

## 1 INTRODUÇÃO

Em 16 de março de 2015, foi sancionado e promulgado o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), depois de uma longa atividade legislativa, com a participação de renomados juristas brasileiros e também dos demais interessados, por meio de diversas audiências públicas.

A redação inicial do Projeto, de autoria do Senador José Sarney, que primeiramente tramitou no Senado Federal (Projeto de Lei nº 166/2010), é resultado do trabalho de uma Comissão de Juristas, nomeada no mês de setembro de 2009, presidida pelo Ministro Luiz Fux.

Na apresentação do Anteprojeto desse texto legislativo, foi apresentada uma Exposição de Motivos, em que foram traçadas as diretrizes da mudança pretendida, constando, logo em sua frase inicial, a necessidade de reforma do sistema processual, a fim de proporcionar à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, buscando harmonia com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Assim, manifestou-se o presidente da Comissão que redigiu o anteprojeto, Ministro Luiz Fux:

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente 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. (BRASIL, 2013).

Percebe-se que a necessidade de uma nova legislação processual é justificada pelo objetivo de alcançar a “harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República” (BRASIL, 2013), para que o processo seja tratado como um meio de concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição e do Estado Democrático de Direito.

Esclarece o Ministro Luiz Fux:

(...) um sistema processual civil que não proporcione à sociedade 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, 2013).

Dentre tais garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito, inclui-se o acesso à jurisdição, sendo previsto no texto constitucional que “a lei não excluirá da apreciação do Judiciário qualquer ameaça ou lesão ao direito”.

Referido direito também se encontra expressamente previsto no novo texto processual:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Todavia, conforme se pretende demonstrar no presente trabalho, o novo texto processual criou técnicas<sup>1</sup> procedimentais destinadas a limitar o acesso ao Judiciário ou a encerrar o procedimento logo em seu início. A criação de tais técnicas decorre da indevida compreensão do direito fundamental de acesso à jurisdição, que é entendido, por parte da literatura jurídica, como o simples direito de movimentar o Judiciário, sem a devida análise do que seja a jurisdição no contexto democrático.

Diante de tal problemática, o objetivo do presente trabalho é analisar o conceito de “acesso à jurisdição”, a partir de uma perspectiva da processualidade democrática, adotando como marco teórico a teoria constitucionalista do processo. A partir da revisitação do conceito do referido direito, pretende-se abordar as contradições previstas na nova legislação processual, que, apesar de ter expressamente preconizado o acesso à jurisdição, também criou mecanismos para limitar tal acesso.

Assim, analisar-se-á a limitação do acesso à jurisdição ocorrida em razão da força vinculante dos precedentes judiciais, da estabilidade das tutelas provisórias antecipatórias contra as quais não tenha sido interposto recurso e, ainda, da obrigatoriedade das audiências de mediação ou conciliação.

## **2 ACESSO À JUSTIÇA X ACESSO À JURISDIÇÃO**

---

<sup>1</sup> Compreende-se o termo técnica “como conjunto de procedimentos bem definidos e transmissíveis destinados a produzir certos resultados considerados úteis” (SOARES, 2015, p. 124).

Inicialmente, a fim de permitir a crítica pretendida, torna-se necessário desmistificar o conteúdo da expressão “acesso à justiça” e substituí-la por “acesso à jurisdição”, a fim de adequar o conceito à matriz disciplinar do Estado Democrático de Direito<sup>2</sup>.

Isso porque a expressão “acesso à justiça” leva à falsa compreensão de que as partes terão direito a uma “decisão justa”, sendo inviável, na processualidade democrática, que um conceito tão aberto e incerto, como “justiça” seja colocado como diretriz do processo jurisdicional.

Há muito os filósofos tentam buscar um conceito para a “justiça”, na tentativa de definir o que é justo e, assim, usar o conceito para alcançar uma devida prestação da atividade jurisdicional, sendo que alguns relacionaram a justiça com a ética, valores morais, virtudes, costumes sociais e até mesmo com a felicidade.

