



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review

Editors

Antonio Cabral (University of Rio de Janeiro State, Brazil)
Fredie Didier Jr. (Federal University of Bahia, Brazil)
Hermes Zaneti Jr. (Federal University of Espírito Santo, Brazil)

Editorial Board

Alvaro Perez-Ragone (University of Valparaiso, Chile)
Antonio Cabral (University of Rio de Janeiro State, Brazil)
Bruno Sassani (University of Rome, Tor Vergata, Italy)
Burkhard Hess (University of Heidelberg, Germany)
Daniel Mitidiero (Federal University of Rio Grande do Sul, Brazil)
Dimitrios Tsikrikas (Universidade de Atenas, Grécia)
Dmitry Maleshin (University of Moscow, Russia)
Fernando Gascón Inchausti (University Complutense of Madrid, Spain)
Frédérique Ferrand (University of Lyon, France)
Fredie Didier Jr. (Federal University of Bahia, Brazil)
Giorgio Costantino (University of Rome, Roma Tre, Italy)
Giovanni Priori Posada (Pontificia Universidade Católica del Perú)
Hermes Zaneti Jr. (Federal University of Espírito Santo, Brazil)
Jordi Nieva-Fenoll (University of Barcelona, Spain)
José Roberto Bedaque (University of São Paulo, Brazil)
Loïc Cadiet (University of Paris, Sorbonne, France)
Marino Marinelli (University of Trento, Italy)
Michele Angelo Lupoi (University of Bologna, Italy)
Miguel Teixeira de Sousa (University of Lisbon, Portugal)
Mostefa Maouene (University Sidi bel Abbès, Algeria)
Neil Andrews (University of Cambridge, England)
Paula Costa e Silva (University of Lisbon, Portugal)
Paula Sarno Braga (Federal University of Bahia, Brazil)
Remo Caponi (University of Florence, Italy)
Rolf Stürner (University of Freiburg, Germany)
Teresa Arruda Alvim (Pontificia Universidade Católica, São Paulo, Brazil)

Executive Editors

Felipe Batista (UFBA)
Leandro Fernandez (PE)
Marcus Seixas Souza (UFBA)
Paula Pessoa (UNB)
Ravi Peixoto (UERJ)

Reviewers (this issue)

Valentina Capasso (Universidade de Napoli Federico II)
Clarisse Frechiani Lara Leite (USP)
Sergio Arenhart (UFPR)
Christoph Kern (Universidade de Heidelberg)
Camilo Zufelato (USP)
Maurilio Casas Maia (UFMA)
Débora Vieira (UFPA)
Isan Lima (UNEB)
Carolina Uzeda (UFBA)
Agenor Andrade (UFPA)
Shayane do Socorro de Almeida da Paixão (UFPA)
Fabiano Tesolin (Instituição Toledo de Ensino - ITE)
Eduardo Amin Menezes Hassan (UFBA)
Felipe Barreto Marçal (UFPR)
Luiz Sampietro (USP)



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review

2025



FACULDADE
BAIANA DE
DIREITO

FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO



ProcNet

Rede Internacional de Pesquisa sobre
Justiça Civil e Processo Contemporâneo

Rua José Peroba, 123, Costa Azul, Salvador/BA. CEP: 41.770-235.
Tel: 3205-7744

Copyright: Faculdade Baiana de Direito

Todos os direitos desta edição reservados a Faculdade Baiana de Direito e ProcNet.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor, da Faculdade Baiana de Direito e da ProcNet. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Autores

Christoph A. Kern

Professor at the University of Heidelberg, Germany. Ph.D. from the University of Freiburg i.Breisgau (Germany) LL.M. pela Harvard University (U.S.A.).

Valentina Capasso

Adjunct Professor at University of Naples *Federico II*, Italy. Joint Ph.D. from the University of Naples *Federico II* and the University Jean Moulin Lyon 3, France.

Agenor Cássio Nascimento Correia de Andrade

Ph.D. and Master's degree in Human Rights, specializing in Civil Procedural Law, from the Federal University of Pará, Brazil. LL.M. in Public Law. Judge of the State Court of Pará, Brazil. andrade@tjpa.jus.br.

Eduardo Amin Menezes Hassan

Master in Public Law from the Federal University of Bahia, Brazil. Attorney of the Municipality of Salvador, Brazil.

Debora Vieira

Master of Laws from the Federal University of Pará, Brazil. Lawyer.

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas

Professor at the University of Brasília, Brazil. Justice of the Superior Court in Brazil.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Sumário

• 1

LAWFUL JUDGE AND EFFICIENCY IN CASE ASSIGNMENT 11

Christoph A. Kern.

I. INTRODUCTION.....	12
II. HISTORICAL REMARKS	12
III. THE CONTENTS OF THE CONCEPT	14
IV. THE “NATURAL JUDGE” AND OTHER CONCEPTS.....	16
1. “Natural Judge” and Access to Justice.....	16
2. “Natural Judge” and Jurisdiction.....	17
3. “Natural Judge” and Judicial Independence	17
V. THE IMPORTANCE OF THE CONCEPT	18
1. Civil Law’s Difficulty with the Relevance of the Individual Judge	18
2. The Beneficial Role of Comparative Law.....	19
3. Growing Importance Due to Different Self-Conceptions in the Judiciary.....	19
VI. THE CHALLENGE FOR EFFICIENT CASE ASSIGNMENT	20
1. The Scope of the Concept as Basis.....	20
2. The (Actual or Alleged) Clash with Efficiency	21

3. Possible Solutions.....	21
VII. CONCLUSION.....	23
REFERENCES.....	23

• 2

THE AN AND THE QUOMODO OF THE RIGHT TO APPEAL: A THEORETICAL FRAMEWORK 26

Valentina Capasso

1. INTRODUCTION: IS THERE A RIGHT TO APPEAL?	27
2. IS IT REALLY USEFUL TO REFLECT ON THESE ISSUES?	29
3. THE NEED FOR APPEAL	30
4. ONCE THE APPEAL HAS BEEN GIVEN, IT MUST BE EFFECTIVE	35
5. THE ROLE OF SCHOLARS IN ASSESSING SELECTION MECHANISMS' RATIONALITY	37
6. CONCLUSION: DISCRETIONARY FILTERS AS A (NECESSARY) LAST RESORT	39
BIBLIOGRAPHY	40

• 3

A FLEXIBILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO OBRIGATÓRIA DO ARTIGO 334 DO CPC NO SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS 43

THE FLEXIBILITY OF MANDATORY MEDIATION IN ARTICLE 334 OF
THE CPC FROM THE MULTI-DOOR JUSTICE SYSTEM

Agenor Cássio Nascimento Correia de Andrade

1. INTRODUÇÃO	44
2. O SISTEMA BRASILEIRO DE JUSTIÇA MULTIPORTAS	46
3. O INCENTIVO AO USO DOS MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO CPC DE 2015 E A OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO DE SEU ARTIGO 334	53

4. A COMPATIBILIDADE DO USO DA JUSTIÇA MULTIPORTAS PARA O CUMPRIMENTO DO REQUISITO LEGAL DO ARTIGO 334 DO CPC/2015	60
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS.....	70

• 4

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PROCESSUAL EM TRANSFORMAÇÃO.....	73
THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN PROCEDURAL LAW IN TRANSFORMATION	

Eduardo Amin Menezes Hassan

1. INTRODUÇÃO	74
2. FONTES DO DIREITO PROCESSUAL.....	75
2.1. As fontes do direito processual propriamente ditas.....	75
2.2. A soft law.....	79
2.3. Regimento interno de tribunal e sua normatividade.	82
2.3. A lei como principal fonte do direito processual.....	83
3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	85
3.1. As várias facetas normativas da legalidade.....	86
4. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO PROCESSO CIVIL EM TRANSFORMAÇÃO.....	88
4.1 O princípio da legalidade no processo civil flexível.....	89
4.2. O princípio da legalidade e a evolução do conceito de jurisdição.....	92
4.3. Acesso à justiça: uma interpretação sob o prisma da justiça multiportas e a nova roupagem do princípio da legalidade.....	97
4.4. Cooperação judiciária: princípio da competência adequada x princípio da legalidade.....	102
5. CONCLUSÃO.....	107
REFERÊNCIAS.....	108

• 5

**AINDA SOBRE A COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NACIONAL ENTRE
IRDRS SOBRE A MESMA QUESTÃO DE DIREITO INSTAURADOS
EM DIFERENTES TRIBUNAIS: A HIPÓTESE, AS POSSÍVEIS
CONTRIBUIÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O SOFT
LAW..... 114**

FURTHER CONSIDERATIONS ABOUT NATIONAL JUDICIAL COOPERATION BETWEEN
REPETITIVE DEMANDS RESOLUTION INCIDENTS ON THE SAME QUESTION OF LAW
ESTABLISHED IN DIFFERENT COURTS: THE HYPOTHESIS, POSSIBLE CONTRIBUTIONS
OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE AND SOFT LAW

Debora Vieira

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	115
2. O IRDR E A PROBLEMÁTICA DE UMA MESMA QUESTÃO DE DIREITO SER OBJETO DE TESE EM DIFERENTES TRIBUNAIS.....	116
3. BREVES PALAVRAS SOBRE A COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NACIONAL	120
4. O QUE A COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NACIONAL TEM A CONTRIBUIR PARA A PROBLEMÁTICA DOS IRDRS SOBRE A MESMA QUESTÃO DE DIREITO INSTAURADOS EM DIFERENTES TRIBUNAIS?	123
5. POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA PARA A CONCRETIZAÇÃO DA HIPÓTESE E O SOFT LAW	130
6. CONCLUSÕES E O PORVIR	135
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	137

• 6

O TRIBUNAL DOS MORTOS 140
THE TRIBUNAL OF THE DEAD

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

LAWFUL JUDGE AND EFFICIENCY IN CASE ASSIGNMENT

Christoph A. Kern.

Professor at the University of Heidelberg, Germany. Ph.D. from the University of Freiburg i.Breisgau (Germany) LL.M. pela Harvard University (U.S.A.).

Abstract: This paper explores the concept of the “natural judge” or “lawful judge” as a constitutional principle and its impact on efficient case assignment within the judiciary. Drawing on the German constitutional framework, the author examines how the principle requires that not only the competent court but also the specific judge be predetermined for any lawsuit at the time of filing, minimizing discretion in case assignment. The paper traces historical developments, highlighting how recent global challenges to judicial independence have reinforced the importance of this principle. The author analyzes the tension between the natural judge concept and efficiency in judicial administration, proposing solutions that achieve “practical concordance” between these competing interests. The paper concludes that the principle of the natural judge remains vital for maintaining public trust in the judiciary and protecting against both external and internal threats to judicial independence, while demonstrating that this principle can be upheld without sacrificing efficiency through specialized courts and well-designed case assignment plans.

Keywords: Natural judge, Lawful judge, Judicial independence, Case assignment, Efficiency

Summary: I. Introduction; II. Historical Remarks; III. The Contents of the Concept; IV. The “Natural Judge” and Other Concepts; 1”Natural Judge” and Access to Justice; 2 “Natural Judge” and Jurisdiction; 2”Natural Judge” and Judicial Independence; V. The Importance of the Concept; 1 Civil Law’s Difficulty with the Relevance of the Individual Judge; 2 The Beneficial Role of Comparative Law; 3 Growing Importance Due to Different Self-Conceptions in the Judiciary VI. The

Challenge for Efficient Case Assignment; 1 The Scope of the Concept as Basis; 2 The (Actual or Alleged) Clash with Efficiency; 3 Possible Solutions VII. Conclusion

I. INTRODUCTION

I first did research on the topic of the “lawful” judge, in English terminology often called the “natural” judge, for a presentation on the Conference of the distinguished German Association of Civil Procedure Academics, the Zivilprozessrechtslehrervereinigung, in Hannover 2016.¹ The title of this presentation was: “The ‘natural judge’ – constitutional principle or matter of discretion?”² As the title of my presentation at the time reveals, the concept of the “natural judge” in Germany is indeed enshrined in the Constitution.³ It has been very stringently interpreted by the German Federal Constitutional Court.⁴ As a matter of principle, the Constitutional Court requires that not only the competent court, but also the competent judge be certain and predetermined for any lawsuit in the moment of its filing, excluding as far as possible any discretion in case assignment.⁵ In the days of my presentation in Hannover, the concept of the ‘natural judge’ and its strict interpretation received some attention because it stood in the way of some reformers’ ideas on how to increase the efficiency of the judiciary. The title of this article, which is based on a paper given at the international congress “Revisiting the Fundamental Guarantees of Civil Litigation” in Vitória⁶ – “Lawful Judge and Efficiency in Case Assignment” – clearly wants me to address the same kind of questions, and it will be my pleasure to do so. But before I go into detail, please allow me to make a historical note.

II. HISTORICAL REMARKS

In my 2016 presentation, I took a rather strict position and endorsed the basic approach of the Federal Constitutional Court.⁷ At the time, this may have seemed overly restrictive and risk-averse. In 2016, more than 70 years had passed since the end of

1 For the full program, see <https://www.zivilprozessrechtslehrer.org/tagungen> (last visited 6 April 2025).

2 Christoph A. Kern, *Der gesetzliche Richter – Verfassungsprinzip oder Ermessensfrage?* Teil I, *Zeitschrift für Zivilprozess* [ZZP] 130 (2017), 91-120; Teil II, *ZZP* 130 (2017), 137-179.

3 Art. 101(1) 2nd sentence of the German Constitution (Grundgesetz – GG).

4 Federal Constitutional Court [Bundesverfassungsgericht, BVerfG], 2nd Senate, Decision of 24 March 1964 – 2 BvR 42, 83, 89/63, Collection of the Decisions of the Federal Constitutional Court [BVerfGE] 17, 294, 298 ff. with case note by Eduard Kern, *Juristenzeitung* [JZ] 1965, 58 f.; see also BVerfG, 2nd Senate, Decision of 2 June 1964 – 2 BvR 498/62, BVerfGE 18, 65; BVerfG, Plenum, Decision of 8 April 1997 – 1 PBvU 1/95, BVerfGE 95, 322; BVerfG, 1st Senate, Decision of 28 October 1997 – 1 BvR 1644/94, BVerfGE 97, 1.

5 *Id.*, at 299.

6 Congresso Internacional “Repensando as Garantias Fundamentais do Processo entre Eficiência Judiciária e Tutela dos Direitos”, organized by the Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo from 2 to 4 April 2025.

7 *Supra* note 2, at 173 ff.

the Second World War, and the German Constitution of 1949⁸ was considered a stable, incontrovertible basis for a democratic country. The German chancellor was Angela Merkel, who was named *Time Magazine's Person of the Year* in 2015.⁹ Barack Obama was the president of the United States, an intelligent, educated and well-mannered figure. Brazil was to host the Olympic Summer Games in Rio de Janeiro, and world economies were recovering from the financial crises. It would be wrong to say that in 2015, the world was in good shape. The optimism of the 1990s when Francis Fukuyama in 1989/¹⁰1992¹¹ proclaimed the end of history, and the still positive outlook of the 2000s, when Thomas L. Friedman in 2005 believed that the world was flat,¹² was already over. Russia had clearly shown its imperialistic face with the taking of the Crimea in March 2014 and the ensuing aggression in the eastern Ukraine in contravention of international law. But nevertheless, in most countries, there was not much reason for concern, and in particular concern about the fundamentals of democracy, among them, the independence and integrity of the judiciary and government's respect for judicial decisions and the personality of judges. In such a situation, the concept of the "natural judge" and in particular a strict interpretation of this principle appeared to be rather outdated and prone to be restricted or overthrown, even more so for the sake of efficiency.

Today's world is very different from the world a decade ago, and – unfortunately – proved me right in my fear that even such fundamental principles like the "natural judge" can come under attack sooner than one might believe. From 2015 on, in Poland, the PiS party started to dismantle judicial independence, the rules on judicial appointments and tenure.¹³ Hungary under Victor Orbán joined this path,¹⁴ and what is happening in Turkey these days does not come out of the blue. On 6 January 2021, a mob attacked the United States Capital Building in Washington D.C. in an attempt of a coup

8 The Grundgesetz was enacted on 23 May 1949, see Official Journal (Bundesgesetzblatt, BGBl.) p. 1 and entered into force on 24 May 1949.

9 See <https://time.com/time-person-of-the-year-2015-angela-merkel/> (last visited 6 April 2025).

10 Francis Fukuyama, *The End of History?*, *The National Interest*, No. 16, Summer 1989, 3-18.

11 Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, New York NY: The Free Press 1992/London: Penguin Books 1992.

12 Thomas L. Friedman, *The World is Flat. A Brief History of the Twenty-First Century*, New York: Farrar, Straus and Giroux 2005.

13 Cf. European Court of Justice, Grand Chamber, Judgment of 5 June 2023 – European Commission v. Republic of Poland, C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442 = *Neue Juristische Wochenschrift* [NJW] 2023, 2837 with case note by Gabriele Britz, *Kontextabhängige Bewertung der Rechtsstaatlichkeit von Justizreformen*, NJW 2023, 2819; for an early Polish perspective, see Wojciech Piątek, *Die Herabsetzung des Ruhestandalters im Lichte des Grundsatzes der richterlichen Unabhängigkeit*, *Neue Justiz* [NJ] 2019, 423 with references to Polish literature in Fn. 8; for an ex post perspective, see Tina de Vries, *Die Wiederherstellung der Rechtsstaatlichkeit in Polen nach dem Ende der PiS-Regierung, einige Beispiele*, *Wirtschaft und Recht in Osteuropa* [WiRO] 2024, 65.

14 Cf. Christoph Möllers, *Reflexion über den Rechtsstaat*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* [ZRP] 2020, 27, 29: "Umprogrammierung der Justiz in Ungarn und Polen" ["re-programming of the judiciary in Hungary and Poland"]; Hermann-Josef Blanke & Aimee Sander, *Die europäische Rechtsstaatlichkeit und ihre Widersacher – Anmerkungen zur Situation in Polen mit einem Seitenblick auf Ungarn*, *Europarecht* [EuR] 2023, 54, 79 f.

d'état. The current president of the United States not only criticizes judgments but takes individual judges as a target.¹⁵ The U.S. Supreme Court, in earlier times probably the most respected court in the free world, has lost much of its reputation. Its decisions seem to be motivated not by well-reflected and responsible arguments but by the political alignment of the Justices,¹⁶ one of whom, in addition, seems to be corrupt.¹⁷ And most recently in Germany, the rise of extremist political parties led to amendments of the Constitution¹⁸ and the Act on the Federal Constitutional Court¹⁹ aiming at a heightened protection of the Federal Constitutional Court from political influence, thereby illustrating that the German legislature no longer takes the continuing respect for fundamental principles of a democracy with an independent judiciary for granted.

It is true that, so far, the concept of the “natural judge” was not in the center of the attacks on the judiciary, and it is also true that the concept of the “natural judge” is not only, and maybe not even primarily, a concept that protects the judiciary against attempts to dismantle its integrity. Respect for the concept of the “natural judge” alone cannot and will not save a country from sliding into an undemocratic, autocratic system. It will, alone, not impede populism and polarization. But it is one piece of a puzzle that is necessary for a strong judiciary. Only a strong judiciary might succeed in calming down a situation in which a heated, shortsighted mob takes the power to the detriment of internal and external peace, human wellbeing and the future of our planet – always assuming the judges are intelligent, educated and responsible people who value the democratic constitution higher than their individual preferences with respect to public spending, ecological regulation, capital punishment and abortion, to name just a few highly debated issues.

III. THE CONTENTS OF THE CONCEPT

This being said, let us first of all remind us of a few aspects of the concept of the “natural”, the “lawful” judge. We know that its basic idea is to protect the assignment

15 See, e.g., Taiyler S. Mitchell, Trump Ramps Up Attacks On Judges, Calls Out Justice John Roberts, *Huffington Post*, 20 March 2025, https://www.huffpost.com/entry/trump-attacks-roberts-judges_n_67dc9e95e4b0f519c38c7501 (last visited 6 April 2025).

16 Cf. Michael Dreyer, Der Supreme Court – dritte Gewalt unter drei Gleichen, in: Lammert et al. (eds), *Handbuch Politik USA*, Wiesbaden: Springer VS 2023, sub 5.2, https://doi.org/10.1007/978-3-658-04125-0_11-3.

17 See, e.g., Noah Bookbinder & Dennis Aftergut, Supreme Court Justice Clarence Thomas' corruption is intolerable. Here's what we can do about it, *Los Angeles Times*, 10 August 2023, <https://www.latimes.com/opinion/story/2023-08-10/supreme-court-justice-clarence-thomas-corruption-gifts-propublica-ethics-congress> (last visited 6 April 2025); Eric Lutz, Clarence Thomas Is On a Quest to Be the Most Corrupt Justice In the Court, *Vanity Fair*, 6 April 2023, <https://www.vanityfair.com/news/2023/04/clarence-thomas-ethics-violations-supreme-court> (last visited 6 April 2025).

18 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 93 und 94) of 20 December 2024, BGBI. I Nr. 439.

19 Gesetz zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes und des Untersuchungsausschussgesetzes of 20 December 2024, BGBI. I Nr. 440.

of individual cases to individual judges from undue influence. Such influence is “undue” if it allows outsiders to purposefully manipulate what will happen in individual proceedings. The primary goal of such an influence is, of course, the outcome of the case, i.e., the final judgment;²⁰ but it can also – exclusively or additionally – be the procedure as such, i.e., the way parties are treated by the judge, the amount of costs, the duration of proceedings and so on.²¹

If parties fear undue influence, they will no longer trust public courts as a neutral forum to resolve their disputes and either resort to other forms of dispute resolution or feel forced to accept what they deem unjust. It is needless to say that both alternatives have important downsides or are even unacceptable. Among the other forms of dispute resolution, arbitration is the preferable one, but it typically comes along with confidentiality of proceedings and awards, so that there is no public control and no development of the law.²² The lack of public control and development of the law also characterizes mediation, conciliation and other forms of ADR which do not even result in a decision. In brief, ADR may provide “dispute resolution”. However, it is by no means certain whether it leaves both parties better off, as the promoters of ADR promise, and it is a form of dispute resolution with a lot of shadow: not only does it take place “in the shadow of the law” which mostly has a positive connotation, but it also takes place in the shadow of public attention and control, so that the public is left in the dark whether the person who has a right can also enforce their right. A party who believes to be the victim of injustice might also resort to violence and revenge or blame the State and its institutions. This puts inner peace at risk. It follows that it is no good policy to deter parties from going to court by reducing public trust in the court system, but that, on the contrary, there is not only an individual, but also a general interest in the protection of case assignment from undue influence.

This leads to the question of determining which influence is undue and against whom the concept of the “natural judge” is directed. It needs no explanation that the influence of one of the parties to the litigation on the assignment of an individual case to an individual judge would be considered undue by the other party. But parties would also consider undue, and rightly so, if the government or state officials had the power to select the judge for “their” case.²³ More intricate is the question of whether the influence of a member of the judiciary, i.e., the president of the court or a court of-

20 BVerfGE 17, 294, 299.

21 So far, this aspect has not received sufficient attention.

22 Cf. Peter L. Murray, Privatization of Civil Justice, 15 *Willamette J. of Int'l L. & Disp. Res.* 133, 144-154 (2007) = 12 *ZZPInt* 283, 293-303 (2007); Peter L. Murray, The flight from public civil justice, in: 1 *Essays in honour of Konstantinos D. Kerameus* (2009), 847 = *Die Flucht aus der Ziviljustiz*, 11 *ZZPInt* 295 (2006); cf. also Laurie Kratky Doré, Public Courts versus Private Justice: It's Time to Let Some Sun Shine in on Alternative Dispute Resolution, 81 *Chi.-Kent L. Rev.* 463 (2006).

23 So-called “Kabinettsjustiz”, cf. BVerfG, 1st Senate, Decision of 20 March 1956 – 1 BvR 479/55, BVerfGE 4, 412, 416.

ficial, would and should be considered undue. Legal systems differ with respect to this aspect.²⁴ As already mentioned, the Federal Constitutional Court in Germany has taken the position that even a discretionary case assignment by a member of the judiciary infringes the constitutional guaranty of the “natural judge”. Thus, in Germany, the presidium of every court must develop and adopt a “case assignment plan” (“Geschäftsverteilungsplan”) for every calendar year in advance, based on abstract and general criteria according to which all cases can be assigned without discretion.²⁵ Apart from criteria based on the question of what the dispute is about, frequent criteria are the date of filing, the address of the defendant or the first character of its surname. Amendments to this plan are only allowed in exceptional circumstances and in an equally abstract and general form, which means that even the amendment may not, as a matter of principle, assign individual cases to an individual judge. This is a very strict interpretation of the concept, but the legislature did a remarkable job in codifying it in a way that is manageable,²⁶ courts have acquainted with it, and it works quite well in practice.

IV. THE “NATURAL JUDGE” AND OTHER CONCEPTS

After these observations on the contents of the concept, its relationship with other concepts deserves our attention. As the term “natural judge” suggests, the idea is that there is one “natural” judge for each and any lawsuit. The alternative term “lawful judge” is more telling in that it makes clear that this judge is determined by law. Thus, the keywords of our concept are the determination, the judge and the way of how the judge is to be determined. These keywords allow us to distinguish the “natural judge” from other procedural concepts that are equally enshrined in the constitution of many countries.

1. “Natural Judge” and Access to Justice

In its focus on the *determination* of the judge, the concept of the “natural judge” can be distinguished from the guarantee of a judge as such,²⁷ in other words, the guarantee of an access to justice. But of course, the concept of the “natural judge” presupposes that there is access to justice, access to a decision by a court. The concept of the

24 For a comparative overview, see Harald Koch, Rechtsvergleichende Fragen zum “Gesetzlichen Richter”, in: Andreas Heldrich & Takeyoshi Uchida (eds.), Festschrift für Hideo Nakamura, Tokyo: Seibundo 1996, 281, 288 ff.; Kern, *supra* note 2, at 97 ff.

25 See again BVerfG, *supra* note 4.

26 In particular, §§ 21e and 21g Act on Court Organization (Gerichtsverfassungsgesetz – GVG).

27 In German terminology “Justizgewährungsanspruch”, see recently BVerfG, 2nd Chamber of the 1st Senate, Decision of 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677 n. 38 (the famous “Claudia Pechstein”-decision of the Federal Constitutional Court) with numerous references to the jurisprudence of the Federal Constitutional Court.

“natural judge” is interested in the question of which court, and even more precisely the question of which individual judge or judges, is called on to take the case.

2. “Natural Judge” and Jurisdiction

It is the focus on the *individual judge or judges* and not only the court that distinguishes the concept of the “natural judge” from the delineation of the various courts’ jurisdiction. However, this distinction is not a distinction of two coexisting ideas, but a distinction in the degree of precision: In order to find the natural judge, the first step is to identify the competent court, as judges are all assigned to one (or more) courts and exert their function as a part of this court.²⁸ While jurisdiction is satisfied when the court was correctly identified, the concept of the “natural judge” goes further and looks into the court as such in order to find the individual judge who is responsible for a certain case.²⁹

3. “Natural Judge” and Judicial Independence

Finally, the *way of determining* the competent judge has some links to the concept of judicial independence.

At first glance, judicial independence and the concept of the natural judge seem to be completely juxtaposed. Judicial independence is the guarantee that the judge, in deciding a case in accordance with the law, be neutral and not influenced by anyone else. In the German tradition,³⁰ judicial independence is traditionally subdivided on the one hand in independence regarding the subject-matter of judicial activity, meaning independence from instructions and orders, be it by the government, the legislature, other members of the judiciary or the society and its members, and on the other in personal independence, meaning a protection of the judge in her personal position and status, i.e., a limitation on a transfer to another position within the judiciary or the state administration, a far-reaching exclusion from being dismissed and a protection from comparative encroachments in the judge’s status that might have the effect of a sanction, including financial sanctions.³¹

The concept of the “natural judge”, in the form of a “lawful judge” whose competence for an individual case is determined on a legal basis, does not seem to have much to do with judicial independence. Rather, it might be seen as limiting judicial

28 Kern, *supra* note 2, at 145 ff.

29 Kern, *supra* note 2, at 148 ff.

30 For a comparative overview, see Helmuth Schulze-Fielitz, in Dreier, *Grundgesetz-Kommentar*, vol. 3, 3rd ed., Tübingen: Mohr Siebeck 2018, Art. 97 Rn. 11 ff.

31 Art. 97 GG; see, e.g., Christian Hillgruber, in: Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz-Kommentar*, looseleaf, München: C.H. Beck, 105th delivery, August 2024, n. 75 ff.

independence if the legislature – and not exclusively the judges themselves – has a say on which individual judge is competent. However, this understanding would be misguided. The concept of the “natural” or “lawful judge” does not mean that the legislature could make a determination of the competence of a judge for an individual case.³² It only means that the determination is not open to discretion or influence once the case is filed. To the contrary, the concept of the “natural judge” enhances judicial independence and power in that nobody can take away a case from the competent judge and thereby try to influence its outcome.

V. THE IMPORTANCE OF THE CONCEPT

1. Civil Law’s Difficulty with the Relevance of the Individual Judge

In most civil law jurisdictions, parties and their lawyers for a long time did not pay much attention to the exact way how cases were assigned to individual judges or panels of judges within the court. This lack of interest had a number of reasons. First, plaintiffs are not required to address the complaint to an individual judge. While the selection of an incompetent forum results in a dismissal of the complaint or its transfer to another court at the expense of the plaintiff,³³ there is no need and even no possibility to select the competent judge. Second, parties and their lawyers are typically interested in the jurisdiction of a court in their proximity or an otherwise locally convenient court. With respect to this geographic interest, the individual judge makes no difference. Third, in the civil law world, the person and personality of the judge do not seem to matter much. The civil law tradition is rooted in the idea of preexisting law that only needs to be correctly found and applied by the judge. If the law is equated with the codification and the concepts underlying the codification, Montesquieu’s famous description of judges’ role as the mere “bouche de la loi” is consequential.³⁴ It means that every judge if not would, then at least should decide one and the same case identically.

There is good reason to assume that Montesquieu himself never believed in the actual possibility of a society in which judges could be reduced to the role of the law’s mouth. His writings were no description of the reality of his times but an idealistic model with which he wanted to spur change. However, the model and its formulation were so powerful that later generations, and in particular generations of academic scholars and a scholarly oriented elite of jurists tended to equate it with reality. This is

32 BVerfGE 95, 322. The legislature’s role is limited to mandating in abstract and general form that courts enact a case assignment plan, how it is enacted and which criteria it must meet; cf. again §§ 21e, 21g GVG.

33 For Germany, § 17a(2) GVG, § 281 Code of Civil Procedure (Zivilprozessordnung, ZPO).

34 Charles Louis de Secondat Montesquieu, *De l’esprit des lois*, Geneva 1748, p. 256 (“Mais les juges de la nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la Loi: des Etres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.”).

particularly true for the way judges themselves in many civil law countries understood their role and developed a habit of modesty and impersonality.

2. The Beneficial Role of Comparative Law

Of course, realistic judges and lawyers in civil law countries always knew that despite all doctrinal affirmations and the official façade of the judiciary, the personality of the judge is not irrelevant for the outcome of the case. However, academia and the legislature only accepted this knowledge in the last decades. It is probably no coincidence that this change occurred at a time when comparative law and in particular comparative civil procedure was on the rise and exposed civilians to the completely different approach of the common law world.³⁵

Without any doubt, Montesquieu's view of the judiciary is completely unsuitable for common law jurisdictions. In a case law system, the only preexisting law can be found in the *ratio decidendi* of earlier decisions. Not only will there always be numerous cases that are completely new, but also it is clearly open to debate what the *ratio decidendi* in an earlier case was. Therefore, the person and personality of the judge have always been considered decisive, and legal realism deserves credit for emphasizing – although sometimes overemphasizing – the importance of the personality of the judge.³⁶ It is, therefore, not very surprising that case assignment has since long been discussed in the U.S.,³⁷ and one of the preferred solutions is a random case assignment mechanism.³⁸

3. Growing Importance Due to Different Self-Conceptions in the Judiciary

The personality of the judge becomes even more important with the modern self-confidence of many judges also in the civil law world. In parallel with a society in which showing off is no longer a fallacy, but a must, more and more judges have developed a willingness to show their personality and take pleasure in stylizing themselves into an

35 Cf. generally Peter Gottwald, *Zum Stand der Prozessrechtsvergleichung*, in: Birgit Bachmann et al. (eds.), *Grenzüberschreitungen. Festschrift für Peter Schlosser*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, p. 227; Rolf Stürner & Christoph A. Kern, *Comparative Civil Procedure – Fundamentals and Recent Trends*, in: Osman B. Gürzumar et al. (eds.), *Halûk Konuralp Anısına Armağan/Gedächtnisschrift für Halûk Konuralp*, vol. 1, Ankara: Yetkin Yayınları 2009, p. 997, in particular p. 997-1000.

