

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

ADRIANA SILVA MAILLART

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriitiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

F723

Formas consensuais de solução de conflitos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Silva Maillart; Caio Augusto Souza Lara – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-175-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Formas consensuais. 3. Conflitos. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Formas Consensuais de Solução de Conflitos II durante o II Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 02 a 08 de dezembro de 2020, sob o tema geral “Direito, Pandemia e Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, o Centro Universitário Christus – Unichristus e a M. Dias Branco. Trata-se da segunda experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos das mais diversas formas consensuais de solução de conflitos, bem como de uma enorme gama de técnicas e experiências a elas relacionada.

Os temas abordados vão desde as diversas características da autocomposição, a mediação de conflitos, a conciliação e até as práticas de Justiça Restaurativa. Novos trabalhos relacionando as formas consensuais com os acordos ambientais internacionais, o storytelling, as serventias extrajudiciais e as ações civis públicas foram destaque. A interdisciplinaridade com o Direito Ambiental e o Direito Internacional foram inovadoras neste grupo e as discussões se somaram ao estudo tradicional das formas consensuais.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara

Prof^a. Dr^a. Adriana Silva Maillart

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Formas Consensuais de Solução de Conflitos II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AUTOCOMPOSIÇÃO E FERRAMENTAS JURÍDICAS
ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS AND LEGAL MECHANISMS

Claudio Penedo Madureira
Fernanda Medeiros E Ribeiro Rodor
Carlos André Luís Araújo

Resumo

O objetivo deste trabalho é procurar demonstrar (com aporte em metodologia dedutiva, que comporta análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência) que institutos tipicamente jurídicos também podem ser empregados (ao lado das técnicas negociais utilizadas por conciliadores e mediadores) para orientar a autocomposição no processo. Em específico, desejamos induzir a compreensão de que a antecipação de provas (quando voltada à resolução das dúvidas das partes sobre a matéria fática) e o modelo de precedentes (quando destinado à resolução de suas dúvidas relativas a matéria jurídica) podem ensejar a contenção da litigiosidade no processo.

Palavras-chave: Processo civil, Autocomposição, Antecipação de provas, Precedentes, Caixa de ferramentas jurídicas

Abstract/Resumen/Résumé

This paper is about the application of procedural law mechanisms in the alternative dispute resolution. It aims to demonstrate the effectiveness of traditional legal mechanisms in order to obtain the conflict resolution reached by the parties. The methodology applied in this paper was the deductive method and the strategies used were legal analysis and literature review. As a result, the effectiveness of the anticipated production of evidence (used in case of factual matter uncertainties) and the precedents model (used in case of legal matter uncertainties), may induce the conflict resolution and restricts the conflict litigation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil procedure, Alternative dispute resolutions, Anticipated production of evidence, Precedents, Legal mechanisms

1 INTRODUÇÃO

A autocomposição é método de resolução de conflitos voltado à contenção da litigiosidade no processo, e encontra farta disciplina normativa entre nós, que a situa, como objeto de análise, entre os conteúdos submetidos ao Direito e, portanto, à Ciência Jurídica. Porém, a sua instrumentalização prática também pressupõe utilização de ferramentas metajurídicas, em especial de técnicas negociais.

No ponto, Francisco José Cahali (2015, p. 97-98) leciona que as metodologias usualmente empregadas para sua implementação no processo resultam do *modelo de Harvard*, do *modelo transformativo* e/ou do *modelo circular-narrativo*.¹ O *modelo de Harvard* “decorre do método utilizado para negociação cooperativa”, no qual “o mediador, enquanto facilitador do diálogo, procura separar as pessoas do problema”, distinguindo “a posição, do interesse das partes”, e “centrando o foco neste último” (CAHALI, 2015, p. 97). Esse modelo de condução das negociações entre as partes estimula “a avaliação objetiva da situação, buscando soluções criativas em benefício mútuo” (CAHALI, 2015, p. 97).² O *modelo transformativo*, por sua vez, adota como meta “a transformação das pessoas no sentido de conscientização e respeito da posição do outro”, propondo, assim, “uma alteração natural da qualidade das relações interpessoais” (CAHALI, 2015, p. 97). Nele, “o mediador estimula a participação ativa das partes, reconstruindo interpretações que contemplem seus valores, pontos de vista e condutas”, contexto em que “a composição para a ser apenas uma possibilidade, e não o objetivo principal do processo, verificado o modelo no mínimo com proveitosa finalidade pedagógica” (CAHALI, 2015, p. 97-98). Já o *modelo circular-narrativo* toma a comunicação como elemento fundamental, na medida em que provoca “nas partes a análise do conflito, identificando as diferentes versões para o mesmo aspecto” (CAHALI, 2015, p. 98). Disso resulta a sua qualificação como *circular*, “no sentido de gravitar em torno de um ponto, porém com olhares distintos” (CAHALI, 2015, p. 98). Nesse âmbito, “cada narração provoca reações e reflexões na outra parte, cujo objetivo é transformar a história conflitiva em uma história colaboratória” (CAHALI, 2015, p. 98). Como valoriza

¹ No ponto, Cahali observou, tendo em vista essa peculiaridade do conteúdo metajurídico de sua exposição, a sua pretensão de “apenas apontar superficialmente as técnicas disponíveis para o desenvolvimento da mediação, propiciando um primeiro contato com o tema, a ser desenvolvido durante o curso de capacitação com a carga horária sugerida acima” (2015, p. 97).

² Acerca dele, Cahali adverte que, “como não se diferencia conciliação e mediação no sistema norte-americano, e considerando ainda que este modelo aproxima-se da conciliação em nosso sistema jurídico, para alguns doutrinadores, esta técnica não seria aplicável à mediação desenvolvida em nosso sistema” (2015, p. 97).

a comunicação, esse modelo pretende “construir uma versão comum para se conferir maiores resultados no processo de mediação” (CAHALI, 2015, p. 98).

O estudo desses modelos negociais, assim como de outras metodologias metajurídicas que possam ser empregadas na obtenção da autocomposição (como, por exemplo, a constelação familiar, que vem sendo empregada com sucesso em questões de Direito de Família) certamente se apresenta como exercício teórico interessantíssimo e libertador. Contudo, estamos convencidos de que também é possível induzir a autocomposição mediante a utilização, pelos atores processuais, de institutos tipicamente *jurídicos*, que, se bem empregados, têm a potencialidade de constranger as partes a conter a sua litigiosidade no processo, pela via da pacificação de eventuais dúvidas que elas possam ter sobre o ambiente fático que emoldura a contenda e/ou sobre como o Direito deve ser aplicado nos casos concretos.