As diversas noções possíveis decorrentes do termo justiça, assim como a importância de sua definição para os indivíduos, a sociedade e o Estado, fazem com que todas as vertentes filosóficas, desde os pensadores clássicos da Antiguidade até os pensadores contemporâneos, se debruçam sobre a questão.

Para Aristóteles, a justiça está relacionada com os interesses da sociedade, o bem comum, sendo por ele definida como “uma virtude que só pode ser praticada em relação ao outro, conscientemente, para chegar à igualdade ou à observância das leis, tendo como fim último o bem comum, ou seja, a felicidade da polis” (ARISTÓTELES, 2002, p. 122).

Já Hobbes relaciona a justiça com a intervenção do poder soberano estatal, com o seu poder coercitivo. É o que se verifica:

(...) para que as palavras “justo” e “injusto” possam ter lugar, é necessária alguma espécie de poder coercitivo, capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento dos seus pactos, mediante algum terror de algum castigo que seja superior ao benefício que esperam tirar do rompimento do pacto (HOBBES, 2003, p. 124)

Rawls estuda a noção de justiça como uma forma de equidade, que teria por objetivo oferecer condições iguais aos indivíduos, mas também de tentar minimizar as desigualdades entre eles existentes. Assim:

---

<sup>2</sup> A Constituição da República de 1988 dispõe em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, o que expressa a realidade do Estado contemporâneo, bem como o ideal de racionalização jurídica da vida, e representa um sistema consistente de legalidade normativa. Entende-se por Estado Democrático de Direito uma junção entre o Estado de Direito e o princípio democrático. *Tem-se, portanto, segundo os ensinamentos de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias “um Estado submetido às normas do direito e estruturado por leis, sobretudo a lei constitucional, um Estado no qual se estabeleça estreita conexão interna entre dois grandes princípios jurídicos, democracia e Estado de Direito, ou seja, um Estado Constitucional Democrático de Direito” (BRÊTAS, 2010, p. 54).*

(...) a capacidade de ter um senso de justiça é a capacidade de entender, aplicar e ser em geral motivado por um desejo efetivo de agir em função dos (e não apenas de acordo com) princípios de justiça, enquanto termos equitativos de cooperação social. A capacidade de ter uma concepção do bem é a capacidade de formar, revisar e tentar racionalmente realizar tal concepção, isto é, uma concepção do que consideramos que seja para nós uma vida humana digna de ser vivida. (RAWLS, 2000, p. 356).

Depois de mencionar alguns conceitos anteriores sobre o que seja a justiça, chega-se aos estudos de Ricoeur, que a define como a relação com o outro, imediatamente mediada pela instituição, ou seja, Ricoeur afasta a noção de que a justiça seja uma virtude, como afirmava Aristóteles, ou esteja ligada a um direito natural, como acreditava Thomas Hobbes, afastando, ainda, a noção estudada por Rawls, por também não apresentar um conceito “estático” do que seja a justiça, mas sim um conceito variável de acordo com a linguagem e a interpretação/hermenêutica.

Vale, ainda, destacar, que os estudos filosóficos, não só sobre a justiça, passaram por uma grande quebra de paradigma, que influenciou a construção do conceito trazido por Ricoeur, passando da chamada filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, ou seja, percebe-se que a realidade não é mais compreendida somente pela racionalidade humana, podendo ser analisada a partir de uma pluralidade de linguagens, diferentes leituras da realidade decorrentes da cultura, das subjetividades.

Atualmente, o problema não se resume somente em definir o que seja justiça, sendo necessário também buscar um conceito de justiça que seja compatível com a atuação do Judiciário no Estado Democrático de Direito.

Com a instauração do Estado Democrático de Direito e, por consequência, com a superação dos regimes totalitaristas e do Estado Social, não é mais admissível que se permita que a justiça seja um conceito subjetivo construído a partir de uma concepção isolada do julgador do que seja ou não justo, sendo necessário, portanto, buscar um conceito de justiça que seja compatível com o processo democrático, motivo pelo qual opta-se por abandonar a expressão “acesso à justiça”, substituindo-a por “acesso à jurisdição”.

Assim, busca-se refutar o entendimento difundido pela doutrina instrumentalista do processo de que “o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em acesso à ordem jurídica justa” (GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, 2006, p. 39).

