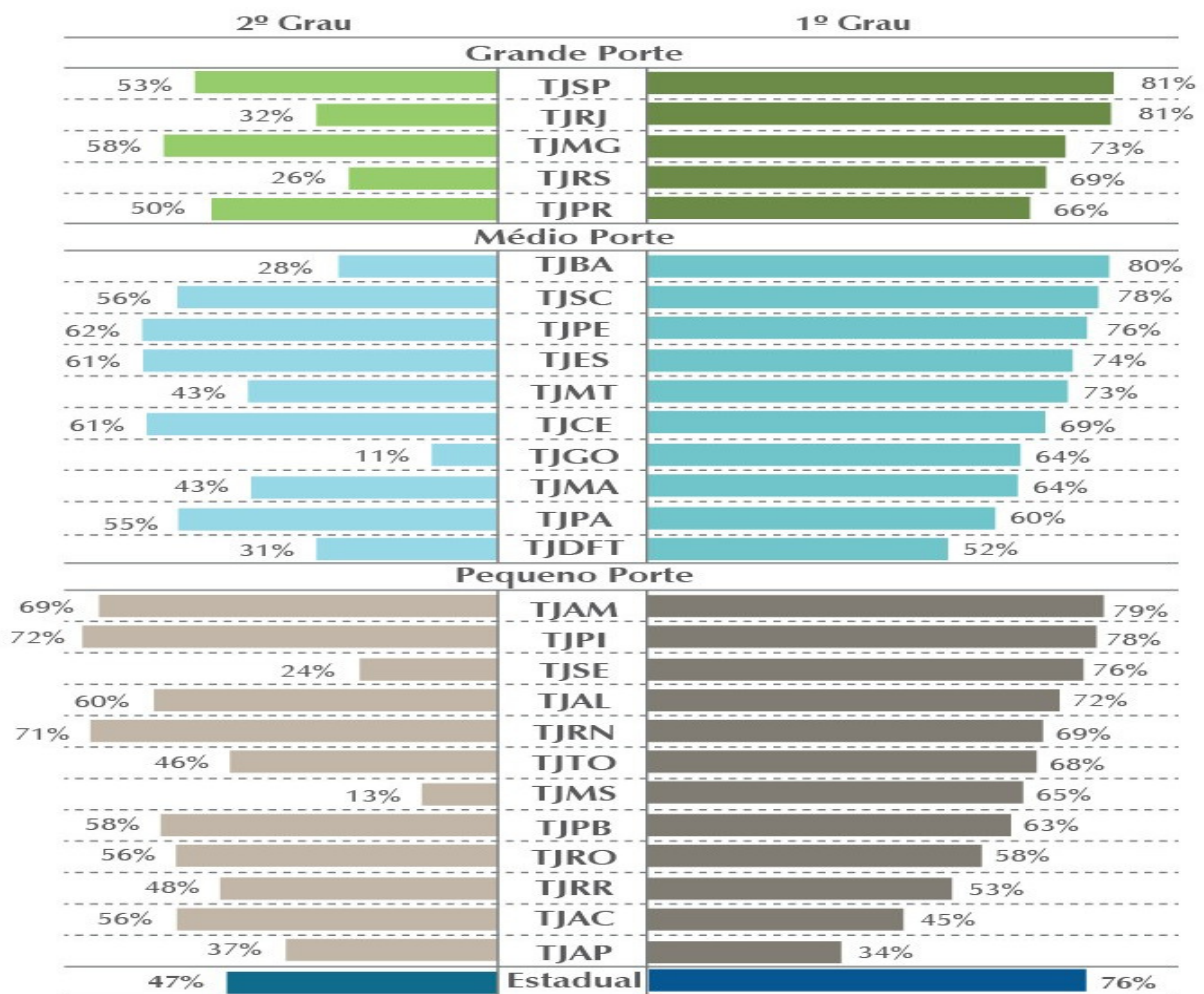
<sup>69</sup> Estes dados estão disponíveis no site do Conselho Nacional de Justiça (2014).

Taxa de congestionamento e/ou taxa de contingência “É uma expressão muito usual [...] nos órgãos correccionais nacionais” e consiste no “Número percentual de feitos não julgados no ano, considerando os processos distribuídos e os processos solucionados”. (RIBEIRO, 2010, p. 4).

Conforme o Relatório Justiça em Números, a taxa de contingência é o “Indicador que compara o que não foi baixado com o que tramitou durante o ano-base (soma dos casos novos e dos casos pendentes iniciais)”. (CNJ, 2015, p. 80).

Portanto, a diferença entre o primeiro grau e o segundo grau, na Justiça Estadual, no ano-base de 2014, é trinta e quatro pontos percentuais. Tais dados podem ser conferidos no gráfico a seguir formulado pelo Conselho Nacional de Justiça, onde os dados estão divididos por tribunais:

Gráfico 7 - Taxa de congestionamento na Justiça Estadual - ano-base 2014

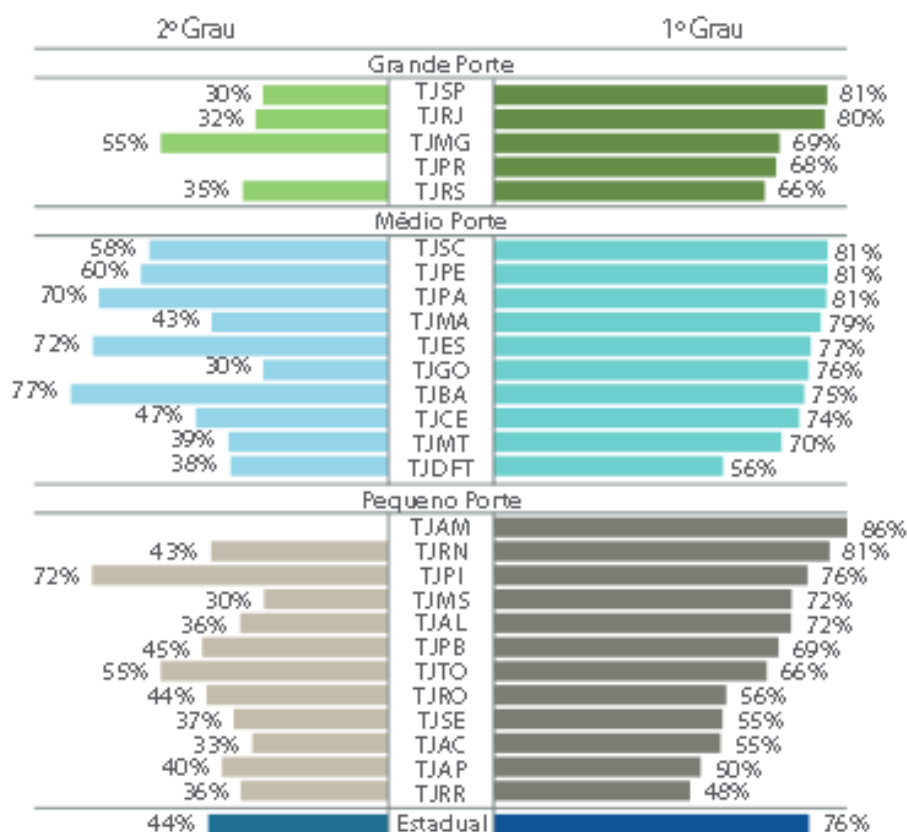


Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2014).

Já no ano-base de 2015, foram ajuizados 18.911.657 novos casos, foram julgados 19.231.321 processos, baixados 19.915.974 casos e ficaram pendentes 59.030.179. Dessa forma, a taxa de congestionamento, no segundo grau, foi de 44%. No primeiro grau, foi de 81%.

Nas Turmas Recursais, a taxa de congestionamento foi 43% e, nos Juizados Especiais, a taxa foi de 74,8%. (CNJ, 2016, p. 17). Tais dados podem ser conferidos no gráfico a seguir formulado pelo Conselho Nacional de Justiça, onde os dados estão divididos por tribunais:

Gráfico 8 - Taxa de congestionamento na Justiça Estadual – ano-base 2015



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2015).

Observando estes dados, através do Relatório Justiça em Números, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu a Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição por meio da Resolução CNJ n. 194, procurando iniciativas concretas para melhorar os serviços judiciários no primeiro grau dos tribunais brasileiros.

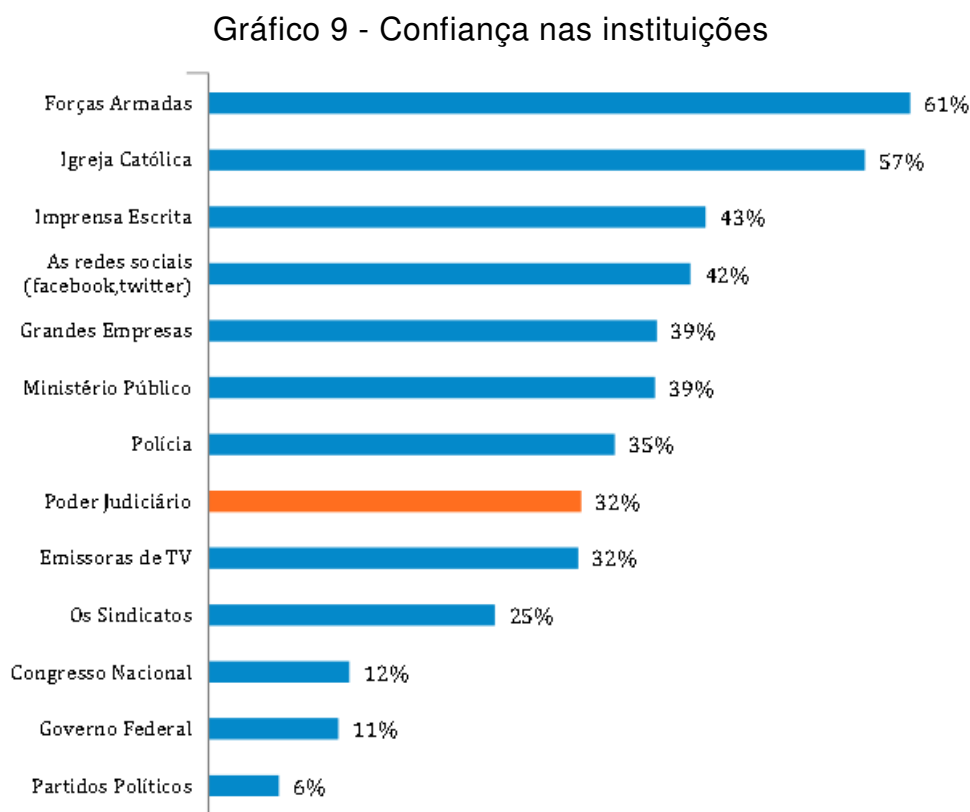
Tais dados foram ressaltados para demonstrar como o Judiciário brasileiro possui um alto número de processos, do mesmo modo em que há uma taxa de

congestionamento alta, demonstrando que é necessário pensar em medidas para alterar esta realidade.

Tal assertiva é importante principalmente quando se verifica pesquisa realizada pelo ICJBrasil, feita pela FGV DIREITOSP, relativa ao segundo semestre de 2015, que concluiu que o Poder Judiciário é uma das instituições que tem a menor confiança da população do Brasil.

O índice de confiança do Poder Judiciário encontra-se depois da Igreja Católica, das Forças Armadas, da Imprensa Escrita, das Redes Sociais, do Ministério Público e das Grandes Empresas.

Estes dados podem ser observados no seguinte gráfico:



Fonte: Fundação Getulio Vargas (2015).

Esta pesquisa do ICJ Brasil foi realizada em oito Estados da Federação: Amazonas, Pernambuco, Bahia, Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul e Distrito Federal. Tal dado chama atenção, tendo em vista que quatro destes Estados são os que possuem a maior demanda (MG, RJ, SP e RS). Verifica-se, portanto, que os cidadãos demandam, ingressam com processos, mas dizem não confiar no Poder Judiciário.

Dentro deste contexto, é inegável que novas alternativas precisam ser pensadas, implementadas e realizadas. Por este motivo, passa-se a abordar as iniciativas do Conselho Nacional de Justiça.

### **4.3 O CNJ e a Política de Conciliação**

Dessa forma, ao longo dos anos, o Conselho Nacional de Justiça procura novas iniciativas e novas formas de pensar esta realidade, dentre as quais tem fomentado a política de conciliação.

Assim, a partir do ano de 2006, em agosto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) iniciou o Movimento pela Conciliação, que objetivava modificar a cultura da litigiosidade e trazer soluções dos conflitos por meio de acordos. Dessa forma, no ano de 2006, foram feitos diversos debates e encontros sobre o tema, tendo sido lançada a Semana Nacional da Conciliação, que envolve todos os tribunais do país. Esta iniciativa, a Semana Nacional da Conciliação, ocorre desde 2008.

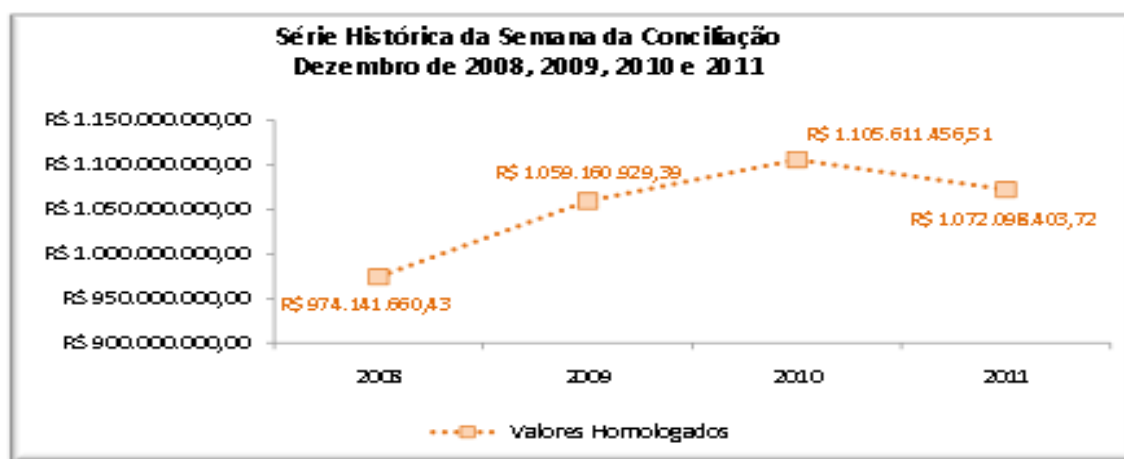
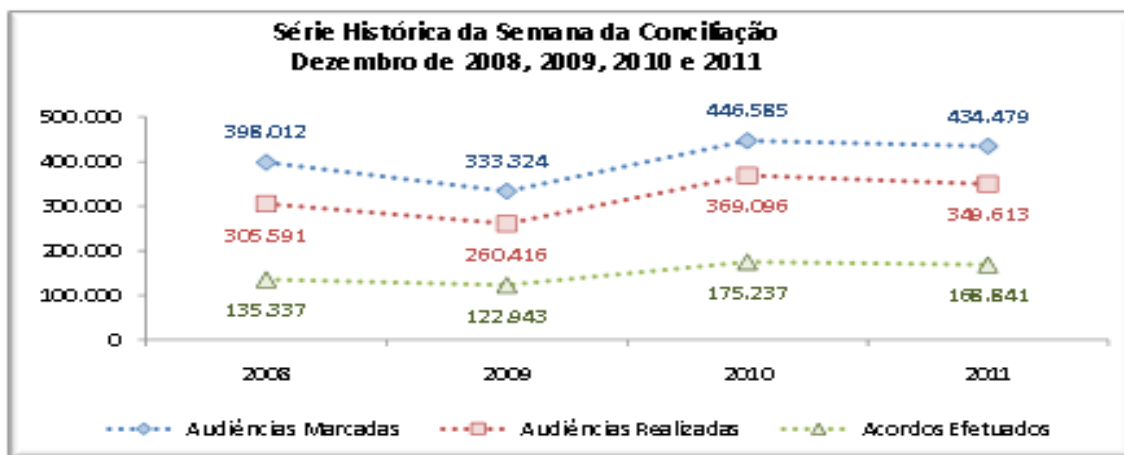
Conforme informações extraídas do site do CNJ, tal iniciativa trata-se de uma campanha de mobilização, que envolve todos os tribunais dos países, os quais selecionam processos que tenham possibilidade de acordo e intimam as partes do processo para a tentativa de solução de conflito.

Se o cidadão ou a instituição tem interesse em incluir seu processo na Semana Nacional de Conciliação, deve procurar o tribunal com antecedência.

Se a empresa ou órgão público possui muitos processos, o tribunal recebe a orientação de fazer uma audiência prévia para “sensibilizar” a empresa e o órgão para que sejam trazidas propostas de acordo durante o mutirão. Essa iniciativa visa a fortalecer uma cultura do diálogo.

No relatório do ano de 2011 acerca da Semana Nacional da Conciliação, são analisados os dados desde o início do projeto e apresentados os seguintes gráficos, relativo ao período de 04 anos (2008-2011):

Gráfico 10 - Semana Nacional da Conciliação - 2008 a 2011



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2001).

Os dados acima demonstram, que, nos anos de 2008 a 2011, foram designadas 1.612.400 audiências, sendo que foram realizadas 1.284.716 e foram efetuados 602.358 acordos neste período.

O percentual de acordos (602.358) realizados perante o total de audiências designadas (1.284.716) corresponde a 46,88%. Verifica-se também que os valores de acordo homologados totalizam a quantia de R\$4.211.012.450,05.

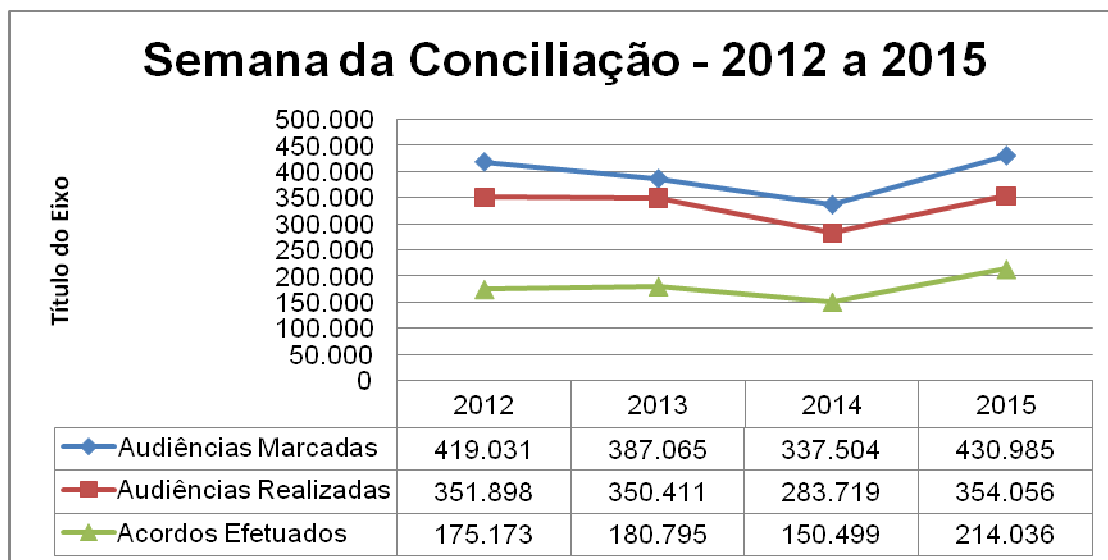
Nos anos de 2012 a 2015, foram designadas 1.574.585 audiências, realizadas 1.340.084 audiências e efetuados 720.503 acordos. Portanto, em relação ao total, o percentual de acordos remonta a 53,76%.

No ano de 2012, foram designadas 419.031 audiências, realizadas 351.898 audiências e efetuados 175.173 acordos. No ano de 2013, foram designadas 387.065 audiências, realizadas 350.411 audiências e efetuados 180.795 acordos. No ano de 2014, foram designadas 337.504 audiências, realizadas 283.719 audiências e efetuados 150.499 acordos. No ano de 2015, foram

designadas 430.985 audiências, realizadas 354.056 audiências e efetuados 214.036 acordos.

Estes dados podem ser observados no gráfico a seguir<sup>70</sup>:

Gráfico 11 - Semana da conciliação - 2012 a 2015



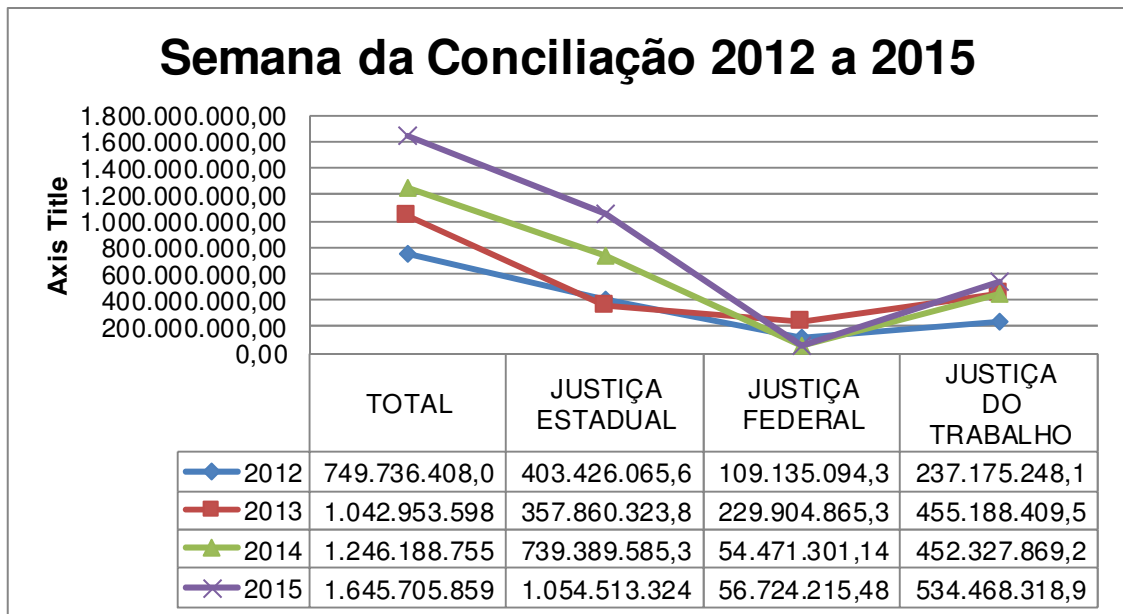
Fonte: Elaborado pela autora.