Por certo, o adequado desenvolvimento dessa nossa proposta teórica demanda a elaboração de obra mais densa, voltada à investigação sobre quais institutos podem ser manejados, como ferramentas jurídicas, para induzir a autocomposição no processo. Mas isso não nos impede de descrever, nesta sede, as suas linhas gerais, extraídas da constatação teórica de que modelo de processo concebido pelo CPC-2015 (um processo dialético, marcado pela incidência do princípio da boa-fé) apenas admite a instauração/manutenção dos litígios enquanto houver dúvida sobre quem tem razão na contenda; inclusive como forma de possibilitar que outros pesquisadores possam participar do seu ulterior desenvolvimento no plano da Ciência; o que também pode ser feito por meio da publicação de trabalhos pontuais que procurem induzir a compreensão de que determinados institutos processuais podem ser utilizados, na casuística, para provocar a resolução de conflitos pelo método autocompositivo. Feito esse corte metodológico, *dedicamo-nos*, neste artigo, *a procurar demonstrar que a produção antecipada de provas* (quando empregada para a resolução das dúvidas das partes sobre a matéria fática) *e o modelo de precedentes* (quando empregado para a resolução das dúvidas das partes sobre a matéria jurídica) *podem conduzir*, como ferramentas jurídicas, à celebração de acordos no ambiente processual.

2 A CIRCUNSCRIÇÃO DA LEGITIMIDADE DO ATO DE LITIGAR À PERSISTÊNCIA DE DÚVIDA SOBRE QUEM TEM RAZÃO NA CONTENTA

A fórmula geral empregada nos processos judiciais para a construção de decisões jurídicas que resolvem o mérito das contendas neles encartadas consiste em oportunizar

às partes que apresentem as suas razões (ao autor, para que esclareça porque entende que a sua pretensão é conforme o Direito, ao réu, para que procure conferir juridicidade à sua resistência à pretensão autoral); de modo a que venham aos autos a *tese* (encartada na petição inicial) e a *antítese* (corporificada na defesa); a partir das quais o Poder Judiciário procurará construir uma *síntese*, a ser veiculada na sentença (primeira instância) ou acórdão (segunda instância ou instâncias superiores) que aprecia o litígio.³

Essa abertura do processo às razões das partes decorre de uma série de garantias constitucionais, em especial dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV). Porém, esses princípios também determinam que o que for deduzido pelas partes no processo seja efetivamente considerado no julgamento da causa, sob pena e risco de a sentença (ou o acórdão) que soluciona o litígio não se apresentar, em concreto, como *síntese* construída pelos julgadores a partir da *tese* e da *antítese*.

Disso resulta que o modelo de processo tradicionalmente empregado no campo da aplicação do Direito é aquele que se inicia com uma petição inicial (*tese*), por meio do qual o Poder Judiciário toma conhecimento da pretensão da parte autora; seguida de uma contestação, que lhe traz as razões pelas quais o requerido se opõe àquela pretensão (*antítese*); que, quando conjugadas, orientam a formação da decisão jurídica que resolve o conflito (*síntese*).

Mas será que as coisas sempre se passam desse modo? Será mesmo que em todos os processos verifica-se, do início ao fim, a contraposição de posições entre autor e réu? Há algum sentido em afirmar que as contendas precisam, sempre, ser resolvidas mediante a prolação de decisões do Poder Judiciário?

A resposta a esses questionamentos (a todos eles) deve ser negativa. É que o processo civil não é, nem nunca foi, espaço adequado para a resistência imotivada a pretensões jurídicas fundadas no Direito. A propósito, basta ver que o CPC-1973 (BRASIL, 1973), no inciso II do seu artigo 14, já elencava entre os deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo o dever de atuar com lealdade e boa-fé⁴. Disposições semelhantes são encontradas no artigo 5º do CPC-2015 (BRASIL, 2015), que dispõe, textualmente, que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

³ Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2017, p. 75-87, *passim*.

⁴ Eis a literalidade do dispositivo: “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] II - proceder com lealdade e boa-fé” (BRASIL, 1973).

A lei processual vigente também enuncia, em especificação do conteúdo desse princípio, os deveres processuais de não distorcer os fatos subjacentes à contenda e de não litigar contrariamente ao Direito. O primeiro desses deveres processuais encontra-se positivado no inciso I do seu artigo 77, que estabelece que os atores processuais devem “expor os fatos em juízo conforme a verdade” (BRASIL, 2015). O outro, resulta do texto do inciso II do mesmo dispositivo, que impõe a eles o dever de “não formular pretensão” ou “apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento” (BRASIL, 2015).

Por um e outro motivo, e porque as contendas jurídicas em geral são resolvidas pela investigação, no curso do processo, sobre se o ordenamento jurídico confere razão a um ou outro litigante, é impensável, sob o ponto de vista teórico, que autores formulem pretensões fundadas em fatos que sabem que não ocorreram e/ou em afirmações que sabem contrárias ao Direito ou, ainda, que réus resistam a pretensões que reconhecem ser fundadas na conjugação do ambiente fático a regras e princípios extraídos das leis e da Constituição.

No ponto, devemos expressar, em corte metodológico, que *o discurso científico não se ocupa das patologias*. Com efeito, o objeto de análise da Ciência Jurídica são normas que compõem o ordenamento (Direito), que em geral são editadas pelo Parlamento⁵. Quando as analisam, os juristas (professores e autores jurídicos) procuram descrever o Direito, criando um sistema (cf. DINIZ, 2009, p. 199-204, *passim*). Este é um trabalho científico; ao menos nossa intenção, ao concebê-lo, foi desenvolvê-lo numa perspectiva teórico-científica. Posto isso, devemos nos ater, por imperativo lógico, à descrição do Direito tal como positivado pelas autoridades competentes. Destarte, se o Direito estabelece que as partes devem agir com boa-fé no curso do processo (CPC-2015, art. 5º), que não podem distorcer os fatos subjacentes à contenda (CPC-2015, art. 77, I) e que não estão autorizados a litigar contrariamente ao Direito (CPC-2015, art. 77, II), não é adequado supor, no plano da Ciência, que elas virão a descumprir essa imposição legislativa. O máximo que se pode fazer, nesse campo, é apontar as sanções impostas pelo ordenamento àqueles que não atuarem com boa-fé. Assim, o eventual descumprimento pelos litigantes desses deveres processuais deve ser combatido pela via da aplicação das

⁵ Muito embora também afixem essa condição as normas administrativas, como os atos regulamentares, e as chamadas normas individuais, como a sentença, o contrato, etc.

multas que o legislador atribuiu à litigância de má-fé⁶ e pela condenação dos recalcitrantes ao pagamento de indenização por perdas e danos⁷. Disso resulta que, abstraída a patologia⁸, a divergência que se estabelece entre as partes fundamenta-se (ou pelo menos deveria se fundamentar) em dúvida fundada sobre o ambiente fático que emoldura a contenda (esclarecimento da matéria fática) e/ou como o direito positivo deve ser aplicado aos casos concretos (esclarecimento da matéria jurídica).