36 Karl N. Llewellyn, *Some Realism about Realism? Responding to Dean Pound*, 44 *Harv. L. Rev.* 1222, 1242 f. (1931); for a more recent and more refined approach, see Thomas J. Miles & Cass R. Sunstein, *The New Legal Realism*, 75 *U. Chi. L. Rev.* 831 (2008).

37 See, e.g., Susan Willett Bird, *The Assignment of Cases to Federal District Court Judges*, 27 *Stan. L. Rev.* 475, (1975); Jonathan L. Entin, *The Sign of "The Four": Judicial Assignment and the Rule of Law*, 68 *Miss. L.J.* 369 (1998); J. Robert Brown, Jr. & Allison Herren Lee, *Neutral Assignment of Judges at the Court of Appeals*, 78 *Tex. L. Rev.* 1037 (2000); Thomas Braun, *Die Rolle des Federal District Court Judge im Verhältnis zu den Parteien*, Berlin: Duncker & Humblot 1986, S. 26 f.

38 Cf. Adam M. Samaha, *Randomizing in Adjudication*, 51 *Wm. & Mary L. Rev.* 1 (2009).

important figure.³⁹ This is not only a matter of personal satisfaction and pride, but can also pay economically: Well-known judges are frequently invited to make presentations at conferences for practitioners for impressive remuneration; their contribution to commentaries and collective works is sought by editors and publishing houses and their manuscripts have high chances to be published in books or law reviews, which results in royalties; and, last but not least, prominent judges are invited to teach at the best universities and then are awarded the title of honorary professor, which further increases their reputation – and market value – and may incentivize them to take even more individualistic positions.

Of course, it would be wrong to criticize judges who teach practitioners, publish and teach at universities. All this is important to keep a link between the judiciary, academia and private practice, and the financial aspect should not be overemphasized, as it is impossible to get rich with serious legal research and writing. Only some, and fortunately few, have a tendency to exaggerate, at least in my home country. But these few are an impressive proof of the risks the “natural judge” wants to avoid: Lawyers know their judges and insofar as the law permits use maneuvers to bring a case before a certain judge or avoid this judge; I know from lawyer’s circles that, with respect to some judges, both parties’ counsel even cooperate in order to avoid them. In any event, judges should never place their personal reputation over the reputation of the democratic judiciary as a whole, as it is the judiciary – and thereby the general public which establishes courts to serve the litigants – from whom they derive their position and power.

VI. THE CHALLENGE FOR EFFICIENT CASE ASSIGNMENT

1. The Scope of the Concept as Basis

The concept of the “natural judge” cannot interfere with efficient case assignment if it is limited to a protection from undue influence that has its origins outside the judiciary. Such protection is better than nothing. It is not complete, though, but has an Achilles heel in the judiciary. This Achilles heel becomes more dangerous the more polarized the judiciary is. It is easy to imagine that a conservative court president who has discretion would assign abortion cases to a judge whose evangelical conviction she knows, would assign an asylum seeker case to a judge known for being xenophobe, would assign discrimination cases to a judge who considers discrimination law “woke”,

39 Cf. Christoph A. Kern, *Judicial Independence and Judicial Hubris*, in: Adrian Simons, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Alvaro Pérez Ragone, Paulo Henrique Dos Santos Lucon (eds.), *Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: Tirant lo Blanch Brasil 2020, p. 378.

and so on.⁴⁰ Therefore, there is good reason for a strict interpretation, excluding also discretion within the judiciary.

2. The (Actual or Alleged) Clash with Efficiency

However, such a strict interpretation might be an obstacle to efficient case assignment – at least, it is often considered as such. Who, the argument goes, might be in a better position to know the experience, the strengths and weaknesses and the preferences of individual judges, as well as their individual workload, than the court president? By using this knowledge she has anyway, the court president can assign, e.g., medical malpractice cases to a judge who has already dealt with many such cases, who is a good case manager and has had success in coordinating parties, lawyers and experts in the past, who has some medical background in her own professional life, her family or at least a personal interest in medicine, and who has a docket that allows for dealing with a new case without further delay. In this perspective, a strict interpretation of the concept of the “natural judge” that excludes any discretion within the judiciary stands in the way of an efficient case assignment.

3. Possible Solutions

It needs no explanation that efficient case assignment is important, as it contributes to keeping up the functioning of the judiciary, to reduce duration and, equally important, to achieve a high quality of the jurisprudence. At the same time, the risks of a discretionary case assignment within the judiciary must not be underestimated. We should therefore try to reconcile both aspects and seek what Konrad Hesse called “practical concordance”.⁴¹

At first glance, this may seem difficult, if not impossible. But I believe there is a chance to achieve such “practical concordance”. For the sake of simplicity, the concerns with efficiency can be boiled down to two issues: specialization and workload. Both issues cannot only be addressed by allowing the court president discretion in case assignment, but also by other means.

The first possibility to ensure specialization within the judiciary is the creation of specialized courts. This approach uses jurisdiction – which, as we have seen,⁴² provides the first layer of selection of the competent judge. The appeal of this solution is that it raises the issue into the parties’ sphere of interest and responsibility: The plaintiff then has the burden to select the right court, and the defendant has the burden to challenge

40 Cf. Kern, *supra* note 2, at 162 ff.

41 Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, reprint of the 20th ed., Heidelberg: C.F. Müller 1999, n. 72.

42 See above sub IV.2.

jurisdiction at an early moment within the proceedings in order to avoid being barred with a jurisdiction defense. The second possibility is to achieve specialization with the help of the “case assignment plan”. If certain types of cases always go to certain judges, this makes sure that these judges have or develop the necessary expertise. Of course, both solutions might not be as precise as discretion of a court president, as the type of cases will be described rather roughly in a “case assignment plan”. Nevertheless, they make an important step towards more efficiency if the baseline is a system of all-encompassing competence with random case selection.

With respect to workload, things are a little bit more difficult. No rule on jurisdiction and no “case assignment plan” can predict for sure the number and difficulty of cases in a certain area of the law. Thus, it might happen that in one year, there is a high number of medical malpractice cases while in another year there is none. Frequent amendments to the rules on jurisdiction and the creation and abolition of specialized courts depending on last year’s filings is no option. “Case assignment plans”, in turn, are a promising tool. Often, it will be sufficient to amend the “case assignment plan” for the next business year, as the period until the next regular amendment is never longer, but mostly shorter than one year. Moreover, “case assignment plans” can contain a detailed coding for numerous types of cases and with the help of these codes channel cases to individual judges in an abstract way. For example, in the current “case assignment plan” of the Court of Appeals of Karlsruhe, appeals against court orders (“Beschwerden”) are assigned 20 points, appeals against court orders in cases decided by the Commercial Court 40 points, regular appeals against judgments (“Berufungen”) 60 points, regular appeals against judgment in medical malpractice cases 90 points, regular appeals in IP law cases 120 points; and cases are assigned depending on the workload as expressed by the number of points of a Senate’s docket.⁴³ If the workload problem is acute, an exceptional amendment of the “case assignment plan” should be allowed, provided the court can show, and document, good cause. Again, amending the “case assignment plan” on a regular and even on an exceptional basis is less flexible than a court president’s discretion. Nevertheless, at least in the German experience, this approach has proven manageable and brought about satisfying results.

To sum up, ensuring specialization with the help of specialized courts or a “case assignment plan” using the subject matter of the lawsuits as assignment criteria, and ensuring a manageable workload with the help of a “case assignment plan” amended yearly or, in exceptional cases, during its regular period, seem to be good solutions to ensure “practical concordance” between the concept of the “natural judge”, in its strict interpretation encompassing the judiciary, and the goal of efficient case assignment.

43 See Geschäftsverteilungsplan für die Senate des Oberlandesgerichts Karlsruhe 2025, p. 52 ff., available at <https://oberlandesgericht-karlsruhe.justiz-bw.de/pb/,Lde/Startseite/Oberlandesgericht/Geschaeftsverteilungsplan> (last visited 6 April 2025).

VII. CONCLUSION

Let us conclude. We are living in times in which a strong, independent and responsible judiciary is more important than ever if we want to preserve our democratic culture. A strong and independent judiciary requires that courts and judges are trusted, that there are no doubts about the neutrality of the judiciary and its freedom from undue influence.⁴⁴ The concept of the “natural judge” is one piece of the puzzle that protects the judiciary against threats from outside, but also from inside, as threats from inside will easily transform into threats from outside. Therefore, the concept of the “natural judge” should be upheld. In particular, it should not be sacrificed in the interest of efficiency – even less so as there are possible solutions which allow for “practical concordance” between the concept and efficient case assignment.

REFERENCES

- AFTERGUT, Dennis; BOOKBINDER, Noah. Supreme Court Justice Clarence Thomas’ corruption is intolerable. Here’s what we can do about it. *Los Angeles Times*, 10 ago. 2023. Disponível em: <https://www.latimes.com/opinion/story/2023-08-10/supreme-court-justice-clarence-thomas-corruption-gifts-propublica-ethics-congress>. Acesso em: 6 abr. 2025.
- BIRD, Susan Willett. The Assignment of Cases to Federal District Court Judges. *Stanford Law Review*, v. 27, 1975.
- BLANKE, Hermann-Josef; SANDER, Aimee. Die europäische Rechtsstaatlichkeit und ihre Widersacher -- Anmerkungen zur Situation in Polen mit einem Seitenblick auf Ungarn. *Euro-
parecht*, 2023.
- BRAUN, Thomas. *Die Rolle des Federal District Court Judge im Verhältnis zu den Parteien*. Berlin: Duncker & Humblot, 1986.
- BRITZ, Gabriele. Kontextabhängige Bewertung der Rechtsstaatlichkeit von Justizreformen. *Neue Juristische Wochenschrift*, 2023.
- BROWN JR., J. Robert; LEE, Allison Herren. Neutral Assignment of Judges at the Court of Appeals. *Texas Law Review*, v. 78, 2000.
- DORÉ, Laurie Kratky. Public Courts versus Private Justice: It’s Time to Let Some Sun Shine in on Alternative Dispute Resolution. *Chicago-Kent Law Review*, v. 81, 2006.
- DREYER, Michael. Der Supreme Court -- dritte Gewalt unter drei Gleichen. In: LAMMERT et al. (eds). *Handbuch Politik USA*. Wiesbaden: Springer VS, 2023.
- ENTIN, Jonathan L. The Sign of “The Four”: Judicial Assignment and the Rule of Law. *Mississippi Law Journal*, v. 68, 1998.

44 Cf. BVerfGE 95, 322, 327; most recently BVerfG, 3rd Chamber of the 1st Senate, Decision of 3 March 2025 – 1 BvR 750/23, 1 BvR 763/23, n. 96 (not yet published).

- FRIEDMAN, Thomas L. *The World is Flat. A Brief History of the Twenty-First Century*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2005.
- FUKUYAMA, Francis. The End of History? *The National Interest*, n. 16, Summer 1989.
- FUKUYAMA, Francis. *The End of History and the Last Man*. New York: The Free Press, 1992; London: Penguin Books, 1992.
- GOTTWALD, Peter. Zum Stand der Prozessrechtsvergleichung. In: BACHMANN, Birgit et al. (eds.). *Grenzüberschreitungen. Festschrift für Peter Schlosser*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Reimpressão da 20ª ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1999.
- HILLGRUBER, Christian. In: DÜRIG/HERZOG/SCHOLZ. *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 105ª entrega, ago. 2024.
- KERN, Christoph A. Der gesetzliche Richter -- Verfassungsprinzip oder Ermessensfrage? Teil I. *Zeitschrift für Zivilprozess*, v. 130, 2017.
- KERN, Christoph A. Der gesetzliche Richter -- Verfassungsprinzip oder Ermessensfrage? Teil II. *Zeitschrift für Zivilprozess*, v. 130, 2017.
- KERN, Christoph A. Judicial Independence and Judicial Hubris. In: SIMONS, Adrian; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RAGONE, Alvaro Pérez; LUCON, Paulo Henrique Dos Santos (eds.). *Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Tirant lo Blanch Brasil, 2020.
- KERN, Eduard. Case note. *Juristenzeitung*, 1965.
- KOCH, Harald. Rechtsvergleichende Fragen zum “Gesetzlichen Richter”. In: HELDRICH, Andreas; UCHIDA, Takeyoshi (eds.). *Festschrift für Hideo Nakamura*. Tokyo: Seibundo, 1996.
- LLEWELLYN, Karl N. Some Realism about Realism? Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, v. 44, 1931.
- LUTZ, Eric. Clarence Thomas Is On a Quest to Be the Most Corrupt Justice In the Court. *Vanity Fair*, 6 abr. 2023. Disponível em: <https://www.vanityfair.com/news/2023/04/clarence-thomas-ethics-violations-supreme-court>. Acesso em: 6 abr. 2025.
- MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. The New Legal Realism. *University of Chicago Law Review*, v. 75, 2008.
- MITCHELL, Taiyler S. Trump Ramps Up Attacks On Judges, Calls Out Justice John Roberts. *Huffington Post*, 20 mar. 2025. Disponível em: https://www.huffpost.com/entry/trump-attacks-roberts-judges_n_67dc9e95e4b0f519c38c7501. Acesso em: 6 abr. 2025.
- MÖLLERS, Christoph. Reflexion über den Rechtsstaat. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2020.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *De l'esprit des loix*. Geneva, 1748.
- MURRAY, Peter L. Privatization of Civil Justice. *Willamette Journal of International Law & Dispute Resolution*, v. 15, 2007 = *ZZPInt*, v. 12, 2007.

- MURRAY, Peter L. The flight from public civil justice. In: *Essays in honour of Konstantinos D. Kerameus*, v. 1, 2009 = Die Flucht aus der Ziviljustiz. *ZZPInt*, v. 11, 2006.
- PIĄTEK, Wojciech. Die Herabsetzung des Ruhestandalters im Lichte des Grundsatzes der richterlichen Unabhängigkeit. *Neue Justiz*, 2019.
- SAMAH, Adam M. Randomizing in Adjudication. *William & Mary Law Review*, v. 51, 2009.
- SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. In: DREIER. *Grundgesetz-Kommentar*, v. 3, 3^a ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018.
- STÜRNER, Rolf; KERN, Christoph A. Comparative Civil Procedure -- Fundamentals and Recent Trends. In: GÜRZUMAR, Osman B. et al. (eds.). *Halûk Konuralp Anısına Armağan/ Gedächtnisschrift für Halûk Konuralp*, v. 1. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- VRIES, Tina de. Die Wiederherstellung der Rechtsstaatlichkeit in Polen nach dem Ende der PiS-Regierung, einige Beispiele. *Wirtschaft und Recht in Osteuropa*, 2024.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

2

THE *AN* AND THE *QUOMODO* OF THE RIGHT TO APPEAL: A THEORETICAL FRAMEWORK

Valentina Capasso

Adjunct Professor at University of Naples *Federico II*,
Italy. Joint Ph.D. from the University of Naples *Federico II*
and the University Jean Moulin Lyon 3, France.

Abstract: The paper reproduces the report presented during the International Congress “Re-visiting The Fundamental Guarantees Of Civil Litigation” held at the Plenary Hall of the Court of Justice of the State of Espírito Santo (TJES 1) - Vitória (Brazil) on the 2nd-4th April 2025, panel “Right to Appeal and Discretionary Filters of Access to Superior and Supreme Courts”.

The contribution aims to reconstruct, from the point of view of general theory and comparative law, the potential existence and extent of the right to appeal. Although concluding that this right tends not to be recognized (unlike the right to access to court), the author nevertheless argues that the provision of at least one level of appeal is in the state’s own interest, and that any limits to this right can be set, but must pass a rationality test.

Keywords: Right to appeal – Discretionary Filters – Supreme Courts – Law and economics – Rationality test

Contents

1. Introduction: is there a right to appeal? 2. The need for appeal. 3. Once the appeal has been given, it must be effective. 4. The role of scholars in assessing selection mechanisms’ rationality. 5. Conclusion: discretionary filters as a (necessary) last resort.

1. INTRODUCTION: IS THERE A RIGHT TO APPEAL?

Dealing with the “Right to Appeal and Discretionary Filters of Access to Superior and Supreme Courts” is not an easy task. Indeed, the very fact that the expression “right to appeal” is juxtaposed with the one “discretionary filters” raises at least two questions: first, is there *really* a right to appeal? Secondly, and assuming that the first question is answered in the abstract in the affirmative, can we still call it a “right” to appeal if its admissibility depends on a discretionary decision?

An Italian Scholar would little doubt in saying yes, there is a right of appeal, and, consequently, no, appeal admissibility cannot be left to discretionary filters, because that would mean the denial of that right¹. But, as will become evident in the next few pages, the Italian regulatory context in this respect is exceptional, more unique than rare, so that the Italian point of view would not be representative of the international landscape at all. By contrast, when one poses oneself from the standpoint of general theory and comparative law, it appears to be difficult to give an affirmative answer to the first question, because, while there is a universally recognized guarantee of access to the courts, such a guarantee, at least in civil matters, is limited to the first instance, which then well could also be the last one.

Actually, the issue until very recently has not even been addressed in a comprehensive manner. Among the few papers devoted to the topic, the majority are limited to one legal system (namely, the US one)², or at most to specific geographic areas (such as continental Europe)³; one must thus wait until 2024 to find Nieva Fenoll’s study devoted to the scope of the right to appeal in civil cases (if any) in all democratic Countries, “the only ones where rights are truly conceivable”, of the world⁴. Such a lack of doctrinal papers may be partly explained by the fact that a paradox exists in the field: while in

- 1 In fact, art. 111 of the Italian Constitution guarantees the right to appeal to the Court of Cassation in all cases; there is no constitutional guarantee of the right to the first appeal, but ordinary law (Article 339 of the Italian Code of Civil Procedure) establishes it is always provided for, unless otherwise specified, and the exceptions established by law are so few and statistically insignificant that, in practice, it could be deemed a right too.
- 2 While several scholars have already argued for a right to appeal in criminal cases (see, among others, LOBSENZ, James E. “A Constitutional Right to an Appeal: Guarding Against Unacceptable Risks of Erroneous Conviction”. In: *University of Puget Sound Law Review*, v. 8, 1985, p. 375 ff.; ELLERSON, Alex S. “Note, The Right to Appeal and Appellate Procedural Reform”. In: *Columbia Law Review*, v. 91, 1991, p. 373 ff.), and some for a right to appeal in limited subsets of civil cases [DALTON, Harlon Leigh. “Taking the Right to Appeal (More or Less) Seriously”. In: *Yale Law Journal*, v. 63, 1985, p. 62 ff.], ROBERTSON, Cassandra Burke. “The Right to Appeal”. In: *North Carolina Law Review*, v. 91, n. 4, 2013, p. 1219 ff., has been the first to claim for an overarching right to appeal in civil and criminal cases; but also see FINS, Henry G. “Is the Right of Appeal Protected by the Fourteenth Amendment?”. In: *Journal of the American Judicature Society*, v. 54, 1971, p. 296 ff.
- 3 NORKUS, Rimvydas. *The Filtering of Appeals to the Supreme Courts*, Introductory Report at Dublin Conference of November 26-27, 2015, organized by the Network of The Presidents of The Supreme Judicial Courts of The European Union, available at <https://www.lat.lt>.
- 4 NIEVA FENOLL, Jordi. “La paulatina constitucionalización del derecho al recurso”. In: *Revista de Derecho Político*, n. 120, 2024, p. 43 ff. and NIEVA FENOLL, Jordi. “Hacia la constitucionalidad del diseño procesal de los medios de impugnación”. In: *Revista de Derecho Político*, n. 121, 2024, p. 35 ff.

the past there has been much discussion of the necessity and advisability of providing for an appeal in criminal matters, in civil matters its provision has always been taken for granted⁵. The result is that today there are international sources that provide for a criminal appeal⁶, and not also for a civil one⁷; nor has an extension of the guarantee been promoted by the supranational human rights courts, whose jurisprudence on the contrary confirms the absence of a guarantee of appeal⁸.

Of course, this does not exclude the possibility that each state may confer on the parties a right to one or more additional degrees, and indeed, this is usually the case; but this is typically a choice made by virtue of tradition, and in any case a choice that is *lato sensu* political, as such susceptible to being influenced by changing circumstances and consequently revised (in particular, as far as it is of more interest here, in order to cope with Courts congestion, which, in turn, notoriously impacts on the length of the trial).

Consequently, the question becomes one of verifying, on a case-by-case basis, whether such a provision is contained in a written source or recognized by jurisprudence. In the former case, it is also necessary to investigate the rank of the provision granting the right to appeal within the state's own hierarchy of sources, in order to verify whether other sources — obviously superordinate or, at most, equiordinate — can impose limitations on that right. And, moving again from theory to empirical observation, this latter possibility appears to be very wide, since the cases in which the guarantee of appeal is provided for in the Constitution are rare. Indeed, results of the abovementioned 2024 research⁹ show that only a few countries expressly recognize a right to appeal in civil proceedings in their Constitutions, and it is not always the same appeal either: normally, the guarantee is extended to the first appeal, not to the one

5 NIEVA FENOLL, Jordi. “La paulatina constitucionalización del derecho al recurso”, cit., p. 46-47.

6 Namely, art. 14, § 5, of the International Covenant on Civil and Political Rights and art. 2 of the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

7 As GIABARDO, Carlo Vittorio. “Availability of a First Appeal”. In HESS, Burkhard; WOO, Margaret; CADIET, Loïc; MENÉTREY, Séverine; VALLINES GARCÍA, Enrique (coord.). *Comparative Procedural Law and Justice (Part VIII Chapter 1)*, available at cplj.org/a/8-1, notes, “[t]hese provisions are evidently driven by the distinct values at stake in criminal proceedings, that may affect personal liberty or reputational integrity. This reflects a perceived hierarchy of importance. However, this conventional narrative and its theoretical underpinnings should be reconsidered. Certain non-criminal areas (such as family law, tax law, bankruptcy law, labour law, etc) are equally sensitive as criminal law and can generate similar profound consequences on individuals’ lives. For that, they should perhaps enjoy the guarantee of a full review. Conversely, there are criminal offences that, while significant, may have a comparatively lesser impact. An analytic approach to this issue would therefore be welcome, even if it may prove challenging to implement in practice”.

8 See, among others, *De Cubber v. Belgium* (n. 9186/809), 26-10-1984, according to which “Article 6 para. 1 (art. 6-1) concerns primarily courts of first instance; it does not require the existence of courts of further instance”, and *Dorado Baúlde v. Spain*, n. 23486/12, 24-9-2015, § 18, stating that “neither Article 6 of the Convention nor Article 13 guarantees, as such, a right of appeal or a right to a second level of jurisdiction (see, *mutatis mutandis*, *Nurhan Yılmaz v. Turkey* (no. 2), no. 16741/04, § 21, 8 April 2008, and *Gurepka v. Ukraine*, no. 61406/00, § 51, 6 September 2005)”.

9 See NIEVA FENOLL, Jordi. “La paulatina constitucionalización del derecho al recurso”, cit., p. 49 ff.

to the Supreme Court. Actually, Italy seems to be the only country to provide for this: article 111 Const. states that appeals to the Court of Cassation for violations of law is always allowed against judgments.

2. IS IT REALLY USEFUL TO REFLECT ON THESE ISSUES?

Against this background, one might first of all wonder why, to cope with the justice crisis, States do not simply decide to eliminate appeals.

In either case, one might be inclined to think that, if appeal is not a necessary guarantee, so much so that the legislature might as well not provide for it at all, all the more reason for the legislature itself to be free to restrict access to the appeal already provided for. In other words, if access to appeal is not a right, no one could complain about being excluded from it.

Finally, and consequently, one might conclude that there is very little room for doctrinal reflection on the subject. If, in fact, both the choice of whether or not to provide for an appeal and that of its scope of application are made beforehand, it is impossible to imagine a prescriptive investigation: scholars would then have no choice but to acknowledge these choices and, if anything, to limit themselves to a descriptive analysis of their consequences and/or of the practical application of legal provisions and/or case law. And the impression would seem to be confirmed by the fact that any existing regulatory data could not even be contested by invoking any of the theoretical arguments that usually engage civil procedural law doctrine: in other words, once it is ruled out that there are normative indices on which to base any criticism of the very provision of the filter, nothing can be derived on the subject from the traditional distinction between theoretical models of the Supreme Court (that of cassation or revision), nor from its evolution. As recently argued, in fact, by now, “the categorisation of procedural models concerning access to a supreme court cannot be made on the basis of “outer appearances” and form”, like the name of the Court or that of the means of recourse; nor a reliable index is the kind of decision that the Court is capable of taking (that is, whether it can “only quash the decision and remand the case to the lower court [...] or [...] reverse the decision of the lower court and thus replace such with its own decision”); and not even useful is whether the appeal to the supreme court is considered to be an ordinary or extraordinary means of recourse. By contrast, nowadays, the main, of maybe the only, decisive criteria for categorisation is the function assigned to the Court¹⁰. And this, once again, is not something intrinsic to the court (that is, something that can be derived from the nature of the court itself and invoked by doctrine for demonstrative purposes), but depends entirely on the body that holds the power to establish it (be it the legislator or the supreme court itself).

10 GALIČ, Aleš. “A Civil Law Perspective on The Supreme Court and Its Functions”. In: *Studia Iuridica*, LXXXI, 2019, p. 45 ff.

However, this is not exactly how things are.

The aim of this paper is, in fact, to demonstrate 3 assumptions: first of all, that the provision of at least one appeal, even when not imposed by a formal source of law, is *necessary* from the point of view of the state; secondly, that the tendential liberty that the legislature enjoys in the *an* does not translate into an equal liberty in the *quomodo*; finally, and consequently, that, if scholars cannot oppose with purely technical arguments what are eminently political choices, they can certainly verify their legitimacy downstream.

Before starting, one last warning should be added: as the just listed questions and answers suggest, the subject will be approached by trying to see the big picture. This has two consequences:

- first, this paper won't be dealing directly with individual filters provided for in specific legal systems; however, the discussion will touch on different types of filters;
- secondly, discussion will start with the classics on the subject: the idea underlying this analysis is that current problems can most often be answered by looking to the past; and this is especially true when addressing problems like the one at stake, which involves a comparison between public and private interests, since the needs of the system – on the one hand – and human behavior – on the other – seem to repeat themselves in time and space, despite all the differences.

3. THE NEED FOR APPEAL

First of all, the already mentioned analysis by Nieva Fenoll¹¹ notes how the recognition of the right to appeal, although still a minority, tends to expand over the years; both at a state and supranational level. In this latter regard, it is interesting to recall the most recent jurisprudential developments of the African Court on Human and Peoples' Rights. Article 7 African Charter on Human and Peoples' Rights states that "Every individual shall have the right to have his cause heard", then specifying that "[t]his comprises", among other, "[t]he right to an appeal to competent national organs against acts of violating his fundamental rights as recognized and guaranteed by conventions, laws, regulations and customs in force". A literal interpretation of the article would seem to suggest that the term "appeal" is used as a synonym for "means of recourse", without implying the need to ensure multiple degrees of jurisdiction. Yet, the African Court found it to be the basis of the states' obligation to ensure dual jurisdiction¹². Of course, the weak literal argument mobilized by the Court can cast doubt on the persuasive capacity of its rulings on the other supranational human rights Courts; and yet the

11 NIEVA FENOLL, Jordi. "La paulatina constitucionalización del derecho al recurso", cit., p. 49 ff.

12 *Mallya v Tanzania* (merits and reparations) (2019) 3 AfCLR 482, §43, in <https://www.african-court.org/wpafc/african-court-law-report-volume-3-2019/>. *Werema v Tanzania* (merits) (2018) 2 AfCLR 520, §68. *Makungu v Tanzania* (merits) (2018) 2 AfCLR 550, §57 in <https://www.african-court.org/wpafc/wp-content/uploads/2020/04/African-Court-Law-Report-Volume2-2017-2018.pdf>.

phenomenon of cross-fertilization between Courts is well known, so it is not possible to exclude with certainty future developments in the sense of a recognition, at least in some cases, of a right to appeal.

On the other hand, the fact that almost every system allows for at least a further degree after the first one, even if not required to do so, cannot be considered without significance. Nor is it simply a matter of tradition: in reality, tradition certainly plays a role in explaining the *introduction* of the appeal, not its *current preservation*. But, once again, tradition has its roots in political choices, which, as mentioned, change over time.

The above remarks seem to be confirmed by the extensive study conducted by Shapiro¹³ in 1980, aimed at identifying the real reason behind the appeal's proliferation. It appears appropriate to briefly review that study, to show how the author was able to reconstruct the past and reconnect it to the present and, arguably, the future, which at the time was only glimpsed.

The starting point is the observation that the appeal has traditionally been viewed from two perspectives:

the “bottom up” one, which adopts the perspective of the losing party at trial, and assigns the appeal the aim “to protect the loser against an arbitrary, capricious, or mistaken decision by the trial judge”, and in any case a “certain psychic benefits, such as catharsis”, and the “lateral” one, referring to the upper Courts role of standardization of the law¹⁴.

This latter point of view already highlights a public interest in the establishment of appeal: uniformity, indeed, is certainly a guarantee for individuals, because it implies that they are all treated in the same way when they are in the same situation, but it is usually a goal also sought by the state. But, on the one hand, if this were really the reason, it would not explain those systems that have two tiers of appeals, one before the courts of appeal and one before the supreme court. Indeed, “[i]f the sole function of appeal were to correct biased or arbitrary trial court behavior, then one appeal would be sufficient [...] The third opinion rendered by the Supreme Court is superfluous in checking the arbitrariness of trial judges: surely it is no more likely to be just than the judgment rendered by the first appellate court”¹⁵. On the other hand, at a closer inspection, also the former point of view (namely, the “bottom up” one) turns out not to

13 SHAPIRO, Martin. “Appeal”. In: *Law & Society Review*, v. 14, n. 3, 1980, p. 629 ff.

14 *Ibid.*, p. 629.

15 *Ibid.*, p. 631 s. The point seems absolutely reasonable. However, in the context of a discussion on filters for appeals, it is worth recalling what has already been observed elsewhere regarding the possibility that the first appeal may in itself constitute a filter: indeed, «it has been emphasized their ability to perform a dual function for the benefit of the higher Courts: the first – temporary – occurs when a new *échelon juridictionnel* is introduced ex novo, because it allows “un *trasfert mécanique de charges des juridictions supérieures vers les nouvelles juridictions*”, correspondingly relieved of a part of the litigation; the second – standing – relies on their skimming function with respect to the upper step»: CAPASSO, Valentina, “Supreme Courts’ jurisprudence as a dispute avoidance mechanism?”. In: *Civil Procedure Review*, v. 9, n. 3, 2018, p. 42, also for further references.

be exclusively private, since “the regime itself may have interests in ensuring that losers at trial enjoy the catharsis of an appeal and perceive it as affording an opportunity for getting fair treatment”¹⁶.

But that’s not all. As Shapiro also emphasizes, both perspectives, although not incorrect, only partially reflect the functions of the appeal, and thus of the reasons behind its provision, since they appear to be incapable to give an account of the spread of the appeal even in countries that “have displayed little or no respect for individual rights or even for the rule of law in any conventional sense. Frequently, moreover, appeal not only increases the arbitrariness and partiality in the legal system but is actually designed to do so”¹⁷.