Outros dados importantes são relativos aos valores homologados nos acordos na Semana Nacional da Conciliação nos anos de 2012 a 2015. Durante todos estes anos, contando com a Justiça Estadual, a Justiça Federal e a Justiça do Trabalho, os valores homologados nos acordos contabilizam R\$4.684.584.621,90.

Analisando somente a Justiça Estadual, foco do nosso trabalho, verifica-se que o valor total nos acordos homologados monta na quantia de R\$2.555.189.299,77, o que corresponde a 54,54% dos valores homologados. Estes dados podem ser observados no gráfico a seguir:

<sup>70</sup> Todas estas referências foram extraídas do portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Gráfico 12 - Semana da conciliação - 2012 a 2015



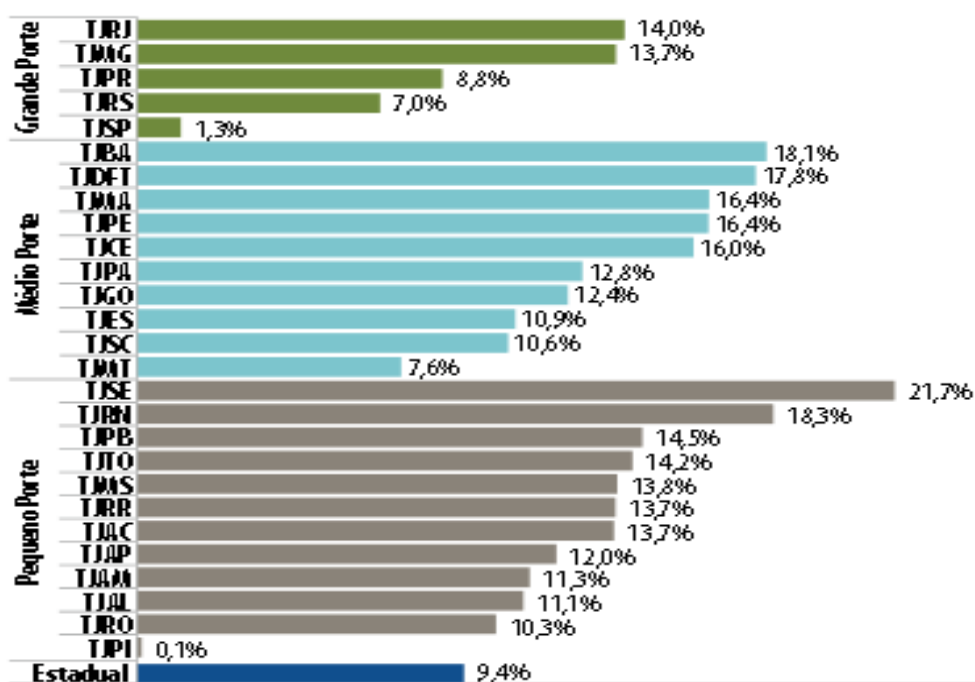
Fonte: Elaborado pela autora.

No entanto, embora, na Semana Nacional da Conciliação, seja possível conciliar mais da metade dos processos, tal situação não se mostra igual no resto do ano.

Conforme apontado pelo Relatório Justiça em Números 2016, ano-base 2015, do CNJ, o percentual de sentenças resolvidas por homologação de acordo consiste somente em 9,4%. Este percentual divide-se nos Estados da seguinte forma:



Gráfico 13 - Índice de conciliação na Justiça Estadual



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2016).

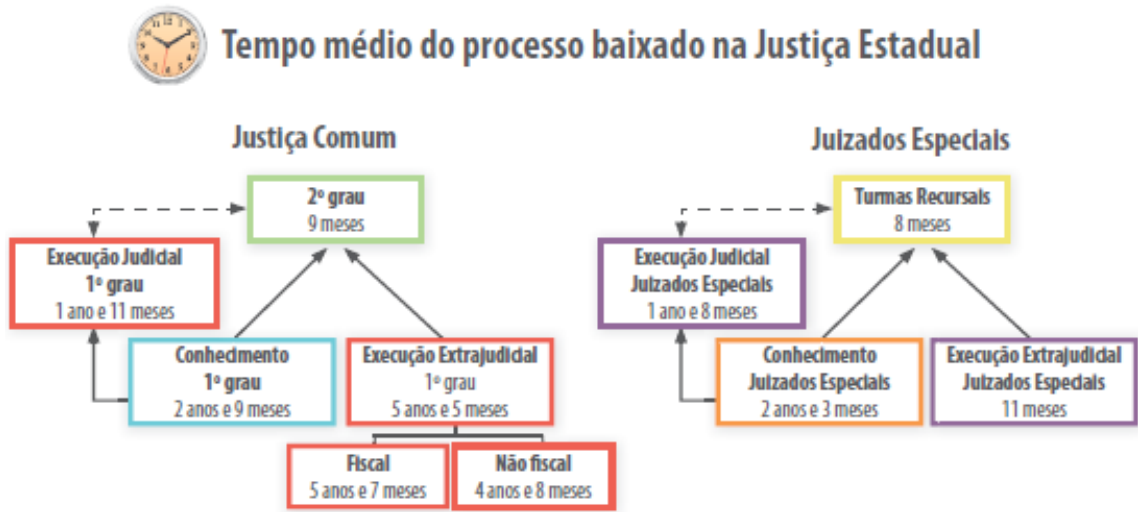
Além disso, o Relatório Justiça em Números 2016, ano-base 2015, traz dados relativos ao tempo médio do processo baixado na Justiça Estadual. Um processo de conhecimento, no primeiro e segundo grau, leva, em média, três anos e seis meses para ser baixado.

Uma execução judicial, em média, dois anos e oito meses. Uma execução extrajudicial, em média, seis anos e dois meses.

Nos Juizados Especiais, o processo de conhecimento leva, em média, dois anos e onze meses para ser baixado. A execução judicial leva, em média, dois anos e quatro meses para ser baixada. A execução extrajudicial leva, em média, um ano e sete meses para ser baixada.

Tais dados podem ser conferidos no infográfico a seguir:

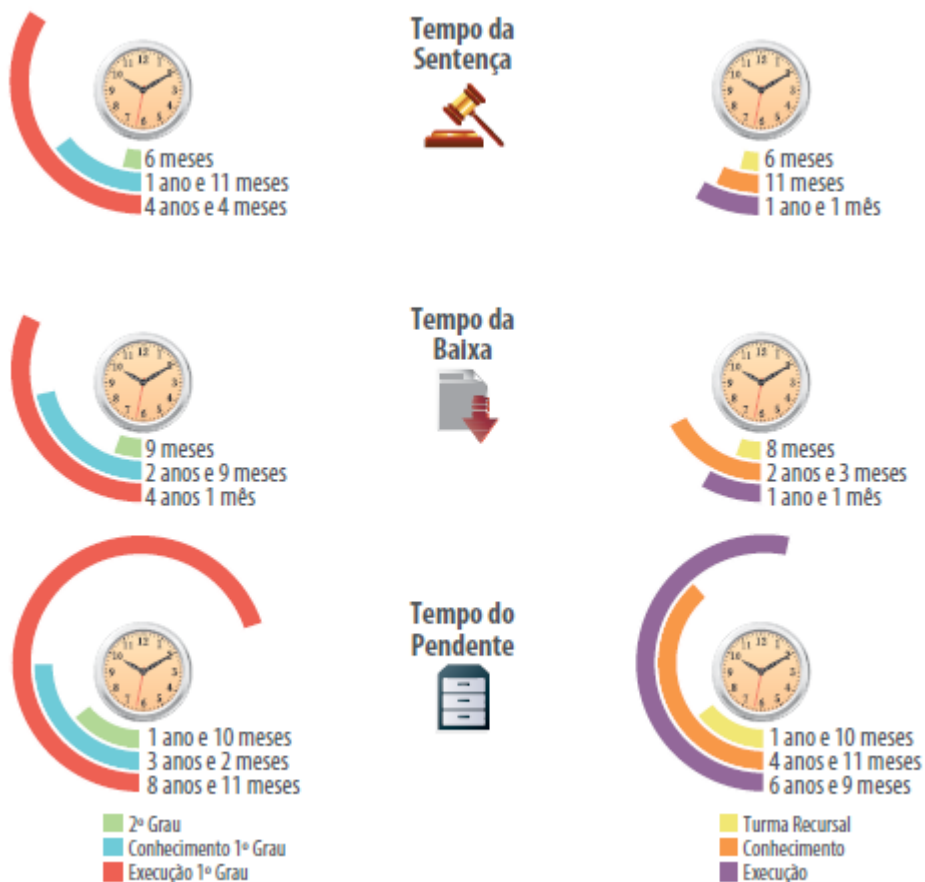
Figura 1 - Tempo médio do processo baixado na Justiça Estadual



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2016).

Este tempo seria dividido da seguinte forma:

Figura 2 - Tempos



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2016).

Tais dados demonstram, de forma clara, a grande demanda da população em relação ao Poder Judiciário, em especial no âmbito da Justiça Estadual, a grande taxa de congestionamento dos processos e, por consequência, a necessidade de pensar em alternativas para uma melhor resposta à população.

Conforme já ressaltado no segundo capítulo, o indivíduo quase sempre chama o Poder Judiciário a decidir, embora este nem sempre tenha todas as respostas (RIBEIRO, 2014a, p. 55), e apesar de dizer não ter uma grande confiança nesta instituição.

Outros dados demonstram a grande diferença do acesso à justiça nas diversas partes do país, provavelmente pelas diferenças geográficas, assim como pelas condições sócio-econômicas.

Enquanto há um baixíssimo número de processos em algumas partes do país, como, por exemplo, nos Estados de Roraima e do Acre, em outros, há uma elevada sobrecarga processual, como no caso de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

Por isso, acredita-se que, nos primeiros Estados citados, uma pesquisa sobre a primeira onda de acesso à justiça é indispensável. No entanto, como a presente pesquisa se desenvolve no Estado do Rio Grande do Sul, o enfoque deste trabalho é em relação a terceira e quarta onda do acesso à justiça.

Outra iniciativa desenvolvida pelo CNJ, a partir do ano de 2010, é o “Prêmio Conciliar é Legal”, que procura estimular e premiar ações de modernização no Poder Judiciário que contribuam para a aproximação das partes, a pacificação das partes e o aprimoramento da Justiça. O prêmio iniciou no ano de 2010 e já teve sete edições.

No ano de 2010, o CNJ publicou a Resolução 125, que institui a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos no âmbito do Poder Judiciário.

Nas considerações e fundamentos da resolução, são apontados os seguintes aspectos:

- a) a eficiência operacional como objetivo estratégico do Poder Judiciário;
- b) o direito do acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal);

- c) a necessidade do Poder Judiciário de organizar mecanismos de solução de conflito, principalmente os consensuais;
- d) a necessidade de implementar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de litígios;
- e) a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção dos litígios;
- f) a necessidade de estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento de práticas já adotadas pelos tribunais;
- g) a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para evitar disparidades;
- h) a organização dos sistemas conciliação, mediação e outros métodos consensuais de conflitos devem servir como princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos.

Ainda, no ano de 2014, o CNJ publica a Recomendação nº 50, a qual prevê a realização de ações que procuram dar continuidade ao Movimento Permanente da Conciliação, através de recomendações aos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais (NUPEMEC's), para que incentivem a conciliação.

No ano de 2014, o CNJ também publica a Resolução nº 198, a qual fala sobre o planejamento e gestão estratégica do Poder Judiciário, preconizando a importância da efetividade na prestação jurisdicional, assim como a necessidade de uma desjudicialização que torne a justiça mais acessível e um descongestionamento do Poder Judiciário.

Verifica-se, portanto, que todas estas iniciativas do CNJ são estímulos à evolução do sistema jurídico, nos termos já apontados no segundo capítulo, que nem sempre resultam na evolução, já que esta não é causal.

Diógenes Ribeiro (2016), amparado em Niklas Luhmann, explica que “A evolução não é um processo no sentido de um acontecimento encadeado de fatos históricos e causais, semelhante a uma lei”. (RIBEIRO, 2016, p. 133).

Dessa forma, tanto as inovações legislativas, quanto as iniciativas do CNJ, são estímulos à evolução, que corresponderiam ao mecanismo evolutivo da

inovação, já que procuram trazer comunicações inovadoras e surpreendentes ou então dar respostas a estas.

Porém, estes impulsos evolutivos podem sofrer algumas resistências em razão de alguns motivos que serão abordados no ponto abaixo.

#### **4.4 Da Necessidade de Preparo para a Conciliação e suas Possíveis Resistências**

Embora tenham sido trazidos diversos dados acerca da produção de acordos nas iniciativas desenvolvidas pelo CNJ, é importante ressaltar preocupação levantada por Emannuela Carvalho Cipriano Chaves e Lilia Maia de Moraes Sales.

As articulistas salientam a importância da correção do equívoco de que mediar ou conciliar é produzir acordo e assim desafogar as vias judiciais, pois a produção de acordos não é medida eficaz ou qualitativo se o acordo é injusto (CHAVES; SALES, 2014, p. 256), mesma preocupação ressaltada por Neil Andrews (2012, p. 354-355) e já abordada no primeiro capítulo.

Do mesmo modo, Emannuela Carvalho Cipriano Chaves e Lilia Maia de Moraes Sales (2014) ressaltam que a capacitação dos mediadores e conciliadores é aspecto essencial para a implementação desses mecanismos de solução de controvérsias de modo eficaz. (CHAVES; SALES, 2014, p. 255).

Há também uma percepção de que alguns fatores colocam obstáculos a concretização da conciliação e/ou mediação como forma de composição de conflitos, como, por exemplo, a história da política brasileira, assim como o ensino jurídico no Brasil, pontos que serão enfrentados a partir de agora.

##### *4.4.1 A Conciliação e a Política Brasileira*

Neste ponto, é importante compreender que não é estranho que o acordo seja visto como restrição de direitos por boa parte dos cidadãos, tendo em vista a história política e do Direito no Brasil. A primeira vez que a conciliação alcançou status constitucional, no nosso país, foi na Constituição Imperial de 1824. (CORDEIRO, 1999, p. 27).

Esta Constituição possuía ideias e instituições liberais, influenciadas claramente pela Revolução Francesa. Institucionalizava uma monarquia parlamentar, onde prevalecia o individualismo econômico e a centralidade política. Em realidade, este documento trazia uma “*fachada liberal*” que escondia a escravidão e excluía a maioria da população do país. Havia uma clara contradição entre o texto constitucional e a realidade social agrária; no entanto, isto não preocupava a elite dominante, embora esta proclamasse os princípios constitucionais – direito à propriedade, direito à liberdade, direito à segurança. (WOLKMER, 2015, p. 98-99).

A Constituição Imperial de 1824 procurou conciliar o patrimonialismo com o liberalismo, conforme ensina Sérgio Adorno (1988):

Nela ficou selado o compromisso entre a burocracia patrimonial, conservadores e liberais moderados, condenando-se ao desaparecimento liberais exaltados e radicais. Nela procuraram-se também fórmulas políticas conciliatórias para ajustar o Estado patrimonial ao modelo liberal do exercício do poder, relegando-se para um segundo plano preocupações em democratizar a sociedade brasileira. (ADORNO, 1988, p. 61).

Ao mesmo tempo em que se dava liberdades aos indivíduos, estas eram retiradas. Havia um liberalismo, mas que procurava atender aos interesses conservadores, preservando o patrimonialismo. Destaca-se ainda que o trabalho escravo foi mantido neste período, junto ao latifúndio agroexportador. (WOLKMER, 2015, p. 99-100).

Portanto, a Constituição de 1824 procurava conciliar interesses patrimoniais, conservadores e liberais, sem se preocupar efetivamente em alargar a participação política dos indivíduos. Percebe-se ainda que prevalecia a liberdade à igualdade, sendo que esta liberdade ainda era questionável, pois a escravidão era mantida, só vindo a serem promulgadas leis abolicionistas posteriormente, no ano de 1850.

Destaca-se também que, neste período, foi instituído o chamado “Gabinete de Conciliação”, através do qual se procurava conciliar os interesses das elites, estabelecendo-se uma cultura política da conciliação, que pode ser interpretada de duas formas: **(a)** “Uma luta política sonolenta, que garantiu paz, tranquilidade e prosperidade ao Império”; **(b)** uma estratégia política de determinado grupo para se manter no poder. (FERRAZ, 2013, p. 23-24).

O Partido Liberal surgiu a partir da institucionalização de grupos que defendiam leis centralizadoras e, buscavam, sustentados por uma visão jurídico-constitucionalista, e por meio de um legislativo autônomo, o controle rígido sobre a sociedade política e impedir as intervenções excessivas do príncipe nos negócios públicos. (ADORNO, 1988, p. 64-65).

Embora o partido tenha conseguido anexar diversas opiniões, todas estas eram centralizadas “Em torno das grandes personalidades da elite e da vida pública”. (ADORNO, 1988, p. 65).

Por sua vez, o surgimento do Partido Conservador acompanhou o movimento de supressão das conquistas liberais. A partir do ano de 1830, um grupo de ex-liberais moderados e ex-restaurados se reuniu, objetivando defender os interesses da propriedade agrária e preocupados com a estabilidade da ordem social. Esse partido pretendia “Uma monarquia sólida, forte, centralizada, que garantisse os ‘direitos’ sobre propriedade escrava e que contivesse o avanço dos movimentos populares”. (ADORNO, 1988, p. 65-66).

Desta forma, a luta político-partidária esteve sempre dissociada dos propósitos da democracia dos setores urbanos e populares. Também não foi possível discutir o alargamento da participação política. (ADORNO, 1988, p. 66).

Verifica-se, portanto, que a conciliação, na luta política, era realizada por quem estava no poder, sem ter o povo voz ativa. Foi nesse contexto histórico que foram introduzidos os “novos direitos” da população, entre os quais o “direito” à conciliação.

Em realidade, a Constituição do Império de 1824 estipulava que não seriam iniciados processos cíveis ou criminais sem que fosse tentada a conciliação. Ainda que atualmente possa se defender que a conciliação é uma forma de realização ao acesso à justiça, por garantir a celeridade e a razoável duração do processo, entende-se que, naquela época, em razão daquele processo político, estabelecer a conciliação como requisito prévio ao processo era um meio de violação do acesso à justiça. Entende-se desta forma, já que a elite encontrava-se no poder e a população menos favorecida não tinha qualquer participação na vida política<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Embora o voto existisse desde o século XVI, era assegurado tão somente às classes privilegiadas.

Como já destacado anteriormente, os princípios democráticos, naquela época, não eram atendidos. A população não conseguia alcançar os direitos que desejava, mas somente os que eram impostos e estes, em grande parte, atendiam aos interesses da elite.

Analisando o processo político vivenciado pelo país, não se torna difícil entender qual o motivo de até hoje existir uma grande resistência ao instituto do conciliação e/ou mediação pelas partes.

A conciliação, muitas vezes, ainda é vista como restrição de direitos.

Deste modo, se questiona até que ponto será efetiva a disposição do Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015) que estabelece a obrigatoriedade da conciliação, sendo que os estudiosos do tema referem que a conciliação tem que ser voluntária.

#### *4.4.2 A Conciliação e o Ensino Jurídico Brasileiro*

Outro aspecto importante a ser compreendido na resistência aos novos mecanismos de solução de controvérsias, como a conciliação e a mediação, é a tradicional formação jurídica do nosso país, que é uma educação conservadora (CHAVES; SALES, 2014, p. 257)

Por muitas vezes, o direito rejeita a interdisciplinaridade, conforme já apontado por Cappelletti e Garth (1988), quando referem que o sistema jurídico não está imune a críticas e que há cada vez mais inquietação e perguntas advindas de sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos, entre outros. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 7).

Cappelletti e Garth (1988) também apontam que, ao invés de ser demonstrada resistência aos invasores, deve se responder a sua inovação de modo criativo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 7), o que se assemelha ao conceito de resiliência jurídica, bem como a necessidade de abertura cognitiva do direito, em termos luhmannianos.

Este conservadorismo do direito e o tradicional enfoque na dogmática jurídica também podem ser compreendidos ao se analisar como foram instituídas as escolas de Direito no Brasil.

Conforme referido por Antônio Carlos Wolkmer (2015), a cultura jurídica brasileira do século XIX, foi construída através de dois fatores: **(a)** criação de



cursos jurídicos e a criação de uma elite jurídica própria; **(b)** a elaboração de arcabouço jurídico – com Constituição, códigos, leis. (WOLKMER, 2015, p. 94).

Para se formar uma política autônoma, mostrava-se necessário alocar atores brasileiros na administração e na justiça, de forma que se estabeleceu que era necessário criar faculdades de direito. (WOLKMER, 2015, p. 94).

Com a Lei de 11 de agosto de 1827, foram criados dois cursos de ciência jurídica por Dom Pedro I: um em São Paulo (instalado no Convento de São Francisco, iniciando as atividades em 1828) e outro em Olinda (instalado no Mosteiro de São Bento, iniciando as atividades em 1828). Isto demonstrava a necessidade de concretização da independência política, assim como a recomposição da estrutura de poder. (WOLKMER, 2015, p. 94).