Ao ensejo, recobramos a observação de Chaïm Perelman (2005, p. 146), quando expressou, reportando-se à temática realização da justiça, que “cada vez que um conflito opõe adversários, tanto nos tribunais como nos campos de batalha, os dois campos reclamam a vitória da causa justa”, de maneira que “se uma voz neutra pleiteia o fim do conflito, graças a uma decisão justa ou pela conclusão de uma paz justa, ninguém a acusará de parcialidade, pois cada qual está convencido de que a justiça triunfará com a vitória de sua própria causa”. Porém, adverte o filósofo, “essa situação paradoxal não deve incentivar-nos a concluir imediatamente que, em todos os conflitos, pelo menos um dos adversários age de má-fé” (PERELMAN, 2005, p. 146). Para Perelman (2005, p. 146), “outra explicação é não só possível, mas também a mais verossímil, a saber: os campos opostos não têm a mesma concepção de justiça”. Assim, mesmo considerando que “a justiça é um valor universal, ou seja, universalmente admitido”, Perelman (2005, p. 146) assinala que essa “é também uma noção confusa”.

Como a justiça, o Direito de nosso tempo “é também uma noção confusa”. Em primeiro lugar porque é aplicado com o propósito de realizar a justiça (cf. MADUREIRA, 2014). Em segundo lugar porque, ainda que não se pudesse admitir que o processo é instrumento voltado a aplicar o Direito com justiça, poucos ousariam refutar a constatação de que, nos dias de hoje, o Direito aplicado aos casos concretos resulta da atividade cognitiva dos intérpretes (também chamados aplicadores ou operadores), que se funda em construções jurídicas embasadas no direito positivo mas adequadamente temperadas no campo da sua aplicação, vez que, muito embora parta da identificação e da seleção dos enunciados prescritivos em tese aplicáveis aos litígios, também abarca a interpretação

⁶ De que tratam os incisos I, II e III do artigo 80 do CPC-2015 (“Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal” [BRASIL, 2015]).

⁷ Como orienta o artigo 79 do código de 2015, que resta vazado nos seguintes termos: “Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente” (BRASIL, 2015).

⁸ Que, reiteramos, não pode ser invocada, cientificamente, para modificar a compreensão do objeto de análise do jurista, na medida em que suscita, quando muito, a incidência das sanções previstas no ordenamento.

desses textos normativos. Essa atividade cognitiva pressupõe a investigação do real sentido das palavras expressadas nos textos legislativos, que se realiza no contexto de uma interpretação contextual (ou sistemática) do ordenamento, por meio da qual os intérpretes/aplicadores (com destaque para a atuação dos membros do Poder Judiciário) procuram descobrir o sentido da lei (ou o seu espírito) a partir da sua referência ao direito positivo quando considerado em sua integridade. Também lhes compete investigar, à luz das especificidades do ambiente fático que emoldura a contenda, se a norma (abstrata) em tese aplicável está apta a incidir na hipótese dos autos, podendo chegar, num estágio mais avançado, notadamente quando se cogita da incidência de princípios jurídicos, à introdução do elemento axiológico nessa sua tarefa interpretativa, pela via de uma sua referência a valores juridicizados pelo legislador (cf. MADUREIRA, 2014, p. 117-206, *passim*).

Esses elementos remetem ao que, em doutrina (cf. MADUREIRA, 2017, p. 58-64 e p.124-129), se convencionou chamar caráter flexível, ou problemático, da aplicação do Direito de nosso tempo; que se tornou mais flexível, ou talvez mais “suave”, como sugere Gustavo Zagrebelsky (1992); precisamente porque, em concreto, conforme variam os intérpretes, da interpretação do Direito pode resultar em diferentes soluções jurídicas para um mesmo problema. Com efeito, na precisa alegoria construída por Eros Roberto Grau (2005, p. 36), “dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical.” Grau (2005, p. 36) observa, quanto a esse pormenor, que “não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven”, aduzindo, ao ensejo, que “a Pastoral regida por Toscano, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por Von Karajan, com a Filarmônica de Berlim”, e que “não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas - e corretas. Com essas considerações, esse professor paulista rejeita “a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico - ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico” (GRAU, 2005, p. 36).

O que com isso queremos dizer é que, em concreto, as partes podem ter dúvidas sobre quem tem razão na contenda, seja porque não enxergam com a necessária clareza os fatos que lhe são subjacentes (dúvida quanto à matéria fática), seja porque divergem sobre como o direito positivo deve ser interpretado (dúvida quanto à matéria jurídica). Porém, uma vez afastadas essas suas dúvidas, a configuração do conflito, a preservação do litígio vai de encontro ao princípio da boa-fé (CPC-2015, art. 5º) e aos deveres

processuais de não distorcer os fatos subjacentes à contenda (CPC-2015, art. 77, I) e de não litigar contrariamente ao Direito (CPC-2015, art. 77, II). Disso resulta a circunscrição da legitimidade do ato de litigar à persistência de dúvida sobre quem tem razão na contenda.

3 PRENUNCIANDO A CONSTRUÇÃO DE UMA CAIXA DE FERRAMENTAS JURÍDICAS

A constatação de que os litígios se fundam (pondo de lado a patologia) em simples dissensão das partes sobre a *matéria fática* e/ou sobre como o Direito deve ser aplicado nos casos concretos (*matéria jurídica*) indicia que, sanadas dúvidas que tenham quanto a um e outro aspecto da contenda, elas podem vir a se reconciliar no curso do processo, com vistas à sua resolução do conflito pelo método autocompositivo. Essa expectativa pode se concretizar, na casuística, nas hipóteses em que a contenda for ancorada em divergência sobre os fatos que subjacentes à contenda, pela utilização (por exemplo) o instituto da antecipação de provas, e de igual modo pode ser realizar, nos casos em que a dissensão recair sobre como o direito positivo deve ser interpretado, pela utilização (por exemplo) do modelo de precedentes.