The real lowest common denominator among the various systems, from the most to the least liberal, appears thus to be what the author calls “distributive politics”. The idea is that appeal functions as a form of favor or patronage distributed by a central government to garner public support, so that its value as a tool for dispensing favors may outweigh its role in correcting judicial errors. This system, exemplified by early English one, involves centralizing the judicial apparatus, with major courts like King’s Bench, Common Pleas, and the Chancellor’s equity court located in the capital, and special courts like the Star Chamber operating at the sovereign’s discretion¹⁸. This centralization, though not encompassing all trials, established London as the primary source of justice.

Therefore, by generalizing Shapiro’s findings, the appeal – at least the appeal to the supreme court – beyond and perhaps more than being based on issues of distributive justice, may be seen as a necessary tool for political control, which can be more or less pervasive depending on the type of government in place and therefore the degree of independence of the judiciary.

Of course, today this reason may appear unacceptable if expressed in these terms; but the current economic conception of the appeal is not very different: political control in the strict sense is replaced by that of economic policy, but the importance of centralization stands.

Such a development too had been glimpsed by Shapiro: the author, indeed, noted that appeal may also constitutes a source of information for the regime¹⁹, both because it allows the compliance of lower courts with the dictum of higher courts to be verified²⁰, and because each dispute represents a cross-section of social life that can be

16 *Ibid.* p. 631.

17 *Ibid.*, p. 631.

18 *Ibid.*, p. 637 ff.

19 *Ibid.*, p. 641 ff.

20 Actually, reality is not *that* simple, since the relationship between the Supreme Court and lower courts can be reconstructed in various ways.

considered a sample of what happens in society, and allows the identification of any structural errors in the system (i.e. errors depending on the general sources of the legal system, and not on judge's mistake in the specific case)²¹.

These latter remarks, which at the time Shapiro wrote referred to topics of study that had just begun, are now absolutely common, and allow the discussion to shift from politics to economics. Here too, however, the interests of the parties and that of the system seem to converge.

On the one hand, their interactions can be seen as a typical principal-agent problem (on which see EISENHARDT, Kathleen M. "Agency Theory: An Assessment and Review". In: *The Academy of Management Review*, v. 14, n. 1, 1989, p. 57 ff.; SHAPIRO, Susan P. "The Social Control of Impersonal Trust". In *American Journal of Sociology*, v. 93, n. 3, 1987, p. 623 ff.; ARROW, Kenneth J. *The Economics of Agency*. Stanford: Harvard Business School Press, 1984): once the top body has established what the law is, it must rely on the lower courts to ensure that it is applied extensively; but, since the former cannot structurally verify that this happens in every case - either because the scrutiny of dissenting decisions is entrusted to the initiative of the parties, or because the law itself may, when the Constitution allows it, impose limits on appeals of legitimacy - and since no real incentives for compliance can be configured (under penalty of undermining the internal independence of the Judiciary), the concrete implementation of the dictum is essentially left to the will of the agents. And this latter not only manage - often with impunity - to evade the task outright (CANON, Bradley C. "Reactions of State Supreme Courts to a U.S. Supreme Court Civil Liberties Decision". In: *Law & Society Review*, v. 8, n. 1, 1973, p. 109 ff.; ROMANS, Neil T. "The Role of State Supreme Courts in Judicial Policy Making: Escobedo, Miranda and the Use of Judicial Impact Analysis". In: *The Western Political Quarterly*, v. 27, n. 1, 1974, p. 38 ff.), but sometimes, more subtly, circumvent frontal opposition by narrowing the ruling's scope of application (RE, Richard M. "Narrowing Supreme Court Precedent from Below". In: *The Georgetown Law Journal*, v. 104, 2016, p. 921 ff.; but also see RE, Richard M. "Narrowing Precedent in The Supreme Court". In: *Columbia Law Review*, v. 114, 2014, p. 1909-1910).

On the other hand, before the Supreme Court rules, the *ius dicere* function is entirely entrusted to the lower Courts' jurisprudence, which physiologically generates contrasts and, thus, uncertainty; but, while uncertainty is certainly a cost for the community, the very observation of the ongoing debate in the *jurisprudence du fond* is a source of information for the higher judges, who therefore 'learn' from that. This explains why "Justices like the smell of well-percolated cases" (PERRY, H.W. Jr. *Deciding to Decide: Agenda Setting in the United States Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 230; but also see FERRARIS, Federico. "Rationing Justice". *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 100 ff.). And it is precisely by balancing the costs of legal uncertainty with the informational benefits stemming from the comparison of conflicting rulings that US scholars propose to calculate the optimal trade-off, or the best time, for the Supreme Court, to intervene, granting *certiorari* (CLARK, Tom S.; KASTELLE, Jonathan P. "The Supreme Court and Percolation in the Lower Courts: An Optimal Stopping Model". In: *The Journal of Politics*, v. 75, n. 1, 2013, p. 150 ff.).

- 21 The type of errors (i.e. *structural errors*) discussed in the text is therefore different from *specific errors*, which may result from the incorrect reconstruction of the facts or application of the law. However, even with regard to the latter type of errors, there is a long-standing idea that appeals—at least under certain conditions—may constitute an effective method of correction. See, among others, SHAVELL, Steven. "The Appeals Process as a Means of Error Correction". In: *The Journal of Legal Studies*, v. 24, n. 2, 1995, p. 381-382, advocating that "if litigants possess information about the occurrence of error and appeals courts can frequently verify it, litigants may be led to bring appeals when errors are likely to have been made but not otherwise. (This outcome may be fostered by imposition of fees for bringing appeals, so as to discourage appeal when decisions were likely to have been correct.) Under these circumstances, not only may the appeals process result in error correction, it may also do so cheaply, for the legal system will be burdened with reconsidering only the subset of cases in which errors were more probably made. This may render society's investment in the appeals process economical by comparison to its improving the accuracy of the trial process—an approach that, by its nature, would require extra expenditure in every case. The appeals process, allow society to harness information that litigants have about erroneous decisions and thereby to reduce the incidence cost".

As recently noted, indeed, “the appeals process also contributes substantially to the improvement of existing laws and regulations: first, because lower court decisions are reviewed by experienced higher courts (thereby contributing to the extension of high-quality case law) and, second, because the frequent occurrence of appeals cases as such provide signals to public policy makers on the (suboptimal) efficiency of existing laws and regulations (thereby initiating, e.g., the publication of guidelines or even the revision of the respective law or regulation). In that sense the appeals process also contributes to the avoidance of erroneous future decisions”²².

Summarizing what has been covered so far, it seems fair to conclude that the real problem Courts are facing today does not stem from an *a priori* divergence of objectives, but from the possible discrepancy between the matter at stake in each judicial proceeding and the areas of law that require improvement. In other words, it is possible that individual interest exists in cases where the law is already (deemed to be) efficient and thus not requiring further clarification or jurisprudential developments, and, viceversa, that the parties cannot or do not consider it convenient to challenge judicial measures in areas that would instead require improvement.

This means that the need for selection does not only arise from quantitative, but also qualitative reasons. But it also implies at least three indications for the policy maker who intends to dictate rules to govern the flow of appeals:

- first, as long as the power to appeal remains in the hands of the parties, it will only be used if the parties can reasonably expect to benefit from it. This explains the failure of mechanisms aimed at ensuring only jurisprudential production of law, such as the appeal in the interest of the law in Italy: until the law stipulated that only the attorney general had the power to bring to the attention of the Court of Cassation rulings that could not be challenged or had not been challenged by the parties, the mechanism was almost completely unapplied. By contrast, since the Court has been given the power to state the principle of law even when declaring the appeals proposed by the parties inadmissible, the instrument is used with huge frequency... indeed, even too much²³;

- second, and consequently, the selection mechanism must be based on reasonably reliable criteria, in order to induce the party to *file* an appeal. The greater the uncertainty of the result, the greater the number of litigants who will avoid facing the costs and time of an appeal;

- third, selection mechanisms cannot be limited to negative ones; and, in fact, they are not. In a recent paper, Giannini²⁴ recalls the distinction between negative and posi-

22 HÜSCHEL RATH, Kai; SMUDA, Florian. *The Appeals Process: An Empirical Assessment*, ZEW Discussion Paper No. 14-063, available at <http://ftp.zew.de>, p. 1.

23 AULETTA, Ferruccio. *Diritto giudiziario civile. I modelli del processo di cognizione (ordinaria e sommaria) e di esecuzione*³. Bologna: Zanichelli, 2023, p. 398 s.

24 GIANNINI, Leandro J. “Access Filters and the Institutional Performance of the Supreme Courts”. In: *International Journal of Procedural Law*, v. 12, n. 2, 2022, p. 207.

tive selection mechanisms: the former are those used to filter appeals based on their substantive merit, notwithstanding their procedural correctness, and operate as exceptions to general appeal admissibility, allowing courts to prioritize cases with significant legal or public importance. Besides these, however, there are also positive selection mechanisms, which, by contrast, allow Supreme Courts to admit appeals that would otherwise be inadmissible based on standard requirements. These mechanisms, unlike “negative” filters, act as “opening valves”, admitting cases due to their importance.

For the purposes of this discussion, however, it is worth emphasizing that, despite the different rationale, both mechanisms constitute ways to restore the convergence of public and private interests: appeals which are negatively selected because of their unmeritoriousness are also those whose decision would not bring any benefit to the development of the law; those positively selected, on the other hand, while certainly benefiting the appellant (whose appeal is exceptionally admitted), are mainly aimed at satisfying the public interest, in cases where the generally imposed inadmissibility would represent a loss also for the system.

But if the above empirical findings appear to conclusively demonstrate that the appeal serves both individuals and the system, and that Governments are well aware of that, obviously they are still not enough to answer the question of what is the best design of the selection mechanism. After all, as Giannini also notes, “[t]he positive or negative character of the mechanism says nothing about its openness or restrictiveness”²⁵: the time has therefore come to address the second point.

4. ONCE THE APPEAL HAS BEEN GIVEN, IT MUST BE EFFECTIVE

The idea that if the legislator is free (now it seems appropriate to say, apparently free) to eliminate the appeal, then he can just as freely limit it, is only apparently logical.

Even the supranational Courts other than the African one, while – as already mentioned – at present exclude any obligation for States to provide for more than one degree of jurisdiction, already place limitations on the discretion of the States themselves, once they have decided to introduce a means of appeal. According to the European Court of Human Rights jurisprudence, it is indeed well established that, albeit article 6, § 1, “does not [...] compel the Contracting States to set up courts of appeal or of cassation [...], a State which does institute such courts is required to ensure that persons amenable to the law shall enjoy before these courts the fundamental guarantees contained in Article 6 (art. 6) [...]”. There would be a danger that serious consequences might ensue if the opposite view were adopted; [...] and the Court cannot overlook them. In a democratic society within the meaning of the Convention, the right to a fair administration of justice holds such a prominent place that a restrictive interpretation

25 *Ibid.*, p. 209.

of Article 6 para. 1 (art. 6-1) would not correspond to the aim and the purpose of that provision”²⁶.

Moreover, in most cases it is perhaps not even necessary to refer exclusively to supranational case law to infer the impossibility of limiting access to any upper Court in an absolutely discretionary manner. In fact, while the issue of access to justice does not necessarily come to the fore – since, in light of what has been said, it should probably be limited to access to the court of first instance – the decision maker’s choices are normally subject to a rationality test in all democratic countries, even if in different forms and with different extension²⁷.

Irrationality can take two forms: it may be intrinsic, as, with reference to the topic at hand, it would end up setting an appeal so limited as to be substantially useless or setting burdens on the parties that are disproportionate to the results that can actually be achieved. And this applies to procedural requirements too: it is indeed irrational to set a filter system based on procedural rules that are overly stringent and formalistic. In this sense, it is possible to recall the recent case of *Succi v. Italy*, where the European Court of Human Rights held Italy responsible for violation of the “*droit à un tribunal*”, due to the declaration of inadmissibility pronounced by the Court of Cassation on the basis of an excessively formalistic interpretation of the content-form requirements of the appeal²⁸.

But irrationality may also derive from the violation of the principle of equality. And this principle, in turn, would not only be violated if the selection criteria for admissible appeals were discriminatory in themselves, but also – albeit indirectly – when the choice was left to the discretion of the judge, who would therefore be free to apply discriminatory criteria as well.

Finally, any type of filter, even the most rational one, can become irrational in its practical application, whether because an apparently sensible exclusion turn out to be (or appear) unjustified in the face of the particularities of an individual case (and this explains, for example, why some supreme courts have recognized forms of extraordinary appeal even in cases where the law states that a decision is not open to appeal)²⁹;

26 *Delcourt v. Belgium*, 17 January 1970, Application no. 2689/65, § 25; but also see, among others, *Kudla v. Poland*, 26 October 2000 § 122 ; *Platakou v. Greece*, 11 January 2001, Application no. 38460/97, § 38.

27 Of course, the test is not always appreciated or appreciable: see, for example, a critical review in the US debate, NACHBAR, Thomas B. “The Rationality of Rational Basis Review”. In: *Virginia Law Review*, v. 102, n. 7, 2016, p. 1627 ff.

28 *Succi c. Italia*, 28 October 2021, Application no. 55064/11.

29 Suffice here to mention the so-called *appel-nullité* or *appel-restauré*, created by French case law (and then transferred, becoming autonomous in terms of content, to the Belgian system) in order to allow appeals even in cases where they are (exceptionally) excluded or deferred, on the assumption that any limitation imposed by the legislator on the appeal of a measure is implicitly conditional on the validity of the latter (see HOC, Arnaud. *De l'appel-nullité au recours restauré. Étude de droit belge et de droit français*. Bruxelles: Larcier, 2019); or the tendency of the Italian Court of Cassation to extend its review of the rulings of the Council of State (which, according to Article 111, paragraph 8, of the Constitution, should be limited to grounds relating to jurisdiction) to cases of particularly serious procedural errors (see CAPASSO, Valentina, *Nullità degli atti e offensività necessaria. Contributo alla difesa della legalità del processo civile*. Roma: Dike, 2022, p. 375 ff.

whether because of the interpretation that the courts give to the filtering criteria. And this latter problem becomes even more serious with reference to the appeal to the supreme court, which, even when it is not entitled to make statements like the famous one contained in *Cobbledick v. United States* (“[T]he right to a judgment from more than one court is a matter of grace and not a necessary ingredient of justice”³⁰), is in fact free from any higher control.

5. THE ROLE OF SCHOLARS IN ASSESSING SELECTION MECHANISMS’ RATIONALITY

This latter remark leads to the third point: the role of doctrine then becomes that of verifying the reasonableness of the selection criteria and denouncing those that are or are applied in an irrational manner, possibly proposing alternative and more acceptable and/or functional interpretations; but, to do so, reference to pure procedural law rules or even principles seems not to be enough, because, as in any other case where it comes to evaluating the efficiency and rationality of legal rules, the topic would seem better analyzed using the concepts of law and economics. But, as will be explained below, this impression is only partially correct.

As is well known, law and economics is a form of legal analysis that uses micro-economics to understand and evaluate legal systems, by examining how laws affect behavior, assessing their efficiency, and predicting their creation. And, regardless of the different schools of thought that this science has subsequently been divided into³¹, the starting assumption from which any study of law and economics unfailingly moves is that the individuals are rational, and therefore pursue their own profit maximization: indeed, law and economics can be defined as the application of the rational choice approach to law³².

As far as is relevant here, this means that, just like the decision to file a lawsuit in the first instance, the decision to file an appeal will also be influenced by the estimated outcome of the trial: in essence, the party will only appeal if s/he can reasonably estimate that the benefits will outweigh the costs. The most straightforward way to reduce appeals would thus seem to increase costs. And it is precisely on this idea that Posner based his famous, and now long-standing, proposal, which has been adopted, even if only implicitly, by various systems. In detail, Posner identified 3 transaction costs:

30 *Cobbledick v. United States*, 309 U.S. 323, 324–25 (1940)

31 PARISI, Francesco. “Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics”. In: *European Journal of Law and Economics*, v. 18, 2004, p. 259 ff.

32 KERKMEESTER, Heico. “Methodology: General”. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (coord.), *Encyclopedia of Law and Economics. Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 384; ULEN, Thomas S. “Rational Choice Theory in Law and Economics”. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (coord.), *Encyclopedia of Law and Economics*, cit., p. 797; PARISI, Francesco. “Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics”, cit., p. 262

the cost of the judicial services;
 delay, that, because of inflation, reduces the economic value of any subsequent judgment;
 the court financial minimum required to establish standing.

According to Posner, courts could act on all three factors, possibly increasing them to reduce the flow of demand, albeit with some limitations (e.g., regardless of the practicality of a system that places the cost of the judicial services entirely at the user's expense, this would not be justified even from a strictly economic point of view, given the positive externalities produced by the court ruling for the benefit of the community)³³.

However, if Posner model has been followed for a long time without being empirically verified, subsequent studies have rightly questioned its validity. In particular, it has been demonstrated that the assumption according to which any losing litigant with a positive cost-benefit analysis would appeal is incorrect in at least two respects: on the one hand, the economic trade-off is only one of the elements evaluated by the parties in deciding whether or not to appeal, so that there will be litigants who will propose an appeal even if potentially at a loss; on the other hand, there will be parties who will not be able to afford the advance payment of the expenses necessary to propose the appeal, and therefore will not file it despite the cost-benefit analysis being theoretically positive³⁴. As a result, the suggested increase in fees and delay would end up translating in a more restrictive access to the "appellate arena" and "decreas[ing] the legitimacy of the courts as these institutions [would be] increasingly viewed as available only to the wealthiest segments of society"³⁵. And, needless to say, such a system – which is nothing more than a negative selection mechanism based on census – would not even pursue the interests of the system, because there is obviously no correlation between a party's income and the importance of the legal issue raised in the dispute in which that same party is involved.

The same reasoning – which suggests that it is not possible to automatically apply law and economics models to judicial proceedings rules – can be extended to filters based on the so-called *suma gravaminis*, that is, the value of the case. It has already been noted that the only advantage of this system is the certainty of the selection criterion, clearly knowable in advance. However, the criticism against the *suma gravaminis* criterion is only partial: according to Giannini, "the case-value requirement means that the agenda of a supreme court prioritises the impact that the mistake presumably committed by the inferior court has on the litigant's pocket. [...] In other words, instead of focusing on the impact that the decision will have on the clarification, coherence,

33 POSNER, Richard A. *The Federal Courts*, Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 6 ff.; see also POSNER, RICHARD A. *Economic Analysis of Law*². Boston: Little, Brown and company, 1985, p. 522 ff. and p. 550 ff.

34 BARCLAY, Scott. "Posner's Economic Model and the Decision to Appeal". In: *The Justice System Journal*, v. 19, n. 1, 1997, p. 77 ff.

35 *Ibid.*, p. 96.

or modernisation of the legal system (and, in this sense, over the institutional performance of the supreme court), this access device focuses on a parameter that interests the appellant only: the amount of the damage caused by the appealed ruling³⁶. Such a criticism can certainly be shared if the objective aimed at by the political decision maker is to give prevalence to the public interest, as the criterion in question is unsuitable for this purpose; and yet, there are at least two other aspects which deserve consideration, and which show that such a system is clearly irrational.

On the one hand, “[t]he minimum-amount-in-controversy approach is the equivalent of an infinite filing fee for cases below the minimum and a zero filing fee for cases above it”³⁷, so that the mechanism ends up posing the same problem as Posner’s model; on the other hand, it is not even true that the setting of a *suma gravaminis* invariably meets litigant’s interest, because the relative value of a case depends on the economic conditions of the party; with the consequence that the principle of equality is violated also from this point of view, because the filter systematically excludes from the possibility of appealing those with a lower income (and for whom, therefore, even small sums can be extremely important).

This second line of criticism remains valid even if the system based on case value is combined with a positive selection mechanism based on merit; and in some way applies to filters based on procedural requirements too. Not only these latter – as seen – cannot be used too widely without rendering the appeal ineffective, but they are also in no way connected with the public interest, since they prevent access to the appeal court due to party’s error, regardless of the importance of the issue raised by the appeal.

6. CONCLUSION: DISCRETIONARY FILTERS AS A (NECESSARY) LAST RESORT

Any other type discarded, it only remains to analyze the last kind of filters previously recalled, namely those exclusively based on merit, which, in light of the above considerations, end up being the only possible ones. But this kind of filters can only be discretionary, both because - in this matter as in any other - it is unrealistic to expect the legislator to be able to foresee all the hypotheses that could arise in practice, and therefore to list exhaustively all the cases in which the appeal must be granted; and because, even if it were possible, language in general, and legal language in particular, is intrinsically vague and requires interpretation.

This summary makes it clear that in the context of this paper, which is only intended to provide a general theoretical framework, it would be impossible to go beyond a few broad considerations, since greater precision would only be possible by interpreting individual legislative provisions. With this caveat in mind, it is nonetheless possible

36 GIANNINI, Leandro J. “Access Filters and the Institutional Performance of the Supreme Courts”, cit., p. 202.

37 POSNER, Richard A. *Economic Analysis Of Law*, cit., p. 550.

to sum up the now long discussion to define the general parameters that legitimize the use of discretionary filters: they must be *broad enough* to induce the parties to appeal, since – as shown – individual interest remains the necessary driving force of the system; but *not so broad* as to allow the Court total freedom to apply them arbitrarily, both because this would make the filter irrational, and because its unpredictable application would act as a deterrent for risk adverse parties, regardless of the merits of their case and the importance of the legal issue there addressed.

And, where the law does not appear capable of achieving the right balance – which, it must be admitted, is rather difficult to define – this task will inevitably fall to the Court itself, as the Spanish experience of the *Acuerdos sobre criterios de admision de los recursos de casacion y extraordinario por infraccion procesal* demonstrates³⁸. Because, in the end, every law can be good or bad depending on *how* it is interpreted.

BIBLIOGRAPHY

- ARROW, Kenneth J. *The Economics of Agency*. Stanford: Harvard Business School Press, 1984
- BARCLAY, Scott. “Posner’s Economic Model and the Decision to Appeal”. In: *The Justice System Journal*, v. 19, n. 1, 1997
- CANON, Bradley C. “Reactions of State Supreme Courts to a U.S. Supreme Court Civil Liberties Decision”. In: *Law & Society Review*, v. 8, n. 1, 1973
- CAPASSO, Valentina, “Supreme Courts’ jurisprudence as a dispute avoidance mechanism ?”. In: *Civil Procedure Review*, v. 9, n. 3, 2018
- CAPASSO, Valentina, *Nullità degli atti e offensività necessaria. Contributo alla difesa della legalità del processo civile*. Roma: Dike, 2022
- CLARK, Tom S.; KASTELLEC, Jonathan P. “The Supreme Court and Percolation in the Lower Courts: An Optimal Stopping Model”. In: *The Journal of Politics*, v. 75, n. 1, 2013
- DALTON, Harlon Leigh. “Taking the Right to Appeal (More or Less) Seriously”. In: *Yale Law Journal*, v. 63, 1985
- EISENHARDT, Kathleen M. “Agency Theory: An Assessment and Review”. In: *The Academy of Management Review*, v. 14, n. 1, 1989
- ELLERSON, Alex S. “Note, The Right to Appeal and Appellate Procedural Reform”. In: *Columbia Law Review*, v. 91, 1991

38 Reference is here made to the *acuerdos* issued by the *Sala primera* in 2010, 2011 and 2017, in order to interpret article 477 LEC/2000, according to which an appeal to the Supreme Court must be based on an infringement of procedural or substantive rules, provided that there is a “casational interest”; the same article specifies that such an interest shall be considered to exist when the appealed decision opposes the doctrine of the Supreme Court or resolves points and issues on which there is contradictory jurisprudence of the Provincial Courts or applies rules on which there is no doctrine of the Supreme Court.

- FERRARIS, Federico. “Rationing Justice”. *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*. Torino: Giappichelli, 2015
- FINS, Henry G. “Is the Right of Appeal Protected by the Fourteenth Amendment?”. In: *Journal of the American Judicature Society*, v. 54, 1971, p. 296 ff.
- GALIČ, Aleš. “A Civil Law Perspective on The Supreme Court and Its Functions”. In: *Studia Iuridica*, LXXXI, 2019
- GIABARDO, Carlo Vittorio. “Availability of a First Appeal”. in HESS, Burkhard; WOO, Margaret; CADIET, Loic; MENÉTREY, Séverine; VALLINES GARCÍA, Enrique (coord.). *Comparative Procedural Law and Justice (Part VIII Chapter 1)*, available at cplj.org/a/8-1
- GIANNINI, Leandro J. “Access Filters and the Institutional Performance of the Supreme Courts”. In: *International Journal of Procedural Law*, v. 12, n. 2, 2022
- HOC, Arnaud. *De l’appel-nullité au recours restauré. Étude de droit belge et de droit français*. Bruxelles: Larcier, 2019
- HÜSCHEL RATH, Kai; SMUDA, Florian. *The Appeals Process: An Empirical Assessment*, ZEW Discussion Paper No. 14-063, available at <http://ftp.zew.de>
- KERKMEESTER, Heico. “Methodology: General”. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (coord.), *Encyclopedia of Law and Economics. Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000
- LOBSENZ, James E. “A Constitutional Right to an Appeal: Guarding Against Unacceptable Risks of Erroneous Conviction”. In: *University of Puget Sound Law Review*, v. 8, 1985
- NACHBAR, Thomas B. “The Rationality of Rational Basis Review”. In: *Virginia Law Review*, v. 102, n. 7, 2016
- NIEVA FENOLL, Jordi. “Hacia la constitucionalidad del diseño procesal de los medios de impugnación”. In: *Revista de Derecho Político*, n. 121, 2024, p. 35 ff.
- NIEVA FENOLL, Jordi. “La paulatina constitucionalización del derecho al recurso”. In: *Revista de Derecho Político*, n. 120, 2024
- NORKUS, Rimvydas. *The Filtering of Appeals to the Supreme Courts*, Introductory Report at Dublin Conference of November 26-27, 2015, organized by the Network of The Presidents of The Supreme Judicial Courts of The European Union, available at <https://www.lat.it>
- PARISI, Francesco. “Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics”. In: *European Journal of Law and Economics*, v. 18, 2004
- PERRY, H.W. Jr. *Deciding to Decide: Agenda Setting in the United States Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1991
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*³. Boston: Little, Brown and company, 1985
- POSNER, Richard A. *The Federal Courts*. Cambridge: Harvard University Press, 1985
- RE, Richard M. “Narrowing Precedent in The Supreme Court”. In: *Columbia Law Review*, v. 114, 2014

- RE, Richard M. "Narrowing Supreme Court Precedent from Below". In: *The Georgetown Law Journal*, v. 104, 2016
- ROBERTSON, Cassandra Burke. "The Right to Appeal". In: *North Carolina Law Review*, v. 91, n. 4, 2013
- ROMANS, Neil T. "*The Role of State Supreme Courts in Judicial Policy Making: Escobedo, Miranda and the Use of Judicial Impact Analysis*". In: *The Western Political Quarterly*, v. 27, n. 1, 1974
- SHAPIRO, Martin. "Appeal". In: *Law & Society Review*, v. 14, n. 3, 1980
- SHAPIRO, Susan P. "The Social Control of Impersonal Trust". In *American Journal of Sociology*, v. 93, n. 3, 1987
- SHAVELL, Steven. "The Appeals Process as a Means of Error Correction". In: *The Journal of Legal Studies*, v. 24, n. 2, 1995
- ULEN, Thomas S. "Rational Choice Theory in Law and Economics". In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (coord.), *Encyclopedia of Law and Economics. Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

3

A FLEXIBILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO OBRIGATÓRIA DO ARTIGO 334 DO CPC NO SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS

THE FLEXIBILITY OF MANDATORY MEDIATION IN ARTICLE 334 OF THE CPC FROM THE MULTI-DOOR JUSTICE SYSTEM

Agenor Cássio Nascimento Correia de Andrade

Ph.D. and Master's degree in Human Rights, specializing in Civil Procedural Law, from the Federal University of Pará, Brazil. LL.M. in Public Law. Judge of the State Court of Pará, Brazil. andrade@tjpa.jus.br.

This article is the result of the research group “Transformations in theories on the process and procedural law”, linked to the Federal University of Bahia and registered in the National Directory of Research Groups of the CNPQ (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053). This group is a founding member of “ProcNet – International Research Network on Civil Justice and Contemporary Process” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>)”.

RESUMO: O presente artigo analisa a obrigatoriedade da mediação prevista no artigo 334 do CPC de 2015 à luz da principiologia e da dogmática do sistema de justiça multiportas, com foco na possível flexibilização da audiência judicial de conciliação ou de mediação. A obrigatoriedade dessa audiência evidencia a valorização do diálogo e da autonomia das partes na construção de soluções consensuais. No entanto, a pesquisa demonstra a necessidade de uma interpretação flexível do referido artigo, de modo a adaptá-lo às diversas realidades do sistema de justiça multiportas. Para fundamentar essa abordagem, o artigo apresenta a Justiça Multiportas e dis-

cute como a solução de conflitos pode ser alcançada por meios outros que não o Judiciário. Em seguida, são examinadas as controvérsias suscitadas pelo artigo 334 do CPC e suas implicações processuais. Por fim, analisa-se a compatibilidade da rigidez procedimental estabelecida no artigo 334 com os princípios norteadores do sistema de justiça multiportas, visando a adequação do método ao conflito. Com apoio na pesquisa bibliográfica e no método hipotético-dedutivo, conclui-se que a flexibilidade no contexto da justiça multiportas possibilita uma maior adequação do sistema às peculiaridades das questões jurídicas, contribuindo para uma maior efetividade do sistema processual na resolução de conflitos e, conseqüentemente, para uma mudança na cultura do litígio em nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Métodos autocompositivos; mediação e conciliação obrigatória; Justiça Multiportas; flexibilização; solução consensual de conflitos.

ABSTRACT: This article analyzes the mandatory mediation provided for in the legal provision contained in art. 334 of the Civil Procedure Code (CPC) of 2015 based on the principles and dogmatics provided for in the multi-door justice system, with a focus on the possible flexibility of the judicial conciliation or mediation hearing. The obligation of this hearing, provided for in art. 334, highlights the appreciation of dialogue and the autonomy of the parties in the construction of consensual solutions. However, the research demonstrates the need for a flexible interpretation of the aforementioned article, in order to adapt it to the different realities of the multi-door justice system. To support this approach, the article presents the multi-door justice system and discusses how conflict resolution can be achieved through alternative means to the Judiciary. Next, the controversies surrounding art. 334 of the CPC and its procedural implications are addressed. Finally, the compatibility between the procedural rigidity established in art. 334 and the guiding principles of the multi-door justice system, aiming to adapt the method to the conflict. Using bibliographical research and the hypothetical-deductive method, it is concluded that flexibility in the context of multi-door justice allows for greater adaptation of the system to the peculiarities of legal issues, allowing greater effectiveness in resolving conflicts and contributing to greater effectiveness of the procedural system and a change in the culture of litigation in our legal system.

Keywords: Consensual dispute resolution methods; mandatory mediation and conciliation; Multi-door Justice; flexibility; consensual conflict resolution.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa a flexibilização da audiência obrigatória de conciliação ou de mediação, prevista no artigo 334 do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, no contexto do sistema de justiça multiportas. A investigação parte da premissa de que, embora o dispositivo legal demonstre importante valorização do diálogo e da autonomia das partes na construção de soluções consensuais, sua aplicação requer uma interpretação flexível para adequar-se às diversas realidades da Justiça Multiportas.

Uma das vigas mestras do CPC de 2015 foi a valorização do uso da mediação como instituto jurídico fundamental para a redução da litigiosidade. Ao adotar a mediação como um dos pilares do processo civil, o legislador torna evidente que a resolução consensual dos conflitos é essencial para a construção de uma justiça mais célere, eficaz e humanizada.

Logo em seu artigo 3.º, parágrafos 2.º e 3.º, o Código estabelece expressamente o incentivo à mediação e a outros métodos de solução consensual de conflitos, demonstrando uma mudança paradigmática na forma de conceber o acesso à justiça no Brasil.

O § 2.º do artigo 3.º dispõe que “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, enquanto o § 3.º determina: “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”. Essa positivação logo no início do Código revela a centralidade que o legislador conferiu aos métodos autocompositivos.