André Cordeiro Leal defendendo a superação da mencionada teoria instrumentalista, afirma que o processo não pode ser tratado como um instrumento a serviço da paz social, uma

vez que tal concepção do processo “implicaria a negativa de direitos fundamentais ínsitos ao processo no paradigma do Estado Democrático de Direito, com retorno aos paternalismos decisoriais do Estado Social” (LEAL, 2002, p. 19).

Também afirma André Cordeiro Leal que a mencionada “atribuição de escopos metajurídicos à jurisdição coloca o juiz como sujeito privilegiado, na posição de líder inatacável do bando soberano”, permitindo assim que uma aplicação do direito na qual “o juiz está fora da legalidade para fixar os limites do ordenamento e sua direção, colocando o julgador (juiz-fuhrer, como quer Couture) na borda legal que nega a própria normatividade do direito, ou seja, no ponto similar de decretação do estado de exceção schmittiano.” (LEAL, 2008, p. 32/33)

Ademais, a mesma expressão pode levar a outra ideia equivocada, a de que essa garantia seria correspondente ao “acesso ao Judiciário”, exaurindo-se o direito da parte com a apresentação de sua petição inicial, sem incluir as etapas procedimentais sequenciais que se encontram abrangidas no conceito de Jurisdição.

Assim, torna-se necessário compreender o conceito de jurisdição na perspectiva democrática, o qual já se encontra devidamente previsto no art. 4º do novo CPC: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

No presente estudo, pretende-se superar a noção de que a atividade jurisdicional seja uma atividade do juiz, como preconiza a Escola Instrumentalista do Processo, segundo a qual a jurisdição é “manifestação do poder estatal”, sendo considerada como a “capacidade de decidir imperativamente e impor decisões”, com a função de “promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo” (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2006, p. 55).

Sobre essa concepção da atividade jurisdicional, critica Rosemiro Pereira Leal:

O Judiciário, nas esperadas democracias plenárias, não é o espaço encantado (reificado) de julgamento de casos para a revelação da Justiça, mas o órgão de exercício judicial segundo o modelo constitucional do processo em sua projeção de intra e infra expansividade principiológica e regradora. (LEAL, 2001, p. 17).

Para a doutrina instrumentalista, “o conceito de jurisdição não seria jurídico, mas, político, já que ela é expressão do poder do Estado” (GONÇALVES, 2012, p. 157), fazendo com que a atividade do juiz seja influenciada por seus próprios princípios ideológicos, construída unilateralmente por sua clarividência, em uma atividade solitária e solipsista.

No entanto, no contexto democrático, atuação do julgador, portanto, deve ser analisada sob essa perspectiva democrática, o que significa que o exercício da função jurisdicional deve ocorrer mediante ampla participação dos interessados, observando o princípio do contraditório, colocando, assim, as partes no centro do processo e não o julgador, buscando a efetivação do princípio da eficiência na atividade jurisdicional.

É a lição de Alexandre Freitas Câmara:

(...) se a Constituição garante a todos o direito de acesso ao Judiciário, a tal dever deve corresponder – e efetivamente corresponde – um dever jurídico, o dever do Estado de tutelar as posições jurídicas de vantagens que estejam sendo lesadas ou ameaçadas. Tal tutela a ser prestada pelo Estado, porém, não pode ser meramente formal, mas verdadeiramente capaz de assegurar efetividade ao direito material lesado ou ameaçado para o qual se pretende proteção. Em outras palavras, ao direito que todos têm de ir ao juízo pedir proteção para proposições jurídicas de vantagem lesadas ou ameaçadas corresponde ao dever do Estado de prestar uma tutela jurisdicional adequada. (CÂMARA, 2013, p. 57).

Com a instituição do Estado Democrático de Direito, a consequente soberania popular como requisito de legitimação do poder, bem como a inclusão do acesso à jurisdição no rol de direitos e garantias fundamentais, deve-se entender a jurisdição como direito fundamental, sendo que deve fundamentar-se no princípio democrático, que significa garantia de participação efetiva dos destinatários das decisões estatais na sua criação, aplicação e fiscalização.