3.1 A antecipação de provas como ferramenta jurídica voltada à obtenção da autocomposição no processo

O instituto da antecipação de provas encontra previsão, entre nós, no artigo 381 do CPC-2015 (BRASIL, 2015), que enuncia que “a produção antecipada da prova será admitida” (entre outras hipóteses) quando “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” (inciso II) e quando “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação” (inciso III). Há, no ponto, relevante inovação em relação ao regime normativo do CPC-1973, que condicionava a antecipação de provas ao requisito da urgência,⁹ visto que se tornou viável, no regime processual atualmente vigente, a produção antecipada mesmo quando inexistente fundamento receio dos fatos se tornarem de impossível ou difícil verificação.

⁹ “Art. 846. A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial. Art. 847. Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução: I - *se tiver de ausentar-se*; II - *se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor.* [...] Art. 849. *Havendo fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, é admissível o exame pericial*” (BRASIL, 1973, grifo nosso) (cf. GUIMARÃES, 2009, p. 123).

Com isso, o instituto evoluiu do viés estritamente cautelar que lhe havia sido outorgado no regime processual revogado (que condicionava a sua realização à configuração do perigo da demora) para condição de ação probatória autônoma, cujo fundamento situa-se, conforme Flávio Luiz Yarshell (2015, p. 1026-1044), no próprio direito de ação, previsto no inciso XXXV artigo 5º da Constituição da República¹⁰, porque o interessado dela pode se utilizar independentemente da provocação (anterior ou ulterior) de uma manifestação do Poder Judiciário sobre a incidência do direito positivo e/ou sobre a configuração de direitos subjetivos.

Mas há mais. Esse direito autônomo de ação mencionado por Yarshell ancora-se, nos precisos termos da lei, na tão só possibilidade de o acerto prévio sobre os fatos que emolduram a contenda ter a potencialidade de induzir, em concreto, a prevenção de demandas judiciais (CPC-2015, art. 381, III) ou a resolução, mediante autocomposição, de contendas já submetidas ao Poder Judiciário (CPC-2015, art. 381, II). Destarte, o próprio legislador a estruturou, revigorando o instituto jurídico delineado pelo código revogado, como ferramenta jurídica voltada a induzir a contenção da litigiosidade das partes processuais, inclusive para efeito de que se possa obter, no curso do processo, a resolução do conflito pelo método autocompositivo.

Não há dúvidas sobre persistir aplicável, no regime do CPC-2015, a fórmula geral segundo a qual a decisão jurídica que soluciona o litígio se apresenta (ou pelo menos deveria se apresentar) como a *síntese* do que foi deduzido pelas partes na petição inicial (*tese*) e na contestação (*antítese*). No entanto, o seu modelo de processo não pressupõe necessariamente a veiculação de defesa pela parte requerida (algo que, no regime do CPC-1973 precisaria ser justificado por referência do intérprete ao princípio da instrumentalidade das formas). Afinal, em seu corpo, o litígio pode vir a ser solucionado sem a prolação de decisão do Poder Judiciário sobre quem tem razão na contenda (como já acontecia no regime do CPC-1973) e, mais do que isso, sem que seja oportunizada à parte requerida a apresentação de defesa (o que não ocorria no regime pretérito, que seguia a ordem de atos processuais estabelecida pelo modelo tradicional de processo: *tese*, *antítese* e *síntese*). E tal se dá porque, no desenho geral atualmente adotado pela lei processual, o processo se inicia com uma petição inicial (*tese*), por meio do qual o Poder Judiciário toma conhecimento da pretensão da parte autora; seguida da audiência de conciliação/mediação (art. 334), que apenas não se realizará se não for possível a

¹⁰ CRFB. “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

autocomposição (art. 334, p. 4º, II) ou se ambas as partes assim o requererem (art. 319, VII c/c art. 334, p. 4º, I e p. 5º); contexto em que as partes poderão se reconciliar (autocomposição), hipótese em que o processo será encerrado por sentença homologatória do acordo firmado (art. 334, p. 11 c/c art. 487, III, b), ou então não se reconciliar (cf. MADUREIRA, 2017, p. 97-107).

Essa opção político-legislativa possibilita que o réu se apresente à audiência mais desarmado do que estaria se já tivesse construído a sua peça de defesa. Afinal, nos precisos termos da lei processual, somente quando não se realizar a audiência de conciliação/mediação¹¹, ou quando não se obter, no curso da audiência, a autocomposição entre as partes, é que se inicia a contagem do prazo para apresentação da defesa; que deve ser ofertada em até quinze dias (i) do protocolo da petição que solicitar o cancelamento do ato solene (art. 335, II), ou (ii) da audiência de conciliação/mediação, (iii) ou, ainda, quando qualquer das partes não comparecer, ou quando, comparecendo todos os litigantes, não houver autocomposição, da última sessão de conciliação (art. 335, I) (cf. MADUREIRA, 2016).

Todavia, o convencimento das partes sobre ser viável (ou inviável) a resolução de conflitos pelo método autocompositivo pode não surgir nesse primeiro momento processual. Imaginemos, a título de exemplo, que a resistência do réu à pretensão autoral esteja fundada em fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC-2015, art. 350), e que a prova desse elemento fático não possa ser feita por documentos (prova documental). Nessa situação, a produção antecipada de provas tem a potencialidade de induzir, em concreto, ao arrefecimento no ânimo do postulante, abrindo espaço para a resolução consensual do conflito.

Dela também pode resultar a quantificação do proveito econômico esperado com a causa, o que pode ser decisivo para a celebração de um acordo. Ao ensejo, Neves (2008, p. 435) observa que perícia contábil realizada por meio de ação probatória autônoma, tem a funcionalidade de indicar às partes, com relativa precisão, o valor efetivamente devido na controvérsia, pode orientar a resolução consensual do litígio¹².