O artigo 334 do CPC estabelece a obrigatoriedade de uma audiência de conciliação ou de mediação antes do início do processo contencioso, o que demonstra o compromisso do legislador com a cultura da autocomposição. Ao exigir a realização dessa audiência, exceto nos casos em que a conciliação for manifestamente inviável, o ordenamento jurídico incentiva as partes a buscar soluções consensuais para seus conflitos, contribuindo para a celeridade e a efetividade da justiça.

Ocorre que o caráter obrigatório dessa mediação tem gerado debates acerca da sua efetividade e aplicabilidade, especialmente quando considerada a diversidade de casos e a predisposição das partes envolvidas. A exigência de que em todo processo, antes mesmo da citação do réu, fosse designada uma tentativa de conciliação para as partes representou um grande avanço para o sistema como um todo. No entanto, a pesquisa também evidencia a necessidade de uma interpretação flexível do referido artigo, a fim de adaptá-lo às diversas realidades processuais. A rigidez na aplicação da norma pode comprometer a sua efetividade e gerar resistências por parte dos operadores do direito.

A flexibilização procedimental, realizada com base em critérios técnicos e assegurando as garantias fundamentais, emerge como um caminho promissor para aprimorar a resolução de conflitos no Judiciário. Inspirada na principiologia da justiça multiortas, essa abordagem permite a adaptação das técnicas de mediação às particularidades de cada caso, por meio de sessões preliminares e da adequação do número de encontros, mantendo o foco na resolução consensual.

Nesse contexto, o sistema de justiça multiortas se consolida como um paradigma essencial, ao oferecer às partes múltiplas vias para a solução de suas disputas, combinando diferentes métodos como a arbitragem, conciliação e mediação. Essa diversidade de abordagens reflete a necessidade premente de adaptar o sistema jurídico às demandas contemporâneas, que clamam por celeridade e eficiência.

Em suma, a pesquisa enfatiza a importância de flexibilizar a audiência de conciliação obrigatória no processo judicial, valorizando a mediação e outros métodos adequados de solução de conflitos como instrumentos cruciais para aprimorar o acesso à justiça e responder de forma mais eficaz aos desafios da litigiosidade atual.

Diante do exposto, questiona-se: em que medida a flexibilização da obrigatoriedade da audiência de conciliação ou de mediação prevista no artigo 334 do CPC, no âmbito do sistema de justiça multiportas, contribui para a otimização da resolução de conflitos e para a garantia do acesso à justiça de forma mais célere e efetiva?

Levanta-se a hipótese de que a flexibilização da obrigatoriedade da audiência de conciliação ou de mediação prevista no artigo 334 do CPC, no contexto do sistema de justiça multiportas, pode contribuir para uma maior efetividade na resolução de conflitos, desde que acompanhada de mecanismos adequados de identificação e de encaminhamento para os métodos alternativos de resolução de conflitos mais adequados a cada caso.

Utiliza-se no presente trabalho o método de abordagem hipotético-dedutivo, uma vez que se propõe uma hipótese para o problema e tenta-se averiguá-la ao longo do trabalho. Ademais, como método de procedimento, adota-se a pesquisa bibliográfica em fontes primárias e secundárias para a obtenção de dados e de argumentos a fim de confirmar ou desqualificar a hipótese levantada.

Na primeira seção após esta introdução, aborda-se a principiologia do sistema de justiça multiportas e o modo como pode contribuir para o acesso à justiça com efetividade. Na segunda seção, mostra-se como os métodos autocompositivos ganharam destaque a partir do CPC de 2015, destacando-se a importância do estabelecimento da obrigatoriedade da mediação judicial no início do processo. Na terceira e última seção, a investigação concentra-se na possibilidade de o sistema de justiça multiportas suprir a exigência legal do artigo 334, abrindo o sistema para outras possibilidades de auto-composição, dentro e fora do Poder Judiciário.

Conclui-se pela necessidade de uma interpretação sistemática do artigo 334, que permita sua adaptação às necessidades específicas de cada conflito, sem comprometer a segurança jurídica. Essa flexibilização alinha-se ao próprio espírito do sistema multiportas, que preconiza a adequação do método ao conflito, e não o contrário, contribuindo para uma justiça mais efetiva e participativa, buscando evidenciar a necessidade de um equilíbrio entre a imposição normativa e a autonomia das partes, a fim de garantir a efetividade e a eficiência do processo de mediação.

2 O SISTEMA BRASILEIRO DE JUSTIÇA MULTIPORTAS

A justiça multiportas tem-se firmado no Brasil cada vez mais como uma grande reformulação no modo de conceber o direito na atualidade. Quando se fala em justiça multiportas, fala-se em descentralização do poder em uma perspectiva de diversidade de focos de atuação para a resolução de problemas jurídicos.

O acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário, traduzindo-se no direito de acesso a uma justiça organizada de forma adequada, cujos instrumentos processuais sejam aptos a realizar, efetivamente, os direitos assegurados ao cidadão. Não se trata apenas de um direito social fundamental, mas também do ponto essencial da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica¹.

A existência de diversos mecanismos de resolução de conflitos – como arbitragem, conciliação e mediação – demonstra que a justiça pode ser alcançada por meio de diferentes caminhos, cada um com suas próprias características e vantagens.

Esse sistema tem-se consolidado principalmente a partir da vigência do CPC de 2015. Surgiu nos Estados Unidos a ideia de criação de centros de resolução de conflitos que oferecessem outras formas de resolutividade além do Judiciário, dependendo do tipo de conflito e das necessidades das partes envolvidas.

No Brasil, algumas iniciativas normativas foram fundamentais para a implementação desse sistema, como os juizados especiais – instituídos pela Lei n.º 9.099/1995 e, posteriormente, pelas Leis n.º 10.259/2001 e n.º 12.153/2009 –, a edição pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) da Resolução n.º 125/2010 e a criação da Lei n.º 13.140/2015 – a Lei da Mediação.

O CPC/2015 promoveu a evolução do processo civil e do sistema de justiça, consolidando um modelo de justiça multiportas. Conforme observa Leonardo Carneiro da Cunha, o direito brasileiro, a partir da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e do Código de Processo Civil de 2015, avança na direção de um sistema que direciona cada caso ao método ou técnica mais apropriada para a resolução do conflito. Ademais, o autor destaca que o Judiciário deixou de ser exclusivamente um órgão julgador para assumir uma função de resolução de disputas, sendo imprescindível que a decisão proferida seja adequada, garantindo satisfação às partes envolvidas com o resultado obtido².

Além disso, existem normas orientadoras do CPC que funcionam como diploma normativo de organização do sistema brasileiro de justiça multiportas, quando interpretadas de forma conjunta – caso dos artigos 3.º, 15, 327, § 2.º, 926 e 1.049, parágrafo único³, os quais possibilitam uma perspectiva mais ampla e flexível para o tratamento dos conflitos, tendo em vista flexibilizar os procedimentos processuais e fomentar mais ambientes para o estímulo aos acordos.

Assim, o CPC/15 possibilitou a consolidação do sistema de justiça multiportas no Brasil, na medida em que define como absoluta prioridade a utilização dos métodos

1 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 13. Reimpresso em 2002.

2 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 637.

3 DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à Justiça multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil*. São Paulo: JusPodivm, 2024, p. 67.

autocompositivos para a resolução dos problemas jurídicos, o que garante às partes o exercício do poder de autorregramento ao longo do processo como uma forma de manifestação democrática no processo, como defende Fredie Didier Jr⁴.

Esse princípio também reformula o papel dos magistrados no estímulo constante ao uso da mediação e da conciliação. Segundo o artigo 139, V, do CPC, os magistrados têm o dever de estimular a conciliação e a mediação em qualquer fase do processo, sempre que possível. Nota-se que, com o CPC/2015, houve uma mudança de paradigma na dogmática processual, que aponta para uma mudança de mentalidade porque se prioriza a solução consensual dos conflitos. Trata-se de uma evolução do sistema adversarial tradicional para um modelo mais colaborativo.

De acordo com Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero⁵, no processo colaborativo, há um contraditório forte, de natureza argumentativa e dialética, na medida em que há um efetivo diálogo entre o juiz e as partes, que se materializa na condução do processo no momento em que juízes e tribunais asseguram às partes igualdade formal de tratamento no exercício de seus poderes, deveres e ônus, tendo em vista a verdade e a efetividade da decisão judicial.

O sistema brasileiro de justiça multiportas é um sistema auto-organizado, uma organização complexa, que interage constantemente entre si, com crescimento disforme e em condições diversas, com resultados que provocam contínua alteração e desenvolvimento e que geram um progresso sem planejamento. Ademais, o sistema não se limita à atuação de agentes do Judiciário, também possibilita a interação com outros agentes do sistema de justiça, responsáveis por desenvolver e transformar o sistema, sejam eles públicos, como membros do Ministério Público ou serventias judiciais, sejam privados, como comitês de resolução de disputas e associações de mediadores.

Tais sujeitos e instituições, ainda que suas atuações e decisões sejam questionadas no Judiciário, constituem portas de acesso à justiça, pois são ambientes apropriados à solução de problemas jurídicos⁶.

De acordo com Niklas Luhmann⁷, o direito da Modernidade é fruto de reflexões acerca da complexificação social e da contingencialização do agir na sociedade moderna. A sociedade moderna é, para o autor, caracterizada pela complexidade e pela contingência. A contingência significa que as possibilidades são sempre maiores do

4 DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 57, jul./set. 2015, p. 169.

5 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 83.

6 DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à Justiça multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil*. São Paulo: JusPodivm, 2024, p. 114-115.

7 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45.

que aquelas que podem ser efetivamente atualizadas. Por isso, a sociedade passa a ser vista como um grupo de sistemas, horizontalmente relacionados, cada qual correspondendo a um âmbito de atuação do indivíduo. Assim, a proposta teórica de Luhmann é não mais tratar o sistema como um todo resultado da soma das partes, mas considerar cada subsistema com suas diferenças e peculiaridades em relação ao meio.

No entanto, segundo Fredie Didier Jr. e Leandro Fernandez, a abordagem do sistema brasileiro de justiça multiportas não pode ser desenvolvida na perspectiva luhmanniana, na medida em que o Judiciário não deve ser a referência principal para a resolução dos problemas jurídicos enquanto outros centros são apenas secundários ou periféricos, pois esses também possuem o poder de decidir aprioristicamente⁸.

O conflito é inerente às próprias relações sociais, daí decorre a conclusão de que a sociedade está constantemente em conflito. Assim, em uma perspectiva sociológica, o direito não pode ser entendido apenas como um conjunto de normas abstratas, deve ser, antes, considerado um fenômeno social dinâmico, que influencia as estruturas e práticas sociais e é por elas influenciado.

Pode-se afirmar que o direito não resolve os conflitos, apenas dá um tratamento jurídico às disputas de interesses antagônicos entre as partes, propondo normas para sua contenção. O direito não faz nem busca fazer com que o conflito desapareça, apropria-se dele e propõe um tratamento possível, mantendo-o sob seu controle⁹.

Considerando que a pluralidade humana possibilita a solução de problemas de diversas formas, cabe questionar quais tipos de temas podem ser tratados por um sistema jurídico aberto à resolução de situações. De fato, o problema apresentado pode ser resolvido por diversas áreas do conhecimento humano, visto que a resolução de problemas é uma habilidade fundamental em praticamente todas as áreas do conhecimento, na ciência, na engenharia, nas ciências humanas ou nas artes. A capacidade de identificar, analisar e solucionar problemas é essencial para o progresso e o desenvolvimento.

Caso o problema tenha de ser resolvido pelas ciências jurídicas, ele se enquadrará na categoria de problema jurídico, podendo ser uma questão jurídica de relação de trabalho ou de relação de consumo, ou uma questão relacionada às normas de direito de família, por exemplo. Dessa forma, a solução daquele problema terá de passar necessariamente pela aplicação das leis, pela interpretação de normas jurídicas e/ou pela análise de julgados de cortes ou tribunais administrativos.

A decisão de um problema jurídico dependerá de um ato de um juiz ou de um árbitro ou de um acordo entre as partes. Assim, o problema que o direito pode resolver

8 DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à Justiça multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil*. São Paulo: JusPodivm, 2024, p. 116.

9 ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 150.

não é um problema temático, não é um problema social; deve ser um problema concreto, não podendo ser abstrato nem estar no mundo das ideias¹⁰.

Segundo Trícia Navarro Xavier Cabral, o objeto da justiça multiportas é o conflito, que indica um descontentamento com determinada situação e que pode ter repercussão social ou jurídica. Quando o conflito suscita repercussão no ambiente jurídico, traduz-se pelo termo “questão”, que compreende “qualquer problema ou dúvida de conteúdo jurídico que se pretenda solucionar, não precisando ser interpessoal e nem se limitar ao campo judicial”¹¹.

Para referir-se aos problemas jurídicos, Sandoval Alves da Silva emprega a expressão “conflitos, problemas e insatisfações sociais” (CPIS), que envolvem incentivo, prevenção, transformação, administração e solução de conflitos no sistema de restauração das relações interpessoais. Depois de entender os CPIS, é possível adotar a melhor forma de administração (gestão, transformação, resolução etc.)¹².

Os fatos jurídicos são acontecimentos ou eventos com origem na natureza ou na conduta humana voluntária ou involuntária. São regulamentados pelo direito e estabelecem as consequências que os fatos despertam nas ciências jurídicas ou definem os efeitos que vão reverberar no campo jurídico.

Para a doutrina clássica, o fato jurídico é notado pela produtividade dos seus efeitos. Francisco Amaral define fatos jurídicos como “acontecimentos que produzem efeitos jurídicos, causando o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas e seus direitos”¹³.

No entanto, outra corrente doutrinária entende que fato jurídico não pode depender da análise da produção dos seus efeitos, na medida em que um fato jurídico pode não chegar a produzir seus efeitos efetivamente, apesar de possuir capacidade para tanto. Seguindo essa linha de pensamento, Pontes de Miranda conceituou o fato jurídico como “o fato ou o complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica: portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica”¹⁴.

Dessa maneira, os conceitos de fato jurídico e de problema jurídico não se confundem, mas estão interligados: o primeiro é o evento ou a situação do mundo real que tem relevância para o direito e produz efeitos jurídicos; o segundo é a aplicação prática

10 DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à Justiça multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil*. São Paulo: JusPodivm, 2024, p. 42.

11 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2024, p. 8-9.

12 SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 193-226.

13 AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 333.

14 PONTES DE MIRANDA, [Francisco Cavalcanti]. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 1999. t. 1, p. 52.

do direito a um caso específico, uma questão ou situação que demanda análise e solução dentro do âmbito jurídico.

A solução de um problema jurídico dá-se por meio de portas de acesso à justiça, que não se confunde com o que se pretende ao atravessá-las, que é a Justiça, a solução adequada de um problema jurídico¹⁵. As portas constituem formas de acesso de que a pessoa pode dispor para tutelar seus direitos e resolver conflitos. O acesso à justiça é um direito fundamental previsto no artigo 5.º, XXXV, da Constituição da República, que garante a todos os cidadãos iguais e amplas possibilidades de buscar soluções para seus conflitos.

As múltiplas portas de acesso à justiça demonstram a ampliada oferta de meios para que o cidadão possa alcançar a solução adequada dos conflitos, não se restringindo apenas ao Poder Judiciário como o único solucionador dos problemas jurídicos e garantindo que todos os cidadãos possam exercer seus direitos e resolver seus conflitos de maneira célere, justa e equitativa. Portas de acesso à justiça não se confundem com modo de tratamento: a porta pode ser consumidor.gov, Judiciário, câmaras de arbitragem, entre outras; o modo é autocomposição, heterocomposição e autotutela.

A distinção entre “porta” de justiça e “modo” de solução é ilustrada pelo caso do estado do Pará, que conta com uma Câmara de Negociação, Conciliação, Mediação e Arbitragem (cf. CPC, arts. 3.º, § 2.º, e 174, e Lei n.º 13.140/2015, art. 32), criada pela Lei Complementar n.º 121/2019 em junho de 2019. Com base na análise dos quatro anos de existência da Câmara – que contabilizava 8.479 acordos em junho de 2023 –, pode-se afirmar que a “porta” é a Procuradoria da Câmara de Negociação, Conciliação, Mediação e Arbitragem (PCAM) e o “modo” praticado é o autocompositivo (especificamente, a negociação)¹⁶.

Nota-se que o tratamento dos conflitos não está restrito ao Poder Judiciário. Por isso, a gestão dos problemas jurídicos também passou por uma ampliação, sendo necessário diferenciar administração da justiça de administração judiciária. A administração judiciária diz respeito à forma de tratamento, de gestão e de resolução dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário, abrangendo a organização e o exercício de suas funções¹⁷. Trata-se da gestão dos meios necessários para se alcançar um patamar de eficiência dentro do Poder Judiciário. Essa gestão é exercida inclusive pelo CNJ, que estabelece metas e políticas para melhorar a eficiência do Judiciário como um todo.

15 DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à Justiça multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil*. São Paulo: JusPodivm, 2024, p. 42-43.

16 JESUS, Thiago Vasconcellos. *O Sistema Multiportas na Fazenda Pública: a experiência do Estado do Pará*. Londrina, PR: Thoth, 2023, p. 75-89.

17 DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à Justiça multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil*. São Paulo: JusPodivm, 2024, p. 43.

A administração judiciária também pode ser entendida como gestão da corte (*court management*), conforme entendimento de Fernando Gajardoni, como sendo uma adequada Gestão das Cortes (*Court Management*) para que, através do mais adequado emprego das técnicas de administração de recursos materiais e humanos, possam elas ter melhor desempenho qualitativo e quantitativo¹⁸.

Assim, administração judiciária refere-se à gestão dos recursos e estruturas que podem melhorar o funcionamento do Poder Judiciário, inclusive com a implementação de tecnologias de inteligência artificial para reduzir o tempo do processo. Já a administração da justiça considera o sistema de justiça mais amplo do que o Judiciário, envolvendo não apenas os tribunais e magistrados, mas também outros órgãos e instituições que participam da realização da justiça, como a Defensoria Pública, o Ministério Público, cartórios, câmaras arbitrais, tribunais administrativos, órgãos que atuam de maneira integrada para garantir maior acessibilidade a todos. Para Fredie Didier Jr. e Leandro Fernandez, “a administração judiciária é subconjunto da administração da justiça”¹⁹. É nesse sentido que se utiliza o termo “justiça multiportas” e não “tribunal multiportas”: o sistema de resolução de conflitos não se restringe à seara dos tribunais.

A expressão *Multi-door Courthouse* foi empregada pela primeira vez por Frank Sander, professor da Universidade de Harvard, na Pound Conference, em Washington em 1976. O jurista, para defender um acesso mais amplo à justiça, propôs um tribunal com várias portas individualmente consideradas, capazes de dar uma solução mais adequada a cada espécie de conflito²⁰. O sistema *Multi-door Courthouse* também representaria uma proposta de reduzir a sobrecarga de processos no Judiciário e de aumentar a resolutividade da solução dos casos.

No Brasil, a maioria da doutrina adota o termo “justiça multiportas”, por considerar que tribunal multiportas tem uma interpretação mais restrita, limitando-se ao ambiente judicial. A expressão “justiça multiportas”, mais ampla, reconhece que o acesso à justiça pode ocorrer por meio de variadas formas.

Também no âmbito dos litígios coletivos, caracterizados pela sua elevada complexidade social e pela necessidade de equilibrar diversos direitos fundamentais, torna-se imprescindível, conforme apontam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., a implementação de uma tutela adequada por meio do sistema de justiça multiportas. Tal abor-

18 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Gestão de conflitos nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, set./dez. 2018, p. 282. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2018.39174>.

19 DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à Justiça Multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil*. São Paulo: JusPodivm, 2024, p. 44.

20 CASTRO, Andressa Oliveira Cupertino de; CARNEIRO, Myrna Fernandes. O Tribunal Multiportas e sua consolidação no ordenamento jurídico brasileiro: uma contribuição para a contenção da litigiosidade. In: MORAES, Daniela Marques de; BRANDÃO, Fernanda Holanda Vasconcelos (coord.). *Acesso à justiça*. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 377. Disponível em: <https://site.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/v5z5kqti/8Ve0I9d88FliCwvn.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2025.

dagem implica que a decisão judicial deve ser considerada como a última alternativa (*ultima ratio*) para a resolução do conflito.²¹

A porta de justiça *ad hoc* é aquela criada posteriormente ao conflito, como forma de solucionar o problema de forma mais adaptável ao caso em concreto, mesmo que para isso seja necessário criar uma estrutura de resolutividade. Um exemplo é a constituição da Fundação Renova, responsável por gerir os programas de reparação dos atingidos pelo rompimento da barragem de Fundão, em Mariana (MG)²². A concepção de portas *ad hoc* confirma a ideologia central da justiça multiortas, na medida em que busca o método mais adequado para cada conflito específico, mesmo que isso implique um novo método. Portanto, são permitidas e incentivadas soluções personalizadas para a resolução de conflitos fora das estruturas já criadas pelo sistema.

3 O INCENTIVO AO USO DOS MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO CPC DE 2015 E A OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO DE SEU ARTIGO 334

A sociedade contemporânea enfrenta uma verdadeira avalanche de informações, impulsionada pelo avanço tecnológico e pela globalização. Esse excesso de dados e de possibilidades acaba por tornar o processo de tomada de decisões cada vez mais complexo, já que os indivíduos se defrontam com uma ampla variedade de opções e de caminhos a seguir. Esse fenômeno não se restringe apenas ao âmbito pessoal ou profissional, mas também se reflete nos processos autocompositivos, como a mediação e a conciliação. Nesses contextos, a multiplicidade de alternativas e de perspectivas pode, paradoxalmente, dificultar a resolução de conflitos, uma vez que as partes envolvidas podem sentir-se sobrecarregadas ou indecisas diante de tantas possibilidades.

Além disso, as questões tratadas nas sessões autocompositivas frequentemente envolvem aspectos emocionais e sentimentais, o que torna mais complexo o processo decisório. Emoções como medo, insegurança, frustração e expectativa podem influenciar significativamente a forma como as partes avaliam suas opções e tomam decisões. Esse cenário tende a ampliar as dúvidas e incertezas, já que as escolhas são não apenas racionais, mas também carregadas de subjetividade.

Diante disso, os indivíduos buscam, de maneira natural, identificar ações que minimizem os riscos e reduzam as probabilidades de resultados indesejados. Essa

21 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiortas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça multiortas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 36. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, 9).

22 Fredie Didier Jr. citou esse exemplo em aula proferida no dia 3 de outubro de 2024 na Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=SIDoINhV2pk>. Acesso em: 6 out. 2024).

busca por segurança e previsibilidade é uma resposta ao medo de cometer erros ou de agravar ainda mais o conflito, o que reforça a importância de um ambiente auto-compositivo que promova clareza, confiança e apoio emocional durante o processo de decisão.

Consequentemente, a complexidade das emoções e a ampla gama de opções disponíveis tornam os processos autocompositivos desafiadores. Uma abordagem cuidadosa e informada é crucial para garantir que as decisões tomadas sejam as mais adequadas e benéficas para todas as partes envolvidas. A combinação de informações abundantes e de sentimentos intensos exige uma gestão eficiente dos processos autocompositivos para alcançar resoluções satisfatórias e justas.

Esse novo paradigma requer uma mudança de mentalidade de todos os operadores do direito e da própria sociedade, no sentido de compreender que a verdadeira justiça se realiza não apenas por meio de decisões judiciais, mas principalmente por meio do diálogo e da construção conjunta de soluções que atendam aos interesses de todos os envolvidos.

O empoderamento do cidadão para as práticas discursivas e narrativas da mediação de conflitos vem ao encontro do pensamento de Jürgen Habermas, que leciona:

[...] sob as condições de uma compreensão pós-metafísica do mundo, só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos. [...] uma autonomia privada assegurada serve como garantia para a emergência da autonomia pública, do mesmo modo que uma percepção adequada da autonomia pública serve como garantia para a emergência da autonomia privada²³.

Cândido Rangel Dinamarco também ressalta o incentivo às práticas autocompositivas, destaca que, atualmente, é uma tendência abandonar a visão tradicional da jurisdição, que por muitos anos restringiu o pensamento dos processualistas e impediu o desenvolvimento de outros métodos de proteção para as partes envolvidas em conflitos. Afirma que os meios alternativos de resolução de disputas assumem um papel central nas preocupações dos processualistas, com especial ênfase na conciliação e na arbitragem, tendo em vista que esses métodos não se baseiam exclusivamente na interpretação literal da lei, que por muito tempo foi vista como a principal justificativa para o exercício da jurisdição estatal. Em vez disso, eles buscam, assim como a jurisdição, a pacificação, que é o verdadeiro fundamento da legitimidade da jurisdição no Estado moderno²⁴.

23 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 146.

24 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos ao processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2, p. 836-837.

A autocomposição também é uma espécie de política pública, pois os números crescentes das mediações nos tribunais demonstram a sua elevada eficiência no tratamento adequado dos conflitos sociais²⁵.

Todo esse contexto fez com que houvesse uma mudança de paradigma a partir do CPC de 2015. A cultura jurídica brasileira, historicamente centrada no litígio, passou a adotar uma perspectiva que valoriza o diálogo e a construção conjunta de soluções. Essa mudança representa um avanço significativo na democratização do acesso à justiça, uma vez que empodera as partes para que sejam protagonistas na resolução de seus próprios conflitos.

O CPC/2015 não apenas incentiva a mediação, mas também estrutura sua implementação, prevendo a criação de centros judiciais de solução consensual de conflitos e regulamentando a atuação dos mediadores. Essa estruturação é fundamental para a efetiva institucionalização da mediação no sistema de justiça. Ademais, estabelece princípios fundamentais que devem orientar a mediação, como independência, imparcialidade, autorregramento da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada (CPC, art. 166), para garantir maior efetividade, qualidade e legitimidade ao procedimento autocompositivo.

A consagração dos métodos autocompositivos no CPC de 2015 é fruto de uma transformação de diplomas legais que resultou da progressiva utilização dos mecanismos conciliatórios em nosso ordenamento jurídico: a audiência de conciliação preliminar do artigo 331 do CPC/1973, introduzida pela Lei n.º 8.952/1994 sob o título “audiência de conciliação”, posteriormente denominada “audiência preliminar” pela Lei n.º 10.444/2002; o sistema de conciliação introduzido nos juizados especiais com a Lei n.º 9.099/1995; a Resolução n.º 125/2010 do CNJ, entre outros.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover²⁶, a Resolução n.º 125 do CNJ, o CPC de 2015 e a Lei de Mediação – Lei n.º 13.140/2015 – constituem um minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos.

O CNJ reconhece a diversidade de métodos para a resolução de conflitos, incluindo negociação, mediação, conciliação e arbitragem. Além desses, práticas como a justiça restaurativa emergem como ferramentas eficazes para a pacificação social e a prevenção de litígios, complementando a atuação do Poder Judiciário e alinhando-se aos objetivos da política pública. Para Fredie Didier Jr., o § 3.º do artigo 3.º do CPC é cláusula geral que consagra a abertura do sistema processual para “técnicas atípicas de solução de conflitos”, pois permite que se “criem técnicas, inclusive pela mixagem de técnicas existentes”²⁷.

25 SPENGLER, Fabiana Marion. A autocomposição como política pública de incentivo ao direito fundamental de acesso à justiça. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, Belém, v. 5, n. 2, jul./dez. 2019, p. 6.

26 GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *O Novo Código de Processo Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 51.

27 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 25. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023. v. 1, p. 382.

O CNJ estabeleceu, por meio da Resolução n.º 125/2010 e de suas Emendas n.º 1 e n.º 2, a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesse no Poder Judiciário, apresentando diretrizes para organizar, em âmbito nacional, os serviços prestados nos processos judiciais, bem como para incentivar a solução dos conflitos mediante outros mecanismos, em especial os consensuais, autocompositivos. A partir de tal Resolução, o interesse pela solução de conflitos por meios adequados à sua natureza e à sua peculiaridade angariou *status* de política pública, conforme consta em seu artigo 1.º.

A Resolução CNJ n.º 125/2010 instituiu os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs) e os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemecs), dando origem a uma rede de atendimento especializada na resolução consensual de conflitos, com o objetivo de fortalecer a cultura da pacificação social.

Para sistematizar a prática da mediação nos tribunais brasileiros, o CNJ elaborou o *Manual de Mediação Judicial*, que serve como referência nos cursos de capacitação promovidos pelos diversos tribunais do país. O CNJ adota o termo “mediação judicial” para diferenciá-la da mediação extrajudicial, que ocorre em contextos fora do âmbito do Poder Judiciário. Essa modalidade de mediação é conduzida por mediadores vinculados aos Cejuscs, os quais recebem treinamento específico em conformidade com as diretrizes estabelecidas pelo CNJ²⁸.

O instituto da mediação encontra previsão legal no novo CPC, mais especificamente na Seção V do Capítulo III do Título IV, que trata dos auxiliares da justiça. Essa inclusão representa um marco significativo no ordenamento jurídico brasileiro, evidenciando a importância atribuída pelo legislador aos métodos consensuais de resolução de conflitos. A mediação e a conciliação, como métodos autocompositivos, são os principais mecanismos de solução pacífica de disputas previstos na nova norma processual, configurando-se como uma das principais inovações em relação ao código anterior. Essa mudança reflete uma preocupação do legislador brasileiro em buscar alternativas eficazes para reduzir o volume de demandas judiciais, promovendo a solução de conflitos de forma mais ágil, eficiente e harmoniosa, sem a necessidade de intervenção direta do Poder Judiciário em todos os casos.

A mediação, em particular, firma-se como um instrumento que privilegia o diálogo e a cooperação entre as partes, permitindo que elas mesmas encontrem soluções para suas controvérsias. Essa abordagem não apenas desafoga o sistema judiciário, mas também contribui para a preservação de relações interpessoais, especialmente em casos em que as partes possuem vínculos anteriores ao conflito. A mediação é vista como uma ferramenta mais célere e eficaz, capaz de proporcionar resultados satisfatórios

28 Os cursos de formação de mediadores e de conciliadores judiciais devem ser realizados na forma do Anexo I da Resolução n.º 125/2010 do CNJ, devendo os de mediadores judiciais também obedecer à Resolução n.º 6/2016 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam).

para todos os envolvidos, ao mesmo tempo que reduz custos e desgastes emocionais associados aos processos judiciais tradicionais.

A definição legal da mediação no CPC pode ser extraída da leitura do artigo 165, § 3.º. De acordo com esse dispositivo, a mediação é um instrumento de solução consensual de conflitos, aplicável principalmente em situações em que as partes envolvidas já mantêm uma relação prévia à controvérsia. Nesses casos, o papel do mediador não é impor uma decisão, mas, antes, atuar como um facilitador do diálogo, auxiliando as partes a identificar as questões que estão na raiz do conflito e a explorar possíveis caminhos para resolvê-las de maneira mutuamente benéfica. O mediador, portanto, atua como um guia neutro e imparcial, cuja função é promover a comunicação e a compreensão entre os envolvidos, sem, no entanto, interferir diretamente no conteúdo da decisão, que deve ser alcançada de forma autônoma e voluntária pelas partes.

Essa definição legal reforça a natureza colaborativa e não adversarial da mediação, destacando seu potencial como uma alternativa viável e eficiente para a resolução de conflitos. Ao incentivar a mediação, o CPC de 2015 não apenas moderniza o sistema processual brasileiro, mas também promove uma cultura de pacificação social, em que o diálogo e a cooperação são valorizados como meios de alcançar a justiça e a harmonia nas relações humanas.

Conforme o artigo 165, § 3.º, do CPC de 2015 e o *Manual de Mediação Judicial* do CNJ, a mediação é uma forma de negociação conduzida por um terceiro facilitador, especialmente indicada para situações em que exista um vínculo prévio entre as partes envolvidas. O papel desse mediador é apoiar os interessados na compreensão de suas posições, promovendo a harmonização de interesses e necessidades. Busca-se, assim, que as partes cheguem, de maneira autônoma, a soluções consensuais que possam beneficiar ambas.