A atividade jurisdicional exercida por meio do processo constitucional deve ser considerada como a função do Estado destinada à repressão de desrespeitos à ordem democrático-legal, sendo “capaz de concretizar condições de desenvolvimento humano através da tutela de direitos fundamentais” (LIMA, 2009, p. 19).

Da mesma forma, a atuação do julgador deve ser analisada sob essa perspectiva democrática, o que significa que o exercício da função jurisdicional deve ocorrer mediante ampla participação dos interessados, observando o princípio do contraditório, colocando, assim, as partes no centro do processo e não o julgador, buscando a efetivação do princípio da eficiência na atividade jurisdicional.

Nesse sentido é a lição de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

A eficiência e a adequação do serviço público jurisdicional constituem dever jurídico do Estado, por força de recomendação constitucional, e pressupõem, por parte dos órgãos jurisdicionais, obediência ao ordenamento jurídico e utilização de meios racionais e técnicas modernas que produzam o efeito desejado, qual seja, serviço público jurisdicional prestado a tempo e modo, por meio da garantia constitucional do devido processo legal, preenchendo sua finalidade constitucional, a de realizar imperativa e imparcialmente o

ordenamento jurídico, apto a proporcionar um resultado útil às partes. (BRÊTAS, 2010, p. 143).

Ademais, a função jurisdicional não mais pode ser vista como um Poder do Estado, mas sim como uma Atividade-Dever, o que impõe, por consequência, a submissão dessa atividade ao princípio da eficiência, exigindo-se que tal atividade também esteja sujeita à responsabilização.

### **3 A LIMITAÇÃO DO ACESSO À JURISDIÇÃO PELA VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS**

Uma das questões problemáticas do novo Código refere-se à força vinculativa dos precedentes judiciais, sejam eles sistematizados na forma de súmulas ou de recursos repetitivos, sendo utilizados como motivação suficiente para o julgamento liminar de improcedência.

É o que se verifica da redação do art. 332:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

De fato, diante da atual conjuntura processual, não só é possível, sendo também necessário, que ocorra a utilização de precedentes no sentido de buscar-se a uniformização de jurisprudência, desde que a busca pela referida uniformidade sobre a interpretação do direito seja construída pela ampla participação dos interessados e não por um ato solitário e solipsista dos julgadores, como ocorre atualmente no direito brasileiro.

Torna-se importante destacar que reconhecer a relevância da jurisprudência não implica reconhecê-la como fonte de direito<sup>3</sup>, ao contrário do que afirmam alguns

---

<sup>3</sup> Segundo Pauliana Maria Dias, “é necessário entender que, no Brasil, o precedente influencia o ordenamento jurídico, portanto, é útil na compreensão da norma, não obstante não se igualar a esta” (DIAS, Pauliana Maria. *O Procedimento Constitucional de Revisão da Súmula Vinculante*. Dissertação. Mestrado. PUC Minas. Belo Horizonte, 2012, p. 72)

doutrinadores, tais como Fredie Didier Junior e Leonardo José Carneiro da Cunha, no seguinte texto:

O relevante papel da jurisprudência como fonte do direito parece atualmente indiscutível. Não somente como uma garantia de previsibilidade das decisões judiciais, aspecto do princípio da segurança jurídica, mas também pela consagração, em nível constitucional, da força vinculativa dos precedentes judiciais do STF (...)(DIDIER; CUNHA, 2007, p. 245).

Também Marinoni defende a força dos precedentes, argumentando que a lei seria insuficiente para proporcionar segurança jurídica e previsibilidade das decisões, as quais seriam alcançadas quando casos iguais são resolvidos por iguais decisões. Nas palavras do autor:

A força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição do *civil law*. O *civil law* vive, atualmente, a contradição entre o juiz das doutrinas acriticamente preocupadas apenas em justificar que a nova função do juiz cabe dentro do modelo do princípio da separação dos poderes. Na verdade, a doutrina esquece de esclarecer que o juiz da Revolução Francesa nasceu natimorto e que o princípio da estrita separação dos poderes sofreu mutação com o passar do tempo, tendo, nos dias que correm, outra figura. (MARINONI, 2010, p. 18).