Imaginemos, então, que essa perícia mencionada por Neves e/ou a produção de qualquer outro meio de prova necessário ao esclarecimento da matéria fática, fossem realizadas no curso da audiência de conciliação e mediação (portanto, não

¹¹ Quer porque ambas partes assim o requereram (art. 334, p. 4º, I), quer porque se verificou previamente não ser viável a autocomposição (art. 334, p. 4º, II). (BRASIL, 2015)

¹² No mesmo sentido, cf. CURY, 2017, p. 111-131.

necessariamente no contexto de ação prévia e autônoma, mas, sim, incidentalmente ao processo de conhecimento¹³), e que elas possam ter lugar mesmo quando não forem objeto de requerimento das partes (portanto, mediante produção de ofício pelo juiz). Teríamos, na espécie, seja quando antecipação de prova traz definição sobre a existência (ou inexistência) de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito subjetivo deduzido em juízo, seja quando permite a quantificação do proveito econômico da causa, o efetivo esclarecimento das partes sobre quais são, efetivamente, os seus direitos e os direitos de seu adversário (cf. NEVES, 2008, p. 435); o que orienta (ou, quando menos, tem a potencialidade de orientar) o afastamento (ainda antes da apresentação de defesa) de eventuais dúvidas que elas possam ter sobre a matéria fática¹⁴. Destarte, a sua realização no processo torna ilegítima, pelas razões dantes expostas, eventual iniciativa da parte desfavorecida pelo accertamento probatório por prosseguir litigando quando o dissídio instaurado estiver ancorado exclusivamente em divergência sobre a matéria fática¹⁵; o que confere ao instituto a conotação de ferramenta jurídica voltada a induzir a resolução de conflitos pelo método autocompositivo.

3.2 O modelo de precedentes como ferramenta jurídica voltada à obtenção da autocomposição no processo

Se, todavia, o móvel da contenda instaurada for a configuração de dúvida sobre como o direito positivo deve ser aplicado no caso concreto, a pacificação do conflito pode ser obtida (por exemplo) com aporte no modelo de precedentes. Sobretudo depois da edição do CPC-2015.

É que a lei processual vigente confere singular importância aos precedentes judiciais¹⁶. Em seu artigo 926 prescreve que “os tribunais devem uniformizar sua

¹³ Sobre ser viável a produção incidental da prova antecipada, cf. DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 142. Nesse mesmo sentido se posicionou a Segunda Câmara Cível TJES quando admitiu a propositura da “ação autônoma de produção antecipada de prova” mesmo quando há processo discutindo o mérito em andamento, assegurando que nesses casos não haveria nem que se falar em litispendência (ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, 2019). Em sentido contrário se manifesta Eduardo Talamini (2015, p. 589), que, todavia, apenas refuta essa possibilidade porque considera que, se o processo já estiver em curso, há previsão própria para o juiz alterar a ordem da produção dos meios de prova, extraída do inciso VI do artigo 139 do CPC-2015. Portanto, mesmo nessa perspectiva, seria viável a antecipação da prova, embora não sob a forma prevista pelo artigo 381 da lei processual.

¹⁴ No particular, Yarshell (2015, p. 1026 -1044) registra que “quanto melhor o interessado conhecer dados relativos à controvérsia, maior será a chance de propor uma demanda bem instruída; de deixar de fazê-lo; ou de transigir”.

¹⁵ No ponto, recobramos a advertência de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2016, p. 103) no sentido de que “se alguém, já litigando, se convence da razão de outrem por causa da prova produzida, cumpre-lhe dar fim ao litígio espontaneamente”.

¹⁶ Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2017, 124-177, *passim*.

jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015). Na sequência, estabelece, em seu artigo 927, que os julgadores devem observar, quando exaram suas decisões/sentenças/acórdãos, as decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade e as suas súmulas vinculantes, os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas/recursos repetitivos, as súmulas (“não vinculantes”) do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional e a orientação do Plenário ou Órgão Especial aos quais estiverem vinculados (BRASIL, 2015). Disso resulta a vinculação dos julgadores aos precedentes judiciais. Tamanha foi a importância conferida pelo legislador a esse dado do modelo de processo concebido pelo código de 2015, que o inciso VI do parágrafo 1º do seu artigo 489 assenta que é desprovida de regular fundamentação a decisão/sentença/acórdão que “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” (BRASIL, 2015).

Esses dispositivos conduziram à construção, no plano da Ciência, da *teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, encartada na obra “O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes” (2016), que encarta versão comercial da Tese de Doutorado desenvolvida por Hermes Zaneti Júnior sob orientação de Luigi Ferrajoli e apresentada com sucesso à Università di Roma. Quando discorre sobre o modelo brasileiro de precedentes, Zaneti Júnior (2016, p. 353-354) dispõe tratar-se de “um modelo de corte suprema, cortes de vértice, que tem a função de dar estabilidade interpretativa ao Direito”, num contexto em que “estas cortes são, antes de tudo, vinculadas aos próprios precedentes, para somente depois vincularem os juízes e tribunais hierarquicamente inferiores.”

Nisso reside a distinção, proposta pelo processualista (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 353-354) entre a *vinculação horizontal* e a *vinculação vertical* dos precedentes¹⁷. A vinculação horizontal se relaciona à imposição jurídico-normativa a que os Tribunais uniformizem a sua jurisprudência e que a mantenham estável (expressada no caput do artigo 926 do CPC-2015), que “significa dizer que os tribunais deverão aplicar seus próprios precedentes, tendo um ônus argumentativo agravado em caso de modificação”, atingindo, portanto, “o próprio tribunal que estabeleceu o precedente” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 354). A vinculação vertical, por sua vez, “atinge os tribunais e juízes

¹⁷ Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2017, p. 159-162, *passim*.

hierarquicamente vinculados” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 354), e se encontra positivada no artigo 927 da lei processual. Comentando esse último dispositivo, Zaneti Júnior (2016, p. 354) observa que o legislador processual estabeleceu “uma hierarquia entre as Cortes Supremas brasileiras”, conferindo vinculatividade plena às decisões proferidas pelo STF em matéria constitucional e àquelas prolatadas pelo STJ em matéria infraconstitucional¹⁸, que precisam ser respeitadas por todos os juízes e tribunais, e concebeu, ainda, uma vinculatividade mais restrita às decisões dos Tribunais de Segunda Instância, esclarecendo, quanto ao particular, que os juízes e tribunais somente estarão obrigados a observar a orientação do plenário ou órgão especial a que estiverem vinculados.