A mediação judicial pode ocorrer tanto na fase pré-processual quanto durante o andamento do processo. De acordo com o artigo 139, inciso V, do CPC de 2015, o juiz possui a prerrogativa de designar a mediação em qualquer momento, inclusive durante a fase de cumprimento de sentença ou mesmo em grau recursal. Essa prática está alinhada aos princípios do modelo cooperativo de direito processual, que busca soluções consensuais em todas as etapas do litígio.

O mediador exerce um papel fundamental ao facilitar uma comunicação clara e eficiente entre as partes. Por meio da promoção de um diálogo transparente e construtivo, ele estimula os envolvidos a ampliar sua compreensão sobre suas próprias responsabilidades no conflito. Esse processo contribui para que as partes identifiquem alternativas e desenvolvam soluções adequadas aos impasses enfrentados²⁹.

A missão do mediador é fundamentalmente atuar como um facilitador da comunicação entre as partes, buscando aproximá-las para que possam ter uma compreen-

29 TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, p. 52.

são mais ampla e clara das diferentes circunstâncias que envolvem a controvérsia em questão. O mediador trabalha para criar um ambiente seguro e colaborativo, onde os envolvidos possam expressar livremente suas opiniões, preocupações e expectativas, sem o temor de julgamento ou retaliação.

Um dos principais objetivos desse papel é proporcionar alívio para os elementos emocionais que muitas vezes envolvem os conflitos, como frustrações, mágoas ou ressentimentos. Tais emoções, se não devidamente gerenciadas, podem impedir uma análise realista da situação e dificultar a busca por soluções práticas e consensuais. Ao promover um ambiente de escuta ativa e diálogo respeitoso, o mediador ajuda a dissipar essas barreiras emocionais e a ressignificar percepções distorcidas ou carregadas de tensão.

Com essa clareza emocional e cognitiva, as partes estarão mais preparadas para realizar uma análise mais equilibrada e ponderada das circunstâncias que envolvem o litígio. Dessa forma, estarão em uma posição mais favorável para explorar alternativas viáveis e, se for conveniente e possível, trabalhar em conjunto para a construção de um acordo que atenda aos interesses mútuos de maneira justa e sustentável³⁰.

Buscando reduzir a morosidade do Poder Judiciário brasileiro e minimizar o desconforto suportado pelas partes que aguardam anos por uma solução definitiva para suas demandas judiciais, o legislador brasileiro inseriu a obrigatoriedade da mediação e da conciliação no CPC de 2015.

Diante do cenário crônico de congestionamento do aparato jurisdicional brasileiro e da crescente insatisfação experimentada pelos cidadãos que, durante períodos excessivamente prolongados, aguardam ansiosamente por um desfecho definitivo para suas controvérsias judicializadas, o legislador pátrio, demonstrando sensibilidade às necessidades sociais contemporâneas, optou por instituir, de maneira inequívoca e categórica, a obrigatoriedade da aplicação dos métodos autocompositivos – notadamente a mediação e a conciliação – no âmbito do CPC promulgado em 2015. Essa inovação legislativa representa um ponto de inflexão paradigmático na história do sistema processual brasileiro, marcando uma transição fundamental de um modelo tradicionalmente adversarial para um sistema que valoriza e prioriza a construção colaborativa de soluções consensuais.

A inserção da obrigatoriedade da conciliação e da mediação no CPC representa uma mudança paradigmática na cultura jurídica brasileira. A exigência da audiência de conciliação ou de mediação, prevista no artigo 334 do CPC, reflete a compreensão de que a justiça não se limita à imposição estatal, mas envolve a participação ativa dos cidadãos na construção de soluções personalizadas e duradouras. Essa nova abordagem, ao valorizar a autocomposição, busca desconstruir a cultura do litígio e a promover a pacificação social.

30 *Idem*. p. 52.

O Código de 2015 estabeleceu a obrigatoriedade, como regra, de *audiência de conciliação ou de mediação* como um dos primeiros atos a serem praticados no procedimento comum, em ato seguinte ao juízo *positivo* de admissibilidade da petição inicial (art. 334, *caput* e § 4.º, I). A citação do réu será, como regra, para comparecer à chamada “audiência de conciliação ou de mediação” e não, como no CPC de 1973, para apresentar contestação. Sob o aspecto procedimental, o novo CPC posterga o termo inicial da contagem do prazo para a contestação para o final da fase conciliatória, de forma a bem evitar que os demandados sejam obrigados a comparecer armados de contestação a uma audiência que busca uma alternativa não litigiosa de solução do conflito.

No contexto da profunda reformulação paradigmática introduzida pelo CPC de 2015, observa-se uma significativa reconfiguração do instituto da citação, revelando a nova orientação filosófico-processual adotada pelo legislador brasileiro. Dessa forma, a citação do réu, procedimento tradicionalmente concebido como o ato processual por meio do qual se dá ciência ao demandado sobre a existência de ação judicial contra ele proposta, sofreu substancial modificação quanto à sua finalidade imediata.

Sob a égide do novo diploma processual, a citação destina-se, como regra geral e preferencial, a convocar o demandado para comparecimento ao que o legislador denominou “audiência de conciliação ou de mediação”, sessão especificamente destinada à tentativa de construção dialógica de uma solução consensual para o litígio.

Essa inovação representa uma ruptura significativa com o modelo anteriormente vigente sob o CPC de 1973, no qual a finalidade primordial e imediata da citação consistia em chamar o réu para apresentar sua contestação, peça defensiva por excelência, na qual era apresentada a resistência formal à pretensão autoral. No paradigma anterior, portanto, privilegiava-se desde logo o aspecto contencioso da demanda, estimulando-se, ainda que não intencionalmente, a instauração e o aprofundamento da litigiosidade.

A modificação implementada pelo Código de 2015 não representa mera alteração procedimental, mas configura verdadeira reorientação axiológica do sistema processual civil brasileiro. Ao determinar que o primeiro contato formal do réu com o processo ocorra em um ambiente especificamente estruturado para o diálogo e a construção de consenso, o legislador sinaliza inequivocamente a prioridade conferida aos métodos autocompositivos de resolução de conflitos, em detrimento da tradicional adjudicação estatal.

Essa transformação insere-se no contexto mais amplo de uma política judiciária nacional que busca não apenas desafogar quantitativamente o Poder Judiciário, mas, principalmente, promover uma abordagem qualitativamente distinta do fenômeno conflitual, fomentando a autonomia e o protagonismo das partes na construção de soluções mutuamente satisfatórias. Ao postergar o momento da apresentação da contestação para após a tentativa de autocomposição, o Código transmite uma mensagem clara: antes de assumir posições antagônicas formalizadas em manifestações escritas,

as partes devem ter a oportunidade de dialogar, compreender as perspectivas recíprocas e, potencialmente, construir uma solução que atenda, ainda que parcialmente, aos interesses de ambas.

A alteração do objeto imediato da citação reflete também uma compreensão mais sofisticada do fenômeno conflitual, reconhecendo que, subjacente às posições jurídicas exteriorizadas na petição inicial e na contestação, existem interesses e necessidades que podem ser compatibilizados por meio de um processo dialógico adequadamente conduzido. Nesse sentido, ao estabelecer como primeiro ato do réu o comparecimento à audiência de conciliação ou mediação, o CPC de 2015 promove uma verdadeira humanização do processo, reconhecendo a complexidade das relações interpessoais que subjazem ao conflito judicializado.

É interessante observar, ainda, que essa modificação no instituto da citação harmoniza-se perfeitamente com o princípio da cooperação, expressamente consagrado no artigo 6.º do novo diploma processual, segundo o qual “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. A priorização da tentativa de solução consensual logo no início do procedimento materializa esse comando principiológico, estimulando a postura colaborativa desde os momentos iniciais da relação processual.

Adicionalmente, ao redesenhar o instituto da citação, o Código de 2015 promove uma significativa economia processual, uma vez que, sendo bem-sucedida a tentativa de autocomposição, evita-se a prática de inúmeros atos processuais subsequentes, como apresentação de contestação, réplica, especificação e produção de provas, realização de audiência de instrução e julgamento, entre outros. Essa racionalização do procedimento contribui não apenas para a redução da sobrecarga do Poder Judiciário, mas também para a concretização do princípio constitucional da duração razoável do processo.

De acordo com Cassio Scarpinella Bueno, a iniciativa vai ao encontro do que, desde os §§ 2.º e 3.º do artigo 3.º, o CPC de 2015 enaltece em termos de soluções *consensuais* do litígio, preferindo-a ou, quando menos, criando condições concretas para sua realização no lugar da constante e invariável solução *impositiva*, típica da atuação jurisdicional, ao menos na visão tradicional³¹.

4 A COMPATIBILIDADE DO USO DA JUSTIÇA MULTIPORTAS PARA O CUMPRIMENTO DO REQUISITO LEGAL DO ARTIGO 334 DO CPC/2015

A obrigatoriedade da audiência preliminar de mediação ou de conciliação, conforme prescrito no artigo 334 do CPC, foi uma forma de incentivar um maior número de soluções consensuais dos litígios judiciais.

31 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 716.

O legislador esperava que, com a obrigatoriedade da utilização desse instituto, o número de ações judiciais fosse reduzido, tornando os processos mais céleres e atendendo ao princípio constitucional da duração razoável do processo. Isso contribuiria para a construção de um sistema mais eficiente e justo.

No entanto, dados do relatório *Justiça em números* produzido pelo CNJ mostram que, no ano anterior à vigência do CPC de 2015, o índice total de conciliações, comparativamente ao total de sentenças proferidas, atingiu 11,1%; já em 2018, três anos após a entrada em vigor do CPC/2015, esse número chegou a 11,5%³². Logo, o impacto da audiência obrigatória de mediação foi reduzido.

Um ponto também sensível a ser considerado quanto à normativa legal em debate é a delonga no processo provocada pelo congestionamento das pautas de audiências de mediação dentro do Judiciário e o elastecimento do prazo de contestação.

De acordo com o artigo 335, I, do CPC, o prazo da contestação do réu somente começará a fluir a partir da audiência de conciliação ou de mediação. Bases empíricas do cotidiano forense mostram que a superlotação do Judiciário tem provocado inclusive grande quantitativo de designações de audiências de mediação e, por conseguinte, pautas cada vez mais exaustivas e cada vez mais distantes, o que faz com que se arraste também o prazo da triangulação processual com a resposta do réu e a efetivação do contraditório no processo.

O prazo de contestação, que no Código de 1973 era contado a partir da citação do réu, atualmente pode prolongar-se por meses dependendo da pauta de audiência da unidade judiciária a que foi distribuída o processo, o que pode favorecer o litigante habitual e contumaz por dilatar cada vez mais seu prazo.

Rodrigo Becker e Marco Aurélio Peixoto, ao analisarem os problemas da audiência de conciliação do artigo 334 do CPC³³, listam algumas possíveis razões para a sua não designação em decisões judiciais: “a) baixo número de acordos realizados nos processos; b) falta de datas disponíveis para a audiência; c) alto número de processos na vara; d) possibilidade de realização de acordo a qualquer tempo; e) impossibilidade de realização de acordo”.

Uma possível solução seria o encaminhamento dos processos aos Cejuscs para a realização da sessão de mediação, na forma do artigo 165 do CPC, o que imprimiria inclusive maior efetividade aos acordos porque as sessões são obrigatoriamente conduzidas por mediadores certificados³⁴. Ocorre que os Cejuscs também estão cada vez

32 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2019*. Brasília, DF: CNJ, 2019, p. 142. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20 jun. 2021.

33 BECKER, Rodrigo; PEIXOTO, Marco Aurélio. O problema da audiência de conciliação do art. 334 do CPC. *JOTA*, 30 jun. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o-problema-da-audiencia-de-conciliacao-do-art-334-do-cpc>. Acesso em: 4 fev. 2025.

34 A Resolução n.º 125/2010 do CNJ estabelece os critérios para a formação e a atuação dos mediadores judiciais no Brasil, com o objetivo de assegurar a qualidade e a eficiência da mediação no Poder Judiciário.

mais abarrotados de processos, e o número de Cejuscs no âmbito dos tribunais também consegue atender a grande quantidade de demandas.

No final de 2023, havia um total de 1.930 Cejuscs instalados, a maior parte na Justiça Estadual, com 1.724 unidades (89,3%). Na Justiça do Trabalho, são 129 Cejuscs (6,7%) e, na Justiça Federal, 77 Cejuscs (4%). O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS) tem apenas 10 Cejuscs, o do Espírito Santo (TJES) possui 12, o do Amazonas (TJAM), 16³⁵.

Dito de outra forma: a norma do artigo 334 do CPC/2015 não foi suficiente para que houvesse uma mudança significativa no comportamento das partes e dos sujeitos processuais; consequentemente, os estímulos comportamentais previstos no minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos demonstraram-se insuficientes para aumentar os índices de soluções amistosas nos tribunais.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) deu início à apreciação da controvérsia jurídica referente à interpretação e aplicabilidade do artigo 334 do Código de Processo Civil brasileiro, o que deu origem ao Tema 1271, afetado sob o rito dos repetitivos, para definir se a inobservância da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC, quando apenas uma das partes manifesta desinteresse na composição consensual, gera ou não nulidade do processo³⁶.

O caso em julgamento, registrado sob o número REsp 2.071.340/MG, aborda questão processual acerca da obrigatoriedade ou facultatividade da designação de audiência preliminar destinada à tentativa de conciliação ou mediação nas hipóteses em que apenas uma das partes processuais manifesta expressamente seu desinteresse na realização do ato.

A questão jurídica em debate possui implicações diretas sobre a efetividade dos métodos consensuais de resolução de conflitos no âmbito do processo civil brasileiro, especialmente considerando o estímulo à autocomposição como diretriz fundamental do diploma processual vigente. A decisão futura do tribunal poderá impactar significativamente a tramitação de inúmeros processos judiciais em todo o território nacional, estabelecendo parâmetros interpretativos sobre a facultatividade ou imperatividade do dispositivo legal que disciplina a audiência preliminar de conciliação ou mediação. A sessão deliberativa foi temporariamente interrompida após solicitação de vista formulada pela Ministra Nancy Andrighi.

Nesse cenário, uma possibilidade seria a adoção do sistema de justiça multiportas, o qual funcionaria como uma estrutura paralela ao cumprimento da intenção do legislador.

Ao instituir a obrigatoriedade da audiência de conciliação ou de mediação, a clara intenção do legislador foi promover a cultura da pacificação social e valorizar os mé-

35 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2024*. Brasília, DF: CNJ, 2024, p. 254. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20 jan. 2025.

36 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tema Repetitivo nº 1271. Afetado ao rito dos recursos repetitivos (ProAfr no REsp n. 2.071.340/MG). Corte Especial, julgado em 11 jun. 2024; recursos suspensos. Disponível em: página “Temas Repetitivos”, Superior Tribunal de Justiça. Acesso em: 19 ago. 2025.

todos consensuais de resolução de conflitos. Busca-se construir um sistema de justiça mais eficiente, humano e acessível, que valorize a autonomia das partes e a busca de soluções consensuais.

Outros pontos importantes da racionalidade da lei é a desburocratização do processo com a simplificação dos procedimentos e a redução da formalidade dos processos judiciais: redução dos custos processuais para as partes, em termos tanto financeiros quanto emocionais, e melhoria da qualidade da prestação jurisdicional, permitindo que os juízes se dediquem à análise de casos mais complexos, que demandam maior aprofundamento jurídico.

É importante observar que, embora tenha estabelecido a regra da obrigatoriedade, o legislador foi sensível às situações em que a tentativa de autocomposição seria manifestamente improdutiva. Por isso, o próprio artigo 334 prevê exceções quando ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual (§ 4.º, I) ou quando não se admitir a autocomposição (§ 4.º, II). Essa “obrigatoriedade mitigada” revela a preocupação do legislador em evitar a realização de atos processuais meramente formais, sem potencial efetivo de resolução do conflito.

Joel Ilan Paciornik, José Laurindo de Souza Netto, Anderson Ricardo Fogaça e Eleonora Laurindo de Souza Netto, em um artigo sobre a obrigatoriedade da audiência do artigo 334 do CPC³⁷, sustentam que, embora o dispositivo mencione expressamente apenas a conciliação e a mediação como métodos de solução consensual de conflitos, nada impede a aplicação de um rol mais amplo de técnicas autocompositivas, que podem ser adaptadas e utilizadas de acordo com as peculiaridades do caso concreto, desde que respeitem os princípios processuais e os direitos das partes envolvidas.

Tal entendimento encontra respaldo no artigo 3.º, §§ 2.º e 3.º, do CPC, que consagra a primazia da autocomposição e a possibilidade de buscar a solução pacífica e negociada dos litígios em qualquer fase processual. Além disso, a Resolução n.º 125/2010 do CNJ reforça a ideia de que a mediação e a conciliação devem ser promovidas de forma flexível, possibilitando a utilização de outros mecanismos que facilitem a construção de um consenso entre as partes.

Portanto, diante das diretrizes legais e regulamentares, o juiz e os demais sujeitos processuais podem e devem adotar ferramentas que favoreçam a resolução consensual de conflitos, mesmo que não estejam expressamente mencionadas no artigo 334. O objetivo é garantir que as partes tenham acesso a métodos mais eficazes e personalizados para cada situação, promovendo maior celeridade, eficiência e pacificação social no curso do processo.

37 PACIORNIK, Joel Ilan; SOUZA NETTO, José Laurindo de; FOGAÇA, Anderson Ricardo; SOUZA NETTO, Eleonora Laurindo de. A obrigatoriedade da audiência do artigo 334 do CPC. *Revista Gralha Azul: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná*, Curitiba, v. 1, n. 1, ago./set. 2020, p. 21. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/handle/2011/168601>. Acesso em: 4 fev. 2025.

O sistema de justiça multiportas representa uma evolução significativa na forma como os conflitos são resolvidos, oferecendo uma gama de opções além do tradicional processo judicial, no qual, por meio de um trânsito de técnicas, poderia ser utilizada alguma porta de acesso à justiça para satisfazer o previsto no artigo 334 do CPC.

Não se está advogando o afastamento da audiência prévia de conciliação ou de mediação – seria um entendimento *contra legem*, na medida em que o artigo 334 do CPC é claro e objetivo quanto ao mandamento dirigido ao magistrado, não deixando qualquer dúvida de interpretação nesse sentido. Defende-se o uso de forma eficiente do sistema, possibilitando que essa tentativa de autocomposição seja deslocada para outra estrutura tanto dentro do Judiciário, mas em um momento pré-processual, como fora do Judiciário, em outras portas de solução de problemas jurídicos como forma de satisfação do requisito legal.

A mediação pré-processual, realizada antes do ajuizamento da ação, permite que as partes envolvidas em um conflito busquem uma solução consensual com a ajuda de um terceiro imparcial, o mediador. Essa abordagem, ao valorizar o diálogo e a autonomia das partes, contribui para a construção de soluções personalizadas e duradouras, fortalecendo os vínculos entre as partes e evitando a judicialização desnecessária de conflitos.

A Resolução n.º 125/2010 do CNJ estabelece que a conciliação e a mediação podem ser realizadas no âmbito tanto processual quanto no pré-processual. O artigo 10 da referida resolução determina que todos os Cejuscs ofereçam à população um setor específico para a solução de conflitos pré-processuais. Essa iniciativa visa ampliar o acesso à justiça e fomentar uma cultura de resolução amigável de litígios, promovendo maior eficiência e celeridade na resolução de disputas.

A mediação e a conciliação no âmbito pré-processual ocorrem quando ainda não existe um processo formalizado perante o Poder Judiciário. Antes mesmo da judicialização da controvérsia, as partes têm a oportunidade de tratar suas divergências em um ambiente propício ao diálogo, com a assistência de mediadores ou conciliadores capacitados. Nessa fase, as partes mantêm o protagonismo sobre a decisão, o que não apenas evita o desgaste emocional e financeiro decorrente de um processo judicial, mas também contribui para a diminuição da sobrecarga do Poder Judiciário, ao prevenir a entrada de novas ações.

Os parâmetros legais que regem a mediação pré-processual são a Resolução n.º 125 do CNJ, conforme já explanado acima, além de dispositivos legais da Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015), com seu artigo 24, e do CPC/2015, em seu artigo 139. V. Nesse particular aspecto, “há de se ressaltar que não existe impedimento legal ou lógico para que se realize atividade de aproximação das partes fora do processo e do ambiente judicial, como atividade informal em mecanismos diversos, como por exemplo a mediação”³⁸.

38 CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 142.

Qualquer interessado poderá comparecer a uma unidade do Cejusc com a documentação necessária e solicitar o agendamento de audiência para tentativa de acordo³⁹. Após, expedir-se o termo de ajuizamento, agenda-se a audiência de conciliação e é enviada a carta convite para cientificar a outra parte. Na sessão agendada, se uma das partes não comparece, a reclamação é arquivada. Se ambas as partes comparecem, realiza-se a sessão. Se não houver acordo, a reclamação é arquivada.

Se a sessão resultar frutífera, ou seja, se houver acordo, lavrar-se-á um termo que será subscrito pelo mediador e por todas as partes envolvidas. Se as partes firmarem acordo, será dada vista ao Ministério Público, se for o caso, e após é proferida a sentença homologatória.

Na reclamação pré-processual, a presença de advogados da parte requerente e da parte requerida é facultativa, e não é possível a juntada de contestação no procedimento, pois o âmbito pré-processual é feito exclusivamente para fins de tentativa de conciliação.

Ressalta-se que o acordo firmado em audiência de conciliação da reclamação pré-processual é título executivo judicial, isso porque, após a homologação pelo juiz coordenador do Cejusc, a sentença é registrada no sistema PJe, entrando nas estatísticas como sentença homologatória de acordo pré-processual⁴⁰.

Dessa forma, de posse do termo da sessão de mediação pré-processual frustrada, documento oficial que atesta formalmente a realização da tentativa consensual de resolução do conflito em momento anterior à judicialização da controvérsia, o autor da ação judicial subsequente estaria munido de elemento probatório robusto e inquestionável para demonstrar ao magistrado competente, desde o primeiro momento processual, ou seja, já na petição inicial, que já houve efetiva e séria tentativa prévia de autocomposição entre as partes envolvidas no litígio.

Tal comprovação documental possibilita ao juiz, com segurança jurídica e fundamentação adequada, justificar motivadamente a não designação de nova audiência de conciliação ou de mediação no âmbito do processo judicial recém-instaurado, evitando assim a repetição desnecessária de procedimento que já se mostrou infrutífero em fase pré-processual. Essa racionalização procedimental representa um uso mais eficiente, estratégico e otimizado da estrutura organizacional e dos recursos humanos do Poder Judiciário, que frequentemente se encontra sobrecarregado com um volume expressivo de processos.

39 O pedido pode inclusive ser feito diretamente pelas partes no Processo Judicial Eletrônico (PJe) com o *jus postulandi* sobre a classe judicial “pedido de mediação pré-processual” (12136). Caso seja feito o requerimento por advogado, a classe judicial será “reclamação pré-processual” (11875).

40 A partir do relatório *Justiça em números 2019*, o CNJ passou a contabilizar a quantidade de acordos pré-processuais realizados. Antes, a apresentação do índice de conciliação era realizada de forma total, incluindo a fase pré-processual, que antigamente não era mensurada (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2019*. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20 jun. 2021.

A dispensa fundamentada da audiência prevista no artigo 334 do CPC, quando comprovadamente já realizada tentativa em fase pré-processual, contribuiria significativamente para a redução do tempo de tramitação processual, uma vez que eliminaria etapa potencialmente dispensável no caso concreto, permitindo que o feito avance diretamente para a fase de resposta do réu, sem que isso implique qualquer violação ao espírito conciliatório que permeia o diploma processual.

Ademais, tal procedimento racionalizador economizaria não apenas os recursos estruturais do Judiciário, como também o tempo das partes litigantes e de seus respectivos procuradores, que não precisariam deslocar-se para participar de ato processual cuja inutilidade prática já foi previamente demonstrada por meio da tentativa pré-processual documentada. Especialmente em localidades geograficamente extensas ou com dificuldades de mobilidade urbana, a dispensa de comparecimento a ato que potencialmente não produzirá o resultado esperado representa economia considerável de tempo e de recursos financeiros.

Essa abordagem procedimental, cumpre destacar, estaria em perfeita consonância com a verdadeira intenção teleológica do legislador ao estabelecer, no artigo 334 do CPC, a obrigatoriedade da tentativa de solução consensual como etapa preliminar do procedimento comum. Isso porque o objetivo primordial da norma processual não é a realização da audiência como mera formalidade procedimental, mas a efetiva tentativa de composição amigável entre os litigantes, independentemente do momento em que ela ocorra, na fase pré-processual ou judicial.

A comprovação da prévia tentativa de mediação ou de conciliação em fase pré-processual atenderia, portanto, à finalidade substancial da norma processual, sem apego excessivo ao formalismo procedimental que muitas vezes obstaculiza a prestação jurisdicional célere e efetiva. Essa interpretação teleológica e sistemática do dispositivo legal estaria alinhada aos princípios fundamentais que orientam o CPC de 2015, notadamente os princípios da eficiência, da razoável duração do processo e da cooperação entre os sujeitos processuais.

Cabe ressaltar que a possibilidade de dispensa da audiência do artigo 334 quando já realizada tentativa pré-processual não significaria, em hipótese alguma, menosprezar ou diminuir a importância dos métodos consensuais de solução de conflitos. Pelo contrário, valorizaria ainda mais esses métodos ao reconhecer sua aplicabilidade e eficácia também na fase pré-processual, demonstrando que a política judiciária de tratamento adequado dos conflitos transcende os limites do processo judicial formal.

A busca pela resolução de conflitos, que tradicionalmente se concentrava no âmbito judicial, expandiu-se significativamente para abranger uma gama diversificada de alternativas pré-processuais. Essa iniciativa de resolução pré-processual de controvérsias jurídicas, fundamentada nos princípios de economicidade, celeridade e pacificação social, pode ser efetivamente concretizada tanto na esfera institucional do Poder Judiciário, conforme anteriormente pormenorizado, quanto em ambientes externos à

estrutura jurisdicional tradicional. No primeiro cenário, materializa-se através dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), dos Núcleos de Conciliação implementados pelos tribunais, das audiências preliminares conduzidas pelos magistrados, e das diversas iniciativas institucionais que buscam a composição amigável antes da judicialização plena da controvérsia.

No segundo cenário, transcendendo os limites físicos e institucionais do aparato judiciário, a resolução consensual pode ser operacionalizada através de uma multiplicidade de instrumentos e instituições, tais como: câmaras privadas especializadas em mediação e facilitação de diálogos; comitês técnicos denominados *dispute boards*, constituídos preventivamente em contratos complexos para solução imediata de impasses; câmaras de arbitragem, que oferecem julgamentos técnicos e especializados; serviços notariais e registrais (cartórios extrajudiciais), com atribuições na formalização de acordos e prevenção de litígios; plataformas digitais de resolução *online* de disputas (ODR), sejam elas de natureza pública ou privada; ouvidorias institucionais com capacidade resolutiva; bem como outros mecanismos emergentes no contexto da desjudicialização de conflitos.

Essa multiplicidade de opções sublinha que as portas de acesso à justiça não se restringem a um único local ou formato. Pelo contrário, elas representam uma pluralidade de espaços, instituições e metodologias que são disponibilizadas aos cidadãos e às pessoas jurídicas para a resolução eficaz de seus problemas jurídicos. Tal flexibilidade é tão grande que, a depender das características específicas de cada novo conflito que surge, uma nova „porta“ de acesso pode, inclusive, ser criada ou adaptada, buscando a solução mais adequada e personalizada para aquela situação singular.

É fundamental compreender que essas «portas» podem operar tanto dentro quanto fora dos limites formais do Poder Judiciário. O objetivo central dessa diversificação é pulverizar a litigiosidade existente na sociedade, evitando que todo e qualquer desentendimento deságue necessariamente nas já sobrecarregadas varas e tribunais. Por essa razão, a concepção de um sistema de acesso à justiça não poderia, de forma alguma, ficar limitada unicamente ao Judiciário. A própria gênese e o desenvolvimento desse sistema «multiportas» foram impulsionados, em grande parte, precisamente pela necessidade premente de diminuir a sobrecarga que afeta a estrutura judicial, promovendo uma cultura de resolução de conflitos mais colaborativa, eficiente e desburocratizada.

Visando concretizar o princípio constitucional de acesso à justiça, outras instituições públicas ou privadas oferecem o acesso para que todos possam defender seus direitos, gerar maior democratização do sistema judicial, facilitar a resolução de conflitos e consequentemente proteger mais efetivamente direitos fundamentais.

O fundamento jurídico que fundamenta o uso da justiça multiportas incorporado ao artigo 334 do CPC é o trânsito de técnicas processuais entre portas de justiça. A parte final do § 2.º do artigo 327 do CPC constitui, segundo Fredie Didier Jr., Antonio

do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha⁴¹, uma cláusula geral de flexibilização procedimental, pois admite que o procedimento comum seja adaptado para que nele seja inserida e utilizada a técnica processual diferenciada prevista em procedimento especial. Trata-se, portanto, de uma espécie de livre trânsito de técnicas de gestão processual, confirmada pelo artigo 1.049 do CPC. Haveria, segundo os autores, um trânsito de técnicas entre os procedimentos, a possibilitar a incorporação, ainda que episódica, de técnicas diferenciadas destinadas a procedimentos especiais e vice-versa, ou seja, do procedimento comum para os especiais, bem como entre procedimentos especiais, recursais ou executivos.

Portanto, a flexibilização procedimental possibilita um processo adequado e eficiente que tutele os direitos das partes e concretize políticas públicas de acordo com os preceitos e valores constitucionais, atendendo ao dinamismo das relações sociais por meio de um procedimento gerido e supervisionado na esfera judicial.

O trânsito de técnicas processuais entre portas de justiça refere-se à circulação e à aplicação de métodos ou instrumentos processuais desenvolvidos para diferentes modalidades de resolução de conflitos – como o Poder Judiciário, a mediação, a arbitragem, ou outros mecanismos adequados – em espaços variados do sistema de justiça multiportas. Esse trânsito promove a integração, a eficiência e a adaptação de técnicas originalmente vinculadas a um determinado modelo de solução para outros cenários, fortalecendo o sistema como um todo. O princípio da consensualidade, típico de portas como a mediação, influencia a prática judicial, reforçando a priorização de acordos e a valorização de soluções negociadas, como previsto no CPC de 2015.

A multiplicação das portas de justiça e o intercâmbio de técnicas refletem uma busca por soluções mais céleres, consensuais e alinhadas às complexidades sociais contemporâneas. Assim, a difusão de uma cultura de cooperação entre portas estimula o desenvolvimento de soluções criativas, ajustadas ao tipo de disputa.

A experimentação procedimental emerge como característica central desse processo, com diferentes instâncias jurídicas testando, adaptando e ressignificando técnicas processuais. O objetivo não é simplesmente transferir procedimentos, mas criar metodologias mais sofisticadas e adaptáveis de resolução de conflitos.

Desse modo, em um sistema de justiça multiportas, perde muito o sentido a divisão entre processo administrativo, privado e judicial, considerando principalmente os negócios sobre o modo de solução de um problema jurídico. Com isso, passa a ser possível haver a integração de sistemas para permitir o deslocamento entre portas⁴².

41 DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 69-70.

42 DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à Justiça multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil*. São Paulo: JusPodivm, 2024, p. 711.

A busca da racionalização da atividade judiciária brasileira é um desafio contínuo, principalmente diante do alto volume de processos que sobrecarregam o sistema. Nesse contexto, a implementação do sistema multiportas de solução de conflitos para cumprimento do requisito legal do artigo 334 do CPC permite o encaminhamento dos casos aos mecanismos mais apropriados, otimizando recursos e aumentando as chances de resultados satisfatórios.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada teve como objetivo analisar a relação entre a flexibilização da obrigatoriedade da audiência de conciliação ou de mediação prevista no artigo 334 do CPC e o sistema de justiça multiportas, buscando compreender em que medida essa combinação contribui para a otimização da resolução de conflitos e do acesso à justiça.