Os cursos jurídicos surgiram praticamente ao mesmo tempo em que estava ocorrendo o processo de independência e era criado o Estado Nacional. A finalidade não era formar advogados, mas preencher os quadros administrativos do Estado, atendendo às suas necessidades burocráticas, assim como consagrar o liberalismo como nova ideologia. (WOLKMER, 2015, p. 94).

Dessa forma, essa época foi caracterizada pelo bacharelismo liberal, onde os estudantes saíam da faculdade para preencher os quadros do Estado (WOLKMER, 2015, p. 94).

As Escolas de São Paulo e de Olinda, no entanto, apresentaram diferenças, embora ambas tenham sido influenciadas pelos modelos estrangeiros. A influência era principalmente das faculdades de Coimbra, onde os brasileiros iam estudar anteriormente, quando não havia faculdades de Direito no Brasil. (WOLKMER, 2015, p. 94).

A Faculdade de Direito de Olinda foi transferida posteriormente para Recife, em 1854. Durante o período em Olinda, a faculdade sofreu alguns problemas devido a ter sido inaugurada às pressas e sem ter pessoal capacitado. Os problemas consistiam no fato dos professores serem pobres e mal remunerados, faltando frequentemente às aulas, alegando morar em Recife, o que proporcionava o desrespeito dos alunos. (SCHWARCZ, 1993, p. 144-146).

No entanto, a mudança do local só ocorreu devido a ter acontecido um incêndio, que fez os poucos alunos que frequentavam a aula debandarem. Oportuno ressaltar que, durante a fase de Olinda, houve forte influência da

Igreja, já que a faculdade foi instalada, originalmente, em um mosteiro. (SCHWARCZ, 1993, p. 144-146).

Todavia, com esta mudança de Olinda para Recife, há “Uma guinada tanto geográfica como intelectual”. A faculdade pernambucana, no período em que esteve em Recife, se caracterizou por uma pluralidade temática, onde eram estudadas leituras naturalistas, biólogos, científicas, históricas e sociológicas, tendo sido preparada para produzir homens da ciência. (SCHWARCZ, 1993, p. 150-153). Ainda, por estarem longe de centro político do país, era de lá que partiam os gritos de descontentamento. (SCHWARCZ, 1993, p. 186).

Já a Escola de São Paulo foi caracterizada pela formação política, pelo jornalismo e pela “ilustração” artística e literária. Por estar no centro do país, onde ocorriam as decisões políticas, esta terminou sendo destinada a formar intelectuais que eram direcionados à cooptação pela burocracia estatal. (WOLKMER, 2015, p. 96-97).

Além disso, os estudantes desta escola provinham de elites – que mantinham a propriedade rural –, de modo que precisavam conciliar as defesas das liberdades individuais sem comprometer o direito à propriedade (ADORNO, 1988, p. 171), o que não os preparou para o exercício da função crítica. (ADORNO, 1988, p. 159).

Deve se registrar que existiam traços que caracterizavam a figura do bacharel, em especial o paulistano, a “Atração pelo saber ornamental, culto à erudição lingüística, cultivo do intelectualismo”, na medida em que participaram do periodismo, teatro e na literatura. (ADORNO, 1988, p. 157-159).

Vislumbra-se, portanto, que as faculdades de direito foram marcadas pela glosa de textos legais, sem que houvesse preocupação crítico-reflexiva. O principal objetivo das faculdades de direito era preencher os quadros estatais do Estado Nacional, sem que houvesse reflexão e crítica, o que dificultava o acesso à justiça e a participação política dos cidadãos. Nesse sentido, apontam José Sebastião de Oliveira e Vitor Toffoli (2012):

E, formada a base governista brasileira, o produto desse ensino no tempo reflete na crise experimentada pelo país na contemporaneidade, a ênfase da dogmática positivista colocou em segundo plano estudos de

sociologia e filosofia, afastando dos currículos a crítica e possibilidade epistemológica de revisão e revalidação científica. (OLIVEIRA; TOFFOLI, 2012, p. 23).

Esse tradicional ensino jurídico, que privilegia a glosa de textos legais e a dogmática jurídica, sem a preocupação crítica, reflete no ensino atual, não se preocupando com o ensino de filosofia e sociologia, e se afastando da preocupação da validação científica. Os autores acima citados ainda referem que:

Os cursos jurídicos de hoje possuem, em relação ao período do império três grandes diferenças: são acessíveis à população, menos custosos aos estudantes e não mais se destinam à formação da elite governante (ao menos em sua maioria), mas continuam, quase que em totalidade, com a mesma mentalidade ideológica, restringir o conhecimento às fronteiras positivistas, e ao pseudo-jusnaturalismo normativo, com cursos e currículos restritos ao estudo das leis e dos institutos jurídicos, inertes às indagações críticas, busca-se um conhecimento descritivo da norma e basta, possibilitando, assim, a reprodução das estruturas sociais vigentes; continuam, em suma, a atender o interesse de determinada classe em detrimento das outras, ainda que sejam os profissionais formados em massa nessas. (OLIVEIRA; TOFFOLI, 2012, p. 23).

O ensino jurídico hoje é mais acessível e mais barato, porém, ainda reproduz esta mentalidade jurídica, que restringe os cursos e currículos jurídicos ao estudo do positivismo jurídico, sem analisar sociologicamente o interesse da população e sem formular indagações críticas.

#### *4.4.3 Da Abertura do Direito para a Sociedade*

Importante ressaltar que não se menospreza o papel da legislação, assim como seu estudo, mas se defende que ela seja inovadora, que estimule a evolução do sistema jurídico.

Defende-se que o direito se abra cognitivamente para as demais áreas da sociedade, como é o caso da conciliação e da mediação, que trabalha com demais áreas do conhecimento, e que os profissionais do direito estejam preparados para trabalhar com estas novas modalidades.

Defende-se que o Poder Judiciário seja visto como um local onde a população realmente tem voz, e não somente o local onde são baixados processos.

Marina Damasceno e Elaine Harzheim Macedo (2016) realizam uma analogia da quarta parede das artes cênicas com o mundo do direito. No teatro, cada lateral representa uma parede (duas paredes), enquanto o fundo representa a terceira parede. Haveria uma quarta parede, que seria uma divisão imaginária entre a plateia e os atores. No mundo do direito, por sua vez, os operadores do direito (juízes, promotores, advogados, servidores) seriam os atores, enquanto os jurisdicionados seriam a plateia. O processo consistiria no espetáculo. (DAMASCENO; MACEDO, 2016. p. 42).

Nas artes cênicas, quando o ator se dirige à plateia, a quarta parede é quebrada, mas o ator não deixa de ser ator, assim como a plateia não deixa de ser plateia. Diferente do teatro, o direito parece insistir em manter a quarta parede entre os litigantes e os atores jurídicos. Os atores jurídicos agem entre si, enquanto as partes são meras espectadoras, sem muitas vezes compreender o processo. Não é incomum que seja prolatada uma sentença e a parte não consiga compreender seu conteúdo. (DAMASCENO; MACEDO, 2016. p. 42). As articulistas destacam que:

Uma decisão, que interfere na vida e no patrimônio jurídico dos jurisdicionados, há de se legitimar – irrelevante sua legalidade – na força de sua aceitação, de sua absorção, o que exige uma participação mais efetiva e real do jurisdicionado. (DAMASCENO; MACEDO, 2016. p. 42).

Em outros termos, uma decisão que afetará diretamente as partes, interferindo diretamente no seu patrimônio jurídico, deve ser legitimada por uma participação mais efetiva dos jurisdicionados no processo. No mesmo sentido, referem que:

Nesse fio, é possível, a partir das normas fundamentais processuais, estabelecer como principais vetores do novo processo civil, a construção de um processo voltado fundamentalmente para as soluções consensuais, inclinando-se o pêndulo, historicamente em movimento, em favor da resolução do conflito através de composições alternativas e de caráter consensual, como a mediação e a conciliação, remetendo o processo adversarial para um segundo plano, como última opção; e mais, um processo dialogado, inspirado pelo contraditório pleno e substancial, onde a voz dos contendores seja ouvida, com o poder de influenciar a decisão, que há de ser fundamentada no âmbito do conflito e levando em consideração todas as teses, de fato e de direito, arguidas. Um modelo assim arquitetado, torna-se um processo mais participativo, mais democrático, mais policentrista e menos impositivo, imperial e concentrado nas mãos do julgador. Ao fim e ao cabo, o

processo passa a ser um espaço democrático, predominantemente jurídico, de construção do direito do caso concreto. (DAMASCENO; MACEDO, 2016, p. 44).

Vislumbra-se, portanto, que a tentativa de ingresso dos meios alternativos de composição de conflitos no processo civil é um meio de procurar um processo mais dialogado e democrático, no qual a voz dos litigantes seja realmente ouvida. Assim, a solução encontrada poderá proporcionar uma maior satisfação às partes envolvidas no conflito.

O grande desafio, neste caso, parece ser o empoderamento da sociedade e o entendimento, pelos indivíduos, de que este é o local que possuem para falar e dialogar com seus iguais, de forma a buscar a melhor solução do problema.

O local onde a decisão é não somente dada por um terceiro imparcial, mas como pode ser construída junto à parte adversa, através de uma comunicação eficaz. Aliás, esta parece ser o interesse do Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015), quando privilegia a autonomia das partes, ponto que será analisado a seguir.

#### **4.5 A Autonomia de Vontade das Partes do Novo CPC (NCPC/2015)**

A exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, publicada no ano de 2010, e que possibilita a compreensão do novo diploma, inicia falando que:

Um sistema processual civil que não proporcione o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. (BRASIL, 2010, p. 11).

Se o processo civil não proporcionar a realização e efetividade de direitos e o acesso à justiça, não estará em consonância com o Estado Democrático de Direito e os seus princípios constitucionais. Se o sistema processual for ineficiente, todo o sistema processual é, pois as normas de direito material não se tornam efetivas.

Na redação do anteprojeto, ainda é destacado que não existem fórmulas mágicas e que o Código de Processo Civil de 1973 se mostrou satisfatório durante duas décadas, começando a apresentar problemas na década dos anos

90, como nos casos da antecipação de tutela (1994) e agravo (1995). A partir deste período, reformas começaram a ser elaboradas. (BRASIL, 2010, p. 12).

As reformas buscavam adaptar o texto legal e o funcionamento das instituições à realidade da sociedade. Estas reformas comprometeriam a coesão do diploma processual civil, pois haveria uma desorganização e uma forma não sistemática (BRASIL, 2010, p. 12), razão pela qual teria sido elaborado um novo diploma processual civil.

Dessa forma, o anteprojeto destaca que se mostra necessária a criação de um novo código e que isso não significa uma ruptura com o passado, mas a necessidade de mudanças e passos à frente.

Assim evidencia-se a preocupação de jurisdicionados e atores jurídicos, ouvidos em todo o país, e que traz o principal objetivo do Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015), que é solucionar problemas. (BRASIL, 2010, p. 13).

O processo seria um método de resolução de conflitos, por meio do qual valores constitucionais são realizados, afinal é através das leis ordinárias e as normas de escalão inferior que estes valores podem ser explicitados. (BRASIL, 2010, p. 11).

Assim foi decidido que os trabalhos da Comissão do Novo Código de Processo Civil deveriam ser orientados por cinco objetivos:

- 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal;
- 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa;
- 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal;
- 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e,
- 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

O primeiro objetivo, sem dúvidas, é o mais importante de todos, pois nosso ordenamento jurídico deve estar em consonância com a Constituição Federal, nossa maior garantia de direitos e do Estado Democrático de Direito.

O positivismo jurídico representou uma conquista no século XX, no ocidente, respaldando a legalidade e a construção do modelo do Estado Democrático de Direito. (BARBOSA, 2013, p. 262).

Todavia, com a Segunda Guerra Mundial, muitos horrores foram cometidos em nome da “lei”, a exemplo da execução de judeus, o que pode se constatar através do julgamento de Adolf Eichmann, onde este defende que estava “cumprindo ordens”, “cumprindo seu dever” e “obedecendo à lei” (ARENDR, 2014, p. 152), o que fez surgir o movimento do constitucionalismo jurídico no pós-guerra.

O constitucionalismo jurídico é uma teoria de direito fundada em Constituições rígidas, na qual haverá uma lei superior à lei ordinária, pois há “Um conjunto de limites e vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas supraordenadas”. (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 14;17).

Tal formulação permite a certeza de que nossos direitos estão previstos na Constituição e que as demais normas devem respeitá-la. Pode-se dizer ainda que “A Constituição deve ser considerada como uma aquisição evolutiva da sociedade”. (SCHWARTZ, 2007, p. 1).

Porém, algumas observações devem ser feitas, como, por exemplo, embora a Constituição tenha sido construída sob a ótica de limitação de poder, seu ponto legitimador seria outro, qual seja a necessidade da sociedade de “Regulamentar dinâmicas sociais que operam de forma diferenciada” para que as normas constitucionais não se tornem sem valor. (SCHWARTZ, 2007, p. 1).

No entanto, embora seja inegável a importância do primeiro objetivo, aqui deve ser destacado o segundo objetivo, que claramente privilegia a autonomia das partes.

O segundo objetivo consiste em dar condições ao juiz que profira a decisão de acordo com a realidade fática da causa, isto é, que a decisão seja adequada à realidade da causa e ao contexto vivenciado pelas partes do processo.

Por tal razão, o novo Código privilegia a possibilidade de por fim ao conflito por meio da conciliação e/ou da mediação, pois se entende que “A satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criadas e não imposta pelo juiz”. (BRASIL, 2010, p. 22).

É mais fácil que a solução do processo seja justa e efetiva se construída pelas partes, que conhecem todos os aspectos daquela relação processual, e não por um terceiro imparcial, alheio a todos os detalhes e minúcias da situação.

Não é uma situação incomum que as partes cheguem às audiências pedindo para falar e explicar seu caso, o que evidencia a sua necessidade de participar ativamente do processo e de quebrar a quarta parede, conforme já acima explicado.

Embora, na maioria das vezes, as partes estejam representadas por advogados, para que estes defendam seus interesses, existem aspectos da relação processual que só podem ser trazidas através da comunicação daquele indivíduo. Detalhes que, algumas vezes, podem até mesmo ser desconhecidos de seus procuradores.

Aliás, até mesmo para atender os objetivos colocados em terceiro, quarto e quinto lugar, parece ser mais possível realizá-los através da oitiva das partes, desta efetiva comunicação, já que elas podem ajudar a simplificar a relação processual após manifestarem seus verdadeiros interesses (terceiro objetivo).

Do mesmo modo, através do diálogo, torna-se possível dar o encaminhamento devido e preciso para aquele determinado processo (quarto objetivo). E, por meio do encaminhamento correto dos processos, é possível que o nível de organicidade e coesão do sistema seja melhor (quinto objetivo).

Fredie Didier Junior (2015) ensina que a liberdade é um dos direitos fundamentais principais e também um dos mais antigos, sendo que a autonomia privada ou o autorregramento da vontade seriam expressões deste direito e inafastáveis do princípio da dignidade da pessoa humana. (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 167).

Este autor leciona ainda que a liberdade do autorregramento da vontade consistiria em quatro esferas: (a) liberdade de negociar; (b) liberdade de criar. (c) liberdade de estipular; (d) liberdade de vincular. (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 168).

Além disso, explica que este princípio não tem a mesma roupagem dogmática que tem no direito material, pois, no processo, como há o exercício de uma função pública, há maiores limitações, ou seja, a negociação processual possui uma regulamentação maior e seu objeto é mais restrito. (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 168).

Contudo, esta limitação não reduz a importância deste princípio, o da liberdade no processo, principalmente quando se pensa na liberdade no Estado Democrático de Direito e no processo jurisdicional como exercício de um poder, existindo apenas certos limites em relação à autonomia privada. Afinal, um



processo que limite sem justificativa a liberdade, não pode ser considerado um processo devido. (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 169).

Fredie Didier Junior (2015) expressa que é estranho que, ao mesmo tempo em que se defenda a democratização do processo e técnicas de facilitação do acesso à justiça, o papel da liberdade no processo é abandonado. Explicita ainda que “Defender o autorregramento da vontade no processo não é necessariamente defender um processo estruturado em um modelo adversarial” (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 169-170). Este escritor leciona ainda que:

O princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes, sem restrições irrazoáveis ou injustificadas. De modo mais simples, esse princípio visa tornar o processo jurisdicional um espaço propício para o exercício da liberdade.

O direito de a parte, ora sozinha, ora com a outra, ora com a outra e com o órgão jurisdicional, disciplinar juridicamente as suas condutas processuais é garantido por um conjunto de normas, subprincípios ou regras, espalhadas ao longo de todo o Código de Processo Civil. A vontade das partes é relevante e merece respeito. Há um verdadeiro microsistema de proteção do exercício livre da vontade no processo. (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 170).

Em outras palavras, a ideia de autorregramento do processo é que exista um local processual em que seja respeitado direito de se autorregrar, o direito da vontade, sem limitações que não se justifiquem. O processo deve ser um local no qual se exerce a liberdade. A disciplina de condutas processuais é regulada pelo Código de Processo Civil, sendo que a vontade das partes é relevante e merece atenção.

O Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015) vem ao encontro destas angústias e defende a importância do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil, a exemplo do estímulo da solução de conflitos de uma forma autocompositiva (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 170), o que é demonstrado pelas seguintes circunstâncias:

- a) dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165-175);
- b) estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695);
- c) permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII);

- d) permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, §2º);
- e) permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art. 190). (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 170).

Além de toda a estrutura do processo civil buscando estimular a solução de conflitos de uma forma autocompositiva, ainda é respeitado caso as partes não desejem assim resolver o conflito (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 171), o que demonstra um grande respeito a vontade das partes, e uma busca pela ampla liberdade dentro do processo.

Poder-se-ia dizer que há um empoderamento das partes, que é um local oportunizado para fala, invertendo a lógica da conciliação historicamente, quando esta servia tão somente para uma limitação de direitos, sendo agora um local de engradecimento dos cidadãos.

No entanto, para isto, as resistências a este instituto precisam ser combatidas, para que o direito possa se mostrar resiliente. Para que seja possível a resiliência jurídica, e assim o direito demonstrar que tem o papel de se reinventar, parece ser necessário que este consiga reproduzir ressonâncias comunicativas eficazes entre as partes, entre seus advogados, e conjuntamente ao conciliador, mediador ou ao juiz.

Somente através do diálogo é possível construir a solução da lide, e de um modo mais efetivo, pois diversos pontos podem ser enfrentados neste processo pelas pessoas interessadas. Aliás, conforme já ressaltado neste trabalho, a evolução só pode ocorrer através do conflito. E apesar da evolução ser improvável, ela eventualmente ocorre.

Antônio Manuel Hespanha (2007) afirma que o direito é aquilo que vigora como tal em uma comunidade, ou seja, é o reflexo de um consenso comunitário reflexivo. (HESPANHA, 2007, p. 1). O direito seria aquilo que a sociedade aceita como sendo direito.

A partir desta ideia, o autor elabora diversas reflexões no livro “O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje”.

Dentre estas preocupações, Hespanha (2007) questiona se existe a possibilidade de construir o direito sem que este seja baseado exclusivamente no interesse individuais dos membros da República. Questiona também se o direito não surgiu para solucionar conflitos egoístas de interesses e se existiria a

necessidade do direito se os homens não tivessem o desejo de sempre maximizar seus interesses. (HESPANHA, 2007, p. 468).

O autor responde a estas questões, afirmando que, durante muito tempo, a resposta a estas questões foi afirmativa, pois se compreendia que os homens tinham natureza associativa, sociável e política. Acreditava-se na lei do amor e de afeições políticas, de modo que o direito era formulado mais “Pela afirmação de deveres para com os outros do que na afirmação de direitos em relação a eles”. (HESPANHA, 2007, p. 468).

Contudo, com o exarcebado individualismo defendido na modernidade, conjuntamente a concepção contratualista, esta concepção solidarista foi destruída, “Ao mesmo tempo em que elevava o poder de vontade [...] de cada um à fonte exclusiva do direito e dos direitos e deveres que dele decorriam”. (HESPANHA, 2007, p. 468-469).

O autor afirma ainda que é improvável que a compreensão solidarista anterior do mundo sobreviva nos dias atuais, pois possui valores religiosos, morais e filosóficos, os quais são “Problematizados pela suspeita do pós-modernismo em relação a quaisquer valores com uma pretensão de validade universal ou objectiva”. (HESPANHA, 2007, p. 468-469).

Portanto, os valores anteriormente concebidos e que faziam os homens conviverem conjuntamente, através de amor e afeições, como a religião, a filosofia e a moral, hoje são questionados, pois há uma grande suspeita do pós-modernismo em relação a valores que se pretendem universais. Porém, exatamente, por estes motivos, torna-se urgente pensar nestas questões.

Antonio Manuel Hespanha (2007) refere que existem muitas razões para que haja reflexões sobre estes assuntos, como se verificasse aqueles momentos que não são puramente individualistas no direito. O autor aponta dois grandes motivos. O primeiro é referente ao fato de que embora a República ou a sociedade civil exista para defender interesses dos particulares, também existe para que o interesse dos particulares atenda os interesses da República, sendo que “Isto cria direitos da República, a que correspondem deveres dos cidadãos”. (HESPANHA, 2007, p. 469).

O segundo motivo, por sua vez, seria a compreensão de que “O exercício de certos direitos exige deveres por parte dos outros”, como, por exemplo, nos deveres de abstenção ou de cooperação. (HESPANHA, 2007, p. 469).

Pode-se citar, como exemplo de abstenção, o disposto no artigo 121 do Código Penal, que dispõe que não posso matar alguém, já que não posso interferir na esfera jurídica de outrem e retirar o direito à vida daquela pessoa.

Como dever de auxílio, pode-se citar, como exemplo, o artigo 135 do Código Penal, que prevê que devo auxiliar a criança abandonada ou extraviada, assim como a pessoa inválida ou ferida, em grave ou iminente perigo, desde que não envolva risco pessoal, ou então pedir o socorro da autoridade pública.