Há, todavia, no Direito Brasileiro, outros pronunciamentos jurisdicionais que precisam ser observados pelos julgadores¹⁹. Com efeito, os Tribunais podem manter turmas/câmaras/sessões especializadas para julgamento de matérias específicas (direito administrativo, direito previdenciário, etc.), que culminam por enfrentar questões constitucionais (STF), de direito nacional (STJ) e de direito local (Tribunais de Segunda Instância) que muitas vezes não chegam a ser conduzidas aos seus plenários/órgãos especiais. Esses pronunciamentos jurisdicionais, na medida em que não se encontram referidos no artigo 927 do CPC-2015, não integram o que Zaneti Júnior convencionou chamar de *precedentes normativos formalmente vinculantes* (inclusive na vertente, também destacada pelo processualista, dos *precedentes normativos formalmente vinculantes fortes*) Os *precedentes normativos formalmente vinculantes* e os *precedentes normativos formalmente vinculantes fortes* são aqueles extraídos do pronunciamentos jurisdicionais-tipo elencados pelo artigo 927 da lei processual. Em ambos “a vinculatividade é compreendida a partir do ônus argumentativo previsto em lei”, que “reforça a presunção a favor dos precedentes através da obrigatoriedade legal de seguir os próprios precedentes (vinculação horizontal) e os precedentes das cortes hierarquicamente superiores (vinculação vertical)” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 325-326). A diferença entre eles é que os primeiros (*precedentes normativos formalmente vinculantes*) “possibilitam a impugnação por via recursal das decisões que não seguirem o precedente, com base na não observância” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 325), enquanto que os outros (*precedentes normativos formalmente vinculantes fortes*) “possibilitam a impugnação por via recursal (via ordinária)” e também “por via autônoma diretamente nos tribunais superiores *per saltum* (via extraordinária)” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p.

¹⁸ Assim como os demais Tribunais de Cúpula em suas respectivas áreas de atuação.

¹⁹ Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2017, p. 162-172.

326), por exemplo, por meio da apresentação de reclamação por descumprimento de súmula vinculante (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 354-355). Conforme Zaneti Júnior (2016, p. 317), “no Brasil, atualmente as decisões fortemente vinculantes são as cristalizadas em súmulas vinculantes e as decorrentes de ações de controle de constitucionalidade concentrado” (*precedentes normativos formalmente vinculantes fortes*), enquanto que os demais pronunciamentos-tipo referidos no artigo 927 do código²⁰ formam *precedentes normativos formalmente vinculantes*. Contudo, esses não são os únicos precedentes adotados pelo Direito Brasileiro²¹ Entretanto, há, ao lado deles, terceira via destacada na classificação de Zaneti Júnior (2016, p. 321-325), que comporta os chamados *precedentes normativos vinculantes*, cuja vinculatidade não resulta de taxativa imposição normativa, mas da circunstância de o ordenamento jurídico reconhecer “o papel de cortes supremas às cortes de vértice” e de levar “a sério os seus tribunais e suas decisões”, o que configura “uma ‘presunção a favor do precedente’, de cunho normativo, muito embora não conte com uma previsão formal (legal) de vinculatidade expressa e explícita dos textos legais”²². Também esses *precedentes normativos* (não formalmente) *vinculantes* (que podemos chamar, por efeito didático, *precedentes vinculantes sem previsão legal*) devem ser observados pelos julgadores quando proferem suas decisões, sentenças e acórdãos.

Mas há mais. É que, entre nós, de igual modo vinculam a atividade cognitiva desenvolvida pelos julgadores a jurisprudência (inclusive aquela reproduzida em súmulas) invocada pelas partes no curso do processo (cf. CUNHA, 2020). É que o inciso VI do parágrafo 1º do artigo 489 do CPC-2015 (BRASIL, 2015) estabelece, textualmente, que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão” (art. 489, p. 1º) que deixar de seguir (não apenas precedentes, mas também) enunciado de súmula e jurisprudência “invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (art. 489, p. 1º, VI). E não prospera, ao ensejo, a suposição de que o legislador, quando empregou, no texto do código, a frase “enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado”, quis referir tão somente aos precedentes extraídos dos pronunciamentos

²⁰ Decisões proferidas pelo STF e STJ em incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, decisões exaradas por esses Tribunais de Vértice no contexto do julgamento de recursos repetitivos, súmulas não vinculantes por eles editadas e decisões adotadas por seu plenário/órgão especial.

²¹ Sobre argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2017, p. 162-168.

²² Afinal, é “sinal de maturidade jurídica o ordenamento levar em consideração os precedentes de outras cortes em casos análogos” (ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 324).

jurisdicionais elencados em seu artigo 927, ou, quando menos, que estaria se reportando a eles e aos *precedentes normativos* (não formalmente) *vinculantes* (*precedentes vinculantes sem previsão legal*). Em primeiro lugar porque a confirmação dessa interpretação jurídica pressupõe que se admita que, em Direito, a lei contém (ou que poderia conter) palavras inúteis, suposição amplamente rejeitada pela tradição jurídica; *como se a opção do legislador por impor aos julgadores que sigam enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente* invocado pelas partes sempre que não lograrem demonstrar a configuração de distinção ou superação nos casos concretos *significasse*, na prática, *que apenas os precedentes invocados mereceriam semelhante acatamento*; sobretudo quando se tem em vista que se o legislador tivesse efetivamente desejado que apenas os precedentes invocados precisassem ser observados no curso do processo bastaria que ele somente tivesse empregado, no dispositivo, o signo *precedente*, deixando de fora do texto legal a referência feita aos signos *enunciado de súmula e jurisprudência*. Em segundo lugar porque também desmente essa ilação a própria inclusão, no texto normativo, da preposição “ou”, que por si só indica que o legislador considerou abarcados pela regra formulada *cada um* dos três tipos de pronunciamentos mencionados (enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente), *e não apenas um* deles (precedente). Em terceiro lugar porque a adstrição de juízes e tribunais aos precedentes (que Zaneti Júnior convencionou chamar *eficácia vertical*) já resulta do texto do artigo 927 da lei processual, que projeta a obrigatoriedade que têm os julgadores de, independentemente da sua invocação nas manifestações processuais, observá-los em suas decisões, sentenças e acórdãos. Disso se verifica que o inciso VI do parágrafo 1º do artigo 489 do código de 2015 enuncia, (i) quanto aos precedentes, tão somente a possibilidade do afastamento da sua obrigatoriedade (imposta pelo artigo 927 do código de 2015) quando o julgador puder demonstrar a configuração de distinção ou superação, prevendo, (ii) quanto aos enunciados de súmula e a jurisprudência invocados pelas partes²³, que esses pronunciamentos (ii.1) precisam observados pelos julgadores²⁴ e que, como os precedentes, (ii.2) somente podem ter a sua aplicação afastada nos casos concretos quando o julgador vier a demonstrar a existência distinção ou superação²⁵.