A hipótese levantada inicialmente mostrou-se válida, uma vez que a pesquisa demonstrou que a flexibilização proposta pode efetivamente contribuir para uma maior efetividade na resolução de conflitos, desde que acompanhada de mecanismos adequados de triagem e do encaminhamento dos casos para os métodos mais apropriados.

A investigação sobre a principiologia do sistema de justiça multiportas, desenvolvida na primeira seção, evidenciou que esse modelo representa uma evolução significativa na concepção de acesso à justiça, superando a visão tradicional centrada exclusivamente na tutela jurisdicional. Constatou-se que o sistema multiportas, ao oferecer diferentes vias de resolução de conflitos, promove não apenas o acesso formal ao Judiciário, mas principalmente o acesso material à justiça, entendido como a obtenção de soluções adequadas, tempestivas e satisfatórias.

Na segunda seção, verificou-se que o CPC de 2015 foi um marco na valorização dos métodos autocompositivos, especialmente por meio da previsão contida no artigo 334. A obrigatoriedade da audiência de conciliação ou de mediação como etapa inicial do processo traduz o reconhecimento legislativo da importância desses métodos. No entanto, a pesquisa bibliográfica revelou que a rigidez dessa obrigatoriedade, sem critérios adequados de filtragem, pode resultar em ineficiência, prolongamento desnecessário do processo e descrédito das partes quanto aos mecanismos consensuais.

A terceira seção demonstrou que o sistema de justiça multiportas pode efetivamente complementar e aprimorar a exigência legal do artigo 334, desde que implementado de forma estruturada. Verificou-se que a flexibilização proposta não se confunde com desvalorização dos métodos autocompositivos; ao contrário, representa sua otimização por meio de um direcionamento mais preciso e adequado de cada conflito ao método que lhe seja mais apropriado, seja dentro, seja fora do Poder Judiciário.

Os resultados obtidos permitem concluir que a flexibilização da obrigatoriedade prevista no artigo 334 do CPC, quando realizada dentro de um sistema multiportas bem estruturado, com triagem qualificada e diversidade de métodos disponíveis, po-

tencializa os princípios da adequação, da eficiência e da celeridade porque permite a individualização do tratamento dos conflitos, evitando que a tentativa de autocomposição se transforme em mera formalidade processual.

Destaca-se, como recomendação para a efetiva implementação dessa flexibilização, a necessidade de desenvolvimento de critérios objetivos e subjetivos de triagem, de capacitação contínua dos operadores do direito, especialmente daqueles responsáveis pela identificação do método mais adequado, e de ampliação da estrutura física e humana dedicada aos métodos autocompositivos.

Por fim, constata-se que a proposta de flexibilização analisada se alinha à tendência contemporânea de personalização do tratamento dos conflitos, superando a abordagem padronizada e reconhecendo a complexidade e a singularidade de cada situação conflituosa. Ao permitir que o sistema de justiça multiportas efetivamente direcione cada caso para o método mais adequado, a flexibilização da obrigatoriedade da audiência preliminar contribui não apenas para a otimização dos recursos judiciais, mas principalmente para a construção de um sistema de justiça mais humanizado, eficiente e próximo das necessidades reais dos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BECKER, Rodrigo; PEIXOTO, Marco Aurélio. O problema da audiência de conciliação do art. 334 do CPC. *JOTA*, 30 jun. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o-problema-da-audiencia-de-conciliacao-do-art-334-do-cpc>. Acesso em: 4 fev. 2025.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tema Repetitivo nº 1271. Afetado ao rito dos recursos repetitivos (ProAfr no REsp n. 2.071.340/MG). Corte Especial, julgado em 11 jun. 2024; recursos suspensos. Disponível em: página “Temas Repetitivos”, Superior Tribunal de Justiça. Acesso em: 19 ago. 2025.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2024.
- CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. Reimpresso em 2002.
- CASTRO, Andressa Oliveira Cupertino de; CARNEIRO, Myrna Fernandes. O Tribunal Multiportas e sua consolidação no ordenamento jurídico brasileiro: uma contribuição para a con-

- tenção da litigiosidade. In: MORAES, Daniela Marques de; BRANDÃO, Fernanda Holanda Vasconcelos (coord.). *Acesso à justiça*. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 375-390. Disponível em: <https://site.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/v5z5kqti/8Ve0I9d88FliCwvn.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2025.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2019*. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 57, p. 167-172, jul./set. 2015.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 25. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023. v. 1.
- DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à Justiça multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil*. São Paulo: JusPodivm, 2024.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2017. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, 9). p. 35-66.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos ao processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Gestão de conflitos nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 276-295, set./dez. 2018. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2018.39174>
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1-21.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- JESUS, Thiago Vasconcellos. *O Sistema Multiportas na Fazenda Pública: a experiência do Estado do Pará*. Londrina, PR: Thoth, 2023.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010.
- PACIORNIK, Joel Ilan; SOUZA NETTO, José Laurindo de; FOGAÇA, Anderson Ricardo; SOUZA NETTO, Eleonora Laurindo de. A obrigatoriedade da audiência do artigo 334 do CPC. *Revista Gralha Azul: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 20-27, ago./set. 2020. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/handle/2011/168601>. Acesso em: 4 fev. 2025.
- PONTES DE MIRANDA, [Francisco Cavalcanti]. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 1999. t. 1.
- SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- SPENGLER, Fabiana Marion. A autocomposição como política pública de incentivo ao direito fundamental de acesso à justiça. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, Belém, v. 5, n. 2, p. 1-16, jul./dez. 2019.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

4

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PROCESSUAL EM TRANSFORMAÇÃO

THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN PROCEDURAL LAW IN TRANSFORMATION

Eduardo Amin Menezes Hassan

Master in Public Law from the Federal University of Bahia,
Brazil. Attorney of the Municipality of Salvador, Brazil.

Resumo: O princípio da legalidade é uma norma constitucional, prevista no artigo 37, que deve ser aplicada em conjunto com os outros princípios constitucionais. A exegese da norma contida também no art. 8º da CPC, - que traz o princípio da legalidade -, está em plena transformação. A ciência processual precisa estar em consonância com as mudanças do mundo. O Código de Processo Civil de 2015 revoluciona o processo nacional, precisando-se de uma nova leitura sobre o princípio da legalidade. Temas como flexibilização, negócios processuais, cooperação judiciária, criatividade da jurisdição e justiça multiportas mostram a importância de se repensar as fontes e os conceitos do direito processual. Não poderia ser diferente quanto ao princípio da legalidade, que precisa se adaptar à nova realidade processual da sociedade moderna.

Palavras-chaves: Direito processual em transformação; normas jurídicas; fontes do direito processual; princípio da legalidade.

Abstract: The principle of legality is a constitutional rule, provided for in article 37, which must be applied together with the other constitutional principles. The exegesis of the norm also contained in art. 8 of the CPC, - which brings the principle of legality -, is undergoing full transformation. Procedural science needs to be in line with the changes in the world. The 2015 Code of

Civil Procedure revolutionizes the national process, requiring a new reading of the principle of legality. Themes such as flexibility, procedural business, judicial cooperation, creativity of jurisdiction and multi-door justice show the importance of rethinking the sources and concepts of procedural law. It could not be different regarding the principle of legality, which needs to adapt to the new procedural reality of modern society.

Keywords: procedural law in transformation; legal rules; sources of procedural law; principle of legality.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da legalidade precisa de uma revisitação, uma nova versão em razão das transformações ocorridas no processo civil na atual conjuntura. A legalidade serve a outros propósitos na atualidade, não cabe mais ao legislador tentar prever todas as possibilidades.

Por outro lado, cabe ao legislador permitir que as inovações tecnológicas sejam aplicadas ao processo e as adaptações ocorram naturalmente. Não se pode ignorar os fatos e as mudanças sociais.

A ciência processual tem vários objetos de estudo, destaca-se nesse trabalho o estudo da norma processual, mais especificamente, o princípio da legalidade e a sua transformação, restringindo-se ao processo civil individual.

O autorregramento, a flexibilidade e a eficiência, por exemplo, são características da nova realidade no processo civil brasileiro, que precisam ser levados em conta ao se analisar o princípio da legalidade.

A nova roupagem dos conceitos lógico-jurídicos é assunto que está na ordem do dia no Processo Civil. Mas, é preciso ampliação da mente¹ para evolução conceitual e interpretação dogmática dos conceitos.

Assim, o que marca a nova interpretação do princípio da legalidade no processo civil dotado de flexibilidade e dinamismo? Qual a problemática da aplicação do princípio da legalidade com lentes antigas em um mundo cheio de novas tecnologias? As leis são fontes suficientes para o processo civil? Essas indagações são apenas algumas das que se pretende enfrentar neste singelo estudo.

No segundo capítulo será desenvolvida a teoria das fontes jurídicas, explicando-se a norma processual e a norma material, bem como descrevendo as fontes do direito processual propriamente ditas.

1 Ou como disse Didier Jr. em aula do Doutorado na UFBA em maio de 2021, retificando este autor sobre a necessidade “de soltar as amarras”, sugeriu: “na verdade é preciso escolher melhor onde fixar suas amarras. Que tal fixar nas estrelas?”.

O capítulo terceiro cuidará do desenvolvimento do princípio da legalidade, seguindo-se ao capítulo quarto, que tratará sobre as inovações do processo em transformação e a relação com o princípio da legalidade.

O Processo Civil precisa estar apto a se adaptar às novas realidades sociais. Sugere-se uma nova interpretação sobre o princípio da legalidade dentro da revolução que o processo civil passa, com o objetivo de ficar o mais próximo possível da realidade, cumprindo seu papel fundamental de resolução de conflitos sociais.

2. FONTES DO DIREITO PROCESSUAL.

As fontes do direito processual são tema de grande relevância para o entendimento da ciência processual, trata-se de um dos objetos de estudo do processualista. Já que “sob o enfoque da Teoria Normativa Jurídica, processo é o método de produção de normas jurídicas”², sendo essas produzidas pelas fontes³.

As normas jurídicas sofreram alterações significativas após o denominado “neo-constitucionalismo”, em especial ao incluir os princípios como normas jurídicas. “Norma jurídica processual é aquela de cuja incidência resulta um fato jurídico processual”.⁴

Segundo Paula Sarno Braga: “fonte é o ato normativo, textualizado ou não, documentado ou não, que expressa linguisticamente (por símbolos fonético-visuais) enunciado ou disposição normativa, que, uma vez interpretado, se traduz em norma”.⁵

Analisar-se-á, então, as fontes do direito processual, exemplificando e explicando cada uma delas.

2.1 As fontes do direito processual propriamente ditas.

A interpretação de dispositivos dos textos normativos, dotados de autoridade jurídica, implica na norma jurídica, devendo a disciplina do processo civil ser buscada nas suas fontes.⁶

2 DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 5ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 85.

3 Conceituando fontes do direito como meios de produção da norma jurídica. Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*, 24ª edição. São Paulo: Malheiro, 2008, p.98.

4 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p.75.

5 BRAGA, Paula Sarno, *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. Salvador, mai/2015, disponível em <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/17749>, acesso em 23 mar 2020, p. 49.

6 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*, vol. 01, 6ª ed., São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, 37.

As fontes do direito podem ser: legal, consuetudinária, negocial administrativa e jurisdicional.⁷ Percebe-se que o direito processual não está mais restrito ao poder estatal, em razão do pluralismo das suas fontes.⁸ As fontes da norma processual são várias⁹: Constituição Federal, lei federal, tratados internacionais, medidas provisórias, precedentes, negócios jurídicos, regimentos internos, resolução do CNJ, lei estadual e costume, sendo dez no total. Sem excluir a importância do *softlaw*, utilizando-se da ideia de Didier Jr. que as fontes processuais civis são 10 mais 1.

A CF/88, como fonte do direito processual, traz uma série de normas relativas à criação, organização, funcionamento dos órgãos jurisdicionais, direitos e garantias individuais relativas a processo¹⁰, inclusive processo legislativo; e há normas processuais fundamentais, como é o caso do devido processo legal, do contraditório e as regras de motivação e proibição de provas ilícitas¹¹.

A lei federal é fonte principal das normas jurídicas de processo¹². Segundo o art. 22, I, da CF/88 compete privativamente a União legislar sobre Direito processual, sendo o CPC a principal fonte do Direito processual civil brasileiro. Ao tratar disso, esse dispositivo delimita a competência para fonte legal.

Os tratados internacionais, como o Pacto de San Jose da Costa Rica, trazem normas relativas a direitos fundamentais, que incluem normas processuais, podendo estabelecer regras para cooperação judiciária internacional.¹³ Com a ampliação da arbitragem internacional, os tratados internacionais ganham mais força como fonte de direito processual.

Apesar da proibição constitucional de se editar normas processuais via medida provisória, EC 32/2001, anteriormente houve sua edição para normas processuais, sendo fonte também fonte do direito processual, a exemplo da MP 2.180-35/2001, que trouxe normas processuais relacionadas a atuação do Poder Público em juízo.¹⁴

7 BRAGA, Paula Sarno, *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. Salvador, mai/2015, disponível em <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/17749>, acesso em 23 mar 2020, p. 50.

8 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*, vol. 01, 6ª ed., São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, 82.

9 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p.75. A *soft law* foi acrescentada como fonte do direito processual a partir das edições posteriores.

10 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel;. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*, 24ª edição. São. Paulo: Malheiro, 2008, p. 100.

11 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p.75.

12 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p.75.

13 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p.76.

14 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p.76.

Os precedentes são fontes de direito processual civil, cada vez mais utilizadas no sistema brasileiro¹⁵, em razão da forte influência do *common law* neste ordenamento jurídico, conforme se observa do art. 927 do CPC/2015. Mas, a lei tem papel fundamental na fixação da obrigatoriedade do precedente, em especial para fomentar a cultura entre os operadores do direito.¹⁶

Os negócios jurídicos são fontes do direito processual, permitindo às partes ampla negociação normativa, autorregulamentação.¹⁷ Na atualidade, a autonomia da vontade para criação de seu regramento processual deve ser observada, por meio dos negócios jurídicos, que colorem o suporte fático da norma.¹⁸

Os regimentos internos também são fonte de norma processual, sendo, inclusive, conforme entendimento do STF, prevalecente em alguns casos à lei. Segundo Didier Jr.:

O regimento interno dos tribunais é norma geral, que dispõe sobre o funcionamento e competência de seus órgãos internos, tratando, ademais, de regras relativas a registro, distribuição, prevenção, conexão e outras também relacionadas ao funcionamento e competência do tribunal.¹⁹

Os atos normativos do CNJ e CNPM são fontes da norma processual, direito processual decorrente de ato normativo de natureza administrativa, devendo-se observar os limites legais e constitucionais.²⁰ Em razão da pandemia pelo novo Coronavírus, houve edição da Resolução nº 313 de março de 2020 do CNJ, estabelecendo uniformização de funcionamento do Poder Judiciário, que foi de grande importância para continuidade das atividades do Judiciário.

Lei estadual também é fonte de direito processual, em especial quando se adota processo e procedimento como sinônimos²¹. Os Estados podem legislar sobre uma série de disciplinas processuais: edição e revisão de súmulas dos seus Tribunais, protocolos, preparo, audiência pública, etc. Toda essa regulamentação no âmbito de seus Tribunais,

15 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p.76.

16 Para maior aprofundamento sobre o tema Cf. PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, v. 11, p. 301-334, 2018.

17 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p.76.

18 SOUZA, Marcus Seixas, Normas processuais consuetudinárias. – Salvador: Juspodivm, 2019, p. 172.

19 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p.77.

20 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p.77.

21 BRAGA, Paula Sarno, *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. Salvador, mai/2015, disponível em <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/17749>, acesso em 23 mar 2020

a exemplo do Código de Procedimento em Matéria Processual do Estado de Pernambuco (Lei estadual 16.397/2018), que estabelece normas não abrangidas pelo CPC.²²

Quanto ao costume, “é fonte não escrita, no que diverge diametralmente da lei ou do precedente judicial”²³. Um bom exemplo do costume como fonte processual é o pregão oral, recentemente substituído em Salvador/BA por painel eletrônico, no âmbito das audiências dos juzados especiais. Quando as partes não respondem ao pregão e deixam de comparecer à audiência surgem problemas processuais, como extinção sem resolução do mérito por ausência do Autor ou revelia por ausência do Réu.

Já a *soft law* não é fonte do direito processual, mas ajuda muito, em especial relacionada à arbitragem internacional e recomendações do CNJ. Não se trata de fonte do direito processual em razão de sua não vinculação, conforme será explicado adiante.

É possível se falar em Direito Processual decorrente de normas administrativas, como é o caso das resoluções do CNJ, do CNMP e até mesmo do CARF. Desde que se parta da ideia defendida por Paula Sarno²⁴: processo e procedimento são sinônimos.

Cumpra salientar que, após o CPC/2015²⁵, utiliza-se o Código de Processo Civil subsidiariamente em relação aos processos administrativos, anteriormente utilizava-se o Código de Processo Penal.

O CNJ tem papel relevante na regulamentação do CPC, como²⁶:

Fixar metas de julgamento que preponderam sobre a ordem cronológica de exame dos feitos, de resto tornada flexível (art. 12, § 2, inciso VII); definir supletivamente os honorários dos peritos particulares, quando o pagamento caiba a beneficiário da justiça gratuita (art. 95, § 3, inciso II); dispor sobre a composição e o funcionamento dos centros de mediação e conciliação, o currículo para a capacitação e a política de remuneração dos mediadores e conciliadores (arts. 165, § 1º, 167, § 1º, e 169); disciplinar a prática e a comunicação de atos por meio eletrônico (art. 196); estabelecer normas de segurança para a penhora eletrônica de dinheiro (art. 837); regulamentar o leilão eletrônico (art. 882, § 1º); desenvolver programa de computador para a atualização financeira de valores (art. 509, § 3º).

A pandemia causada pelo Novo Corona Vírus demonstrou a força das resoluções do CNJ como fonte do direito processual. Ao editar a Resolução nº 313/2020, o CNJ uniformizou os procedimentos nos diversos órgãos do Poder Judiciário nacional.

22 SOUZA, Marcus Seixas, Normas processuais consuetudinárias. - Salvador: Juspodivm, 2019, p. 170.

23 SOUZA, Marcus Seixas, Normas processuais consuetudinárias. - Salvador: Juspodivm, 2019, p. 102.

24 BRAGA, Paula Sarno, *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. Salvador, mai/2015, disponível em <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/17749>, acesso em 23 mar 2020.

25 Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

26 SANTIAGO, Igor Mauler, *CNJ desempenhará papel relevante na regulamentação do novo CPC*, São Paulo, mai/2016, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-11/consultor-tributario-cnj-desempenhara-papel-relevante-regulamentacao-cpc>, acesso em 23 mar 2020.

Quanto ao papel do CNMP, a este cabe a adequação de atuação do MP de acordo com as novas normas processuais, determinando, por exemplo, alteração dos regimentos internos para ficar em conformidade com o CPC/2015.

O CNMP pode regulamentar questões como contagem dos prazos processuais, intimações por meio eletrônico e impedimentos e suspeições de conselheiros, tudo referente aos processos que tramitam no CNMP.²⁷

2.2 A soft law.

Tratando processo como procedimento, é possível tratar de *soft law*²⁸ também como fonte de norma processual?

Sua utilização ocorre, por exemplo, em casos de arbitragem, quanto ao uso de procedimentos usuais em arbitragem internacional. Sobre o tema esclarece Martins:

Essas regras de caráter não vinculante, chamadas de *soft law*, visam estabelecer padrões procedimentais no âmbito internacional, e são elaboradas por órgãos não governamentais de renomada reputação e que congregam advogados e professores de diferentes tradições jurídicas.²⁹

Cabe aqui destacar o entendimento de Marcus Seixas Souza no que se refere ao caráter não vinculante da fonte, ou seja, “se a eficácia da fonte não é vinculante, não é Direito, razão pela qual a fonte não pode ser fonte do Direito”³⁰.

Com isso, ao afirmar que apenas *hard law* pode ser fonte do direito processual em razão da sua vinculação, o citado autor conclui que a *soft law* não é fonte do direito processual, por entender que seu caráter não é vinculante, todavia, caso haja um uso reiterado, seria um costume (“*soft custom*”).³¹

Ademais, percebe-se a possibilidade de utilização da *soft law* para influenciar fontes do direito processual, mesmo em sistemas como o brasileiro. O Brasil, apesar de ter seu sistema de origem no *civil law*, sofreu alterações e internalização de uma série

27 Notícia se refere ao tema: Publicada emenda que ajusta o regimento interno do CNMP ao novo código de processo civil, jun/2017, disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/10393-publicada-emenda-que-ajusta-o-regimento-interno-do-cnmp-ao-novo-codigo-de-processo-civil>, acesso em 23 mar 2020.

28 Um bom conceito é descrito por pimenta: “pode-se conceituar *soft law*, no âmbito do direito internacional, como espécie de norma, entre as muitas exaradas pelas entidades internacionais, quer na esfera das organizações internacionais, como a organização das nações unidas (ONU) e suas agências, quer na de organizações regulatórias, tal qual a câmara internacional do comércio (CIC). Diferencia-se a *soft law* de outras normas pelo seu caráter de flexibilidade e dependência de governança”. PIMENTA, Matusalém Gonçalves. Uma visão contemporânea da *soft law*, fev de 2018, disponível em <https://jus.com.br/artigos/64141/uma-visao-contemporanea-da-soft-law/2>, acesso em 24 de março de 2020.

29 MARTINS, André Chateaubriand. A prova pericial no projeto do CPC: uma leitura a partir da experiência da arbitragem e do direito anglo-saxão, in: *Novas tendências do processo civil*. – Salvador: Juspodivm, 2013, p.52.

30 SOUZA, Marcus Seixas, Normas processuais consuetudinárias. – Salvador: Juspodivm, 2019, p. 89.

31 SOUZA, Marcus Seixas, Normas processuais consuetudinárias. – Salvador: Juspodivm, 2019, p. 212.

de tecnologias do *common law*. Isso permite a utilização da *soft law* como *standard* de direito processual, apesar de se discutir o grau de sua coercitividade, em especial quando se tratar de processo de arbitragem internacional ligado a comércio, direitos humanos e meio ambiente.

A importância da *soft law* como influenciador nas fontes do direito é muito bem colocada por Pimenta:

A velocidade das transformações mundiais não comporta mais as velhas formas de negociação, como as dos tratados multilaterais, com suas formalidades e engessamentos que demandam tempo que já não se tem, haja vista a urgência das medidas necessária à recuperação do planeta³².

A dinâmica da *soft law* traz celeridade que é necessária na atual conjectura globalizada. Muitas vezes as fontes legais do direito, como os tratados internacionais, não são suficientes e se mostram ultrapassadas quanto às estratégias diplomáticas e jurídicas nas soluções dos problemas de abrangências globais.³³

IBA (International Bar Association) publicou Regulamento como um recurso disponíveis às partes e aos árbitros para fornecer uma solução eficiente, econômica e justa na obtenção de provas em âmbito internacional de arbitragem.³⁴

As Regras fornecem mecanismos para apresentação de documentos, testemunhos de fato e perícias, fiscalizações, bem como a conduta de audiências probatórias. As regras são projetadas para serem usadas em conjunto com outras regras ou procedimentos que regem as arbitragens internacionais. As “IBA Rules on the taking of evidence” refletem os procedimentos em uso em muitos diferentes sistemas jurídicos, e podem ser úteis para aplicação nas diferentes culturas jurídicas.³⁵

As “IBA Rules on the taking of evidence” são *soft law*, e, logo, não possuem força cogente no ordenamento pátrio. Apesar da sua utilização para procedimentos em matéria de provas em arbitragem internacional.

Dessa forma, diversas diretrizes das “IBA Rules on the taking of evidence” podem ser aplicadas no processo estatal brasileiro, desde que façam parte de negociação probatória entre as partes e estejam de acordo com as normas locais.

32 PIMENTA, Matusalém Gonçalves. *Uma visão contemporânea da soft law, fev de 2018*, disponível em <https://jus.com.br/artigos/64141/uma-visao-contemporanea-da-soft-law/2>, acesso em 24 de março de 2020.

33 Cf. PIMENTA, Matusalém Gonçalves. *Uma visão contemporânea da soft law, fev de 2018*, disponível em <https://jus.com.br/artigos/64141/uma-visao-contemporanea-da-soft-law/2>, acesso em 24 de março de 2020.

34 IBA Rules on the taking of evidence, disponível em: <<https://www.ibanet.org/Search/Search.aspx?query=IBA%20RULES>>, acesso em 04 de maio de 2021.

35 IBA Rules on the taking of evidence, disponível em: <<https://www.ibanet.org/Search/Search.aspx?query=IBA%20RULES>>, acesso em 04 de maio de 2021.

Seria impossível, em regra, por exemplo, a admissão de utilização de provas ilícitas³⁶ em processo civil brasileiro, mesmo sendo convencionado entre as partes essa possibilidade com aval do árbitro, em razão de proibição expressa no art. 5º, LVI da CF/88³⁷.

A *soft law* serve para se extrair comandos, isto é, *standards* de comportamentos, dando parâmetros de interpretação, como ocorreu no caso dos princípios de Bangalore que inspiraram a resolução do CNJ referente ao código de ética e, inclusive, foram citados em julgamentos pelo STF³⁸.

As recomendações do CNJ (exemplo da recomendação 38 do CNJ³⁹) possuem natureza administrativa e são quase fontes do direito, por se tratar de *soft law*. Mas, as suas resoluções são fontes de direito processual, como exemplo: as resoluções 244, 236, 235, 202, 200, 196, 174, 127, 125, 121, 115, 105, 82, e 71.⁴⁰

Cabe salientar que as resoluções do CNJ não podem contrariar à CF/88 nem as leis, sendo o seu papel de regulamentação legal.⁴¹ Marcus Seixas de Souza critica a falta de

36 A prova ilícita é aquela que fere qualquer norma do ordenamento jurídico, inclusive, norma decorrente de negócio processual. Há possibilidade de exceção quanto à proibição de produção de prova ilícita por derivação, vide art. 157 do CPP e enunciado 301 do FPPC, que sugere aplicar por analogia o citado artigo do CPP. Cf. DIDIER Jr., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*, 13ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p. 113-114.

37 Em sentido contrário, entendendo ser permitida a utilização de provas ilícitas em sentença arbitral, bem como entendendo não haver proibição pela “IBA Rules on the taking of evidence”: SOUSA, Júlia Maria de Oliveira; WEBERBAUER, Paul Hugo (Orient.). Admissibilidade de provas ilícitas na arbitragem comercial internacional: das consequências da possibilidade da admissão de provas obtidas por meios ilícitos na exequibilidade de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil. 2019. 38 f. TCC(graduação em Direito) - *Faculdade de Direito do Recife - CCJ - Universidade Federal de Pernambuco - UFPE* - Recife, 2019, disponível em: < <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/37441> > acesso em 04 de maio de 2021.

38 “No tocante ao pedido de providências nº 0003143-26.2020.2.00.0000, elucida decorrer da veiculação, na rede social Facebook, de vídeo intitulado “Desabafo da Dra. Sueli Pini, cidadã amapaense”, versando a atuação de gestores públicos no combate ao novo coronavírus. Aduz que a postagem indica, conforme óptica do Conselheiro relator, comportamento de natureza política e promoção pessoal, inobservado o disposto na Resolução CNJ nº 305/2019, na Lei Orgânica da Magistratura, no Código de Ética da Magistratura Nacional e no *Princípio de Bangalore* de Conduta Judicial. Em relação ao pedido de providências nº 0003055-85.2020.2.00.0000, assinala formulado em função de manifestações, em redes sociais, televisão e rádio, minimizando a gravidade da pandemia. Alude à possibilidade de disseminação de fake news. Diz desrespeitados os deveres previstos nos artigos 35, inciso VIII, da Lei Orgânica da Magistratura, 15 e 16 do Código de Ética da Magistratura Nacional. Frisa que, em todos os procedimentos, o Relator entendeu presentes circunstâncias a autorizarem a instauração de processo administrativo disciplinar e o afastamento da Desembargadora, articulando com o fato de a reiteração”. (MS 37383 MC Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 30/09/2020 Publicação: 07/10/2020).

39 Art. 1º. RECOMENDAR aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, Tribunais Regionais Federais, Trabalhistas e Militares que deem cumprimento aos atos normativos e às decisões proferidas pela Corregedoria Nacional de Justiça, ainda que exista ordem judicial em sentido diverso, salvo se advinda do Supremo Tribunal Federal.

40 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p.77.

41 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p.77-78.

clareza quanto à legitimidade das resoluções do CNJ e do CNMP, como atos administrativos para disciplinar processo civil⁴².

Todavia, percebeu-se desde o início da pandemia do COVID 19 a utilização das recomendações do CNJ para adaptação e funcionamento do Poder Judiciário nesse momento de crise. Isso demonstra a força da *soft law* no processo civil, como influência interpretativa das normas pátrias, que deve ser utilizada observando sempre as suas limitações.

2.3 Regimento interno de tribunal e sua normatividade.

A CF/88, no seu art. 96, I, “a”, permite a possibilidade de os tribunais disciplinarem a competência e o funcionamento de seus órgãos via regimento interno. Paulo Mendes de Oliveira aduz:

De fato, um olhar atento para o art. 96, I, “a”, da CF/88 não deixa dúvidas sobre a existência de disposições normativas processuais nos regimentos internos, ao menos sobre regras de competência, incluídas neste gênero regras sobre prevenção, reunião e separação de processos, uniformização de entendimentos etc.⁴³.

Os regimentos internos dos Tribunais regulamentam o funcionamento e competência dos órgãos internos. No caso do STF, há a peculiaridade de ter sido recepcionado pela CF/88 com *status* de lei. Todavia, “o STF continua com a tendência de, no que concerne ao funcionamento jurisdicional da Corte, conferir primazia ao regimento interno, considerando inconstitucional a atividade legislativa que discipline tal tema”.⁴⁴

Há um espaço normativo exclusivo dos regimentos internos dos tribunais, conforme afirmou o STF na ADI n.º 1.105/DF, inclusive o entendimento do STF é no sentido de que o regulamento interno deve prevalecer em relação à lei, já que a CF/88, art. 196, I, “a”, atribuiu aos tribunais poder normativo em relação ao seu funcionamento jurisdicional.⁴⁵

Entretanto, os regimentos internos não podem se sobrepor às leis e à CF/88, explica-se usando as palavras de Marcus Seixas Souza: “os regimentos internos não podem normatizar o processo civil para fora do âmbito do próprio tribunal (nem mesmo para a primeira instância)”.⁴⁶

42 SOUZA, Marcus Seixas, Normas processuais consuetudinárias. - Salvador: Juspodivm, 2019, p. 179-180.

43 OLIVEIRA, Paulo Mendes de, Regimentos internos como fonte de normas processuais. - Salvador: Juspodivm, 2020, p. 29.

44 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Regimentos internos como fonte de normas processuais. - Salvador: Juspodivm, 2020, p. 45.

45 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Regimentos internos como fonte de normas processuais. - Salvador: Juspodivm, 2020, p. 37.

46 SOUZA, Marcus Seixas, Normas processuais consuetudinárias. - Salvador: Juspodivm, 2019, p. 179.

Segundo relatório da ADI n.º 1.105/DF, com o objetivo de manter o equilíbrio dos poderes, a CF/88 subtraiu do legislador a competência para dispor sobre a economia dos tribunais, sendo os regimentos internos dos tribunais equiparados a lei em sentido material. Dessa forma, não pode haver alteração do regimento interno do STF pelo Poder Legislativo.

Em razão da pandemia de Coronavírus, houve alteração do regimento interno do STF permitindo sustentação oral em sessão virtual⁴⁷, levando-se a conclusão que é possível alteração do regimento interno do STF via plenário, mesmo com o seu *status* de lei, tendo em vista que alteração decorrente do legislativo violaria a autonomia do judiciário.