Entretanto, esse entendimento revela-se equivocado, levando à compreensão da jurisprudência como fonte diversa da que deveria ser no sistema romano-germânico, ou seja, faz com que esta extrapole a função de interpretação da norma, para se tornar a própria norma.

Além disso, essa força vinculante dos precedentes judiciais retira da parte o direito de buscar a efetivação de seus direitos por meio do Judiciário, tendo em vista que, diante de um entendimento já pacificado pelos tribunais superiores ou pelo tribunal local, já se tem a certeza do julgamento da demanda, o que inibirá o acesso à jurisdição.

Ao prever o julgamento de improcedência liminar, observa-se que o texto legal não traz qualquer oportunidade à parte de exercício do *distinguishing* ou do *overruling*, o que limita seu direito de participação na construção do provimento, notadamente considerando que esse provimento já se encontra “construído” antes mesmo do exercício do direito de ação.

Ademais, pode ser necessário revisitar um entendimento já firmado, o que se encontra obstado pelo julgamento de improcedência liminar, contrariando a função da jurisprudência nos sistemas de *civil law* de interpretar, suplementar e até derogar, em certa medida, a legislação, diante da análise do caso concreto (RIESENHUBER, 2011, p. 125).

Percebe-se que, em uma perspectiva democrática do direito de acesso à jurisdição, deve ser garantida às partes interessadas a participação na construção do provimento

jurisdicional, sendo apropriado que a discussão acerca da aplicação do precedente firmado em casos futuros deva envolver as partes, não podendo o precedente ser aplicado sem que as partes tenham oportunidade para se manifestar sobre a questão.

Sendo clara a importância da jurisprudência para a interpretação da norma, é preciso destacar que não se pretende, de maneira alguma, criticar a utilização dos precedentes, mas sim questionar a forma como os precedentes são considerados, construídos e utilizados no direito brasileiro, em que “cada juiz promove uma integração anárquica dos seus conteúdos, mesmo sem respeito ao contraditório” (NUNES, 2011, p. 81) e buscar uma forma democrática para tal utilização. O que se pretende evitar, na verdade, é a perpetuação do entendimento defendido por Mauro Cappelletti no sentido de que toda atividade interpretativa do julgador encontra-se carregada de discricionariedade e de sua criatividade, cabendo ao próprio juiz a criação do direito (CAPELLETTI, 1993, p. 131).

A ideia adotada no novo texto legal é a de que “a maior previsibilidade da decisão do Judiciário implicará menos demandas”, buscando, assim, alcançar a “segurança jurídica”, tanto por meio da “observância da jurisprudência pelos próprios tribunais e a obediência pelos tribunais e juízes inferiores (uniformização)”, como, também, pela “criação de obstáculos para impedir mudanças abruptas da jurisprudência (estabilização)” (FRANZÉ, 2013, p. 245).

Segundo Roberta Maia Gresta, o novo Código prioriza “o pronunciamento da cúpula do sistema em lugar do amplo debate processual”, o que leva à inversão da “ordem de fatores da formação da cultura jurídica e, por conseguinte, subverte o processo como instituição democrática”. Gresta acrescenta, ainda, que a redução do “campo de atuação da parte para demonstrar em juízo que, à luz da norma, sua conduta deve produzir determinado resultado”, faz com que também seja reduzida a “certeza e a previsibilidade de que sejam reconhecidos os mesmos efeitos a comportamentos semelhantes” (GRESTA, 2012, p. 635-643)

Dessarte, alcança-se uma falsa segurança jurídica, garantida tão somente pela certeza de que os julgamentos semelhantes terão julgamentos idênticos, mas não se garante que a construção destes provimentos judiciais ocorrerá em observância ao devido processo constitucional e acaba por se afastar o direito da parte à efetiva prestação jurisdicional.

#### **4 A ESTABILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA EM FACE DO ACESSO À JURISDIÇÃO**

O novo Código de Processo Civil trouxe também relevantes alterações quanto às chamadas tutelas de urgência, agora intituladas “tutelas provisórias”, tratadas em um único capítulo, que abrange tanto as medidas antecipatórias dos efeitos do provimento final, quanto às medidas cautelares, dividindo-as, ainda, em tutelas de urgência e de evidência.