²³ Ambos situados por Zaneti Júnior no contexto do que ele convencionou chamar *jurisprudência persuasiva*, mas que, por efeito didático, convencionamos chamar, simplesmente, de *decisões persuasivas invocadas*.

²⁴ Como ocorre com os precedentes, embora quanto a eles sequer seja necessária a sua invocação pelas partes, dada a imposição jurídico-normativa que sobressai do artigo 927 da lei processual.

²⁵ Por óbvio, a noção de superação aplicada às decisões persuasivas invocadas (que se diferenciam dos precedentes, por não possuem caráter uniformizador) precisa ser a adequada à sua natureza, sob pena e

Aliás, há quem defenda, em doutrina, inclusive a existência de *precedentes administrativos*, que seriam aqueles formados por decisões jurídicas firmadas por determinados órgãos estatais. No ponto, Rafael Carvalho Oliveira Rezende (2018, p. 95-96) sustenta que a exigência de coerência no exercício da atividade estatal justificaria a extensão da vinculatividade inerente aos precedentes judiciais também aos processos administrativos²⁶, de modo a que decisões por ele qualificadas como precedentes administrativos passassem a ser observadas na resolução administrativa de casos futuros e semelhantes. Para o autor, o precedente administrativo pode ser conceituado como a norma jurídica retirada de decisão administrativa em caso concreto anterior, que, sendo válida e compatível com o interesse público, deveria ser ulteriormente observada pela Administração Pública (OLIVIERA, 2018, p. 95). Em mesmo sentido se posiciona Gustavo Marinho de Carvalho (2015, p. 121), para quem o precedente administrativo é a norma jurídica extraída por indução de um ato administrativo individual e concreto, de tipo decisório, ampliativo ou restritivo da esfera jurídica dos administrados, e que vincula o comportamento da Administração Pública, inclusive órgãos de controle, para todos os casos posteriores e substancialmente similares. Muito embora não estejamos convencidos que os atos decisórios referidos por Rezende e Oliveira efetivamente se apresentem como precedentes²⁷, não há dúvidas de que existem, no regime processual vigente, decisões administrativas uniformizadoras que afetam o resultado final dos processos judiciais. O principal exemplo desse fenômeno são as chamadas *orientações administrativas vinculantes*, cuja formação obsta, nos precisos termos do inciso IV do parágrafo 4º do artigo 496 do CPC-2015²⁸, a incidência da remessa necessária (também chamada reexame obrigatório) nos casos concretos. No ponto, observe-se que o dispositivo, em seus incisos

risco de que se configure, na casuística, imposição a que os julgadores observem, ao mesmo tempo, posicionamentos jurídicos contraditórios (ou que se verificaria, por exemplo, se autor e réu invocarem acórdãos de Tribunais distintos proferidos em sentido diametralmente opostos) (cf. CUNHA, 2020, p. 208-211).

²⁶ Sobre a vinculatividade dos precedentes judiciais à Administração Pública, cf. MADUREIRA, 2019, p. 194-195.

²⁷ Assim compreendidos os pronunciamentos jurisdicionais uniformizadores a que os juízes devem observância por imposição legal (*precedentes normativos formalmente vinculantes e precedentes normativos formalmente vinculantes fortes*; cf. ZANETI JÚNIOR [2016, p. 321-325]) ou por imperativo lógico (*precedentes normativos vinculantes*, que convencionamos chamar, por efeito didático, *precedentes vinculantes sem previsão legal*) (cf. MADUREIRA, 2017, p. 162).

²⁸ CPC-2015. “Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: [...] § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: [...] IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa” (BRASIL, 2015).

anteriores²⁹, afasta a remessa necessária quando estamos diante de sentenças fundadas em precedentes. Destarte, essas orientações administrativas vinculantes, conquanto não vinculem julgamentos proferidos nos processos judiciais (porque quanto a eles sua eficácia é meramente persuasiva), obstam o prosseguimento do feito em reexame obrigatório, apresentando-se, portanto, como espécie anômala de decisão persuasiva³⁰.

Essas considerações põem em evidência que o modelo de precedentes concebido pelo legislador processual vai além dos precedentes normativos formalmente vinculantes, porque também abarca as decisões proferidas pelas turmas/câmaras/seções especializadas desses Tribunais de Cúpula (*precedentes vinculantes sem previsão legal*) e as *decisões persuasivas invocadas* (CPC-2015, art. 489, p. 1º, VI), que de igual modo alcançam (evidentemente, com os ajustes necessários) as *orientações administrativas vinculantes* (CPC-2015, art. 496, p. 4º, IV). Todos esses pronunciamentos orientam, em maior ou menor medida, o resultado dos processos judiciais.

Porém, é preciso advertir que o que vincula, nesse contexto, a atividade cognitiva desenvolvida pelos julgadores não são as decisões jurídicas anteriores (parte dispositiva), mas as interpretações jurídicas (fundamentos) que podem ser extraídas das suas razões de decidir (*ratio decidendi*) (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 309-310), que carregam a opção hermenêutica adotada no julgamento do caso paradigma (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 350). Não a condicionam, portanto, as razões expressadas como *obiter dictum*, composto por argumentos expostos apenas de passagem na motivação, que expressam “juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 350), enfim, por “tudo aquilo que não for essencial à decisão”, isto é, “que não constitui fundamentos determinantes” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 352). Assumidas essas características, os precedentes (inclusive aqueles que não resultam de taxativa previsão legal), e também as decisões persuasivas

²⁹ CPC-2015. “Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: [...] § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I - súmula de tribunal superior; 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 [...]” (BRASIL, 2015).

³⁰ Embora, claramente não se qualifique, na linha do posicionamento de Zaneti Júnior (2016), como jurisprudência persuasiva. Todavia, talvez seja possível reuni-las, juntamente com as decisões jurídicas proferidas (por exemplo) pelos Tribunais de Contas e pelos Conselhos de Contribuintes (que tem efeitos concretos evidentes sobre a Administração Pública), quando invocadas no curso do processo judicial, como espécie do gênero decisões persuasivas invocadas, de que seriam espécies a jurisprudência persuasiva e as decisões persuasivas administrativas. Mas isso é assunto para outro estudo.

invocadas (inclusive as orientações administrativas vinculantes), somente podem ser afastados, no contexto da tomada de decisões jurídicas nos processos judiciais, quando os julgadores identificarem, nos casos concretos, a ocorrência (i) de *distinção (distinguish)*, verificada quando há distinção entre o caso concreto e o caso paradigma, que pode se fundar na constatação de que “não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi*”, ou, ainda, na verificação de que, “a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 353) ou (ii) da sua *superação (overruled)*, técnica por meio da qual o precedente perde a sua força vinculante, sendo substituído por outro precedente (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 354).