Este autor ressalta ainda que existe uma questão mais complexa, acerca de se deveria se defender que existem direitos perante os outros, como, por exemplo, os de socorro e/ou qualidade de vida. Hespanha (2007) ressalta que se a República defende que é possível fazer guerra para defender o interesse geral, também não se deveria defender que os mais carentes fossem auxiliados, de modo que a sociedade pudesse ser mais justa e solidária. (HESPANHA, 2007, p. 470).

Ao responder esta questão, Hespanha (2007) diz que a teoria política ocidental, no primeiro quarto de século, defendeu que o Estado deveria promover o bem estar social, através de diversos argumentos, como a moral e a religião, providenciando uma política redistributiva. No entanto, o autor questiona se não seria necessário impor deveres de solicitude pessoal, referindo que temos deveres desse gênero nos dias atuais, como o direito de família e de vizinhança, ainda que limitadamente. (HESPANHA, 2007, p. 473).

Por fim, Antonio Manuel Hespanha (2007) explica que o principal contraponto entre o ordenamento jurídico hoje e uma ordem jurídica justa parece ser o desequilíbrio da densidade existencial do “Eu” e a superficialidade com que se considera o “Outro” como sujeito de Direito. Enquanto o “Eu” é fruto de uma reflexão profunda, o “Outro” é visto como uma coisa, algo sem profundidade. (HESPANHA, 2007, p. 473-475).

Outro fator que contribuiria para a despersonalização do Outro é considerar que todos os “outros” são iguais, que poderiam ser tratados de maneira geral e abstrata. O direito utilizaria soluções gerais com a indiferenciação do indivíduo e de modo objetivo, sem se importar com a dimensão interna dos sujeitos, sem se importar com os seus sentimentos. (HESPANHA, 2007, p. 477-478).

O terceiro fator para a despersonalização do outro seria o fato de considerar o “Outro” como um ser individual, sem levar em conta a

caracterização dos grupos aos quais pertence, como a família, a vizinhança, o trabalho, a idade, a cultura. O direito protege aos indivíduos, mas não protege os direitos comunitários ou direitos individuais que estejam ligados à comunidade. (HESPANHA, 2007, p. 479).

Hespanha (2007) ressalta que existem algumas perspectivas do direito, como a habermasiana, que defendem a ordem dialogada, isto é, que preconizam que o indivíduo não seja tornado num objeto, mas que seja respeitada a razão e a autonomia da vontade, onde exista uma “personalização do direito”. Contudo, o autor explica que a ideia central do direito, na modernidade, tem sido a generalização, sendo dispensada a natureza que não é delimitável e objetiva, assim como a complexidade da pessoa. (HESPANHA, 2007, p. 481-482).

António Manuel Hespanha (2007) afirma que, a partir do século XVIII, os juristas e os políticos só falam acerca do amor da República, daquilo que seria o interesse geral e o bem comum, sendo o amor remetido para as relações pessoais. (HESPANHA, 2007, p. 482-483).

O direito, que era marcado pela singularidade, é substituído por um direito que objetiva e “colonializa” as pessoas, submetendo-as ao “bem comum” ou então são construídos interesses “egoístas” no padrão exclusivo ou dominante da conduta. (HESPANHA, 2007, p. 482-483).

Existiria uma consciência por parte da hermenêutica da insuficiência deste tipo de abordagem, porém a maior parte dos hermeneutas resolve esta dificuldade com “O recurso à hipótese de uma unidade humana fundamental entre os dois interlocutores que permitiria que, apelando a este substrato humano comum do sentido, se produzissem o pleno conhecimento e entendimento”. (HESPANHA, 2007, p. 483-484).

Portanto, com a crise da modernidade, através da consciência da singularidade de cada pessoa, e com a consequência do efeito despersonalizador das pessoas, questiona-se se não seria possível encontrar sistemas que não limitem a complexidade do outro. Pergunta-se se o direito não seria um sistema que reduziria a complexidade das relações interpessoais, de um modo que haveria a privação do conhecimento total da pessoa. (HESPANHA, 2007, p. 484-485).

Diante de todo este contexto aqui narrado, verifica-se que novas respostas tornam-se imprescindíveis. Para que o direito possa bem exercer seu papel na

sociedade, que é a estabilização das expectativas normativas dos indivíduos, torna-se indispensável escutá-los e, para tanto, isso só será possível por uma comunicação eficaz.

Portanto, o direito precisa criar mecanismos que possibilitem uma efetiva comunicação. Por toda a conjuntura histórica e social, mostra-se claro que o direito não atenderá bem a sua função com respostas prontas, sem apontar soluções individualizadas a cada caso.

Neste ponto, deve se salientar que uma prestação jurisdicional rápida não significa uma prestação jurisdicional efetiva. (MOREIRA, 2001, p. 232). O acesso à justiça só será bem cumprindo quando o Poder Judiciário tiver mecanismos para analisar caso a caso e, dessa forma, puder conduzi-lo da forma mais adequada. Para isto, o direito precisa inovar, precisa se afastar do tradicional conservadorismo e investir em novas formas de resolver conflitos e de desempenhar seu papel, tornando-se mais próximo do cidadão e demonstrando que aquele pode ser seu local de fala. Assim o direito poderá se mostrar resiliente. Nesse sentido, aponta Ovídio A. Baptista da Silva (2004):

As alternativas dos Juizados Especiais e das juntas de conciliação, instrumentos sem dúvidas valiosos como coadjuvantes na busca de uma prestação jurisdicional compatível com os nossos tempos, podem transformar-se em um escudo para que as causas profundas da crise do Poder Judiciário sejam esquecidas ou relegadas para as *calendas gregas*.

Devemos buscar alternativas, sem, no entanto, perder de vista o problema fundamental enfrentado pela jurisdição estatal. Como dissemos, o pensamento dogmático é incapaz de fornecer esse diagnóstico. Assim como se mostrará sempre disposto a realizar reformas sem antes investigar as causas que os tornem indispensáveis, também não terá remorso em sepultar o moribundo, mesmo que ele ainda tenha cura. (SILVA, 2004, p. 318).

Ovídio explica que é necessário buscar alternativas, mas que também é preciso saber quais são os problemas enfrentados pela jurisdição, sendo que os dogmas impediriam a compreensão destas problemáticas. Preconiza que antes das reformas serem adotadas, é preciso compreender o que as motiva, para que elas não sejam esquecidas.

Afirma que os Juizados Especiais e as juntas de conciliação são instrumentos que podem ser aproveitados para uma prestação jurisdicional mais adequada ao seu tempo, mas que não podem ser utilizadas para que as causas da crise do Poder Judiciário sejam esquecidas.

Por tais razões, no presente trabalho, se procurou compreender o que era a audiência preliminar, quais as razões para a sua instituição, quais os motivos para o seu desuso, assim como quais as razões que levaram à instituição da audiência de conciliação e de um Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015).

Como já dito, a audiência de conciliação e a sessão de mediação têm muito a contribuir na perspectiva de um direito mais atualizado, mais próximo à sociedade, porém não se pode esquecer os problemas que permeiam a crise do Poder Judiciário e da efetividade do acesso à justiça.

Também é necessário estar atento a uma possível resistência dos atores jurídicos aos institutos da conciliação e da mediação.

E, para que se possa ser crítico em relação a estes institutos, assim como para obter as suas benesses, torna-se necessário entendê-los, razão pela qual é o assunto abordado no próximo tópico.

#### **4.6 A Audiência de Conciliação e a Sessão de Mediação no Novo CPC (NCPC/2015)**

A aparente resistência à aplicabilidade da audiência preliminar e da tentativa de composição foi tão grande que, no Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015 – Lei 13.105/05), há um regulamento totalmente diverso, em que são desmembrados os institutos da audiência preliminar e da audiência de conciliação.

O artigo 357, §3º<sup>72</sup>, do Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015), estabelece a audiência preliminar na fase do saneamento do processo, sendo necessária somente quando ocorrer complexidade em matéria de fato ou de matéria de direito. Todavia, a grande modificação diz respeito à instituição da audiência de conciliação, estipulada no artigo 334 do novo CPC.

O objetivo da audiência preliminar sempre foi possibilitar a conciliação entre as partes. No entanto, em razão desta aparente resistência à aplicabilidade da norma, há agora, no novo CPC, um regulamento mais rígido.

---

<sup>72</sup> § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

O artigo 334<sup>73</sup> do novo CPC estabelece que se forem atendidos os requisitos da petição inicial e não for caso de improcedência liminar do pedido, será designada audiência de conciliação ou de mediação, conforme for o caso, com antecedência mínima de trinta dias, devendo o réu ser citado com pelo menos vinte dias de antecedência.

Portanto, agora deve o juiz designar audiência de conciliação ou mediação com antecedência mínima de trinta dias, onde as partes terão oportunidade de solucionar o seu conflito. Guilherme Rizzo Amaral (2015) traz ensinamento importante:

É claro que, verificando, desde logo, a inadmissibilidade da autocomposição (por ser o direito controvertido indisponível, por exemplo), poderá o juiz dispensar a designação de audiência e determinar a citação do réu para apresentar contestação. Trata-se, contudo, de exceção à regra geral, que é da designação da audiência. E veja-se que a dispensa da audiência de conciliação deve se dar estritamente pela natureza da causa, descabendo razões de conveniência do serviço judiciário. (AMARAL, 2015, p. 453).

Logo, resta claro que a regra é a designação da audiência de conciliação, assim como já era o regramento relativo à audiência preliminar. Além disso, Guilherme Rizzo Amaral (2015) destaca que a dispensa da audiência só pode ocorrer em razão da natureza da causa, não cabendo qualquer dispensa motivada por conveniência da demanda judiciária.

O parágrafo 2º<sup>74</sup> do mesmo artigo refere que pode ocorrer mais de uma sessão destinada à conciliação e a mediação, desde que não exceda dois meses da data da realização da primeira sessão e que esta medida se mostre necessária para a composição das partes.

De acordo com Theotonio Negrão (2016), este prazo de dois meses pode ser flexibilizado, pois se existir uma suspensão convencional do processo durante seis meses, nada impede que a conciliação e/ou a mediação se estenda por este período. (NEGRÃO, 2016, p. 409).

---

<sup>73</sup> Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de trinta dias, devendo ser citado o réu com pelo menos vinte dias de antecedência.

<sup>74</sup> § 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.



Onde houver conciliador ou mediador, a audiência ou sessão será por estes realizada, atendendo ao disposto no Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015) e nas leis de organização judiciária, conforme o parágrafo 1º<sup>75</sup> do artigo 334. Porém, conforme Guilherme Rizzo Amaral (2015), isso não significa que a audiência de conciliação deve ser anulada caso seja conduzida pelo magistrado, estando tais profissionais ausentes. Trata-se tal dispositivo mais uma orientação do que uma causa de nulidade. (AMARAL, 2015, p. 453).

A intimação para a audiência é feita na pessoa do advogado (art. 334, §3º<sup>76</sup>, NCPC/2015), sendo que o réu será comunicado pessoalmente no momento da citação. O réu será advertido sobre a possibilidade de multa, sobre a necessidade de estar acompanhado de advogado ou defensor público na audiência e da instauração do prazo de contestar a partir da audiência. (AMARAL, 2015, p. 455).

Na audiência de conciliação ou mediação, as partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos (art. 337, 9º<sup>77</sup>, NCPC/2015).

Segundo Guilherme Rizzo Amaral (2015), comparecendo as partes sem advogado, a audiência será frustrada, a não ser que a parte se mostre necessitada, hipótese em que lhe será nomeado defensor público. (AMARAL, 2015, p. 456).

A pauta de conciliação e mediação será elaborada de modo que seja respeitado o prazo mínimo de vinte minutos entre elas, conforme o parágrafo 12º<sup>78</sup> do artigo 334, sendo que:

A regra tem como objetivo seja evitar que tais audiências venham a ser realizadas *pro forma*, com o simples objetivo de cumprir uma formalidade imposta pela lei e sem o esforço necessário para a obtenção de efetiva autocomposição entre autor e réu, seja pra evitar longas esperas das partes em razão de atrasos em audiências designadas com intervalos demasiadamente curtos. (AMARAL, 2015, p. 454).

---

<sup>75</sup> § 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

<sup>76</sup> § 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

<sup>77</sup> § 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

<sup>78</sup> § 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

Essa previsão de prazo mínimo de vinte minutos entre as audiências procura a tentativa de uma audiência efetiva, em que as partes sejam escutadas, e não tão somente que se cumpra uma formalidade prevista no texto legal. Também procura evitar atrasos entre audiências que forem designadas em espaço relativamente curto.

No parágrafo 4º<sup>79</sup> do artigo 334, são trazidas as exceções para que a audiência de conciliação ou a sessão de mediação não sejam realizadas: (a) caso ambas as partes demonstrem desinteresse na composição consensual; (b) quando a autocomposição não for admitida.

A última hipótese se assemelha à dispensa da realização da audiência preliminar, do Código de Processo Civil de 1973, quando a causa versasse sobre direitos indisponíveis, direitos que não admitissem a transação.

O desinteresse, pelo autor, da composição consensual, é indicado na petição inicial. Já o réu pode indicar seu desinteresse por petição, a qual deve ser apresentada com dez dias de antecedência da audiência (art. 334, §5º<sup>80</sup>, NCPC/2015).

Se for o caso de litisconsórcio, o desinteresse na realização de audiência de conciliação ou mediação deve ser indicado por todos os litisconsortes (art. 334, §6º<sup>81</sup>, NCPC/2015).

Theotônio Negrão (2016) ensina que, mesmo após a petição inicial, o autor pode indicar seu desinteresse na composição consensual, ainda que tenha manifestado interesse na peça inaugural do processo. Neste caso, deve elaborar uma petição isolada se for antes da citação. Se for após a citação, deve elaborar uma petição conjunta ao réu. (NEGRÃO, 2016, p. 409).

Este autor adverte ainda que, sempre que o autor não tiver indicado seu desinteresse na composição consensual, o réu deve comparecer à audiência de conciliação ou mediação, não servindo petição isolada para rejeitar a composição. (NEGRÃO, 2016, p. 409).

---

<sup>79</sup> § 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

<sup>80</sup> § 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

<sup>81</sup> § 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

A conciliação e a mediação podem ser realizadas por meio eletrônico (art. 334, §7º<sup>82</sup>, NCPC/2015), desde que exista tecnologia disponível e não exista qualquer prejuízo à autocomposição. (AMARAL, 2015, p. 455).

O §8º<sup>83</sup> do artigo 334 do Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015) estabelece ainda que o não comparecimento do autor ou réu, sem justificativa, é considerado ato atentatório à dignidade da justiça. A pena para esta situação é a aplicação da multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa. A vantagem será revertida em favor da União ou do Estado.

Verifica-se, portanto, que o novo CPC traz regulamentações mais impositivas, objetivando garantir a realização da audiência de conciliação. Procura fomentar a tentativa conciliatória entre as partes, inclusive estipulando multa no caso de não comparecimento injustificado das partes na audiência, sendo considerado ato atentatório à dignidade da justiça. Esta multa será revertida a favor da União ou do Estado, dependendo se o processo tramita na Justiça Federal ou na Justiça Estadual.

No entanto, se questiona se tal medida se mostrará eficaz, tendo em vista a aparente resistência do Poder Judiciário em aplicar novas legislações.

Além desta resistência do Poder Judiciário, questiona-se se não ocorrerá também uma resistência dos atores jurídicos e das partes, que poderão indicar o seu desinteresse na tentativa conciliatória (artigo 334, §4º, do novo CPC) e que sempre foram acostumados com o procedimento litigioso.

Inclusive, Theotônio Negrão (2016) já refere que a não realização de audiência de conciliação não é causa de nulidade, utilizando julgado do STJ referente à audiência preliminar (REsp. 148.117). A justificativa é que a norma objetivaria a utilidade do processo, assim como as partes podem conciliar a qualquer momento. (NEGRÃO, 2016, p. 408-409).

Além da possibilidade de as partes poderem apresentar desinteresse na tentativa conciliatória, o parágrafo 10º<sup>84</sup> do artigo 334 estabelece que a parte

---

<sup>82</sup> § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

<sup>83</sup> § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

<sup>84</sup> § 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

pode constituir representante, por meio de procuração, com poderes para negociar e transigir.

Se for possível obter a conciliação, esta será reduzida a termo e submetida para a homologação do juiz (art. 334, § 11<sup>85</sup>, NCPC/2015). Assim, o processo poderá ser extinto com resolução de mérito, conforme o artigo 487, inciso III, alínea b<sup>86</sup>, do Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015).

Pela suspeita de resistência do Poder Judiciário e dos atores jurídicos a inovações legislativas, torna-se preciso conhecer os dois institutos, a conciliação e a mediação, e suas distinções, para que se possa compreender o motivo de sua instituição, assim como quais podem ser seus benefícios.

Emannuela Carvalho Cipriano Chaves e Lilia Maia de Moraes Sales (2014) explicam que:

A conciliação é um mecanismo autocompositivo de solução de conflitos, que pode ser extrajudicial ou judicial (a classificação indica o momento em que ela ocorre – antes ou durante o processo judicial) e que conta com a participação de um terceiro imparcial e capacitado, que orientado pelo diálogo entre as partes envolvidas, escuta ativamente, conduz a discussão, a partir do apresentado, passa, se for o caso, a sugerir soluções compatíveis com o interesse das partes ou, uma vez apresentada a solução próprias pessoas, a conduzir essa solução para que ela realmente reflita o interesse das partes em conflito. (CHAVES; SALES, 2014, p. 261).

A conciliação, portanto, é uma forma autocompositiva de resolução de conflitos, sendo conduzido por um terceiro imparcial, o conciliador. Pode ser um mecanismo judicial ou extrajudicial. O conciliador ouvirá as partes envolvidas e poderá oferecer soluções que atendam o interesse das partes ou então, caso seja apresentada uma solução pelas próprias pessoas, conduzirá para que o interesse das partes seja atendido.

As articulistas destacam que, no direito brasileiro, a conciliação já é bastante utilizada no processo civil, na área de família, e na Justiça do Trabalho e nos Juizados Especiais. O acordo pode ser feito de uma maneira livre e responsável, de modo que as chances de cumprimento são maiores. As autoras destacam ainda a sua preocupação com a qualidade da conciliação, ressaltando

---

<sup>85</sup> § 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

<sup>86</sup> Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:  
III - homologar:  
b) a transação;

a importância da capacitação dos conciliadores. (CHAVES; SALES, 2014, p. 261-262).

O conciliador que estiver preparado adequadamente conseguirá encontrar pontos convergentes, os quais poderão abrir espaços para concessões, e que permitirá chegar a um acordo. Na conciliação, o terceiro participa ativamente, pois os conflitos ali discutidos permitem este tipo de interferência. (CHAVES; SALES, 2014, p. 262), já que se tratam de relações objetivas.

Já sobre a mediação, Emannuela Carvalho Cipriano Chaves e Lília Maia de Moraes Sales (2014) explicam que:

A mediação é um mecanismo de solução de conflitos, no qual um terceiro imparcial e com capacitação adequada facilita a comunicação entre as partes, **sem propor ou sugerir quanto ao mérito**, possibilitando o diálogo participativo, efetivo e pacífico, permitindo-se a construção de uma solução satisfatória para as próprias partes. A mediação possibilita, por meio de técnicas próprias, utilizadas pelo mediador, a identificação do conflito real vivenciado, suas possíveis soluções. (CHAVES; SALES, 2014, p. 263).

Logo, na mediação, um terceiro imparcial, o mediador, devidamente qualificado, tem a função de facilitar a comunicação entre as partes. Contudo, não propõe, nem faz sugestões quanto ao mérito das questões, procurando apenas estabelecer um diálogo efetivo e pacífico.

Além de procurar resolver o conflito, a mediação também objetiva manter e restabelecer vínculos, assim como pacificar relações individuais e coletivas (CHAVES; SALES, 2014, p. 263), sendo mais indicada para relações afetivas e/ou familiares. A conciliação, ao contrário, é mais indicada nos casos de conflitos objetivos e/ou patrimoniais. (CHAVES; SALES, 2014, p. 263).

O primeiro aspecto a destacar é que as partes devem escolher o processo de mediação, assim como devem ter poder de decisão durante o processo, para que o mecanismo se mostre proveitoso. Na mediação, é importante conseguir enxergar o conflito real, e não somente o conflito aparente. Na maior parte das vezes, os conflitos que são falados não são aqueles que geram efetivamente a dor ou a angústia. E, por toda esta complexidade, o mediador precisa explorar as raízes do problema e aprofundar as suas causas. (CHAVES; SALES, 2014, p. 264).

O mediador facilitará às partes o entendimento do conflito. Através do seu conhecimento, o mediador permitirá que as partes conheçam as “origens multifacetadas” do conflito, isto é, o conflito real, sem qualquer poder de decisão, apenas ampliando a comunicação entre aquelas pessoas. Já na conciliação, o terceiro imparcial poderá manifestar a sua opinião, propondo soluções justas para o confronto. (GUERRERO, 2015, p. 29).

Por esta breve exposição acerca dos institutos, constata-se que a mediação se trata de inovação no processo civil brasileiro, podendo ser considerada um estímulo à evolução do sistema jurídico. Aliás, embora não seja o objetivo aprofundar todo o detalhamento do instituto, é importante lembrar que, no ano de 2015, também foi aprovada a Lei de Mediação (Lei 13.140/15), o que demonstra ainda mais a tentativa de estímulo.

A conciliação, por sua vez, embora tenha estado presente no processo civil brasileiro desde 1994, através da audiência de conciliação (1994-2002) e, posteriormente, por meio da audiência preliminar (2002-2015), tem agora nova roupagem. Há a imposição de multa em caso de não comparecimento injustificado, com novos regramentos, como o espaço mínimo de vinte minutos entre audiências.