Paulo Mendes de Oliveira, após analisar as diversas discussões sobre regimento interno como fonte de norma processual, conclui que: a “atividade complementar da legislação pode trazer mais benefícios do que prejuízo à segurança jurídica, incrementando-se, pois, a cognoscibilidade do Direito e a previsibilidade dos trâmites processuais perante as cortes do país”.⁴⁸

Dessa forma, percebe-se que os regimentos internos dos tribunais podem até mesmo inovar no que se refere ao seu espaço normativo exclusivo, como foi o caso da possibilidade de sustentação oral via aplicativo, utilizada até o momento em razão da pandemia do novo Coronavírus, sem com isso ferir a lei ou a CF/88 e sendo uma fonte processual de grande importância para o funcionamento do Poder Judiciário.

2.3 A lei como principal fonte do direito processual.

A lei já teve papel quase que de exclusividade na criação de normas processuais no Brasil, consolidando-se com os códigos estaduais de processo na época da vigência da CF/1891.⁴⁹

A lei ainda predomina como a principal fonte do direito processual brasileiro. Segundo Hermes Zaneti Jr. e Carlos Pereira, “o fetiche da lei como fonte única do direito é ainda uma realidade no Brasil e que precisa ser revistada, sobretudo porque a norma de reconhecimento do sistema brasileiro não é mais o princípio da mera legalidade, e sim da legalidade ampla constitucional”.⁵⁰

47 Em sessão administrativa de 18 de março de 2020, o Regimento Interno do Tribunal foi alterado para permitir que todos os processos da competência do Plenário e das Turmas, a critério do relator, possam ser submetidos a julgamento em ambiente eletrônico. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441901&ori=1>, acessado em 11 de março de 2021.

48 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Regimentos internos como fonte de normas processuais. - Salvador: Juspodivm, 2020, p. 109.

49 SOUZA, Marcus Seixas, Normas processuais consuetudinárias. - Salvador: Juspodivm, 2019, p. 75.

50 ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 257, jul.-2016, p. 03.

Não se acredita na hierarquia da lei sobre as demais fontes infraconstitucionais do direito processual, devendo se analisar caso a caso, desde que não se trate de reserva legal. É fora da realidade a posição de que outras fontes não possam ab-rogar uma lei.⁵¹

A perspectiva sistemática, baseada na ideia de um sistema que preza pela hierarquia e coerência⁵² não pode ser de todo desprezada na compreensão das fontes processuais. A hierarquia da Constituição Federal em relação às outras fontes do direito é inegável.

Parte-se da CF/88 para análise das leis como fonte do Direito Processual, sendo o CPC/2015 o principal diploma legislativo processual brasileiro.

A institucionalização tem o papel de permitir maior segurança, um consenso esperado pela sociedade, sendo a lei até hoje a principal forma de institucionalização do direito.

Segundo Luhmann, a institucionalização possui uma característica especial, “sua função reside em uma distribuição tangível de encargos e riscos comportamentais, que tornam provável a manutenção de uma redução social vivenciada e que dão chances previsivelmente melhores a certas projeções normativas”.⁵³

A segurança jurídica deve ser prestigiada na aplicação das normas provenientes das fontes do Direito, não se negando a posição privilegiada da lei “como fonte capaz de ordenar, normativamente, as eventuais antinomias de normas provenientes das diversas fontes do Direito”.⁵⁴

O CPC/2015 inova sobre as fontes do direito processual no seu art. 8º⁵⁵ ao trocar a palavra lei por ordenamento jurídico. Segundo Souza “a norma decorrente do art. 8º eliminou a concepção *quase*-totalizante da lei como fonte do Direito e a posição de subordinação das demais fontes”.⁵⁶

Da mesma forma o citado Autor chama atenção para o art. 140 do CPC/2015, no sentido de não mais existir a expressão “fonte subsidiária” ou a referente da lei como principal fonte e as demais como fontes subsidiárias a serem utilizadas em caso de lacuna ou obscuridade no momento do julgamento obrigatório pelo juiz.⁵⁷

51 Sobre a primazia da lei nas fontes do direito e a necessidade de se atentar para o efeito ab-rogatório dela por outra fonte. Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*, 24ª edição. São. Paulo: Malheiro, 2008, p. 98

52 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*, vol. 01, 6ª ed., São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 39.

53 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983, p. 81.

54 SOUZA, Marcus Seixas, Normas processuais consuetudinárias. - Salvador: Juspodivm, 2019, p. 92.

55 Art. 8º CPC/2015: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

56 SOUZA, Marcus Seixas, Normas processuais consuetudinárias. - Salvador: Juspodivm, 2019, p. 131.

57 SOUZA, Marcus Seixas, Normas processuais consuetudinárias. - Salvador: Juspodivm, 2019, p. 134.

Didier Jr. chama atenção para a menção da legalidade ter sido um eco do tempo em que a lei era vista como única fonte do Direito, não podendo se ignorar as outras fontes do direito processual como é o caso dos precedentes.⁵⁸

Percebe-se que a lei está em pé de igualdade com as demais fontes do direito processual, devendo se ater a hierarquia constitucional. Dessa forma, o juiz, ao observar a legalidade, não o faz por simples interpretação literal do texto normativo, devendo fazer interpretação teleológica, atentando-se à proporcionalidade e razoabilidade, bem como fazer o controle de constitucionalidade da lei, decidindo em conformidade com o Direito.⁵⁹

Souza afirma que o maior problema “é como lidar com as diferentes fontes do Direito e alcançar um equilíbrio em face do pluralismo dos variados poderes normativos que disputam a criação e a transformação do Direito”.⁶⁰

Para solucionar esse problema e manter a segurança jurídica nos ordenamentos modernos que adotam várias fontes, o citado Autor sugere adoção de: critério hierárquico, com a CF no topo; critério de reserva normativa para determinadas fontes do Direito; critério material, que indique a norma mais adequada ao caso.⁶¹

3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

A Constituição Federal de 1988 é bastante prolixa e analítica, tratando de diversos temas, inclusive de normas de direito processual. Normas de hierarquia superior, que devem ser observadas ao se criar normas infraconstitucionais e são responsáveis pelo balizamento do Direito Processual.

Como já explicado acima, o contexto pós-positivista e neoconstitucionalista elevou o status dos princípios constitucionais ao de normas jurídicas. Todavia, as alterações ocorridas na sociedade e no direito não mais justificam o princípio da legalidade com a sua roupagem antiga.

A lei precisa estar em conformação com à Constituição e com os direitos fundamentais, e isso implica que o princípio da legalidade precisa de uma nova configuração, que leva a uma dimensão formal e outra substancial.⁶²

58 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p. 104.

59 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p. 105.

60 SOUZA, Marcus Seixas, Normas processuais consuetudinárias. - Salvador: Juspodivm, 2019, p. 135.

61 SOUZA, Marcus Seixas, Normas processuais consuetudinárias. - Salvador: Juspodivm, 2019, p. 136.

62 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*, vol. 01, 6ª ed., São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 83.

A previsão do princípio da legalidade está no art. 5º, II e no art. 37 da CF/88, no primeiro caso é direito fundamental do cidadão ligado a liberdade e no segundo princípio básico da administração pública⁶³, sendo o Poder Judiciário parte desse aparato. O CPC/2015 também previu o princípio da legalidade no seu art. 8º⁶⁴ como obrigação do juiz.

Fazendo analogia e aplicando o raciocínio de Cabral quanto ao ressignificado de juiz natural para um ressignificado da legalidade, percebe-se a importância de analisar a legalidade em conjunto com diversos institutos baseados na eficiência, isto é, precisa ser visto como um todo em consonância com a flexibilidade, o dinamismo e a adaptabilidade, que permitam o adequado funcionamento do sistema com a maximização nos resultados do processo.⁶⁵

A ideia de legalidade passa a ter um sentido mais amplo. Princípio da legalidade poderia até se chamar hoje de princípio da ordenação jurídica, tendo em vista que o respeito não é apenas à lei. Da mesma forma, o princípio do devido processo legal poderia se chamar princípio do devido processo jurídico. Todavia, manter-se-á a nomenclatura de princípio da legalidade, explicando-se a sua nova dimensão, que, dentre outras, não se restringe a obediência apenas da lei, mas de todo o ordenamento jurídico e suas diversas fontes.

3.1 As várias facetas normativas da legalidade.

Partindo-se da premissa de Ávila⁶⁶, que o ordenamento jurídico é formado por regras, princípio e postulados, é preciso analisar onde se encaixa a legalidade na atual conjectura do processo civil.

A legalidade no Direito Processual pode funcionar como regra, ao prever o uso da lei em sentido estrito para ordenar ou proibir determinada situação; como princípio, instituindo a observância da normatividade como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando aplicação do Direito Processual em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim), nesse caso se confunde com o devido processo legal.⁶⁷

63 Nesse sentido, o princípio da legalidade é “diretriz básica da conduta dos agentes da Administração”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 20.

64 Art. 8º do CPCP. “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

65 CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 212.

66 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

67 Sobre a igualdade como regra, princípio e postulado ver: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 150.

A legalidade como regra ocorre, por exemplo, nos recursos, que são obrigatoriamente previstos em lei (reserva legal) e geridos pela taxatividade; já a legalidade como princípio está prevista no art. 8º do CPC, decorre da observância das normas pelos sujeitos processuais; e a legalidade como postulado é o próprio devido processo legal, quando se trata da norma de estruturação de aplicação do direito processual em função dos seus elementos, resolvendo conflitos entre princípios processuais.

Segundo Didier Jr., “o princípio da legalidade pode funcionar como uma norma processual ou como uma norma de decisão”.⁶⁸ No primeiro caso é a própria aplicação do devido processo legal no sentido formal; enquanto no segundo caso é a sua dimensão material, que obriga o juiz a decidir de acordo com o direito.⁶⁹

Na sua dimensão material a legalidade pode ser regra ou princípio, sendo objeto da aplicação, que pode ser violado ao deixar de ser observado.⁷⁰

Por outro lado, a legalidade no seu sentido formal, isto é, devido processo legal, serve como parâmetro para a realização de outras normas, estruturando a aplicação do dever de promover um fim, enquadrando-se como postulado normativo processual.⁷¹ Nesse caso, a sua violação implicaria “na não-interpretação de acordo com a sua estruturação”⁷².

Nesse último sentido, a legalidade tem efeitos negativos, quando se proíbe criação de normas contrárias à Constituição, bem como normas que reduzam direitos fundamentais processuais, tanto pelo Poder Legislativo quanto pelos demais atores com poderes para normatizar.

Há também efeitos positivos, que obrigam os sujeitos processuais à observância do devido processo legal, ou seja, respeito às garantias processuais visando a concretização da justiça.

Explicada as várias possibilidades normativas da legalidade, passa-se a análise do princípio da legalidade e sua relação com novos institutos do processo civil em transformação.

68 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p. 103.

69 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, pp. 103-104.

70 Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. pp. 134-137.

71 Explica-se bem a diferença entre regra, postulado e princípio em: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. pp. 135-137.

72 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 135.

4. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO PROCESSO CIVIL EM TRANSFORMAÇÃO.

A lei, no momento atual do processo civil, passa a ter obrigação com a sociedade diversa da que tinha no liberalismo. O princípio da legalidade precisa ter outro contorno, tendo em vista que as mudanças rápidas, ocorridas no mundo em função das evoluções da comunicação e da tecnologia, não podem ser ignoradas.

A lei possui uma grande dificuldade de se alterar e se adaptar às novas realidades. Sugere-se, dessa forma, uma nova função para a lei processual: dar contornos para que seja possível pelos operadores do direito, observado o sistema jurídico e suas diversas fontes, aplicar o direito processual de forma maleável e com segurança jurídica, sempre se observando os princípios fundamentais processuais, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Concorda-se com Cabral que o sistema processual precisa prezar pela eficiência, mas, não pode se ignorar o respeito aos direitos fundamentais, o que implica um necessário equilíbrio entre eficiência e garantias, com um processo orientado para a solução e tutela dos direitos prestado de forma efetiva e eficiente.⁷³

Nesse sentido, o direito processual caracterizado pela instrumentalidade, isto é, coordenador de diversos institutos, princípios e soluções, deve ter conceitos adequados para a construção de um sistema apto a conduzir os resultados desejados.⁷⁴

A segurança jurídica não é aquela estática, mas a que permite maleabilidade, observando as regras do jogo, como o princípio da ampla defesa e do contraditório, sem ignorar as leis, mas, observando a possibilidade de autorregramento e as mudanças sociais. Afinal de contas, tanto a morte como a mudança são certezas fáticas na vida.

Cabral chama atenção para o importante papel da lei: “de desenhar o parâmetro de segurança jurídica, e o regime e os limites das diversas formas de estabilidade processual. E esses elementos podem ser alterados a partir de mudanças da lei.”⁷⁵ Esses avanços legais que ocorreram no CPC/2015 e na última alteração da LINDB, ratificam o novo sentido defendido aqui para a lei.

O processo deve ser visto com dinamismo, que “exige coordenação das atividades que incumbem a cada sujeito processual no tempo”⁷⁶. E isso implica uma nova função para a lei. Observe o que aduz Abreu:

73 CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, pp. 212-213.

74 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, 15ª edição. São. Paulo: Malheiro, 2013, pp. 22-23.

75 CABRAL, Antonio do Passo. *Segurança Jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p.103.

76 ABREU, Rafael Sirangelo de. *Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 36.

O processo, entendido como um conjunto de atos ordenados no tempo para o realizar-se em concreto da jurisdição (tutela dos direitos), mediante exercício da situação compósita de todos os sujeitos em contraditório, pode assumir diversas formatações. O legislador deverá estruturar essa sequência de modo a que os sujeitos se comportem em função da finalidade, estruturando adequadamente os incentivos para seus comportamentos.⁷⁷

A lei deve criar normas que se adequem à realidade, isto é, sempre que possível o legislador deve criar cláusulas abertas que sejam de fácil adaptação à alteração da realidade.

O CPC/2015 evolui bastante nesse sentido, tendo como principal característica a flexibilidade⁷⁸, que permite rápida adaptação do direito à realidade, facilitando a atuação prática.

4.1 O princípio da legalidade no processo civil flexível.

O CPC/2015 trouxe um procedimento comum muito mais moderno, adequado às novas realidades e flexível. Dessa forma, entende-se que o procedimento comum brasileiro permite uma mescla de técnicas para mais se adequar à realidade fática. Diferente do modelo de 1973 em que somente a lei poderia fazer isso, criando procedimentos especiais. Hoje é possível a utilização de técnicas especiais dentro do procedimento comum e vice-versa.

Observa-se, na flexibilidade, a importância do novo sentido do princípio da legalidade no processo civil moderno, onde a lei tem papel de regulação dentro da eficiência, permitindo-se ao operador do direito ter contornos ampliados para sua atuação.

Em um modelo marcado pela taxatividade legal dos procedimentos especiais, havia uma tendência à ineficiência, em razão da solução legislativa nem sempre se adequar às necessidades das partes.⁷⁹

Segundo Gajardoni:

A riqueza da práxis forense, todavia, bem tem demonstrado que o legislador é incapaz de modelar, com perfeição, procedimentos específicos para todas as situações cotidianas. Sempre há de surgir um caso novo que, por força do direito debatido ou da qualidade de um dos litigantes, justifique uma calibração do

77 ABREU, Rafael Sirangelo de. *Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 54.

78 DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

79 DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 83.

procedimento às circunstâncias da causa, e, portanto, a aplicação do princípio da adaptabilidade.⁸⁰

Em razão dessa dificuldade do legislador, Fredie Didier Jr., Antônio do Passo Cabral e Leonardo Cunha sugerem que a melhor alternativa é a inserção de flexibilização e adaptação em procedimento comum, devendo se evitar inúmeros procedimentos especiais, focando-se nas técnicas especiais.⁸¹

O procedimento rígido é aquele engessado pela legalidade em sentido estrito⁸², que prioriza a vontade do legislador em detrimento das partes, evitando-se discricionariedade quanto aos atos e formas processuais, tanto pelas partes quanto pelos julgadores. Nesse sistema, “limitava-se a prever alternativas legislativas pré-fixadas e rígidas de procedimentos, que se ofertavam como caminhos definidos para as partes”⁸³.

Essa rigidez deve ser evitada pelo legislador moderno, a lei toma outro caminho, no sentido de facilitar que a segurança jurídica seja real, permitindo adaptação do processo aos fatos e a evolução da sociedade.

Fredie Didier Jr., Antônio do Passo Cabral e Leonardo Cunha chamam a atenção para impossibilidade de o legislador exaurir as especificidades infinitas que podem ocorrer nos conflitos por meio de padrões genéricos com uma série de procedimentos que, muitas vezes, não se enquadram⁸⁴ para um caso concreto.⁸⁵

Além disso, é preciso se atentar ao fato de que os casos e as pessoas são diferentes e precisam de isonomia material.

A adequação procedimental de cunho exclusivamente legislativo é limitadora, porque desconsidera a igualdade material; baseia-se em normas gerais e ignora a complexidade social, pressupondo realidades homogêneas e reduzindo a estereótipos engendrados pelo próprio Estado a diferença entre a situação de indivíduos diferentes.⁸⁶

80 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. ZUFELATO, Camilo. Flexibilização E Combinação De Procedimentos No Sistema Processual Civil Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito. Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Volume 21, ano 14, 2020, p 140.

81 DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, pp. 86-87.

82 Esse sentido estrito é o clássico e ultrapassado conceito que diz respeito à lei como fonte exclusiva do Direito processual quando se trata de princípio da legalidade.

83 DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, pp. 77-78.

84 A situação lembra muito o caso em que uma pessoa, com certa ignorância, pede para o marceneiro fazer uma estante para seus livros, mas a coleção comprada não consegue se encaixar na estante, fazendo com que essa pessoa peça para se cerrar os livros e, dessa forma, encaixem-se nas prateleiras.

85 DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 78.

86 DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 79.

Saliente-se que o procedimento especial era marcado pela legalidade estrita, que engessava o juiz e as partes, não permitindo inovações pelos sujeitos processuais que se adequassem ao direito tutelado.

Observe-se que o Estado não é mais o centro do mundo, o autorregramento veio para ficar e alterar esse paradigma. O sistema de procedimentos precisa de um equilíbrio com essa realidade, não devendo apenas o Estado ser detentor do monopólio do entendimento do que é melhor e mais adequado para o indivíduo.⁸⁷

Já o procedimento flexível inverte essa lógica, no sentido em que permite maior discricionariedade na mescla de formas, com uma certa liberdade procedimental, levando a maior eficiência, isto é, efetivando “o direito ao procedimento adequado”⁸⁸.

Segundo Gajardoni e Zufelato, o CPC/2015 adotou três modelos de flexibilização procedimental: sendo a regra geral a flexibilização legal alternativa, o juiz tem certa liberdade para determinar o andamento da causa dentro dos limites impostos pelo legislador; flexibilização legal genérica, que permite ao juiz ampliar prazo e alterar ordem de produção de provas; e a flexibilização voluntária, que se baseia no autorregramento das partes.⁸⁹

Ao tratar do princípio da adequação, Didier Jr. traz três dimensões da flexibilidade do processo: legislativa, as regras partem do legislador; jurisdicional, adaptações procedimentais realizadas pelo julgador e negocial, procedimento adequado pelas partes; sendo feita *in concreto* nesses dois últimos modelos.⁹⁰

Tratando da realidade do Brasil antes do CPC/2015, Trícia Cabral afirmava que:

O aparato normativo processual apresenta-se como um conjunto de procedimentos relativamente rígidos, em que se confere pouca margem de disposição da sequência dos atos e das formas processuais. Trata-se do sistema da legalidade das formas em contraposição ao sistema da liberdade das formas procedimentais.⁹¹

Segundo Sica, ao tratar do procedimento especial no CPC/2015:

Os seis primeiros capítulos (arts. 539 a 673) efetivamente encerram procedimentos especiais conforme conceito aqui acolhido, isto é, ação de consignação em pagamento, ação de exigir contas, ações possessórias, ações de divisão e demarcação de terras particulares, ação de dissolução parcial de sociedade,

87 DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 80.

88 DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 78.

89 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. ZUFELATO, Camilo. Flexibilização E Combinação De Procedimentos No Sistema Processual Civil Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito. Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Volume 21, ano 14, 2020, pp. 143-144.

90 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, pp. 144-145.

91 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização Procedimental. *Revista Eletrônica de Direito. Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Volume VI, ano 5, 2011, p. 137.

inventário e arrolamento. Em todos esses casos, há adaptação processual e procedimental para permitir a veiculação de demanda em determinadas situações de direito material que o legislador entendeu que precisariam ser tuteladas de forma mais adequada que o procedimento comum⁹².

O CPC/2015 quebra esse paradigma brasileiro do procedimento comum rígido para um procedimento comum flexível. Segundo Fredie Didier Jr., Antônio do Passo Cabral e Leonardo Cunha, trata-se de tendência mundial que abrange: “desjudicialização dos conflitos; racionalização dos processos e reestruturação da organização judiciária”⁹³.

E essa tendência mundial interfere na interpretação e dá nova roupagem necessária ao princípio da legalidade processual. Nesse cenário a lei pode servir para balizar o sistema processual e permitir a criatividade dos sujeitos, levando-se a uma maior segurança jurídica, com previsibilidade alinhada com flexibilidade.

4.2 O princípio da legalidade e a evolução do conceito de jurisdição.

Na definição tradicional de jurisdição sobressaem três elementos: Estado, declaração da vontade de lei e substituição da atividade das partes.⁹⁴ Quanto ao monopólio da jurisdição pelo Estado, o “fato de a autoridade do juiz togado se fundamentar na soberania não significa que a legitimidade de outros sistemas de administração de justiça pressuponha esse suporte.”⁹⁵

O segundo elemento parte da “afirmação de que na jurisdição se declara a vontade da lei que se concretizou antes do processo, se tratara da natureza declaratória da jurisdição”.⁹⁶ Cabral analisa Chiovenda e conclui que “essa concepção se baseia no dualismo do ordenamento jurídico: direitos subjetivos preexistem à sentença, que não teria caráter criativo. A atividade do juiz limitar-se-ia a pronunciar-se ou revelar a existência de direitos no sistema objetivo”.⁹⁷

Segundo Marcelo Barbi Gonçalves, é importante destacar o debate sobre as teorias dualista e monista do ordenamento jurídico, “o qual se traduz no questionamento se os direitos preexistem ao processo ou se a sentença tem força criativa”⁹⁸, que reflete a compreensão de diversos institutos processuais, tais como a natureza jurídica declara-

92 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Novas reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais*. Disponível na internet: <http://genjuridico.com.br/2017/04/26/novas-reflexoes-em-torno-da-teoria-geral-dos-procedimentos-especiais/#_ftn36>, acesso em 20 de abril de 2021.

93 DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 81.

94 GONÇALVES, Marcelo Barbi, *Teoria Geral da Jurisdição*, – Salvador: Juspodivm, 2020, p. 60.

95 GONÇALVES, Marcelo Barbi, *Teoria Geral da Jurisdição*, – Salvador: Juspodivm, 2020, p. 86.

96 GONÇALVES, Marcelo Barbi, *Teoria Geral da Jurisdição*, – Salvador: Juspodivm, 2020, p. 58.

97 CABRAL, Antonio do Passo. Per un nuovo concetto di giurisdizione, In: v. 18 n. 35 (2015): Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas, Belo Horizonte, 2015, tradução feita pelo Google Tradutor.

98 GONÇALVES, Marcelo Barbi, *Teoria Geral da Jurisdição*, – Salvador: Juspodivm, 2020, p. 58.

tória ou constitutiva da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de um ato normativo, a eficácia temporal dos precedentes vinculantes perante a sentença transitada em julgado e as teorias material e processual da coisa julgada.⁹⁹

Dessa forma, ocorrendo no mundo fático hipótese que incide a norma, provocar-se-ia o Judiciário, que seria obrigado a aplicar a norma incidente.

A incidência normativa, a semelhança de uma descarga elétrica, prescindiria do elemento humano. Seria prévia, automática e infalível. Nestas circunstâncias, se a vontade da lei alegada pelo autor está correta, julga-se procedente a demanda. Caso não, atua-se a vontade negativa da lei e rejeita-se a demanda.¹⁰⁰

A teoria de Chiovenda se enquadra na teoria dualista, sendo sua terceira característica a aplicação da lei substituindo as partes e a sociedade¹⁰¹, evitando-se a autotutela, sendo imprescindível a presença de um terceiro imparcial.

A visão tradicional de jurisdição precisa ser revista de acordo com as transformações modernas que o Estado passou, bem como pela evolução da ciência processual. Dessa forma, para se conciliar a visão tradicional de jurisdição com os processos de controle de constitucionalidade, o julgamento de casos repetitivos, o modelo brasileiro de arbitragem e um sistema de precedentes obrigatórios, só é possível se houver ampliação e aprimoramento do conceito de jurisdição de acordo com a evolução do modelo de Estado e do processo civil.¹⁰²

O Estado deixou de ser mero sancionador de comportamento e tornou-se um indutor de conduta na sociedade, implementando-o prospectivamente com o objetivo de fomentar e estimular o comportamento desejado, o juiz passou a ter outras funções: participação no debate, esclarecimento, consulta, prevenção de incapacidades, que implicam uma abordagem voltada para o futuro.¹⁰³

Não se pode ignorar no Estado de Direito a ideia de jurisdição constitucional. Nas palavras de Dinamarco:

Entende-se que os mecanismos e institutos da jurisdição constitucional guardam estreita relação funcional com a atenção do constituinte ao equilíbrio entre poder e liberdade e ao reconhecimento de que a lei, os estatutos e o contrato só legitimam na medida em que compatíveis com os valores guardados superiormente na

99 GONÇALVES, Marcelo Barbi, *Teoria Geral da Jurisdição*, – Salvador: Juspodivm, 2020, p. 58.

100 GONÇALVES, Marcelo Barbi, *Teoria Geral da Jurisdição*, – Salvador: Juspodivm, 2020, p. 59.

101 GONÇALVES, Marcelo Barbi, *Teoria Geral da Jurisdição*, – Salvador: Juspodivm, 2020, pp. 59-60.

102 Diante da evolução legislativa, jurisdicional, da participação das pessoas e das funções do Estado, é preciso se ampliar a “caixa de ferramentas do cientista do processo civil” (termo utilizado por Didier Jr. em sala de aula ao se referir a necessidade de se rever conceitos jurídicos-fundamentais).

103 CABRAL, Antonio do Passo. Per un nuovo concetto di giurisdizione, In: v. 18 n. 35 (2015): Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas, Belo Horizonte, 2015.

Constituição e não, simplesmente, porque tenham em si próprios a razão de sua existência eficaz.¹⁰⁴

Ademais, não há possibilidade de se manter a visão tradicional do conceito de jurisdição, quando ainda se leva em consideração a divisão entre direito público e direito privado, que não se sustenta da atualidade.

Discorda-se de a publicização do processo ser tendência alimentada pelo constitucionalismo, como defendido por Dinamarco¹⁰⁵. Acredita-se que as ideias constitucionais influenciam qualquer ramo do direito, não tendo sentido se sustentar que o direito processual é direito público.

Por outro lado, concorda-se com Dinamarco, ser essencial que a jurisdição assegure a supremacia constitucional, por meio de formas adequadas, céleres, e enérgicas, reconhecendo o direito e coibindo o arbítrio.¹⁰⁶ Sem, com isso, tratar-se a publicização do direito processual como tendência. Tem-se visto o oposto, em razão do aumento do autorregramento da vontade na normatização processual.

Para se alcançar um novo conceito de jurisdição é preciso identificar os elementos do seu conceito e seus atributos exclusivos, segundo Didier Jr.:

Jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).¹⁰⁷

O controle de constitucionalidade difuso evoluiu levando a possibilidade de o Poder Judiciário, via STF, produzir súmula vinculante, ou seja, texto normativo de caráter geral¹⁰⁸ (atividade típica do Poder Legislativo). Esse caráter geral, que só era previsto nos casos de controle concentrado de constitucionalidade, agora também está previsto no controle difuso.

Do mesmo modo, o julgamento de casos repetitivos e o sistema de precedentes obrigatórios implicam atividade normativa pelo Poder Judiciário e não se encaixam no conceito tradicional de jurisdição, o que leva aos autores que não ampliam suas caixas de ferramentas a denominar de “tutela jurisdicional atípica” ou *sui generis*¹⁰⁹.

104 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, 15ª edição. São. Paulo: Malheiro, 2013, p. 30.

105 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, 15ª edição. São. Paulo: Malheiro, 2013, p. 65.

106 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, 15ª edição. São. Paulo: Malheiro, 2013, p. 30.

107 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p. 187.

108 Cf. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p. 188.

109 Em sala de aula Didier Jr. explicou a situação afirmando que quem só tem martelo na caixa de ferramentas todo problema é prego, fazendo adaptação a uma citação de Maslow: “Para quem só sabe usar martelo, todo problema é um prego”.

Trata-se de busca de maior segurança por parte do Estado. O IRDR é um exemplo desses casos de processo objetivo, que “visa a resolver questões de direito comum a diversos processos, fixando entendimento que será aplicável a todos os casos repetitivos”¹¹⁰. Esse instituto não se enquadra no processo civil tradicional brasileiro e tem como objetivo fixar “único entendimento sobre questão de direito, que deverá ser seguido pelo próprio tribunal e pelos juízes inferiores quando estes forem julgar demandas em que se discuta tal questão”.¹¹¹

A arbitragem no Brasil demonstra a evolução da jurisdição, que não tem seu exercício exclusivo pelo Estado. Isso mostra o quanto os indivíduos são independentes e são os centros das relações no mundo contemporâneo, com poder de autorregramento.¹¹²

Segundo Rosalina de Souza, jurisdição não se constitui mais monopólio do Estado, não se concentra no Poder Judiciário e pode ser exercida por entes privados, e tratando da arbitragem conclui:

A natureza jurisdicional da arbitragem, além de corroborar a ideia de que a função jurisdicional não se confina nas vias judiciárias, constitui mais um forte indicador de que a contemporaneidade se volta para a busca de formas adequadas de resolução de conflitos.¹¹³

A decisão arbitral pode se tornar imutável¹¹⁴ por força da coisa julgada, isto é, caso não seja invalidada no prazo de 90 dias, dessa forma, a arbitragem não é só equivalente jurisdicional e sim jurisdição exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência da autonomia privada.¹¹⁵ Não é possível, dessa for-

110 TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas* – Salvador: Juspodivm, 2016, p.79.

111 TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas* – Salvador: Juspodivm, 2016, p.80.

112 Lôbo afirma: “O autorregramento da vontade é um dos inúmeros *insights* criativos de Pontes de Miranda, que revelam não apenas a percepção intuitiva, mas, acima de tudo, a direção correta à situação. Percebeu Pontes de Miranda que os conceitos correntes de autonomia da vontade e autonomia privada eram insatisfatórios, justificando a crítica dos normativistas que os tinham como meras opções metajurídicas ou política, a exemplo de Kelsen. Procurou, então, construir uma categoria que não incorresse nos mesmos desvios e pudesse ser tida como genuinamente jurídica. Assim, o autorregramento da vontade é entendido como o espaço que o direito destina às pessoas, dentro de limites prefixados, para tornar jurídicos atos humanos e, pois, configurar relações jurídicas e obter eficácia jurídica”. LÔBO, Paulo. Autorregramento da vontade - um insight criativo de Pontes de Miranda. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3748, 5 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25357>. Acesso em: 17 mar. 2021. Cf. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p. 209.

113 SOUZA, Rosalina Freitas Martins. *A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB/88, Art. 5º, XXXV)*. Recife, mar/2017, disponível em <http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/29330>, acesso em 30 mar 2020.

114 Cabral entende que a coisa julgada não é essencial ao conceito de jurisdição e há outras formas de estabilização tão eficientes quanto. CABRAL, Antonio do Passo. PER UN NUOVO CONCETTO DI GIURISDIZIONE, in: v. 18 n. 35 (2015): Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas, Belo Horizonte, 2015.

115 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, pp. 208-209.

ma, manter um conceito de jurisdição como atividade exercida exclusivamente pelo Estado.

A jurisdição precisa de uma nova abordagem, que supere os equívocos do conceito clássico¹¹⁶, devendo ser considerada atividade criativa. Isto implica na recriação das fontes do Direito Processual e o magistrado deve analisar a norma aplicável ao caso concreto com ar crítico e interpretação conforme à Constituição¹¹⁷, não se resumindo a atuação do magistrado a aplicação do direito positivo ao caso concreto.