Qualquer das tutelas provisórias podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento em que se pleiteia a providência principal, sendo que todos os pedidos serão formulados nos mesmos autos. Sobre tal questão, o principal problema refere-se à estabilidade da tutela antecipada concedida em primeiro grau, pleiteada em momento antecedente à formulação do pedido principal, caso não haja recurso interposto pela parte contrária.

É o que se encontra disposto nos arts. 303 e 304.

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

(...)

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. § 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

Nos termos do novo texto legal, sendo concedida a tutela antecipada, antecipando os efeitos que seriam decorrentes do provimento jurisdicional final, caso não seja apresentado recurso para parte adversa, ocorrerá a extinção do feito e a tutela, que até então era provisória, torna-se estável.

Percebe-se que tal técnica procedimental tem por objetivo a rápida extinção da demanda, evitando que o procedimento se prolongue, tratando a falta do recurso como verdadeira sanção à parte.

Assim, não se garante à parte o direito à efetiva prestação jurisdicional, tendo em vista que “somente é possível a realização da jurisdição se houver o devido processo legal” (BRÊTAS; SOARES, 2011, p. 5), sendo excluída do Judiciário a análise da questão pela simples hipótese de não interposição de recurso contra a concessão da medida antecipatória, valendo também acrescentar que o texto legal não esclarece se a interposição de recurso não conhecido também poderá ocasionar a estabilidade da tutela.

Acerca da justificativa para tal alteração, convém citar os esclarecimentos trazidos pelo Ministro Luiz Fux, na exposição de motivos do Anteprojeto deste Código:

Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência

decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de periculum in mora, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano. (BRASIL, 2013, p. 25).

Não tendo havido resistência à medida liminar concedida, por meio de recurso, o juiz, depois da efetivação da medida, extinguirá o processo, conservando-se a eficácia da medida concedida, sem que a situação fique protegida pela coisa julgada.

Verifica-se que tal medida consiste em uma busca infundada pela celeridade procedimental, encerrando o feito, sem que haja a devida apreciação das questões debatidas pelas partes. No entanto, a busca pela celeridade deve ser cautelosa, sem violar o devido processo legal, conforme o seguinte entendimento:

A celeridade não pode comprometer a atividade cognitiva do juiz e ao contrário do que se possa pensar não há uma contraposição entre celeridade e devido processo legal, desde que se entenda que aquela não pode ser confundida com aceleração processual, que levaria a um processo autoritário, marcado pela exclusão da relação dialética das partes, culminada pelo alcance da justiça a qualquer custo” (SANTOS, 2009, p. 566).

Percebe-se, também nesse ponto, que o legislador privilegiou a celeridade procedimental em detrimento do acesso à jurisdição.

## **5 A INCOMPLETA PRESTAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL POR MEIO DA OBRIGATORIEDADE DA CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO**

Como dito, o acesso à jurisdição compreende o direito da parte a uma devida atuação do Judiciário, o que somente é totalmente efetivado por meio do provimento jurisdicional final.

Assim, a conciliação ou mediação devem ser compreendidas como mecanismos capazes de solucionar os conflitos entre as partes, e não como uma técnica destinada a esvaziar o Judiciário, em razão da falta de estrutura e de eficiência dos órgãos julgadores.

Todavia, o novo Código trata os meios alternativos de solução de conflitos como medida obrigatória, com a clara finalidade de descongestionar o Judiciário e não de efetivar os direitos postulados pelas partes

Assim, prevê o art. 334:

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.

§ 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.

§ 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.

(...)

§ 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.

Percebe-se, assim, que “o congestionamento dos tribunais tem ensejado a adoção de um grande número de medidas de restrição de acesso”, as quais tem ocorrido “sem respeitar as bases processuais constitucionais necessárias, que imporiam a busca de uma eficiência sem desprezar as garantias processuais constitucionais que asseguram a legitimidade da formação da decisão em uma renovada concepção do Estado Constitucional” (NUNES, BAHIA, CÂMARA, SOARES, 2011, p. 63).