Porém, trata-se ainda de estímulo, afinal a evolução não pode ser causada, mas tão somente estimulada. (RIBEIRO, 2014a, p. 55).

Estes novos mecanismos de solução de controvérsias, no processo civil, assemelham-se aos novos institutos buscados no processo penal, como a justiça restaurativa e a mediação.

Daniel Achutti (2014) relata que não há um conceito preciso para definir o que seria a justiça restaurativa, além desta nomenclatura ser utilizada em diversas situações, como conflitos hospitalares e escolares, o que dificultaria a compreensão. (ACHUTTI, 2014, p. 57-63).

Porém, fala que há um certo consenso a partir da ideia de Tony Marshall, que explica justiça restaurativa como “Um processo pelo qual as partes envolvidas em uma específica ofensa resolvem, coletivamente, como lidar com as consequências da ofensa e as suas implicações para o futuro”. (MARSHALL apud ACHUTTI, 2014, p. 63).

Utilizando as ideias de Johnstone e Van Ness, Daniel Achutti (2014) leciona que a justiça restaurativa teria três dimensões: (a) a concepção do encontro; (b)

a concepção reparadora e (c) a concepção transformadora (JOHNSTONE; NESS apud ACHUTTI, 2014, p. 64-65).

O encontro consiste na liberdade dos envolvidos para a resolução do conflito. A concepção reparadora consiste na reparação do dano causado. A concepção transformadora consiste em formas de elaboração coletiva de justiça, pois através da intensa experiência pessoal dos envolvidos no enfrentamento e solução de conflitos, ocorreria uma mudança na percepção de como cada um encara a vida. (JOHNSTONE; NESS apud ACHUTTI, 2014, p. 64-65).

Contudo, o autor refere ainda que estas concepções não podem ser facilmente diferenciadas. Já que um dos traços mais marcantes da justiça restaurativa é a apreciação singular dos indivíduos e dos conflitos, seria contraditório afirmar que esta não pode ocorrer sem uma reparação concreta. Um dos aspectos mais importantes da justiça restaurativa seria “A atribuição de papéis de protagonistas aos envolvidos e a imprevisibilidade da dinâmica e dos resultados de um evento restaurativo”. (ACHUTTI, 2014, p. 65).

Tendo em vista que não há um conceito preciso do que seria a justiça restaurativa, torna-se necessário analisar seus valores e princípios, que também não podem ser colidentes entre si<sup>87</sup>. (ACHUTTI, 2014, p. 65-66).

A mediação, no processo penal, é uma das práticas da justiça restaurativa. Conforme Daniel Achutti (2014):

Considerado como o arquétipo original do ressurgimento da justiça restaurativa, terá início com um convite do mediador aos envolvidos no conflito (vítima-ofensor), com o objetivo de buscar uma reparação, compensação ou restituição para o dano causado pelo delito. Atuando como um facilitador, o mediador não proporá qualquer acordo, e tampouco buscará forçar um entendimento entre as partes, mas exercerá a sua função buscando viabilizar o diálogo entre os envolvidos. Atualmente, existem variações em torno da mediação, que poderá ocorrer através de um encontro cara a cara (face-to-face meeting) entre vítima e ofensor, ou de forma indireta, com o mediador funcionando como um mensageiro entre vítima e ofensor. (ACHUTTI, 2014, p. 78).

Portanto, na mediação, no processo penal, o mediador convida os envolvidos no conflito, a vítima e o ofensor, procurando uma reparação, compensação ou restituição pelo dano sofrido.

---

<sup>87</sup> Estes fins e valores não serão abordados aqui por não serem o objeto do presente trabalho. Contudo, caso haja interesse, olhar as páginas 66-81 do livro “Justiça restaurativa e abolicionismo penal” de Daniel Achutti (2014).

O mediador será tão somente um facilitador, sem propor qualquer acordo ou forçar um entendimento entre as partes, conforme ocorre também no processo civil.

O papel do mediador é somente facilitar a comunicação entre os envolvidos no conflito.

Tanto no processo penal, quanto no processo civil, novas respostas têm sido procuradas e discutidas, para que novas soluções sejam dadas à sociedade.

Há uma busca pela satisfação efetiva das partes e não tão somente declarar vencedores e vencidos. Nesse sentido, Daniel Achutti (2014), amparado por Ruggiero, ensina que:

A justiça restaurativa não apresenta vencedores nem perdedores, mas busca apenas a satisfação das necessidades básicas das partes, de modo a proporcionar uma decisão em que os interesses de todos possam ser contemplados. A redução do uso do sistema penal para administrar os conflitos, portanto, é o resultado esperado com a implementação da justiça restaurativa sob o enfoque abolicionista. (RUGGIERO apud ACHUTTI, 2014, p. 123).

Assim, a mediação procura resolver o conflito atendendo aos interesses de todas as partes. A utilização da justiça restaurativa, no processo penal, procuraria diminuir a utilização do sistema penal, procurando a administração de conflitos, o que é um resultado esperado da concretização da justiça restaurativa com o foco abolicionista.

A justiça restaurativa, a mediação – no processo civil ou no processo penal –, a conciliação, entre outros institutos, são formas pelas quais o direito procura se reinventar, e responder à sociedade.

Contudo, estes mecanismos autocompositivos de solução de conflitos enfrentam resistências na dogmática jurídica e no tradicional conservadorismo jurídico. Nesse sentido, Emanuela Carvalho Cipriano Chaves e Lilia Maia de Moraes Sales (2014) destacam que:

A implementação da mediação e dos outros meios consensuais junto ao Poder Judiciário requer uma atenção ainda maior, pois eles se apresentam com uma lógica diversa do tradicional processo judicial. Enquanto a atuação tradicional junto ao Poder Judiciário ressalta o formalismo, a excessiva normatividade, o caráter adversarial do litígio, o perde ganha, o pouco diálogo, o poder de decisão do juiz, a atuação



requerida na prática dos meios consensuais ressalta o diálogo, a cooperação, o ganha-ganha, a escuta ativa, a empatia, a convergência, a interdisciplinaridade. (CHAVES; SALES, 2014, p. 265).

Embora a conciliação e a mediação sejam estímulos à evolução do sistema jurídico, a sua implementação no processo civil requer atenções, pois estes mecanismos, ao invés da tradicional litigiosidade do processo, abrem espaços para diálogos e para a cooperação entre as partes.

No entanto, como já explicado ao longo do trabalho, suspeita-se que estas iniciativas sofrerão resistências por parte dos atores jurídicos e dos indivíduos, Isto poderá prejudicar o mecanismo evolutivo da estabilização/restabilização, como ocorreu no caso da audiência preliminar, razão pela qual é preciso estar atento para a aplicação dos novos institutos.

Por tal motivo, no ponto abaixo e derradeiro do trabalho, se abordará quais são as perspectivas que o Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015) traz, focando nos institutos da conciliação e da mediação.

#### **4.7 Principais Horizontes do Novo Diploma Processual Civil**

Conforme todas as informações percorridas ao longo do trabalho, vislumbra-se que não é novidade que exista uma grande resistência às inovações legislativas no direito, em especial por parte do Poder Judiciário. Aliás, como foi visto pela teoria da evolução luhmanniana, é natural que esta resistência ocorra.

Primeiramente, ocorre uma comunicação surpreendente, uma comunicação que não é esperada, que gera uma inovação, primeiro mecanismo evolutivo. Em um contexto amplo, é possível dizer que as transformações da sociedade, em especial com a globalização e a consciência de direitos por parte dos indivíduos, as demandas judiciais crescem. Diógenes Ribeiro (2010) adverte que:

Na pesquisa que se deve fazer sobre as causas, cumpre compreender, de antemão, a sociedade em que vivemos. Trata-se de uma sociedade complexa, supercomplexa. É a sociedade da informação, da informática, do excesso de informação, é a sociedade de consumo. É uma sociedade de massa. O Brasil, por evidente, está inserido nesta sociedade.

Mas, nesta sociedade de consumo, de consumo de massa, há um excesso, conseqüente, de litígios. O sujeito de direitos, a pessoa, que tem consciência desses direitos, os exige e, quando não os obtêm, pela via espontânea, busca a tutela do Estado. O conhecimento dos seus

direitos nessa sociedade de consumo, de massa, o crescimento da população, o fato de a população do Brasil, neste caso especial de que se trata, estar se tornando uma população de pessoas adultas, informadas e educadas, não mais uma população de jovens não informados e não educados, significa, a seu turno, um incremento nas exigências das prestações que o Estado promete promover. (RIBEIRO, 2010, p. 5).

Portanto, na realidade brasileira, assim como na mundial, é possível ver um excesso de informação e um excesso de consumo, o que resulta no excesso de litígios. O indivíduo toma consciência dos direitos que possui e, quando não os consegue, procura o Estado para garanti-los.

Estes fatores trazem como consequência um número elevado de processos, assim como demonstram que o direito e, em especial, o Poder Judiciário precisa inovar para que os anseios dos cidadãos sejam respondidos, pois as formas tradicionais de resolução de conflitos já têm dificuldade para desempenhar a função do direito, que é a estabilização das expectativas normativas.

Também demonstra a dificuldade do Poder Judiciário bem desempenhar a sua função, que é decidir. Este papel pode se mostrar deficitário, por não conseguir atender o contexto fático de cada processo de modo individualizado.

Por tais fatores, existem debates e procura de novas iniciativas. Neste ponto, verifica-se que os debates legislativos e, especialmente, as proposições do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) têm contribuído significativamente. Novas iniciativas são escolhidas e introduzidas no ordenamento jurídico, caracterizando assim o mecanismo evolutivo da seleção, que ocorre a partir de seleção das estruturas para permitir que a inovação continue se reproduzindo.

Com o novo Código de Processo Civil (NCPC/2015), que institui os institutos da conciliação e da mediação, essas discussões são novamente suscitadas, conforme pode se verificar por opiniões dada por processualistas civis recentemente. Poderá também haver resistência em relação a outros dispositivos legais, como, por exemplo, o artigo 489<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

Em 06/07/2015, foi publicada uma coluna no sítio eletrônico Consultor Jurídico (CONJUR), assinado por Félix Soibelman, na qual ele ressalta a sua preocupação com a batalha que será o ingresso do Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015), em especial com o artigo 489, dispositivo que os juízes se manifestaram contrariamente através de notas de associações de magistrados.

Félix Soibelman ressalta que só há possibilidade da efetiva implementação deste diploma processual se houver uma “*reengenharia mental e psicológica*”, afinal seria muito mais fácil confrontar teses jurídicas do que entender a “*estrutura mental axiológica que os precede*”<sup>89</sup>. Esta ideia muito se assemelha à ideia de resiliência jurídica, trabalhada no segundo capítulo.

Em notícia veiculada na internet, em 05/11/2015, José Maria Tesheiner (2015) ressaltou sua preocupação com o ingresso dos conciliadores e mediadores, já que seriam necessários milhares destes funcionários em nosso país, além do alto custo que isto trará.

Do mesmo modo, Ada Pellegrini Grinover (2015), em entrevista, em 27/11/2015, destacou que a institucionalização da mediação e da conciliação não depende somente de previsão normativa. Ressalta que é necessário planejamento, execução e acompanhamento para a sua concretização. Somente assim seria possível avaliar o desempenho, realizando-se melhoras necessárias e indicando novos rumos<sup>90</sup>. (GRINOVER, 2015).

As preocupações ressaltadas por estes processualistas são válidas e condizentes com a realidade. No entanto, como já apontado no segundo

---

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

<sup>89</sup> Soibelman (2015).

<sup>90</sup> Cultura da conciliação... (2015).

capítulo, e defendido por Marcelo Neves (2012), cabe ao sistema (direito) se rearticular, construindo novas estruturas, para que possam recepcionar as inovações (conciliação/mediação). Dessa forma, o sistema se tornará mais complexo e oferecerá novas respostas ao ambiente. O fato de necessidade de aprimoramento e melhor estruturação não pode ser um empecilho para novas dinâmicas e novas formas de realizar o direito.

Os julgados referentes à realização da audiência preliminar, neste trabalho analisados, demonstram que os juízes, por muitas vezes, referiram que esta era facultativa, embora o texto legal dissesse que a audiência preliminar era obrigatória, apenas estabelecendo algumas exceções.

Portanto, apesar do instituto da conciliação estar presente no ordenamento jurídico brasileiro há bastante tempo, em especial no que tange ao processo civil, objeto do nosso estudo, sempre houve grande resistência, de maneira que, ao longo dos anos, esta restou inutilizada.

Porém, com o Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015), que busca estabelecer novas fórmulas e conceitos ao processo civil, tenta-se novamente instituir a audiência de conciliação, principalmente como forma de tornar o direito mais próximo da sociedade. Ao ler o anteprojeto do novo CPC, afirma-se que foi dada preferência à conciliação, pois a satisfação das partes seria mais efetiva se ocorresse por uma solução por elas criada, ao invés de uma solução dada pelo juiz.

Embora seja inegável o avanço do NCPC/2015, assim como suas boas intenções, ao adotar o instituto da conciliação e seu esforço em tentar trazer deveres de cooperação para dentro do processo, algumas questões precisam ser feitas.

Questiona-se se não seria necessário realizar uma análise sociológica do contexto brasileiro atualmente, para que se possa verificar se a conciliação irá prejudicar ou beneficiar as partes envolvidas no processo, assim como verificar se a sua instituição significará uma representação do acesso à justiça ou sua violação.

Do mesmo modo, pergunta-se se não haverá uma forte resistência dos magistrados em adotar esta iniciativa, uma vez que estes demonstram tendência a não aceitar as novas reformas legislativas, ao menos no início, conforme se verifica no caso da audiência preliminar.

No entanto, para que se obtenha estas respostas, é preciso que o instituto entre em vigor e passe a ser aplicado, para que só então se possa analisar a sua efetividade. Isto é, só será possível analisar se esta nova forma de abordagem do instituto será efetivada após a sua aplicação. Tratando este trabalho de considerações iniciais acerca da audiência de conciliação, pretende-se acompanhar esta aplicação, analisando constantemente a sua efetividade.

Em reportagem publicada em 15/08/2016, pelo site G1, foi apontado que os juízes ignoram a fase de conciliação, assim descumprindo o Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015). Os despachos aos quais teriam tido acesso são referentes a Estados como São Paulo, Paraná, Espírito Santo, Santa Catarina e Distrito Federal<sup>91</sup>.

Os motivos para a dispensa da audiência de conciliação seriam: (a) a razoável duração do processo; (b) falta de conciliadores; (c) falta de estrutura; (d) conciliar aumenta a demora; (e) a decisão pode ser inconstitucional; (f) o autor não manifestou a vontade de conciliar; (g) a conciliação pode ser tentada em outro momento<sup>92,93</sup>.

Logo, verifica-se, pelo apontado ao longo do trabalho, assim como por estas reportagens, que a primeira reação a estas inovações legislativas é a resistência. Ao menos no primeiro momento, o primeiro ato dos atores jurídicos é resistir a estas mudanças, apontando diversos motivos e tentando repeli-las<sup>94</sup>. Inclusive, percebe-se que alguns dos motivos apontados para a audiência de conciliação são os mesmos que eram apontados para a audiência preliminar.

Portanto, embora já tenham ocorrido diversos debates ao longo de mais de vinte) anos, já que a primeira reforma legislativa acerca da conciliação data de 1994, ainda existem fortes resistências. Logo, é importante o debate acerca destes temas, para que se possa compreender qual o papel efetivo da

---

<sup>91</sup> D'Agostino (2016).

<sup>92</sup> D'Agostino (2016).

<sup>93</sup> Embora não tenha sido possível realizar uma pesquisa minuciosa sobre o tema, cita-se números de processos como exemplos de despachos dados dispensando a audiência de conciliação sem que as partes tivessem manifestado o desejo de não compor, por motivos como a ausência de conciliadores: 019/1.16.0013842-7 (TJRS), 00255760220158080024 (TJES) e 0008307-77.2016.8.08.0035 (TJES).

<sup>94</sup> Essa resistência também pode ser verificada quando ocorreu a introdução do processo eletrônico nos tribunais. Embora, no início, existissem muitas críticas, hoje os atores jurídicos, em grande parte, elogiam esta inovação.

conciliação e da mediação, e qual sua importância social e histórica. Conforme Ovídio A. Baptista da Silva (2004):

Falta-nos capacidade de perquirir, ou mesmo interessarmo-nos, pelas origens de nossas instituições processuais. Supomos que os fenômenos jurídicos não tenham origem cultural, nem história. Como bons descendentes do platonismo renascentista, cremos que os conceitos jurídicos sejam da mesma natureza que as categorias geométricas. Eles estariam inscritos na natureza, ou seriam um produto da lógica pura. Neste particular, a submissão do Direito aos pressupostos da 'ciência' do medir, pesar e contar é absoluta.

Também a 'ciência' moderna não se preocupa com a genealogia dos fenômenos que investiga, muito menos com suas respectivas ontologias. O cientista não se detém no 'por que' das coisas, satisfaz-se em descobrir o 'como'; como resolver as dificuldades enfrentadas e como extrair proveito das descobertas científicas. Este foi um dos pressupostos, a condição epistemológica, de todas as matizes do funcionalismo jurídico, responsável pela 'desontologização' do Direito, consequentemente pela perda de sua autonomia [...]. (SILVA, 2004, p. 299-300).

Um dos grandes problemas do direito é a nossa falta de interesse em questionar a origem dos nossos institutos processuais, de estudar a sua cultura e/ou história, o que pode dificultar a nossa compreensão. Muitas vezes, preocupa-se em como fazer as coisas, mas não no motivo para fazê-las. É exatamente o que se vislumbra nas inovações legislativas da conciliação e da mediação. Muito se preocupa em como ocorrerá a instituição delas, sem se entender a razão desta implementação.

Ovídio Baptista A. da Silva (2004) ainda alerta para duas consequências não desejadas pelo Direito que o dogmatismo jurídico pode trazer: (a) a construção do dogma, assim como a supressão de pensamento crítico; (b) a concepção de que categorias processuais seriam eternas. (SILVA, 2004, p. 299-300). Conforme o autor:

O dogmático perde a capacidade de indagar pelo 'por quê' dos fenômenos, das circunstâncias e dos obstáculos que o embarçam. O pensamento dogmático não pergunta pelas causas daquilo que acontece no domínio do Direito, o que pode acabar aumentando o próprio dogma. (SILVA, 2004, p. 299).

Em síntese, o dogmatismo pode aumentar o dogma, a partir do momento em que não o questiona. E, do mesmo modo, "Este pendor pela 'naturalização' das instituições processuais constitui o próprio dogma", sendo que a sua maior representação seria o fato da "Formação de um direito processual

eminentemente conceitual, que se desliga da realidade social”. (SILVA, 2004, p. 301).

Assim Ovídio questiona como se poderia imaginar que os conceitos jurídicos servissem à sociedade humana, a qualquer tempo, sem análise das peculiaridades de cada tempo. (SILVA, 2004, p. 301).

Também seria este o motivo pelo qual haveria uma exigência de que os juristas “Não manchem com exemplos concretos a exposição dos resultados de sua pesquisa; ou a defesa de seus pontos de vista”, de modo que o máximo permitido é a utilização de casos concretos, como uma compra e venda entre Tício e Caio. (SILVA, 2004, p. 302).

Neste aspecto, é relevante ressaltar que a criação da dogmática é importante, já que facilita a vida em sociedade, da mesma forma que a lei, trazendo segurança jurídica, e servindo para atender às expectativas normativas. Porém, caso ela se torne imutável e sirva para resolver inúmeros conflitos, sem distinções, pode acarretar prejuízos, assim como soluções injustas.

No entanto, apesar das dificuldades apresentadas pela dogmática jurídica, o direito tem a capacidade de se mostrar resiliente, e conseguir finalmente apresentar novos mecanismos de solução de conflitos, e assim tornar a prestação jurisdicional mais dialogada e próxima da sociedade. Como já dito, o direito pode se tornar resiliente através da observação construtiva e reflexiva.

Se o direito compreender as transformações da sociedade, assim como se compreender como um espaço de contingência, poderá compreender o papel destas inovações legislativas, assim como a importância de utilizá-las da forma adequada. Porém, para isto, é necessário que se estude as raízes do problema, e não tão somente os dogmas jurídicos e os textos legais.

Se ocorrer a resiliência jurídica, o mecanismo evolutivo final ocorrerá, pois, a inovação continuará a se reproduzir por si só, ocorrendo assim a estabilização/restabilização. Aquela forma que experimentou a mutação se tornará estável.

No caso aqui estudado, isso ocorrerá se a conciliação e a mediação ingressarem na sistemática do direito, do Poder Judiciário, e continuarem se reproduzindo por si só, ocorrendo assim a autopoiese.

E a partir destas estabilizações, novas desestabilizações ocorrerão, novas alternativas serão selecionadas e incrementadas no sistema direito, ocorrendo o aumento de sua complexidade.

Logo, a evolução estará completa quando uma nova estrutura for construída dentro do sistema, a partir do momento em que ela já tiver sido estabilizada e for parte integrante do sistema.

Como dito, o direito possui esta capacidade de apresentar resiliência, se reinventar e se restabilizar. As resistências às inovações legislativas são a desestabilização do sistema e quase sempre ocorrerão, até mesmo para que possa ocorrer a evolução.

Basta saber se a estabilização também será possível e se ocorrerá a resiliência jurídica, o que só é possível através de uma observação construtivo-sistêmica, razão pela qual é necessário estar atento para a introdução destas inovações legislativas.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do trabalho desenvolvido, foi possível verificar que a modificação da sociedade é impulsionada pelas transformações sociais, que estimulam a evolução social.

Na sociedade contemporânea, onde o critério principal é a complexidade, que é a possibilidade de escolher dentre diversas opções, estas mudanças ocorrem cotidianamente, o que pode ensejar o processo evolutivo nos mais diversos segmentos.

Todos os dias, é possível que o improvável se torne provável, assim ocorrendo a evolução, nos termos luhmannianos.