Essas considerações põem em evidência que o caráter flexível (ou problemático) da aplicação do Direito de nosso tempo pode ter seus efeitos minimizados, no campo da aplicação do Direito, por uma aplicação adequada do modelo de precedentes. Em especial quando se tem em vista a compreensão, anteriormente expressada na doutrina jurídica (cf. MADUREIRA, 2017, p. 184-189 e MADUREIRA, 2019, p. 195-196), de que a vinculação jurídica imposta pela lei processual aos julgadores é também extensível às partes processuais, por aplicação do disposto nos seus artigos 5º e 77, II.

O primeiro desses dispositivos processuais (art. 5º) estabelece, textualmente, que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. O outro (art. 77, II), por sua vez, elenca entre os “deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo [...] não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento” (dever processual de não litigar contrariamente ao Direito).

A conjugação desses dispositivos processuais à constatação (a partir do texto da lei processual) de que as decisões/sentenças/acórdãos invariavelmente observarão os precedentes (inclusive os precedentes vinculantes sem previsão legal) e as decisões persuasivas invocadas (inclusive as orientações administrativas vinculantes) não deixa alternativa aos jurisdicionados. Afinal, não se pode dizer que atua com boa-fé (art. 5º), ou que se abstém de formular pretensão/defesa destituídas de fundamento jurídico (at. 77, II), aquele se recusa a conferir cumprimento voluntário a pretensão fundada em precedente ou decisão persuasiva que vincula o julgamento da causa, ou que insiste em veicular/reafirmar pretensão ou defesa por elas refutadas.

Enfim, se é verdade que somente é legítimo litigar enquanto houver dúvida sobre quem vai vencer o processo, e se, em concreto, o deslinde da *vexata quaestio* estiver a depender exclusivamente da definição sobre se deve prevalecer, enquanto interpretação jurídica, a tese (pretensão do autor) ou a antítese (resistência do réu a essa pretensão), a simples invocação de precedente ou decisão persuasiva dotada de eficácia vinculante (ressalvada, evidentemente, a hipótese de configuração de distinção ou superação) afasta qualquer dúvida neste sentido (precedentes/decisões persuasivas invocadas vinculam os julgadores, que, posto isso, precisam adotá-los em suas decisões/sentenças/acórdãos), vinculando a atuação dos atores processuais. O fato é que, presentes essas condições, ter-se-á a certeza da derrota na demanda, o que faz com que o ato de litigar (ou prosseguir litigando) contraponha-se, ao mesmo tempo, aos deveres processuais de agir com boa-fé no processo (art. 5º) e de não litigar contrariamente ao Direito (art. 77, II). Disso resulta a configuração do modelo de precedentes como ferramenta jurídica voltada à obtenção da autocomposição no processo.

4 CONCLUSÕES

Esperamos haver demonstrado que também é possível induzir a resolução de conflitos pelo método autocompositivo pela via da aplicação, ao lado das técnicas negociais comumente empregadas por conciliadores e mediadores e de outras ferramentas metajurídicas utilizadas para obtenção de acordos (v.g. da constelação familiar, amplamente aplicada no Direito de Família) também de institutos próprios do direito positivo, como (por exemplo) a antecipação de provas (que, pelas razões dantes expostas, tem a funcionalidade de orientar a contenção da litigiosidade das partes em litígios fundados em simples divergência quanto à matéria fática) e o modelo de precedentes (que possibilita, pelos motivos anteriormente alinhavados, a resolução de conflitos ancorados em dissenção sobre como o direito positivo deve ser aplicado nos casos concretos).

Não desejamos, todavia, construir única via interpretativa capaz de solucionar o problema de que nos ocupamos. Interessa-nos, pelo contrário, que essas nossas observações sobre o tema possam suscitar, no futuro, questionamentos e debates tendentes à sua consolidação no plano da Ciência; inclusive para efeito de fomentar, entre os pesquisadores que se puserem de acordo com essa nossa proposta teórica, o desenvolvimento de novos estudos voltados ao seu aprimoramento, seja pela via da rediscussão e aprofundamento de suas premissas científicas, seja por meio da identificação de outros institutos processuais que poderiam ser empregados, como

ferramentas jurídicas, para induzir a autocomposição no processo. Se essa expectativa se realizar, nosso objetivo estará plenamente atendido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil de 1973)**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869imprensa.htm>. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil de 2015)**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 13 set. 2020.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracultura, 2015.

CUNHA, Gabriel Sardenberg. Precedentes e decisões (potencialmente) vinculantes: obrigatoriedade racional e obrigatoriedade formal na lei processual. **Dissertação de Mestrado**. PPGDIR-UFES, 2020. Disponível na internet: <http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_14402_Disserta%E7%E3o%20Final_GABRIEL%20SARDEMBERG.pdf>; acesso em 27/07/2020.

CURY, Cesar Felipe. Produção Antecipada de Prova e o Disclosure no Direito Brasileiro. **Revista Fonamec**, v.1, n. 1, p. 111-131, maio 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**, v. 2. Salvador: Juspodivm, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et. al. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara Cível), **Agravo de Instrumento nº 038199000423**, Rel. Des. Fernando Estevam Bravin Ruy. Julgamento em 27/08/2019, publicado 30/08/2019. Disponível: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/temp_pdf_jurisp/13852690669.pdf?CFID=158614436&CFTOKEN=40424457>. Acesso em 13/09/2020.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUIMARÃES, Felipe de Castro. **Medidas probatórias autônomas: panorama atual**,

experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro. *Revista de Processo*, v. 178, dez. 2009.

MADUREIRA, Claudio. **Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça**. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. **Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação em processos envolvendo a Fazenda Pública. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 1, p. 169-214.

_____. **Royalties de Petróleo e Federação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Probatórias Autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie; TALAMANI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. Artigo 381. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie; TALAMANI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il Diritto Mitte – Legge, Diritti, Giustizia**. Nuova edizione. Torino: Einaudi, 1992.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.