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho abordou a efetividade do direito fundamental do acesso à jurisdição, buscando demonstrar como tal direito deve ser compreendido na matriz disciplinar do Estado Democrático de Direito, afastando as noções de “sentença justa” ou de simples acesso ao Judiciário.

A partir da compreensão da jurisdição como direito fundamental, o qual é exercido por meio do processo constitucionalizado, em que se assegura a observância da inafastável disciplina principiológica constitucional, tornou-se perceptível que o texto do Novo Código de Processo Civil, apesar de prever expressamente o amplo acesso à jurisdição, cuidou também de criar mecanismos que contrariam esse direito, limitando ou obstando o direito da parte à efetiva prestação jurisdicional.

Percebeu-se que o objetivo da vinculação dos precedentes judiciais é reduzir a quantidade de demandas, tendo ainda o mesmo objetivo das audiências de mediação ou conciliação, bem como da estabilidade da tutela antecipada, que é encerrar o procedimento jurisdicional logo em seu momento inicial, retirando da parte o direito à jurisdição.

Conclui-se, portanto, que tais mecanismos procedimentais criados pela nova legislação não se encontram em consonância com a pretensão da reforma processual, que era aproximar o processo da Constituição.

## **REFERÊNCIAS**

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Direito à Jurisdição Eficiente e Garantia da Razoável Duração do Processo no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campo (org.). O Brasil que Queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame Técnico e Sistemático do Código de Processo Civil Reformado. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana (Org.). Processo civil reformado. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. v. 1. p. 407-456.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. As Reformas do Código de Processo Civil e o Modelo Constitucional do Processo. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana (Org.). Processo civil reformado. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. v. 1. p. 457-496.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. CINTRA, Antônio Augusto; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2005. CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

DIAS, Pauliana Maria. *O Procedimento Constitucional de Revisão da Súmula Vinculante*. Dissertação. Mestrado. PUC Minas. Belo Horizonte, 2012.

DEL NEGRI, André. Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. Salvador: JusPodivm, 2007.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante; SOUZA, Tiago Clemente. Eficácia do Sistema Recursal no Projeto de Lei nº 8.046/2010. In: SILVA, Nelson Finotti; FRANZÉ, Luís Henrique Barbante; GARCIA, Bruno Pinotti (orgs.). *Reflexões sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Curitiba: CRV, 2013.

GOLDSCHIMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Civil*. Belo Horizonte: Lider, 2004.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro. *A Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. A Principiologia Jurídica do Processo na Teoria Neo-Institucionalista. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Nº 2/2006. Disponível em: [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2\\_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf). Acesso em 28 maio 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado Democrático de Direito. In: LEAL, Rosemiro Pereira. *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*. Rio de Janeiro: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LIMA, Newton de Oliveira. *Jurisdição Constitucional e Construção de Direitos Fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos*. São Paulo: MP, 2009.

MARINONI, Luis Guilherme. *A Força dos Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010.

NUNES, Dierle. Precedentes, Processualismo Constitucional Democrático e o Dimensionamento das Técnicas para a Litigiosidade Repetitiva: A Litigância de Interesse

Público e as Tendências “não Compreendidas” de Padronização Decisória. *Revista de Processo*, Vol. 199, setembro/2011.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual Civil: Fundamentação e Aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

POLICHUK, Renata. Precedente e Segurança Jurídica. A Previsibilidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A Força dos Precedentes: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Salvador: Juspodivm, 2010.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

RICOEUR, Paul. *O Justo*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como um outro*. Tradução de Lucy Moreira Cesar. Campinas: Papyrus, 1991.

RIESENHUBER, Karl. English *Common Law versus German Systemdenken? Internal versus External Approaches*. In: *Utrecht Law Review*, Vol. 07, Issue 01. Jan. 2011

SANTOS, Jacqueline dos. Dos juizados especiais e a razoável duração do processo. **In** CASTRO, João Antônio Lima. (Coord.) *Direito processual: Fundamentos constitucionais*. Belo Horizonte, PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, vol. 15, jan/jun 2010, p. 158/173.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – Decido Conforme Minha Consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.