Estas circunstâncias obrigam o direito a evoluir também, para que possa exercer a sua função diferenciada dentro da sociedade, que é estabilizar as expectativas normativas dos indivíduos por meio de uma regulação objetiva, temporal e social.

Em outras palavras, cabe ao direito dizer quais são os direitos e os deveres dos indivíduos para que se torne possível o convívio social, e que seja possível saber quais as expectativas que possuem respaldo e quais não possuem, sendo assim possível enfrentar os eventuais desenganos da vida cotidiana.

Nesta realidade dinâmica, e que muda a cada segundo, aliado a pessoas que possuem maior consciência dos seus direitos e tendem a consumir cada vez mais, são inúmeras as demandas processuais que tramitam no Poder Judiciário, tendo o direito dificuldade de atender a todas as situações, razão pela qual a evolução do direito faz-se necessária.

Além disso, é difícil que respostas prontas alcancem a totalidade dos conflitos, que muitas vezes são impensáveis, assim como existam respostas adequadas a cada contexto fático, motivo pelo qual novos institutos devem ser pensados, de modo que o direito possa evoluir.

Esta necessidade de evolução e de repensar o direito ocorre, pois é preciso que o acesso à justiça seja garantido, por ser um direito fundamental assegurado por meio da Constituição Federal, e que possibilita às partes a concretização do seu direito material.

O acesso à justiça assegura que conflitos sejam resolvidos, e que seja possível o convívio em sociedade. Para isto, o acesso à justiça deve estar adequado à realidade social.

Porém, acerca da evolução, dois fatores precisam ser ressaltados: (a) a evolução não pode ser causada, mas tão somente estimulada; (b) a evolução não se destina a realização de um fim ou valor específico. A evolução trabalha com implicações causais, mas não com leis causais.

Uma das formas de estímulo da evolução do sistema jurídico é por meio de inovações legislativas, que procuram acomodar a irritação advinda do sistema político, de modo a criar novas estruturas dentro do sistema jurídico e incrementar a complexidade. O sistema aumentará a sua complexidade para que possa dar respostas a problemas complexos.

Todavia, embora a inovação legislativa seja um estímulo à evolução do sistema jurídico, às vezes, esta se mostra insuficiente, pois não basta a assimilação da afirmação nova, se esta não se estabilizar no sistema. Para que ocorra a evolução do sistema jurídico, é preciso que três mecanismos evolutivos ocorram: a inovação, a seleção e a estabilização/restabilização.

Porém, desconfia-se que há certos empecilhos à evolução do sistema jurídico, já que os atores jurídicos e, em especial, os magistrados apresentam certa resistência a estas inovações legislativas, embora estas sejam estímulos do processo evolutivo do direito. Por esta razão, o presente trabalho foi realizado, sendo pesquisado o instituto da audiência preliminar.

A audiência preliminar foi escolhida por serem modificações legislativas ocorridas nos anos de 1994 e 2002, com a intenção de trazer novas estruturas para o direito, e incentivar a composição de conflitos de outra forma, por meio da conciliação, estando mais adequada à realidade social e ao contexto fático da causa.

O instituto, portanto, poderia ter sido representativo da conciliação e do acesso à justiça, por permitir um maior contato do julgador com o que está sendo discutido na relação processual, o que não foi, conforme foi possível perceber na pesquisa de julgados realizada.

Também foi escolhida em virtude do Novo Código de Processo Civil, publicado em 2015 e que iniciou a vigorar em 2016, trazer instituto muito similar ao pesquisado: a audiência de conciliação. Há ainda outra inovação no

NCPC/2015, que traz a possibilidade da sessão de mediação para a resolução de conflitos, e que também possui certa semelhança com a audiência preliminar.

Outra razão para a escolha foi por ser representativa do acesso à justiça, em uma forma mais atualizada de solução de conflitos, conforme é salientado pela Resolução 125 do CNJ de 2010. Verifica-se também, em especial pelo relatado no terceiro capítulo, que a conciliação tem sido incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça ao longo dos últimos anos, desde 2006, quando foi instituída a Semana Nacional da Conciliação. Vê-se também que a conciliação, há bastante tempo, tem sido um anseio dos estudiosos do processo civil.

A pesquisa foi realizada através de análise de decisões judiciais proferidas pelo STJ, pelo TJRS, pelo TJSP e pelo TJRJ, ou seja, em órgãos de segunda instância, a exceção do STJ.

A opção pelo Superior Tribunal de Justiça foi em razão de este ser órgão de cúpula do país, estando abaixo apenas do STF, orientando a posição que os demais tribunais devem seguir.

O TJRS foi escolhido por ser o local onde a pesquisa se desenvolve, assim como ser o quarto colocado de tribunal de maior porte no Brasil. O TJSP e o TJRJ foram escolhidos para que fosse realizada uma pesquisa breve, apenas para a visão do tema não ficar restrita somente a um tribunal, e também por serem, respectivamente, o primeiro e o segundo colocado como tribunal de maior porte.

Pela pesquisa realizada, foram encontradas cinquenta e duas decisões, sendo que oito decisões não tratavam acerca do tema da aplicabilidade da audiência preliminar. Assim há um total de quarenta e quatro decisões que foram analisadas a respeito do assunto.

Dentro destas quarenta e quatro decisões estudadas, vinte e duas entenderam que a audiência preliminar não era obrigatória, embora o texto legal dispusesse de maneira diversa, conforme se pode constar pela leitura do artigo 331, caput e parágrafos 1º, 2º e 3º, representando 50% das decisões.

Há ainda cinco decisões que dispensam a audiência preliminar com base na excludente prevista no parágrafo 3º, porém sem a fundamentação devida, representando 11,36%.

Assim, verifica-se que, em 61,36% das decisões, houve resistência à aplicação da audiência preliminar, já que não houve a aplicação da previsão legal, ou então esta não foi devidamente fundamentada.

Esta resistência à inovação legislativa fez com que o direito não evoluísse através daquele estímulo, qual seja a introdução da audiência preliminar no processo civil. Dessa forma, vislumbra-se que não houve evolução do sistema jurídico por meio da instituição deste procedimento, já que não houve a concretização do mecanismo evolutivo da estabilização, pois o instituto não passou a se reproduzir por si só dentro do ordenamento jurídico.

Além dos motivos apontados nas decisões e em artigos para esta resistência, acredita-se também que outros fatores podem incentivar nesta negativa ao instituto. Dentre estes fatores, estariam a história da política brasileira e o ensino jurídico, este último muito caracterizado pelo dogmatismo, razões pelas quais é importante um estudo sociológico a respeito deste tema.

A evolução divide-se em três mecanismos: a inovação, a seleção e a estabilização/restabilização. A inovação ocorre quando há uma comunicação surpreendente, quando ocorre um desvio nos padrões de reprodução que até aquele momento eram vigentes. A seleção ocorre quando se escolhe uma estrutura que permitirá que aquela inovação continue se reproduzindo. A estabilização ocorre quando aquela estrutura passa a integrar o sistema, se reproduzindo por si só e assim se tornando instável.

No caso analisado, a variação ocorre pela irritação através da qual os tribunais sofrem pela elevada sobrecarga processual e de novas demandas, também em razão das transformações da sociedade. Dessa forma, se verifica que aqueles padrões de reprodução que até então tinham sido vigentes já não se mostram satisfatórios. No presente caso, verifica-se que a democratização do acesso à justiça não tinha mais se mostrado suficiente.

Assim sendo, para que seja possível a efetiva democratização do acesso à justiça, e que as pessoas continuem buscando seus direitos, iniciam-se debates e discussões, de modo a selecionar estruturas que permitam que isto aconteça. No caso analisado, a seleção ocorre quando se procura um novo modo de gestão da prestação jurisdicional e iniciativas para o Poder Judiciário.

Percebe-se que a nova realidade social e a elevada sobrecarga de demandas judiciais tornam-se uma condição para que alternativas sejam

pensadas, caracterizando assim o mecanismo evolutivo da inovação. Logo após, ocorre a seleção por meio da inovação legislativa, que deve ser incorporada, sendo, no presente caso, a instituição da audiência preliminar.

A seleção ocorre quando se resolve instituir a audiência preliminar, após diversos debates, pelas reformas legislativas de 1994 e 2002, procurando assim fomentar a conciliação entre as partes e outras formas de administrar a prestação jurisdicional, para que o acesso à justiça pudesse ser efetivo.

No entanto, embora estejam caracterizadas a inovação e a seleção na audiência preliminar, não foi possível a concretização do mecanismo evolutivo estabilização/restabilização, pois não foi possível a reprodução autopoiética da forma que apresentou a mutação.

Em razão das aparentes resistências dos magistrados à aplicação da audiência preliminar, o instituto acabou caindo em desuso e assim sendo inutilizado. Assim sendo, não houve a evolução do sistema jurídico, embora esta oportunidade tivesse existido.

Porém, os problemas apresentados no mecanismo evolutivo da variação não mudaram, de modo que, outra vez, se iniciou a parte evolutiva da seleção. Atualmente, novamente, se verifica a seleção no Novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC/2015), quando são inseridas a audiência de conciliação e a sessão de mediação, ocorrendo novamente a oportunidade de evolução do sistema jurídico.

Estes dois novos institutos possuem algumas diferenciações em relação à audiência preliminar. Agora há a obrigação de comparecimento das partes, ocorrendo a imposição de multa e sendo considerado ato atentatório à dignidade da justiça em caso de não comparecimento injustificado.

Da mesma forma, as audiências e as sessões agora devem ser realizadas por conciliadores e mediadores, e não pelos julgadores. Há ainda um tempo mínimo entre a realização de uma audiência/sessão e outra.

O anteprojeto do Novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC/2015) é claro ao privilegiar a autonomia da vontade das partes, referindo que é melhor que a solução das partes seja criada por elas, e não pelo julgador.

Todavia, só será possível dizer se houve ou não a evolução do sistema jurídico através da introdução da audiência de conciliação e a sessão de mediação após certo tempo que a previsão legal estiver vigendo. Não foi

possível realizar esta análise agora, em razão do lapso temporal que a pesquisa foi realizada, já que o instituto começou a vigorar somente em março de 2015, quando a pesquisa já estava em fase final.

A perspectiva para a introdução destes dois institutos é que haja uma aparente resistência no início, conforme salientando nas reportagens trazidas no terceiro capítulo, pelos atores jurídicos.

Esta fase de desestabilização é caracterizada pela resistência e normalmente acontecerá com inovações. Porém, deve-se verificar se haverá uma possível estabilização, que conseguirá vencer estas resistências, sendo que, para isto, é preciso uma *“reengenharia mental e psicológica”*.

Há uma preocupação de que não sejam questionadas a origem e a cultura de nossos institutos processuais, de modo que não seja possível a sua compreensão, razão pela qual se realizou o presente trabalho.

Há uma preocupação muito grande com a sua instituição, sem que seja entendido o motivo pelo qual estes existem. Outrossim, há uma tendência do direito de dogmatizar, o que acaba aumentando os próprios dogmas, sem que existam questionamentos.

Aqui é importante destacar que a criação da dogmática é importante, pois, assim como a lei, facilita a vida em sociedade, já que traz segurança jurídica e serve para atender às expectativas normativas. Todavia, no caso dela se tornar imutável e servir para solucionar inúmeros conflitos, sem qualquer distinção, acarretará como consequência prejuízos e soluções injustas. Porém, apesar destas circunstâncias, acredita-se que o direito tem a capacidade de se reconstruir.

Verifica-se que a introdução da audiência de conciliação e a sessão de mediação no processo civil são, novamente, uma tentativa de estímulo à evolução do sistema jurídico. Acredita-se também que a forma deste processo evolutivo se concretizar é por meio da resiliência jurídica, que seria a capacidade do direito se organizar reflexivamente através dos choques que sofre.

A resiliência jurídica seria a possibilidade que o direito teria de se reconstruir, de se compreender como um espaço de contingência, assim como entender a complexidade da sociedade, de modo, a saber, que o direito necessita de criatividade e de uma constante atualização, prezando pelo

aprimoramento, para que possa bem desempenhar a sua função, e efetivar o acesso à justiça.

Portanto, diante da complexidade da sociedade, a resiliência jurídica seria a oportunidade que o direito tem de aumentar a sua complexidade, por meio da criatividade, podendo articular respostas para problemas complexos e adequados à contemporaneidade. Assim sendo, é também uma chance para a efetivação do acesso à justiça nos tempos atuais, ao mesmo tempo em que pode auxiliar os estímulos à evolução do sistema jurídico a se concretizarem.

## REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal:** contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes no poder:** o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil:** formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.
- ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém:** um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- BARBOSA, Paulo Roberto Fonseca. O garantismo como mecanismo de negação do simbolismo constitucional ante o advento do neoconstitucionalismo brasileiro. In: COELHO NETO, Ubirajara (Org.). **Temas de direito constitucional:** estudos em homenagem ao Prof. Carlos Rebelo Júnior. Aracaju: EVOCATI, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista do Direito do Estado**, v. 4, n. 13, p. 71-91, jan. 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Proj. gráf. 2014. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva:** política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo:** hacia una nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro et al. Barcelona/Buenos Aires: Paidós, 1988.
- BERMUDES, Sérgio. **A reforma do código de processo civil.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar et al. **Código de processo civil e legislação processual em vigor.** 47. ed. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2016.



BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, 2010.

\_\_\_\_\_. **CONSTITUIÇÃO. Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em: 29 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 16 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 29 de novembro de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 29 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 790.090/RR**. Recorrente: Estado de Roraima. Recorrido: Maria de Nazaré dos Santos Magalhães e Outros. Relator: Min. Denise Arruda. Brasília, 02 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em: 29 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 796.593/RR**. Recorrente: Estado de Roraima. Recorrido: Almiro José Mello Padilha. Relator: Min. Denise Arruda. Brasília, 19 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 417.899/SP**. Recorrente: Telefônica Brasil S.A.. Recorrido: Companhia de Engenharia de Tráfego. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 27 de junho de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 327.408/RO**. Recorrente: João Batista Dias. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Min. Franciulli Neto. Brasília, 05 de outubro de 2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em: 29 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Edcl no AgRg nº REsp. 724.059**. Embargante: Rodoviário Ramos. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 21 de março de 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em: 29 nov. 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de processo civil: teoria geral do direito processual civil**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

\_\_\_\_\_. **As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para um reflexão conjunta**. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/004.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CLAM, Jean; ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números: ano-base 2015. 2016**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/50af097ee373472788dd6c94036e22ab.pdf>. Acesso em: 25 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Justiça Estadual**. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao/justica-estadual>. Acesso em: 25 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Semana nacional da conciliação**. 2001. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/2011/Semana\\_Conciliacao\\_20-01-2012.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/2011/Semana_Conciliacao_20-01-2012.pdf). Acesso em: 25 out. 2016.

CULTURA da conciliação no Brasil não depende só de leis, diz Ada Pellegrini. **Consultor Jurídico**, 27 nov. 2015. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2015-nov-27/cultura-conciliacao-nao-depende-leis-ada-pellegrini?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](http://www.conjur.com.br/2015-nov-27/cultura-conciliacao-nao-depende-leis-ada-pellegrini?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook). Acesso em: 05 dez. 2015.

D'AGOSTINO, Rosanne. Juízes ignoram fase de conciliação e descumprem novo código. **G1**, 15 ago. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/08/juizes-ignoram-fase-de-conciliacao-e-descumprem-novo-codigo.html>> Acesso em: 10 out. 2016.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV). **Relatório ICJ Brasil**. 2. sem. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16539/Relato%cc%81rio%20ICJBrasil%20-%202%2c%ba%20sem%202015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 25 out. 2016.

CHAVES, Emanuella Carvalho Cipriano; SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediação e conciliação judicial**: a importância da capacitação e de seus desafios. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p255/28391>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

CORDEIRO, Maria de Fátima Rodrigues Travassos. **Audiência preliminar no procedimento comum ordinário**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CORSI, Giancarlo; BARALDI, Cláudio; ESPÓSITO, Elena. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Guadalajara, México: Diseño y Letras, 1996.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do Movimento de Acesso à Justiça. In: PANDOLFI, Dulce et al. (Org.). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1999.

DAMASCENO, Marina; MACEDO, Elaine Harzheim. O acesso à justiça e a quarta parede: a audiência do artigo 334 do CPC de 2015 como estratégia democrática?. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25., 2016, Brasília. **Anais...** Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/yx7c3161/99ko1EVz07d54z20.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016.

FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ, Paula Ribeiro. **O gabinete da conciliação: atores, ideias e discursos (1848-1857)**. 2013. 159 p. Dissertação (Mestrado Acadêmico em História) -- Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2013. Disponível em: <[http://www.ufjf.br/ppghistoria/files/2013/03/Disserta%C3%A7%C3%A3o\\_PAULA-RIBEIRO-FERRAZ\\_UFJF\\_2013.pdf](http://www.ufjf.br/ppghistoria/files/2013/03/Disserta%C3%A7%C3%A3o_PAULA-RIBEIRO-FERRAZ_UFJF_2013.pdf)>. Acessado em: 28 nov 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FLORES, Luis Gustavo Gomes. Direito e rock: para reconstruir os limites simbólicos do conservadorismo e da transgressão. In: CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE – SOCIOLOGY OF LAW ON THE MOVE, 2015. **Anais...** [S.l.]: 2015a. Disponível em: <[http://www.sociologyoflaw2015.com.br/IMG\\_SYSTEM/5-GT-teoria-e-pesquisa-sociologica-do-direito.pdf](http://www.sociologyoflaw2015.com.br/IMG_SYSTEM/5-GT-teoria-e-pesquisa-sociologica-do-direito.pdf)>. Acesso em: 18 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Direito resiliente: para pensar uma inovação reflexiva do direito. In: CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE – SOCIOLOGY OF LAW ON THE MOVE, 2015. **Anais...** [S.l.]: 2015b. Disponível em: <[http://www.sociologyoflaw2015.com.br/IMG\\_SYSTEM/5-GT-teoria-e-pesquisa-sociologica-do-direito.pdf](http://www.sociologyoflaw2015.com.br/IMG_SYSTEM/5-GT-teoria-e-pesquisa-sociologica-do-direito.pdf)>. Acesso em: 18 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Resiliência jurídica**: para pensar a inovação do direito a partir de uma perspectiva sistêmica. 2014. 288 f. Tese (Doutorado) – UNISINOS, São Leopoldo, RS, 2014.

GUERRERO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

HESPANHA, Antonio Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2007.

JOBIM, Marco Félix. **Direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do estado em decorrência da intempestividade processual. São Paulo: Conceito, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil**. 2015. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/98637/principio\\_respeito\\_autorregramento\\_didier.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/98637/principio_respeito_autorregramento_didier.pdf)>. Acesso em: 06 out. 2016.

LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. 1991. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/infobase/5b5af/5bb67/5bb68?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Confianza**. Tradução de Amanda Flores. Santiago: Anthropos Universidad Iberoamericana, 1996.

\_\_\_\_\_. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas sociais**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petropolis: Vozes, 2010.

\_\_\_\_\_. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2007.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_; GIORGI, Raffaele de. **Teoría de la sociedad**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1993.

LUIZ Felipe Silveira Difini: justiça em números. **Zero Hora**, 11 nov. 2016. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/opiniao/noticia/2016/11/luiz-felipe-silveira-difini-justica-em-numeros-8237816.html>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **A audiência preliminar e a sequência do processo**. [2015]. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br/documento/?arquivo=A+audi%EAnca+preliminar+e+a+sequ%EAnca+do+processo.pdf&tipo=p10/>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO; Daniel. **Código de processo civil: comentado artigo por artigo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Michelle Fernanda; SIGNORI, Simone Stefani. Acesso à justiça e transformações sociais: direito à homoafetividade. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25., 2016, Brasília. **Anais...** Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/yx7c3161/99ko1EVz07d54z20.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1974.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**, v. 102, p. 228-237, abr./jun. 2001.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo**. [2016]. Disponível em: <[http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO\\_O\\_Formalismo-valorativo\\_no\\_confronto\\_com\\_o\\_Formalismo\\_excessivo\\_290808.htm](http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016.

OLIVEIRA, José Sebastião de; TOFFOLI, Vitor. **O ensino jurídico em nosso país no período imperial e no primeiro momento republicano, sua evolução histórico-metodológica e suas consequências na contemporaneidade**. 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6c14da109e294d1e>>. Acesso em: 31 out. 2016.

PEREIRA, Tiago Santos; PINTO, Hugo. **Resiliência dos sistemas de inovação face à turbulência económica**. Oficina nº 418 do Centro de Estudos Sociais Laboratório Associado - Universidade de Coimbra, 2014. Disponível em: <[http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/11157\\_Oficina\\_do\\_CES\\_418.pdf](http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/11157_Oficina_do_CES_418.pdf)>. Acesso em: 15 fev. 2016.

PRIBAN, Jiri; ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano. **Sociologia sistêmico-autopoiética das constituições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Diógenes Vicente Hassan. **A revisão do princípio da separação de poderes: por uma teoria da comunicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

\_\_\_\_\_. As ações repetitivas e a exigência de soluções complexas. **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 23, 2014a.

\_\_\_\_\_. O mito da sociedade como um projeto jurídico. In: SCHWARTZ, Germano André Doederlein; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de (Org.). **O direito da sociedade**. Canoas: UNILASALLE, 2014b. v. 1. p. 283-296.

\_\_\_\_\_. Judicialização e desjudicialização: entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. **Revista de Informação Legislativa**, v. 199, p. 25-33, 2013.

\_\_\_\_\_. **Primeiras impressões e contribuições sobre o projeto de novo código de processo civil**. 2010. Disponível em: <[http://tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/centro\\_de\\_estudos/doutrina/doc/Projeto\\_novo\\_CPC.pdf](http://tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/doc/Projeto_novo_CPC.pdf)>. Acesso em: 25 out. 2016.

\_\_\_\_\_; MARTINS, Michelle Fernanda. **Processo, jurisdição e efetividade da justiça III**. 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/73sz1nf2/907hqCfD32jo4vs7.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016a.

RIBEIRO, Diógenes Vicente Hassan; MARTINS, Michelle Fernanda. Um estudo sobre resistência do judiciário à aplicação de nova legislação: a audiência preliminar da reforma de 2002 do CPC de 1973. In: CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE, 2016b, Canoas. **Anais...** Canoas: UNILASALLE, 2016. Disponível em: <[http://www.sociologyoflaw.com.br/IMG\\_SYSTEM/10.pdf](http://www.sociologyoflaw.com.br/IMG_SYSTEM/10.pdf)>. Acesso em: 25 out. 2016.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **O constitucionalismo principialista e a inobservância da audiência preliminar no Código de Processo Civil de 1973.** 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/1623z2we/Jn3mcbo18aU8w8EH.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016a.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 0022307-02.2007.8.19.0001.** Agravante: Irga Lupércio Torres S.A. Agravado: Duque de Caxias Cartório da Dívida Ativa. Relator: Sidney Hartung Buarque. Rio de Janeiro, 17 de julho de 2007a. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home>>. Acesso em: 09 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0032802-39.2006.8.19.0001.** Apelante: Armando de Sousa. Apelado: Companhia Estadual de Águas e Esgotos CEDAE. Relator: Ismenio Pereira de Castro. Rio de Janeiro, 14 de novembro de 2007b. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home>>. Acesso em: 09 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 004516-83.2008.8.19.0000.** Agravante: Volkswagen do Brasil Industria de Veículos Automotores Ltda. Agravado: Fábrica de Telas Guará Comércio e Indústria Ltda. Relator: Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho. Rio de Janeiro, 03 de março de 2008a. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home>>. Acesso em: 09 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0002014-36.2006.8.19.0003.** Apelante: Uroclyn Serviços Médicos Especializados Ltda. Apelado: Raphael Caldas Amorim. Relator: Vera Maria Soares Van Hombeeck. Rio de Janeiro, 25 de março de 2008b. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home>>. Acesso em: 09 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0011678-69.1984.8.19.0001.** Apelante: Nilton Carlos Soares e outros. Apelado: Município do Rio de Janeiro. Relator: Célia Maria Vidal Meliga Pessoa. Rio de Janeiro, 10 de junho de 2008c. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home>>. Acesso em: 09 dez. 2015.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0049765-88.207.8.19.0001**. Apelante: Leuzimia da Silva Barbosa Macedo. Apelado: Município do Rio de Janeiro. Relator: Teresa Andrade. Rio de Janeiro, 19 de janeiro de 2010a. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home>>. Acesso em: 09 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 0030932-20.2010.8.19.0000**. Agravante: Bretagne Comercial Ltda em Recuperação Judicial. Agravado: Renan de Macedo Leite. Relator: José Carlos Paes. Rio de Janeiro, 06 de julho de 2010b. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home>>. Acesso em: 09 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nº 0013184-69.2006.8.19.0208**. Agravante: Rigoberto Albuquerque Lima. Agravado: Viação Rubanil Ltda. Relator: Jessé Torres. Rio de Janeiro, 21 de julho de 2010c. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home>>. Acesso em: 09 dez. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 599134251**. Agravante: Gagifresa Indústria Metalúrgica Ltda. Agravado: Cooperativa Vinícola Aurora. Relator: Osvaldo Stefanello. Rio Grande do Sul, 05 de agosto de 1999a. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 599345253**. Apelante/Apelado: Banco Bradesco S.A.. Apelado/Apelante: Flavio de Lima Pereira. Relator: Carlos Rafael dos Santos Junior. Rio Grande do Sul, 19 de outubro de 1999b. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70001955335**. Apelante: Antônio Leonardo Martins Beiriz. Apelado: Escola de Artes do Brasil. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana. Rio Grande do Sul, 11 de outubro de 2001. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70002877629**. Apelante: N.N. Apelado: U.P.A. Relator: Marilene Bonzanini Bernardi. Rio Grande do Sul, 09 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70007006620**. Apelante: Dolores Picolotto de Souza. Apelado: Fundação Universidade de Passo Fundo. Relator: Leo Lima. Rio Grande do Sul, 23 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 29 nov. 2015.



RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 7007368921**. Apelante: Sérgio Madalozzo. Apelado: Condomínio Edifício Mirador. Relator: Mário Rocha Lopes Filho. Rio Grande do Sul, 18 de março de 2004a. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70003727567**. Apelante/Apelado: Jorge Paulo Costa Apelado/Apelante: Flavio Luis Farias Garcias Relator: Ney Wiedemann Neto. Rio Grande do Sul, 28 de abril de 2004b. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70010551547**. Apelante: Paulo Ricardo Florence Louge. Apelado: Pampeana Empreendimentos Imobiliários Ltda. Relator: Elaine Harzheim Macedo. Rio Grande do Sul, 15 de fevereiro de 2005a. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 29 nov 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70010628931**. Apelante: Claudio Luis Rorato. Apelado: José Waldemar Schardong. Relator: José Francisco Pellegrini. Rio Grande do Sul, 09 de agosto de 2005b. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70012763173**. Apelante: Vladi Jorge Jouglard Neutzling. Apelado: Carolina Rolim. Relator: Vicente Barroco de Vasconcellos. Rio Grande do Sul, 28 de setembro de 2005c. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70013374889**. Apelante: Leonel Castro Pandolfo Apelado: União Brasileira de Educação e Assistência UBEA Relator: Leo Lima. Rio Grande do Sul, 28 de dezembro de 2005d. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70019133883**. Agravante: Pedro Minuzzi Uberti. Agravado: Imigrante – Comercio de Aparas Ltda. Relator:Tasso Caubi Soares Delabary. Rio Grande do Sul, 08 de maio de 2007a. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70019560226**. Agravante: Pedro Minuzzi Uberti. Agravado: Starseg – Comercio e Representações de Comercio de Segurança. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Rio Grande do Sul, 08 de maio de 2007b. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70038531653**. Apelante: João Ademir Caetano de Oliveira. Apelado: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Rio Grande do Sul, 23 de março de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70001166867**. Apelante: Comercial Representações Itaqui Ltda Apelado: S.L.C. – John Deere S.A.. Relator: Claudir Fidelis Faccenda. Rio Grande do Sul, 23 de agosto de 2000. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 598266336**. Apelante: Milton da Cunha Prates Apelado: Jarau Combustíveis Ltda Relator: Marilene Bonzanini Bernardi. Rio Grande do Sul, 24 de novembro de 1999. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 598286888**. Apelante: BB Administradora de Cartões de Crédito Apelado: Eni Genoveva Fracasso Machado Relator: Carlos Alberto Bencker. Rio Grande do Sul, 19 de novembro de 1998. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 598202778**. Apelante: Werno Carlito Arnold Apelado: Madalena Frida Berlitz Relator: Osvaldo Stefanello. Rio Grande do Sul, 05 de abril de 2000. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70010097707**. Apelante: Rui Antonio de Carvalho Fagundes Apelado: Nelson Konrad Relator: Marcio Rocha Lopes Filho. Rio Grande do Sul, 26 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 jun. 2016

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70024364531**. Apelante: Jose Alex Shiavo Nunez. Apelado: Veja Engenharia Administradora e Incorporadora de Imóveis. Relator: Orlando Heemann Junior. Rio Grande do Sul, 22 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 jun. 2016

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 598532299**. Agravante: Sul Brasileiro Crédito Imobiliário S.A. Agravado: Jorge Hoelzel Neto. Relator: Carlos Rafael dos Santos Junior. Rio Grande do Sul, 23 de fevereiro de 1999. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70008805921**. Apelante: Banco do Brasil S.A.. Apelado: Jarau Combustíveis Ltda. Relator: José Francisco Pellegrini. Rio Grande do Sul, 26 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70021541206**. Apelante/Apelado: Habitasinos Empreendimentos Imobiliários Ltda. Apelado/Apelante: Junior Cezar Nato da Rosa. Relator: Carlos Rafael dos Santos Junior. Rio Grande do Sul, 08 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70026025031**. Agravante: Ivone Gross de Lima Agravado: Condomínio Edifício Residencial Jardim do Salso I Bloco Petunia. Relator: Guinther Spode. Rio Grande do Sul, 26 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70034500579**. Apelante: Atilio Di Leone. Apelado: Condomínio Edifício Dom Fernando. Relator: Guinther Spode. Rio Grande do Sul, 15 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70043241389**. Agravante: Silvia Regina Dinelli Gonzales Agravado: Condomínio Edifício Jardim América. Relator: Guinther Spode. Rio Grande do Sul, 08 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70046057048**. Agravante: Hedio Borkert Agravado: Irani Borkert Boech. Relator: Guinther Spode. Rio Grande do Sul, 08 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70059059469**. Apelante: Cintia Cassia Righi. Apelado: Departamento Municipal de Habitação - DEMHAB. Relator: Mylena Maria Michel. Rio Grande do Sul, 08 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70012658449**. Apelante: Gelsomino Appi. Apelado: João Carlos Rossi. Relator: Leo Lima. Rio Grande do Sul, 26 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 700065103333**. Agravante: Valdir Olavo Damiani Agravado: Banco Mercantil de São Paulo S.A.. Relator: Luiz Lucio Merg. Rio Grande do Sul, 14 de agosto de 2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70016656704**. Agravante: Enio Otavio Brambatti Agravado: Marile Lurdes Procedi Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana. Rio Grande do Sul, 01º de setembro de 2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70010507689**. Apelante: Orion Industria e Comercio Produtos Químicos Ltda ME. Apelado: Diego Perotto Silva. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana. Rio Grande do Sul, 09 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70002478725**. Agravante: Miriam Schirley Tombini. Agravado: Maurilio Fontana. Relator: Luiz Ary Vessini de Lima. Rio Grande do Sul, 28 de junho de 2001. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 0009971-44.2002.8.26.0000**. Agravante: Nicola Benedito Guido Antonio Andrea Passaro. Agravado: Banco do Estado de São Paulo S.A. Banespa. Relator: Plinio Tadeu do Amaral Malheiros. São Paulo, 12 de agosto de 2002a. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em: 03 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 9033646-48.2000.8.26.0000**. Apelante/Apelado: Paulo Candido Costa. Apelado/Apelante: Moacir Sanzovo. Relator: Cambrea Filho. São Paulo, 13 de agosto de 2002b. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em: 03 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 9159138-50.2000.8.26.0000**. Apelante: Nobre Seguradora do Brasil S.A.. Apelado: Jacyr Trabanco de Medeiros. Relator: Cambrea Filho. São Paulo, 13 de agosto de 2002c. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em: 03 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 0094482-72.2002.8.26.000**. Agravante: Usina Maringá Ind e Com Ltda Agravado: Valéria Miziara Candelero. Relator: Correia Lima. São Paulo, 19 de agosto de 2002d. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em: 03 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 9058803-91.1998.8.26.000**. Apelante: Alvaro Carcao da Veiga. Apelado: Antonio Fernandes da Veiga. Relator: Plinio Tadeu do Amaral Malheiros. São Paulo, 19 de dezembro de 2002e. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em: 03 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Ação Rescisória nº 9008576-24.2003.26.0000**. Autor: Adamides Gonçalves de Moura. Réu: Cruzeiro Factoring Sociedade de Fomento Comercial Ltda. Relator: Justino Magno Araújo. São Paulo, 11 de junho de 2003. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em: 03 dez. 2015.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças**: cientistas, instituições e questão social no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SCHWARTZ, Germano. **Constituições Civas e Regulação: autopoiese e teoria constitucional.** In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 15., 2007, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/germano\\_andre\\_schwartz.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/germano_andre_schwartz.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil.** 7. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1: Processo de conhecimento.

SOIBELMAN, Félix. Magistrados contra o novo código de processo civil. **Consultor Jurídico**, 06 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-06/felix-soibelman-magistrados-codigo-processo-civil>>. Acesso em: 10 out. 2016.

TESHEINER, José Maria. **Socorro! Os conciliadores e mediadores estão chegando!** 2015. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/319-artigos-nov-2015/7419-socorro-os-conciliadores-e-mediadores-estao-chegando>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 1.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann: complexidade e contingência no sistema jurídico.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

\_\_\_\_\_. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.** São Paulo: Saraiva, 2011.

WATANABE, Kazuo. **Conciliação e mediação: estrutura da política judiciária nacional.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil.** 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ANEXO A - Tabelas com os resultados das pesquisas

**TABELA STJ**

TRIBUNAL	PROCESSO	CÂMARA/ TURMA	MARCO TEMPORAL	PALAVRAS- CHAVE	DATAS	DECISÃO
STJ	REsp. 790.090/RR	Primeira Turma	Não	- “audiência preliminar” e “obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 04/11/2015  <b>Data da decisão:</b> 02/08/2007	Não há obrigatoriedade da audiência preliminar, pois se trata de direito insuscetível de transação  <b>OBSERVAÇÃO:</b> Não é apontado qual seria o direito insuscetível de transação
STJ	REsp. 796.593/RR	Primeira Turma	Não	- “audiência preliminar” e “obrigatoriedade” - “artigo 331 e obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 04/11/2015  <b>Data da decisão:</b> 19/06/2007	Não há obrigatoriedade da audiência preliminar, pois se trata de direito insuscetível de transação  <b>OBSERVAÇÃO:</b> Não é apontado qual seria o direito insuscetível de transação
STJ	REsp. 417.899/SP	Quarta Turma	Não	- “audiência preliminar” e “obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 04/11/2015  <b>Data da decisão:</b> 27/06/2002	Não há obrigatoriedade da audiência preliminar, pois o caso comportava julgamento antecipado da lide (ilegitimidade passiva)  <b>OBSERVAÇÃO:</b> Neste acórdão, o Ministro Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira refere que é obrigatória a audiência de conciliação.

**TABELA STJ**

<b>TRIBUNAL</b>	<b>PROCESSO</b>	<b>CÂMARA/ TURMA</b>	<b>MARCO TEMPORAL</b>	<b>PALAVRAS- CHAVE</b>	<b>DATAS</b>	<b>DECISÃO</b>
<b>STJ</b>	REsp. 327.408/RO	Segunda Turma	Não	- “audiência preliminar” e “obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 04/11/2015  <b>Data da decisão:</b> 05/10/2004	Não é obrigatória a audiência preliminar quando se tratar de direitos indisponíveis, como no caso de condenação por atos de improbidade administrativa
<b>STJ</b>	EDcl no AgRg no REsp. 724.059	Primeira Turma	Não	“artigo 331 e obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 04/11/2015  <b>Data da decisão:</b> 21/03/2006	Neste acórdão, não é discutida a obrigatoriedade da audiência preliminar. É discutida se a ausência do despacho saneador comportaria nulidade, sendo decidido que só há nulidade se houver prejuízo de uma das partes.  <b>OBSERVAÇÃO:</b> Consta que o juiz “poderá” sanear o processo.

**TABELA TJRS**

TRIBUNAL	PROCESSO	CÂMARA/ TURMA	MARCO TEMPORAL	PALAVRAS-CHAVE	DATAS	DECISÃO
<b>TJRS</b>	Apelação Cível 70002877629	2ª Câmara Especial Cível	Não	Não houve pesquisa por palavra-chave. Foi encontrada esta decisão através de referência na decisão da Apelação Cível 70010628931.	<b>Data da pesquisa:</b> 04/11/2015  <b>Data da decisão:</b> 09/12/2002	<p align="center">Não haveria obrigatoriedade da audiência de conciliação, pois a matéria comportava julgamento antecipado da lide (era exclusivamente de direito – ação monitória).</p> <p align="center"><b>OBSERVAÇÕES:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- O acórdão analisava atos anteriores a reforma legislativa de 2002</li> <li>- Na fundamentação, como argumento, o julgador afirma que a audiência preliminar seria facultativa</li> </ul>
<b>TJRS</b>	Apelação Cível 598286888	Quinta Câmara Cível	Não	“artigo 331” e “obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 21/06/2016  <b>Data da decisão:</b> 19/11/1998	<p>É referido que a audiência preliminar não é obrigatória em razão do ato não ser útil e necessário ao processo</p> <p align="center"><b>OBSERVAÇÕES:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- O acórdão analisava atos anteriores a reforma legislativa de 2002</li> <li>- Não há inteiro teor da decisão, apenas ementa</li> </ul>



**TABELA TJRS**

<b>TRIBUNAL</b>	<b>PROCESSO</b>	<b>CÂMARA/ TURMA</b>	<b>MARCO TEMPORAL</b>	<b>PALAVRAS-CHAVE</b>	<b>DATAS</b>	<b>DECISÃO</b>
<b>TJRS</b>	Apelação Cível 70007006620	Quinta Câmara Cível	08/08/2002 a 08/08/2006	“audiência de conciliação” e “obrigatoriedade”, marcando o campo “cível”	<b>Data da pesquisa:</b> 03/12/2015  <b>Data da decisão:</b> 23/10/2003	<p>Não é discutido no acórdão a obrigatoriedade da audiência preliminar, e sim se o não comparecimento dos autores geraria a extinção do processo, sendo decidido que não, pois o comparecimento era facultativo</p> <p><b>OBSERVAÇÃO:</b> Na fundamentação deste acórdão, é referido que a audiência preliminar é obrigatória</p>
<b>TJRS</b>	Apelação Cível 70012658449	Quinta Câmara Cível	Não	“audiência preliminar” e “obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 21/06/2016  <b>Data da decisão:</b> 26/10/2005	<p>Não é discutido no acórdão a obrigatoriedade da audiência preliminar</p> <p>É referido que não é obrigatória a presença das partes na audiência de conciliação</p>
<b>TJRS</b>	Apelação Cível 70013374889	Quinta Câmara Cível	Não	Não houve palavra-chave, foi encontrado por referência no Agravo de Instrumento 70019133883.	<b>Data da pesquisa:</b> 04/11/2015  <b>Data da decisão:</b> 28/12/2005	A audiência preliminar só é obrigatória e comporta nulidade quando não ocorrerem as hipóteses dos incisos I e II do artigo 330 do CPC.

**TABELA TJRS**

<b>TRIBUNAL</b>	<b>PROCESSO</b>	<b>CÂMARA/ TURMA</b>	<b>MARCO TEMPORAL</b>	<b>PALAVRAS-CHAVE</b>	<b>DATAS</b>	<b>DECISÃO</b>
<b>TJRS</b>	Agravo de Instrumento 599134251	Sexta Câmara Cível	Não	“audiência preliminar” e “obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 21/06/2016  <b>Data da decisão:</b> 04/08/1999	<p>É referido que a audiência de conciliação não é obrigatória, pois não há sanção no caso de esta não ser designada</p> <p>É dito que a sua não designação atendia os princípios da celeridade, da efetividade e da finalidade do processo</p> <p><b>OBSERVAÇÕES:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- O acórdão analisava atos anteriores a reforma legislativa de 2002</li> <li>- Não há inteiro teor da decisão, apenas ementa</li> </ul>
<b>TJRS</b>	Apelação Cível 598266336	Sexta Câmara Cível	Não	“art. 331” e “obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 21/06/2016  <b>Data da decisão:</b> 24/11/1999	<p>É referido que a audiência de conciliação não é obrigatória, pois é caso de julgamento antecipado da lide</p> <p><b>OBSERVAÇÕES:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- O acórdão analisava atos anteriores a reforma legislativa de 2002</li> <li>- Não há inteiro teor da decisão, apenas ementa</li> </ul>

**TABELA TJRS**

<b>TRIBUNAL</b>	<b>PROCESSO</b>	<b>CÂMARA/ TURMA</b>	<b>MARCO TEMPORAL</b>	<b>PALAVRAS-CHAVE</b>	<b>DATAS</b>	<b>DECISÃO</b>
<b>TJRS</b>	Apelação Cível 598202778	Sexta Câmara Cível	Não	“art. 331” e “obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 21/06/2016  <b>Data da decisão:</b> 05/04/2000	<p>É referido que a audiência de conciliação não é obrigatória, pois não houve prejuízo</p> <p><b>OBSERVAÇÕES:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- O acórdão analisava atos anteriores a reforma legislativa de 2002</li> <li>- Não há inteiro teor da decisão, apenas ementa</li> </ul>
<b>TJRS</b>	Apelação Cível 70003727567	Sexta Câmara Cível	Não	“audiência preliminar” e “facultatividade”	<b>Data da pesquisa:</b> 04/11/2015  <b>Data da decisão:</b> 28/04/2004	<p>A audiência preliminar é facultativa, já que o objetivo do instituto seria conferir maior agilidade ao processo.</p> <p><b>OBSERVAÇÃO:</b></p> <p>A argumentação utilizada para esta decisão foi outra decisão judicial (Apelação Cível 7003727567)</p>

**TABELA TJRS**

<b>TRIBUNAL</b>	<b>PROCESSO</b>	<b>CÂMARA/ TURMA</b>	<b>MARCO TEMPORAL</b>	<b>PALAVRAS-CHAVE</b>	<b>DATAS</b>	<b>DECISÃO</b>
<b>TJRS</b>	Agravo de Instrumento 70019133883	Nona Câmara Cível	Não	“audiência preliminar” e “não obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 04/11/2015  <b>Data da decisão:</b> 08/05/2007	<p>A audiência preliminar não é obrigatória, devendo o julgador analisar a sua conveniência, a dispensando se as circunstâncias mostrarem ser inviável a conciliação.</p> <p><b>OBSERVAÇÃO:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- É decisão monocrática</li> <li>- Não são apontadas quais as causas que inviabilizariam a conciliação</li> </ul>
<b>TJRS</b>	Agravo de Instrumento 70019560226	Nona Câmara Cível	Não	“audiência preliminar” e “não obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 04/11/2015  <b>Data da decisão:</b> 08/05/2007	<p>A audiência preliminar não é obrigatória, devendo o julgador analisar a sua conveniência, a dispensando se as circunstâncias mostrarem ser inviável a conciliação.</p> <p><b>OBSERVAÇÃO:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- É decisão monocrática</li> <li>- Não são apontadas quais as causas que inviabilizariam a conciliação</li> </ul>

**TABELA TJRS**

<b>TRIBUNAL</b>	<b>PROCESSO</b>	<b>CÂMARA/ TURMA</b>	<b>MARCO TEMPORAL</b>	<b>PALAVRAS-CHAVE</b>	<b>DATAS</b>	<b>DECISÃO</b>
<b>TJRS</b>	Apelação Cível 70038531653	Nona Câmara Cível	Não	“audiência preliminar” e “não obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 04/11/2015  <b>Data da decisão:</b> 23/03/2011	<p>A audiência preliminar não é obrigatória, devendo o julgador analisar a sua conveniência, a dispensando se as circunstâncias mostrarem ser inviável a conciliação.</p> <p><b>OBSERVAÇÃO:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- É decisão monocrática</li> <li>- Não são apontadas quais as causas que inviabilizariam a conciliação</li> </ul>
<b>TJRS</b>	Agravo de Instrumento 70002478725	Décima Câmara Cível	Não	“art. 331” e “obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 21/06/2016  <b>Data da decisão:</b> 28/06/2001	<p>É dito que a audiência de conciliação é obrigatória, só podendo ser suprimida se não houver prejuízo à defesa, o que não seria o caso naquele processo, pois o direito da parte de arrolar testemunhas tinha sido suprimido, já que não havia sido informada a razão para a designação da audiência. O agravo foi provido.</p> <p><b>OBSERVAÇÕES:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- A decisão foi proferida antes da reforma legislativa de 2002</li> </ul>

**TABELA TJRS**

<b>TRIBUNAL</b>	<b>PROCESSO</b>	<b>CÂMARA/ TURMA</b>	<b>MARCO TEMPORAL</b>	<b>PALAVRAS-CHAVE</b>	<b>DATAS</b>	<b>DECISÃO</b>
<b>TJRS</b>	Apelação Cível 70001955335	Décima Câmara Cível	Não	Não houve pesquisa por palavra-chave. Foi encontrada esta decisão através de referência na decisão da Apelação Cível 70010628931.	<b>Data da pesquisa:</b> 04/11/2015  <b>Data da decisão:</b> 11/10/2001	<p>Não há obrigatoriedade da audiência da conciliação antes da sentença</p> <p><b>OBSERVAÇÕES:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- A decisão foi proferida antes da reforma legislativa de 2002</li> <li>- O fundamento utilizado para a não obrigatoriedade seria o fato da audiência dual causar morosidade ao Judiciário</li> </ul>
<b>TJRS</b>	Agravo de Instrumento 70006510333	Décima Câmara Cível	Não	“art. 331” e “obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 21/06/2016  <b>Data da decisão:</b> 14/08/2003	<p>Não trata sobre o assunto, apenas falando sobre o despacho saneador.</p> <p>É dito que a audiência preliminar é destinada a tentativa de conciliação, a fixação de pontos controvertidos, o saneamento do feito e a determinação de provas.</p>

**TABELA TJRS**

<b>TRIBUNAL</b>	<b>PROCESSO</b>	<b>CÂMARA/ TURMA</b>	<b>MARCO TEMPORAL</b>	<b>PALAVRAS-CHAVE</b>	<b>DATAS</b>	<b>DECISÃO</b>
<b>TJRS</b>	Agravo de Instrumento 70016656704	Décima Câmara Cível	Não	“art. 331” e “obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 21/06/2016 <b>Data da decisão:</b> 01/09/2006	Não trata especificamente sobre o assunto, mas fala que a audiência preliminar não é obrigatória.
<b>TJRS</b>	Apelação Cível 70010507689	Décima Câmara Cível	Não	“audiência preliminar” e “obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 21/06/2016 <b>Data da decisão:</b> 09/11/2006	Não trata especificamente sobre o assunto, apenas referindo que o saneamento do processo pode ocorrer em qualquer momento processual que anteceda a audiência preliminar ou na própria solenidade
<b>TJRS</b>	Apelação Cível 70012763173	Décima Quinta Câmara Cível	Não	Não houve palavra-chave, foi encontrado por referência no Agravo de Instrumento 70019133883.	<b>Data da pesquisa:</b> 04/11/2015 <b>Data da decisão:</b> 28/09/2005	A decisão não tratava exatamente da obrigatoriedade da audiência de conciliação. O apelante requeria que fosse designada nova audiência de conciliação, pois a autora não tinha comparecido na primeira, sendo decidido que o pedido era inviável, pois o comparecimento das partes é facultativo. <b>OBSERVAÇÃO:</b> Na fundamentação, foi dito que a audiência preliminar é facultativa, devendo o julgador atender aos princípios da celeridade e da efetividade

**TABELA TJRS**

<b>TRIBUNAL</b>	<b>PROCESSO</b>	<b>CÂMARA/ TURMA</b>	<b>MARCO TEMPORAL</b>	<b>PALAVRAS-CHAVE</b>	<b>DATAS</b>	<b>DECISÃO</b>
<b>TJRS</b>	Apelação Cível 70001166867	Décima Sexta Câmara Cível	Não	Não houve palavra-chave, foi encontrado por referência na Apelação Cível 70008805921	<b>Data da pesquisa:</b> 21/06/2016  <b>Data da decisão:</b> 23/08/2000	Não caberia audiência preliminar no caso, pois era caso de julgamento antecipado da lide
<b>TJRS</b>	Apelação Cível 70010551547	Décima Sétima Câmara Cível	Não	Não houve palavra-chave, foi encontrado por referência no Agravo de Instrumento 70019133883.	<b>Data da pesquisa:</b> 04/11/2015  <b>Data da decisão:</b> 15/02/2005	Não caberia audiência preliminar no caso, pois era caso de julgamento antecipado da lide  <b>OBSERVAÇÃO:</b> Na fundamentação, é dito que a audiência preliminar decorre de valoração do julgador, nos termos do §3º do artigo 331.
<b>TJRS</b>	Apelação Cível 70007368921	Décima Oitava Câmara Cível	Não	Não houve pesquisa por palavra-chave. Foi encontrada esta decisão através de referência na decisão da Apelação Cível 70010628931.	<b>Data da pesquisa:</b> 04/11/2015  <b>Data da decisão:</b> 18/03/2004	Não deveria ser designada a audiência preliminar, pois a lide comportava julgamento antecipado, por ser matéria exclusivamente de direito.  <b>OBSERVAÇÃO:</b> Não é dito se a audiência preliminar era obrigatório ou facultativa.



**TABELA TJRS**

<b>TRIBUNAL</b>	<b>PROCESSO</b>	<b>CÂMARA/ TURMA</b>	<b>MARCO TEMPORAL</b>	<b>PALAVRAS-CHAVE</b>	<b>DATAS</b>	<b>DECISÃO</b>
<b>TJRS</b>	Apelação Cível 70010097707	Décima Oitava Câmara Cível	Não	Não houve pesquisa por palavra-chave. Foi encontrada esta decisão através de referência na decisão da Apelação Cível 70024364531.	<b>Data da pesquisa:</b> 21/06/2016  <b>Data da decisão:</b> 26/04/2007	<p>Embora seja recomendável, a designação da audiência preliminar não é obrigatória.</p> <p><b>OBSERVAÇÃO:</b></p> <p>- Nesta decisão, é dito que as circunstâncias evidenciam ser improvável a conciliação, pois os apelados referiram não ter interesse em conciliar na audiência.</p>
<b>TJRS</b>	Apelação Cível 70024364531	Décima Oitava Câmara Cível	Não	Não houve pesquisa por palavra-chave. Foi encontrada esta decisão através de referência na decisão da Apelação Cível 70059059469.	<b>Data da pesquisa:</b> 21/06/2016  <b>Data da decisão:</b> 22/11/2012	A audiência preliminar não é obrigatória, pois sua designação fica ao arbítrio do julgador, se evidenciada a possibilidade de acordo, o que não era o caso dos autos.
<b>TJRS</b>	Agravo de Instrumento 598532299	Décima Nona Câmara Cível	Não	Não houve pesquisa por palavra-chave. Foi encontrada esta decisão através de referência na decisão da Apelação Cível 70008805921	<b>Data da pesquisa:</b> 21/06/2016  <b>Data da decisão:</b> 23/02/1999	<p>Não há obrigatoriedade da audiência da conciliação se o procedimento não for o ordinário</p> <p><b>OBSERVAÇÕES:</b></p> <p>- A decisão foi proferida antes da reforma legislativa de 2002</p>

**TABELA TJRS**

TRIBUNAL	PROCESSO	CÂMARA/ TURMA	MARCO TEMPORAL	PALAVRAS-CHAVE	DATAS	DECISÃO
<b>TJRS</b>	Apelação Cível 599345253	Décima Nona Câmara Cível	Não	“audiência preliminar” e “não obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 04/11/2015  <b>Data da decisão:</b> 19/10/1999	<p>Não deveria ser designada a audiência preliminar, pois a lide comportava julgamento antecipado, por ser matéria exclusivamente de direito.</p> <p><b>OBSERVAÇÃO:</b> Esta decisão foi proferida antes da reforma legislativa introduzida pela Lei 10.444/02. Ainda estava em vigor na Lei 8.952/94.</p> <p>Na fundamentação, foi dito que a audiência preliminar não seria obrigatória, pois, se houvesse interesse, qualquer das partes poderia requerer a designação.</p>
<b>TJRS</b>	Apelação Cível 70008805921	Décima Nona Câmara Cível	Não	“artigo 331” e “obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 21/06/2016  <b>Data da decisão:</b> 26/04/2005	<p>A audiência preliminar não é obrigatória, embora seja recomendável. Utiliza como fundamento o §3º do artigo 331 do CPC.</p> <p>Salienta que, no caso, cabia julgamento antecipado da lide.</p>

**TABELA TJRS**

<b>TRIBUNAL</b>	<b>PROCESSO</b>	<b>CÂMARA/ TURMA</b>	<b>MARCO TEMPORAL</b>	<b>PALAVRAS-CHAVE</b>	<b>DATAS</b>	<b>DECISÃO</b>
<b>TJRS</b>	Apelação Cível 70010628931	Décima Nona Câmara Cível	Não	Não houve palavra-chave, foi encontrado por referência no Agravo de Instrumento 70019133883.	<b>Data da pesquisa:</b> 04/11/2015  <b>Data da decisão:</b> 09/08/2005	A audiência preliminar não é obrigatória, devendo o julgador analisar a sua conveniência, apontando as causas para a improbabilidade da conciliação.  <b>OBSERVAÇÃO:</b> Não são indicadas quais seriam as causas que inviabilizariam a conciliação
<b>TJRS</b>	Apelação Cível 70021541206	Décima Nona Câmara Cível	Não	“audiência preliminar” e “obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 21/06/2016  <b>Data da decisão:</b> 08/04/2008	Não há nulidade na não realização da audiência preliminar, pois a conciliação poderia ocorrer em qualquer momento, judicial ou extrajudicialmente.  O julgador defende que não pode permitir que a audiência preliminar seja ato procrastinatório.
<b>TJRS</b>	Agravo de Instrumento 70026025031	Décima Nona Câmara Cível	Não.	“art. 331” e “obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 21/06/2016  <b>Data da decisão:</b> 26/08/08	A audiência preliminar não é obrigatória, podendo o acordo ocorrer a qualquer momento. Fundamenta no §3 do artigo 331 do CPC de 1973.

### TABELA TJRS

TRIBUNAL	PROCESSO	CÂMARA/ TURMA	MARCO TEMPORAL	PALAVRAS-CHAVE	DATAS	DECISÃO
TJRS	Apelação Cível 70034500579	Décima Nona Câmara Cível	Não.	“art. 331” e “obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 21/06/2016  <b>Data da decisão:</b> 15/06/2010	A audiência preliminar não é obrigatória, podendo o acordo ocorrer a qualquer momento. Fundamenta no §3 do artigo 331 do CPC de 1973.
TJRS	Agravo de Instrumento 70043241389	Décima Nona Câmara Cível	Não	“art. 331” e “obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 21/06/2016  <b>Data da decisão:</b> 08/06/2011	A audiência preliminar não é obrigatória, podendo o acordo ocorrer a qualquer momento. Fundamenta no §3 do artigo 331 do CPC de 1973.
TJRS	Agravo de Instrumento 70046057048	Décima Nona Câmara Cível	Não	Não houve palavra-chave, foi encontrado por referência na Apelação Cível 70059059469	<b>Data da pesquisa:</b> 21/06/2016  <b>Data da decisão:</b> 08/11/2011	A audiência preliminar não é obrigatória. Fundamenta no §3 do artigo 331 do CPC de 1973.
TJRS	Apelação Cível 70059059469	Décima Nona Câmara Cível	Não	“art. 331” e “obrigatoriedade”	<b>Data da pesquisa:</b> 21/06/2016  <b>Data da decisão:</b> 13/11/2014	A audiência preliminar não é obrigatória.

**TABELA TJSP**

<b>TRIBUNAL</b>	<b>PROCESSO</b>	<b>CÂMARA/ TURMA</b>	<b>MARCO TEMPORAL</b>	<b>PALAVRAS-CHAVE</b>	<b>DATAS</b>	<b>DECISÃO</b>
<b>TJSP</b>	Apelação 0094482-72.2002.8.26.0000	Primeira Câmara	08/08/2002 a 08/08/2003	“audiência de conciliação” e “obrigatoriedade” e “art. 331”	<b>Data da pesquisa:</b> 03/12/2015  <b>Data da decisão:</b> 19/12/2002	Não há obrigatoriedade da audiência preliminar, pois as circunstâncias inviabilizavam a transação  <b>OBSERVAÇÃO:</b> Não são apontadas quais as circunstâncias que inviabilizavam a transação
<b>TJSP</b>	Apelação 9058803-91.1998.8.26.0000	Primeira Câmara	08/08/2002 a 08/08/2003	“audiência de conciliação” e “obrigatoriedade” e “art. 331”	<b>Data da pesquisa:</b> 03/12/2015  <b>Data da decisão:</b> 19/12/2002	Não deveria ser designada a audiência preliminar, pois a lide comportava julgamento antecipado, por ser matéria exclusivamente de direito. <b>OBSERVAÇÕES:</b> - Na fundamentação, não é referido se a audiência preliminar seria obrigatória ou não, apenas sendo feitas considerações gerais.
<b>TJSP</b>	Agravo de Instrumento 0009971-44.2002.8.26.0000	Primeira Câmara	08/08/2002 a 08/08/2003	“audiência de conciliação” e “obrigatoriedade” e “art. 331”	<b>Data da pesquisa:</b> 03/12/2015  <b>Data da decisão:</b> 12/08/2002	Não haveria nulidade na não decretação da audiência preliminar, pois não ocorreu prejuízo e a decisão de primeiro grau teria fundamentado a impossibilidade da conciliação.

TABELA TJSP

TRIBUNAL	PROCESSO	CÂMARA/ TURMA	MARCO TEMPORAL	PALAVRAS-CHAVE	DATAS	DECISÃO
TJSP	Ação rescisória 9008576- 24.2003.26.0000	Primeira Câmara	08/08/2002 a 08/08/2003	“audiência de conciliação” e “obrigatoriedade” e “art. 331”	<b>Data da pesquisa:</b> 03/12/2015  <b>Data da decisão:</b> 11/06/2003	A audiência preliminar não era obrigatória, pois comportava julgamento antecipado da lide. <b>OBSERVAÇÕES:</b> Na fundamentação, é dito que a ausência de tentativa de conciliação não consiste em nulidade nas hipóteses em que versem sobre direitos patrimoniais de natureza privada.
TJSP	Apelação 90033646- 48.2000.8.26.0000	Terceira Câmara	08/08/2002 a 08/08/2003	“audiência de conciliação” e “obrigatoriedade” e “art. 331”	<b>Data da pesquisa:</b> 03/12/2015  <b>Data da decisão:</b> 13/08/2002	Não deveria ser designada a audiência preliminar, pois a lide comportava julgamento antecipado, por ser matéria exclusivamente de direito.
TJSP	Apelação 9159138- 50.2000.8.26.0000	Terceira Câmara	08/08/2002 a 08/08/2003	“audiência de conciliação” e “obrigatoriedade” e “art. 331”	<b>Data da pesquisa:</b> 03/12/2015  <b>Data da decisão:</b> 13/08/2002	Não deveria ser designada a audiência preliminar, pois a lide comportava julgamento antecipado, por ser matéria exclusivamente de direito.

**TABELA TJRJ**

<b>TRIBUNAL</b>	<b>PROCESSO</b>	<b>CÂMARA/ TURMA</b>	<b>MARCO TEMPORAL</b>	<b>PALAVRAS-CHAVE</b>	<b>DATAS</b>	<b>DECISÃO</b>
<b>TJRJ</b>	Apelação Cível 0013184- 69.2006.8.19.0208	Segunda Câmara	08/08/2002 a 07/08/2010	“audiência preliminar” e “obrigatoriedade” e “art. 331”	<b>Data da pesquisa:</b> 09/12/2015  <b>Data da decisão:</b> 21/07/2010	Não se discute acerca da obrigatoriedade ou não da audiência preliminar, apenas é discutido a ausência de saneamento no processo.
<b>TJRJ</b>	Agravo de Instrumento 004516- 83.2008.8.19.0000	3ª Câmara Cível	08/08/2002 a 07/08/2010	“audiência preliminar” e “obrigatoriedade” e “art. 331”	<b>Data da pesquisa:</b> 09/12/2015  <b>Data da decisão:</b> 03/03/2008	Não se discute acerca da obrigatoriedade ou não da audiência preliminar, apenas é discutido a ausência de saneamento no processo. <b>OBSERVAÇÃO:</b> É decisão monocrática
<b>TJRJ</b>	Agravo de Instrumento 0022307- 02.2007.8.19.0001	4ª Câmara Cível	08/08/2002 a 07/08/2010	“audiência preliminar” e “obrigatoriedade” e “art. 331”	<b>Data da pesquisa:</b> 09/12/2015  <b>Data da decisão:</b> 17/07/2007	A audiência preliminar não era obrigatória, pois tratava de direito insuscetível de transação (o Município não poderia dispor de tributo)

**TABELA TJRJ**

TRIBUNAL	PROCESSO	CÂMARA/ TURMA	MARCO TEMPORAL	PALAVRAS-CHAVE	DATAS	DECISÃO
TJRJ	Apelação 0049765-88.2007.8.19.0001	5ª Câmara Cível	08/08/2002 a 07/08/2010	“audiência preliminar” e “obrigatoriedade” e “art. 331”	<p><b>Data da pesquisa:</b> 09/12/2015</p> <p><b>Data da decisão:</b> 19/01/2010</p>	<p>Foi decidido que não haveria necessidade da audiência preliminar, pois o artigo 331, caput e §3º, do CPC, referia que o juiz poderia dispensá-la se o direito discutido não admitisse transação ou se as circunstâncias mostrarem ser inviável a conciliação.</p> <p><b>OBSERVAÇÕES:</b></p> <p>Foram anexados julgados para fundamentar que a audiência preliminar era facultativa</p> <p>Não foi apontado qual seria o direito que não admitia a transação ou quais as circunstâncias que inviabilizariam a transação.</p>
TJRJ	Agravo de Instrumento 0030932-20.2010.8.19.0000	14ª Câmara Cível	08/08/2002 a 07/08/2010	“audiência preliminar” e “obrigatoriedade” e “art. 331”	<p><b>Data da pesquisa:</b> 09/12/2015</p> <p><b>Data da decisão:</b> 06/07/2010</p>	<p>Não é discutida a obrigatoriedade da audiência preliminar, e sim o momento de saneamento do processo.</p> <p><b>OBSERVAÇÃO:</b></p> <p>É decisão monocrática</p>



**TABELA TJRJ**

<b>TRIBUNAL</b>	<b>PROCESSO</b>	<b>CÂMARA/ TURMA</b>	<b>MARCO TEMPORAL</b>	<b>PALAVRAS-CHAVE</b>	<b>DATAS</b>	<b>DECISÃO</b>
<b>TJRJ</b>	Apelação 0032802-39.2006.8.19.0001	14ª Câmara Cível	08/08/2002 a 07/08/2010	“audiência preliminar” e “obrigatoriedade” e “art. 331”	<b>Data da pesquisa:</b> 09/12/2015  <b>Data da decisão:</b> 14/11/2007	A audiência preliminar não é obrigatória, pois visa a conferir maior agilidade ao processo.
<b>TJRJ</b>	Apelação 0011678-69.1984.8.19.0001	18ª Câmara Cível	08/08/2002 a 07/08/2010	“audiência preliminar” e “obrigatoriedade” e “art. 331”	<b>Data da pesquisa:</b> 09/12/2015  <b>Data da decisão:</b> 10/06/2008	<p>A audiência preliminar não era obrigatória neste caso, pois se tratava de direito insuscetível de transação (reintegração de bem público).</p> <p><b>OBSERVAÇÃO:</b> Não é referido na fundamentação se a audiência preliminar era obrigatória ou facultativa.</p>
<b>TJRJ</b>	Apelação 0002014-36.2006.8.19.0003	19ª Câmara Cível	08/08/2002 a 07/08/2010	“audiência preliminar” e “obrigatoriedade” e “art. 331”	<b>Data da pesquisa:</b> 09/12/2015  <b>Data da decisão:</b> 25/03/2008	<p>A audiência preliminar não seria obrigatória por se tratar de matéria de direito e por ser inviável a conciliação.</p> <p><b>OBSERVAÇÃO:</b> É decisão monocrática Não foi apontadas quais as causas que inviabilizariam a conciliação.</p>