Cabe aqui os esclarecimentos de Cabral sobre o tema:

A jurisdição também é, em certa medida, criativa, construindo ou reconstruindo o sentido da norma no mesmo processo que sua interpretação e aplicação. Por outro lado, a reavaliação da jurisprudência como fonte de direito, como pode ser visto pela natureza vinculativa adquirida pelas jurisprudenciais anteriores, também mostra outro desenvolvimento dessa mesma tendência.¹¹⁸

O tribunal ao decidir cria o direito, produzindo norma para o caso concreto, gerando algo novo¹¹⁹. Segundo Didier Jr., a criatividade jurisdicional revela-se em duas dimensões: “cria-se a regra jurídica do caso concreto (extraível da conclusão da decisão) e a regra jurídica que servirá como modelo normativo para a solução de casos futuros semelhantes àquele (que se extrai da fundamentação da decisão)”¹²⁰, nesse caso se enquadra o precedente judicial.

Segundo o supracitado Autor, dois são os limites da criatividade jurisdicional: os enunciados normativos (CF, leis e etc.) e o caso concreto submetido¹²¹. Tem-se como limite o próprio precedente judicial - na qualidade de enunciado normativo - ao mesmo tempo em que o precedente estimula a criatividade da jurisdição ele também a limita.¹²²

Sobre o tema esclarece Lucas Buril de Macêdo:

116 Segundo Marcelo Barbi Gonçalves, ao explicar que jurisdição não é *longa manus* da legislação, já que o direito subjetivo preexistia à sentença, afirma que “a dificuldade em perceber que a jurisdição é criativa de direitos é típica do estudioso talhado no sistema romano-germânico.” GONÇALVES, Marcelo Barbi, *Teoria Geral da Jurisdição*, – Salvador: Juspodivm, 2020, p.39.

117 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, pp. 192-193.

118 CABRAL, Antonio do Passo. Per un nuovo concetto di giurisdizione, In: v. 18 n. 35 (2015): Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas, Belo Horizonte, 2015, tradução feita pelo Google Tradutor.

119 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p. 191.

120 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p. 195.

121 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p. 196.

122 Cf. Macêdo, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de processo civil. In: *Revista de Processo* | vol. 237/2014 | p. 369 | Nov / 2014.

Os precedentes judiciais precisam ser compreendidos adequadamente como uma fonte do direito, que dá espaço para uma ou mais normas (*rationes decidendi*), e não como instrumentos de outorga de poder criativo aos juízes – que o possuem independentemente do *stare decisis* –, mas de fixação de limites e técnicas para seu exercício, garantindo racionalidade.¹²³

A criatividade da jurisdição ganha força com o pós-positivismo, em razão da inclusão dos princípios como normas jurídicas, sendo uma característica importantíssima na evolução dos conceitos da Teoria Geral do Processo.

Ademais, a função normativa não pode mais ser considerada como individual, é preciso se ater também a normas gerais e abstratas (hipotéticas). Tanto a coisa julgada individualizada quanto o precedente a partir do caso são normas e o processo precisa ser pensado para ambos, o que implica alterações das perspectivas e reconstrução do exercício de jurisdição e do princípio da legalidade.

4.3 Acesso à justiça: uma interpretação sob o prisma da justiça multiportas e a nova roupagem do princípio da legalidade.

O direito de acesso à justiça precisa ser revisto e deve ter como foco a resolução dos conflitos e não mais o litígio. O acesso à justiça pode ocorrer sem, necessariamente, atuação perante o juiz, que deixa de ser a única “porta” institucionalizada para a solução de litígios.

“Justiça multiportas” consiste em diversos mecanismos de resolução de conflitos, sendo “a porta” do juiz a última *ratio*. “Consoante este modelo, cada disputa deve ser encaminhada para a técnica ou meio mais adequado para a sua solução”.¹²⁴

A imagem de várias portas em um mesmo local ilustra bem a ideia de justiça multiportas, cada porta seria um meio de solução de conflito que deve se adequar a cada caso, devendo a porta do juiz ser a última opção.

É preciso se atentar para a necessidade de se desafogar o Poder Judiciário brasileiro, que sofre o “overload”¹²⁵ (sobrecarga) do qual o Poder Legislativo foi vítima no passado e levou ao descrédito da lei.

O Poder Judiciário está sobrecarregado e precisa se desafogar para que o atendimento ocorra com maior eficiência, sob pena de o acesso à justiça via juiz não ocorrer como se deve, isto é, como porta de entrada e de saída, com direito ao devido processo

123 MACÊDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de processo civil. In: *Revista de Processo* / vol. 237/2014 | p. 369 | Nov / 2014.

124 LESSA NETO, Joao Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?! IN: *Revista de Processo*, vol. 244, ano 40, São Paulo: RT, 2015, p. 428.

125 Cf. CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Tradução de Carlos Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

legal, julgamento justo, em tempo razoável e eficaz¹²⁶, levando-se ao descrédito das sentenças por sua ineficácia.

As três ondas de acesso à justiça¹²⁷ ocorreram no Brasil, sendo a primeira referente à assistência judiciária gratuita ao hipossuficiente financeiro, que tem como marco regulatório a lei federal 1.060/50. Essa onda ganha mais força com a CF/88 no art. 5º, LXXIV, bem como com a criação e o fortalecimento das Defensorias Públicas.

A segunda onda trata da tutela dos interesses difusos em juízo e visa contornar o obstáculo organizacional do acesso à justiça.¹²⁸

A terceira onda é caracterizada por uma concepção mais ampla de acesso à justiça, implica em técnicas processuais adequadas e numa revolução cultural para atender os novos anseios da atualidade, buscando soluções adequadas para resolução dos conflitos, bem como preparando melhor estudantes e operadores do direito.¹²⁹

Destacam-se a mediação, a conciliação e a arbitragem como mecanismos de solução de conflitos. Ademais, diversas outras formas de resolução de conflitos têm se desenvolvido no cenário atual, que estimula pessoas a resolução do conflito sem precisar da atuação direta do Poder Judiciário, como as ODR's (*Online Dispute Resolution*).

Há uma série de marcos legais quanto a tentativa de resolução de conflitos antes da presença do juiz ou antes da sentença. A lei 9.099/95 (lei dos juizados especiais estaduais) é um desses exemplos, quando se obrigou as partes comparecerem a audiência prévia de conciliação, todavia, não havia treinamento correto para conciliação e nem a cultura adequada para a resolução do conflito na época de sua edição.

A resolução 125/2010 do CNJ já é uma evolução mais moderna da atuação do Poder Judiciário, estimulando a mediação, a conciliação e outros meios de solução adequados de conflitos, com a preparação e treinamento do pessoal engajado em resolução consensual, bem como a criação de espaço próprio para isso.

O art. 625-D da CLT, que exige a conciliação prévia das demandas trabalhistas quando houver Comissão de Conciliação Prévia, é exemplo de tentativa de institucionalização da resolução de conflitos de forma prévia.

E o CPC/2015 revoluciona ainda mais essa atuação do Poder Judiciário, quando traz no seu art. 3º que o Judiciário não deixará de apreciar ameaça ou lesão a direito, mas estimula em seus parágrafos a solução do conflito sem a necessidade de apreciação do juiz.

126 SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à Justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011.

127 CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015.

128 GASTALDI, Suzana. As ondas renovatórias de acesso à justiça sob enfoque dos interesses metaindividuais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3817, 13 dez. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26143>. Acesso em: 25 mar. 2021.

129 Cf. GASTALDI, Suzana. As ondas renovatórias de acesso à justiça sob enfoque dos interesses metaindividuais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3817, 13 dez. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26143>. Acesso em: 25 mar. 2021.

Ao adotar o sistema multiportas e a audiência prévia de conciliação antes da contestação, o CPC/2015 determina e incentiva que as demandas sejam submetidas aos meios de solução de conflitos mais adequados, com todos os esforços para solução consensual.¹³⁰

Vem a calhar, todavia, o alerta no sentido em que a lei por si só não é suficiente para se implantar o modelo. Segundo Lessa Neto, “há uma resistência velada e uma dificuldade de implantação desses mecanismos, além de inadequada formação do profissional jurídico para lidar com uma maneira de encarar o conflito que não foca apenas na solução jurídica, mas nos diversos interesses dos envolvidos.”¹³¹

Ainda há muito trabalho de alteração cultural dos estudantes e operadores do direito no sentido de se mudar o foco do litígio para a sua resolução consensual, bem como pela evolução dos conceitos pré-estabelecidos de acesso à justiça, que precisa abarcar as outras portas além dos juízes e árbitros.

O CPC de 2015 preza pela flexibilização das técnicas processuais, que evita o engessamento e permite maior criatividade na resolução de conflitos. Sendo o conteúdo do §3º do art. 3º do CPC norma fundamental de processo, que prioriza a solução adequada de conflitos, com estimulação institucional pela conciliação, mediação e outros métodos consensuais de resolução de conflitos.

Antes de se afirmar que o §3º do art. 3º do CPC é clausula geral, precisa-se saber o que é clausula geral. Segundo Didier Jr., “clausula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado”¹³² e isso exige “concretização em vez de subsunção”¹³³.

As cláusulas gerais são responsáveis pela possibilidade de flexibilização das técnicas processuais, facilitando que o processo se amolde às diferentes realidades surgidas com as rápidas mudanças sociais. Nesse trabalho, destaca-se o entendimento de que uma das novas funções da lei é a previsão desse tipo de cláusula, permitindo-se o uso da criatividade dos sujeitos processuais caso a caso.

A autocomposição é incentivada e deve ser promovida pelo Estado, todavia, é preciso se analisar o caso concreto para utilização da via mais adequada para a tentativa de resolução do conflito. Sendo assim, o §3º do art. 3º do CPC é cláusula geral de pro-

130 LESSA NETO, Joao Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?! IN: *Revista de Processo*, vol. 244, ano 40, São Paulo: RT, 2015, p. 430.

131 LESSA NETO, Joao Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?! IN: *Revista de Processo*, vol. 244, ano 40, São Paulo: RT, 2015, p. 432.

132 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p. 60.

133 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p. 61.

moção pelo Estado da autocomposição.¹³⁴ Isso implica na ampliação da criatividade na resolução por autocomposição, não ficando restrito a conciliação e a mediação.

A novidade no dispositivo é, segundo Lessa Neto, o impulso pela implementação das técnicas de solução de conflitos de forma consensual, com implementação de técnicas e utilização de pessoal capacitado (conciliadores e mediadores), para se alcançar meios mais adequados para a solução de conflitos, evitando-se ao máximo a solução adjudicatória (pelo juiz), surgindo integração entre os métodos consensuais e adjudicatórios de resolução de disputas.¹³⁵

O Poder Judiciário é o responsável pelo estímulo dos operadores do direito para que haja solução de conflito sem intervenção direta do juiz. O CNJ tem desenvolvido estudos e incentivado a criação de centros de resolução de conflitos, como os CEJUSCs (Centros Judiciários de Resolução de Conflito e Cidadania), compostos por mediadores e conciliadores treinados para resolução de conflitos judiciais ou extrajudiciais e coordenados por juiz com formação em métodos de autocomposição, que tem competência de homologação dos acordos, conforme se infere da Resolução 125/2010 do CNJ.

Antes da aplicação da teoria da justiça multiportas, o acesso à justiça se resumia basicamente a porta do Poder Judiciário, com atuação obrigatória e engessada do juiz, que nem sempre é a melhor forma da resolução do conflito.

O sistema multiportas é a implementação efetiva do princípio da adequação, havendo vantagens e desvantagens em cada método de resolução de conflito, e oferece diversas opções ao interessado para resolver seu conflito, sem necessariamente precisar do Poder Judiciário.¹³⁶

Infere-se do art. 190 do CPC, que a negociação processual pode ocorrer sempre que se permita autocomposição. Como a autocomposição é o que leva a resolução de conflitos e abre espaço multiportas, pode-se afirmar que tanto o negócio processual como a produção antecipada de provas são mecanismos que abrem “portas” novas para a resolução de conflitos.

Com eles podem surgir informações que permitam as partes decidir se vale a pena judicializar ou não, caso judicializado aguardar uma sentença ou não, facilitando o cálculo dos riscos, permitindo maior planejamento e maior poder de conciliação.

As partes ganharam maior protagonismo na resolução dos conflitos. Dessa forma, a flexibilização procedimental, como negociação processual e produção antecipada de provas, somadas a possibilidade de autocomposição incidental e pré-processual, impli-

134 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p. 63.

135 LESSA NETO, Joao Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?! IN: *Revista de Processo*, vol. 244, ano 40, São Paulo: RT, 2015, pp. 429-430

136 ALMEIDA, Diogo Assumpção Resende de. O princípio da Adequação e os métodos de resolução de conflitos. IN: *Revista de Processo*, vol. 195, ano 36, São Paulo: RT, 2011, pp. 201-202.

caram em uma nova sistemática complementar processual, sendo uma porta a mais ao instrumento tradicional de resolução de conflitos.¹³⁷

O interesse de agir leva em consideração a utilidade e a necessidade da demanda¹³⁸. Apesar da cláusula geral de incentivo a resolução de conflitos pela autocomposição, é preciso que haja alteração cultural e ampliação da regulamentação pelos tribunais para se ressignificar o interesse de agir.

Poder-se-ia, por exemplo, exigir a utilização de canais como consumidor.gov.br ou equivalente privado antes do ingresso de ações consumeristas para resolução desses tipos de conflitos. Mas, para isso, seria importante o fomento e a regulamentação do tema, como incentivador e catalisador da alteração cultural.

Segundo se infere do estudo de Diogo de Almeida¹³⁹, a regulamentação da mediação obrigatória precisa de regulamentação legal por dois motivos: primeiro para se atender o princípio da legalidade, já que para se exigir requisito de admissibilidade ao exercício de ação é preciso haver lei prévia instituída pela União; segundo, para catalisar a cultura da mediação e difundir a mediação e as ADR's (*Alternative Dispute Resolution*).

Quanto ao primeiro requisito, observar o princípio da legalidade, é preciso fazer algumas ponderações quanto às fontes do direito processual e sua transformação no mundo atual.

Sintetiza-se: não haveria necessidade de lei em sentido estrito para se exigir que determinado fato implicasse ausência do interesse de agir. O STF, em julgado sobre benefício previdenciário, entendeu que não haveria interesse de agir caso não se provocasse previamente o INSS administrativamente, fazendo as devidas ponderações aos casos e sem lei prévia exigindo.¹⁴⁰

137 CURY, Cesar Felipe. Produção Antecipada de Prova e o Disclosure no Direito Brasileiro. In: *Revista FONAMEC*, Rio de Janeiro, v.1, n1, 2017, p. 128.

138 Didier Jr. explica a teoria da asserção e sua utilização parcial para permitir indeferimento da petição inicial em casos em que não há interesse de agir, o que se evita demandas inúteis ou desnecessárias. Cf. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p. 427.

139 ALMEIDA, Diogo Assumpção Resende de. O princípio da Adequação e os métodos de resolução de conflitos. In: *Revista de Processo*, vol. 195, ano 36, São Paulo: RT, 2011, pp. 196-197

140 Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o

Quanto à utilização de lei como catalisador de cultura, entende-se que a regulamentação pode sim ajudar, não necessariamente ocorrendo por lei em sentido estrito.

O CNJ tem utilizado bastante as recomendações e as suas resoluções para regulamentar alterações necessárias ao funcionamento do Poder Judiciário e se atualizar rapidamente de acordo com as modificações ocorridas na sociedade, podendo esses mecanismos ajudar na formação cultural sobre a resolução de conflitos de forma alternativa. O princípio da legalidade ganha novos contornos pelo Poder Judiciário e pelos demais operadores do direito, não se restringindo à lei como única fonte do Direito processual.

4.4. Cooperação judiciária: princípio da competência adequada x princípio da legalidade.

Para o exercício da jurisdição por um órgão julgador, seja ele juiz ou tribunal, é preciso se observar as regras de competência, que é conceito essencial para se atender ao devido processo legal.¹⁴¹

pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão. 5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos. 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. 8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais. 9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. (RE 631240, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014 RTJ VOL-00234-01 PP-00220).

141 Cf. DIDIER Jr., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional - Esboço de uma teoria para o direito brasileiro* - Salvador: Juspodivm, 2020, pp. 42-43. Cf. BRAGA, Paula Sarno. Competência Adequada. IN: *Revista de Processo*, vol. 219, ano 40, São Paulo: RT, 2013, p.14.

Há casos em que surgem diversas possibilidades de competência, em razão da sua concorrência permissiva legal, havendo discricionariedade¹⁴² de conveniência das partes, *fórum shopping* e *fórum non conveniens*¹⁴³, ou dos Juízos.¹⁴⁴

Cumpre destacar que só tem sentido se discutir competência quando há “mais de um órgão, ente ou pessoa constituídos para o exercício de poder”.¹⁴⁵ Sendo necessário se conciliar direito potestativo com a proteção da boa-fé¹⁴⁶, o acesso à justiça, proteção ao hipossuficiente, princípio do juiz natural, princípio da eficiência e princípio da competência adequada¹⁴⁷, bem como “melhor jurisdição”¹⁴⁸.

Antônio Cabral, ao traçar nova perspectiva sobre o juiz natural, aduz que o juiz natural é o juízo mais adequado, isto é, passa-se da ideia de “quem decide” para “quem decide melhor”, aplicando-se o princípio da competência adequada.¹⁴⁹

Paula Sarno Braga conclui que o princípio da competência adequada é direito fundamental, como manifestação do devido processo legal, que deve ser conduzido pela autoridade adequadamente competente para tanto, isto é, concretamente competente, mais apropriada para o desempenho de suas tarefas e atribuições constitucionais, por procedimento em que haja viabilização da participação direta ou indireta do indivíduo (ou comunidade) interessado em seus bons resultados.¹⁵⁰

Pela análise do princípio da competência adequada, Didier Jr. afirma que o órgão jurisdicional competente precisa ser o mais capacitado institucionalmente para se al-

142 Cf. DIDIER Jr., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional -Esboço de uma teoria para o direito brasileiro* - Salvador: Juspodivm, 2020, p. 44. O Autor explica a permissão de discricionariedade própria dos princípios.

143 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p. 246.

144 Nesse caso aplica-se o conceito de competência adequada.

145 BRAGA, Paula Sarno. Competência Adequada. In: *Revista de Processo*, vol. 219, ano 40, São Paulo: RT, 2013, p. 14.

146 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 01, 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018, p. 246.

147 Sobre esses três último princípios, cabe citar o trabalho monográfico de Isadora Viana: “concretizados de forma conjunta na condução do processo e na gestão da unidade jurisdicional, conduzem a uma prestação jurisdicional mais satisfatória, mais próxima das necessidades do jurisdicionado e, evidentemente, em maior harmonia com o modelo de litigância moderno”. VIANA, Isadora Passos Amaral. *Centralização de processos e cooperação judiciária: terceiro mecanismo de resolução de casos repetitivos*. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. Disponível na internet: <https://ufba.academia.edu/IsadoraViana>, acesso em 30/03/2021, p.47.

148 Segundo Didier Jr., a definição de “melhor jurisdição”, apesar de elástica, deve ser controlada caso a caso para se concretizar direitos fundamentais. DIDIER Jr., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional -Esboço de uma teoria para o direito brasileiro* - Salvador: Juspodivm, 2020, p.44.

149 CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 310.

150 BRAGA, Paula Sarno. Competência Adequada. IN: *Revista de Processo*, vol. 219, ano 40, São Paulo: RT, 2013, p. 21.

cançar o melhor resultado jurisdicional, o que resume a eficiência qualitativamente¹⁵¹. Sendo o controle da competência realizado pelo próprio órgão julgador no controle de sua própria competência.¹⁵²

Parece haver uma impropriedade do critério baseado no caráter absoluto ou relativo das regras de competência, em razão das inovações e tendências quanto às nulidades processuais (a exemplo dos institutos da *traslatio iudicii*, da ampliação da instrumentalidade das formas e do autorregramento).¹⁵³

Didier Jr. traz como bom exemplo de aplicação do princípio da competência adequada o julgamento do Conflito de Competência n. 144.922-MG, julgado pelo STJ em 2016, referente a confirmação da 12ª Vara Federal de Belo Horizonte ter melhores condições para se dirimir controvérsias decorrentes do rompimento da Barragem do fundão em Mariana-MG.¹⁵⁴

Cabral sugere uma interpretação e aplicação do sistema de competências baseadas não só nas regras legisladas, mas a partir dos princípios e postulados expressos e implícitos.¹⁵⁵

Sendo a competência adequada um princípio, Didier Jr. e Zaneti Jr. entendem não ser possível “aplicar regras legais de competência sem fazer juízo de ponderação a partir do exame das peculiaridades do caso concreto”¹⁵⁶.

Algumas considerações precisam ser feitas sobre a afirmação acima, primeiro se seria possível fazer ponderação de regras e segundo se isso não seria um abuso da teoria dos princípios.

Segundo Ávila, ao criticar conflito normativo, “[...] não é apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios”¹⁵⁷. Dessa forma, seria possível, pela teoria do citado Autor, aplicar a ponderação em um conflito de regras, já que “tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser”.¹⁵⁸

151 DIDIER Jr., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional -Esboço de uma teoria para o direito brasileiro* - Salvador: Juspodivm, 2020, p.45.

152 Cf. DIDIER Jr., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional -Esboço de uma teoria para o direito brasileiro* - Salvador: Juspodivm, 2020, p.47.

153 CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 145.

154 DIDIER Jr., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional -Esboço de uma teoria para o direito brasileiro* - Salvador: Juspodivm, 2020, pp.47-48.

155 CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 215.

156 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. Vol. 4, 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 139.

157 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p.52.

158 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 63.

Todavia, entende-se que é preciso ter muito cuidado com a afirmação supracitada para se evitar o abuso dos princípios, isto é, o principialismo, que consiste no fascínio pelo uso indiscriminado dessas normas jurídicas¹⁵⁹, ignorando-se as regras e distorcendo seu conteúdo normativo.

Não se critica aqui o fato de o CPC/2015 ser marcado pela flexibilidade e pela riqueza de princípios, que permite se adaptar de forma fácil as alterações da realidade cotidiana. Ao contrário, essa nova perspectiva marca a necessidade da visão que se defende neste texto sobre o princípio da legalidade.

A crítica está voltada para se evitar os abusos em nome dos princípios, não se discordando que o Conflito de Competência n. 144.922-MG julgado pelo STJ, levou em consideração a melhor aplicação das normas processuais quanto a fixação da competência, que poderia, inclusive, ocorrer por ato concertado¹⁶⁰.

O art. 68 do CPC/2015 permite a “cooperação para prática de qualquer ato processual”, não especificando os meios e permitindo que o julgador utilize a sua criatividade para se alcançar maior eficiência nos atos processuais, devendo se ater aos limites das normas jurídicas. Esse dispositivo seria uma “cláusula geral de cooperação”, que permite cooperação para qualquer ato.¹⁶¹

O art. 69 do CPC/2015 traz uma lista exemplificativa de possíveis técnicas de cooperação, sendo, portanto, seus meios atípicos.¹⁶² O CPC preza pela flexibilização das técnicas processuais, que evita o engessamento e permite maior criatividade na resolução de conflitos.

No momento em que o CPC permite que os órgãos jurisdicionais pratiquem qualquer ato por meio de cooperação, desde que se utilize de forma idônea, há necessidade de documentação dos atos para se evitar questionamentos sobre a validade dos atos, devendo existir, apesar da liberdade dos juízos envolvidos, forma preestabelecida para cada ato de cooperação.¹⁶³

159 Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 3 ed. São Paulo: WNF Martins Fontes, 2019, pp. 172-220.

160 Nesse sentido Avelino, “O ato concertado aqui, inclusive, poderia tratar não apenas da reunião das demandas já propostas, mas também sobre a competência para eventuais e futuras ações individuais ou coletivas propostas em razão do mesmo fato” AVELINO, Murilo Teixeira. *Disposição de competência decisória por ato concertado entre juízes cooperantes*, 2021, texto cedido pelo Autor.

161 VIANA, Isadora Passos Amaral. *Centralização de processos e cooperação judiciária: terceiro mecanismo de resolução de casos repetitivos*. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. Disponível na internet: <https://ufba.academia.edu/IsadoraViana>, acesso em 30/03/2021, p. 55.

162 DIDIER Jr., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional -Esboço de uma teoria para o direito brasileiro* - Salvador: Juspodivm, 2020, p. 74.

163 VIANA, Isadora Passos Amaral. *Centralização de processos e cooperação judiciária: terceiro mecanismo de resolução de casos repetitivos*. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. Disponível na internet: <https://ufba.academia.edu/IsadoraViana>, acesso em 30/03/2021, p. 55.

A dinâmica da atipicidade, por outro lado, não dispensa à cooperação a sua documentação, que deve ser obrigatória.¹⁶⁴ Dessa forma, infere-se que a cooperação não só pode como deve se realizar por meios atípicos, desde que seja documentada.¹⁶⁵

A comunicação está cada vez mais dinâmica e rápida, aplicativos de mensagens e e-mails são enviados e recebidos em tempo real. Não tem sentido se manter o formalismo exacerbado, a lentidão e o alto custo dos meios típicos de cooperação, sem ferir pelo menos o princípio da eficiência, da duração razoável do processo e, consequentemente, do acesso à justiça.

Essa ideia implica na reconsideração do princípio da legalidade, que deve ser interpretado levando-se em conta todo o ordenamento jurídico e a nova realidade do direito na sociedade.

A cooperação por ato concertado foi a grande novidade na cooperação judicial trazida pelo CPC/2015, sendo uma ferramenta importante para se alcançar maior eficiência na gestão do Poder Judiciário, revolucionando o tema no Brasil e no mundo.

Segundo Didier Jr.:

A cooperação por ato de concertação tem por objetivo a disciplina de uma série de atos indeterminados, regulando uma relação permanente entre os juízos cooperantes; nesse sentido, funciona como um regramento geral, consensual e anterior à prática dos atos de cooperação¹⁶⁶.

Segundo Leandro Fernandez:

A cooperação por concertação tem por fim o estabelecimento, de maneira dialógica, segundo as especificidades, as condições estruturais e as necessidades de cada juízo cooperante, das diretrizes que regerão, em uma relação duradoura, a prática de atos em um conjunto de processos ou em processo de elevada complexidade. Em muitos casos, cooperação por concertação revela-se indispensável para o oferecimento de uma tutela jurisdicional adequada e racional (principalmente no sentido de evitar decisões contraditórias de diferentes juízos) para os casos por ela alcançados¹⁶⁷.

O § 2º do art. 69 do CPC/2015 apenas exemplifica a cooperação por concertação, trazendo instrumentos e atos que podem ser utilizados. “O ato concertado é indicado para disciplinar uma cooperação permanente ou duradoura entre juízos cooperantes”.¹⁶⁸

164 DIDIER Jr., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional -Esboço de uma teoria para o direito brasileiro* - Salvador: Juspodivm, 2020, p. 75.

165 Cabe aqui sustentar o velho brocardo: “o que não está nos autos não está no mundo”.

166 DIDIER Jr., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional -Esboço de uma teoria para o direito brasileiro* - Salvador: Juspodivm, 2020, p. 77.

167 FERNANDEZ, Leandro. *Do conflito entre atos concertados de cooperação judiciária e negócios processuais celebrados pelas partes*, 2021, texto cedido pelo Autor.

168 DIDIER Jr., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional -Esboço de uma teoria para o direito brasileiro* - Salvador: Juspodivm, 2020, p. 85.

Quanto a amplitude das possibilidades de cooperação via ato concertado, Edilton Meireles afirma que “o novo Código de Processo Civil confere, ainda, aos juízes amplas possibilidades de serem concertados atos cooperantes para estabelecimento de procedimentos para a prática de qualquer ato processual”.¹⁶⁹

Apesar da flexibilidade do ato concertado, Avelino adverte sobre a importância de se observar as “normas fundamentais consagradas no NCPC, dentre elas os princípios da eficiência e da razoável duração do processo, além do princípio da adequação processual”¹⁷⁰.

Com o ato concertado, previamente estabelecido, os juízos podem manter uma relação duradoura, buscando o aprimoramento da gestão processual, para se alcançar maior eficiência do Poder Judiciário.

No mesmo sentido Isadora Viana, ao afirmar que a cooperação (por ato concertado) pode consistir em “espécie de negócio jurídico celebrado entre dois órgãos jurisdicionais, que faz nascer entre eles uma relação com o fim de que sejam colaborativamente praticados atos indeterminados, para melhor e mais eficiente gestão processual”.¹⁷¹

A cooperação judiciária, em especial pelo ato concertado, revoluciona o ordenamento jurídico quando rompe com uma série de dogmas, que implica a necessidade de se refletir e rever diversos conceitos ligados ao processo civil, como se faz aqui com o princípio da legalidade. Trata-se de ferramenta nova, com maior aparato para enfrentar problemas processuais e administrativos da Justiça de acordo com a nova realidade.

5. CONCLUSÃO.

O dinamismo do processo deve acompanhar a evolução social. Nesse sentido, sugere-se uma releitura do princípio da legalidade. A legalidade deve servir a novos propósitos na atualidade, não cabendo mais ao legislador prever todas as possibilidades, o que se demonstrou impossível.

As inovações tecnológicas e avanços de comunicação implicam necessárias alterações na forma de se pensar o processo e as adaptações devem fluir e não podem ser ignoradas.

169 MEIRELES, Edilton. Cooperação judicial e poderes do juiz na execução conforme o CPC de 2015. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 4, n. 1, 2018, disponível na internet: < https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/1/2018_01_0455_0507.pdf>, acesso em 05/04/2021, p. 507.

170 AVELINO, Murilo Teixeira. *Breves comentários à cooperação nacional no Código de Processo Civil*, 2015, texto cedido pelo Autor.

171 VIANA, Isadora Passos Amaral. *Centralização de processos e cooperação judiciária: terceiro mecanismo de resolução de casos repetitivos*. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. Disponível na internet: <https://ufba.academia.edu/IsadoraViana>, acesso em 30/03/2021, p. 63.

O processo civil, após o CPC/2015, é marcado pela flexibilidade. A lei passa a ter um novo papel, de garantir a segurança jurídica e a possibilidade de adaptação do processo à realidade social, sem engessamento. A segurança jurídica, nesse caso, como “segurança-continuidade” decorrente de um sistema coeso e coerente, que permita um viés prospectivo para avaliação dos riscos dos atos praticados.¹⁷²

Buscou-se nesse singelo estudo demonstrar o desenvolvimento da normatividade do direito, explicando a evolução da teoria das normas jurídicas, tratando das regras, princípios e postulados e da diferença entre norma processual e material.

Explicou-se a evolução das fontes do direito processual, desde as mais comuns até a influência da *soft law*. Concluindo-se que a lei ainda é a maior fonte do direito processual civil, mas não é mais a única.

O autorregramento é uma das novas características do processo civil moderno, que é previsto e incentivado pela legislação processual brasileira. E o processualista passou a ter poderes para criar normas, tornando-se um *designer* normativo do processo para seus clientes.

Ademais, a legalidade possui várias facetas normativas, podendo ser regra, princípio ou postulado, a depender da análise casuística.

O princípio da legalidade sofreu uma quebra de paradigma, em razão da transformação do direito processual marcada pela: flexibilidade, pelos negócios processuais, por uma nova teoria de acesso à justiça baseada no conceito de justiça multipor-tas, por uma jurisdição caracterizada pela criatividade, pela cooperação judiciária que discute competência adequada, dentre outras tecnologias, mas sempre se observando o devido processo legal e as demais garantias constitucionais.

O princípio da legalidade não pode mais ser interpretado com as lentes antigas, devendo-se interpretar o seu conteúdo levando em conta as alterações supracitadas e toda a evolução ocorrida até aqui, bem como as novas perspectivas. O CPC/2015 é uma lei que reflete essa ideia.

O objetivo deste artigo foi estimular a reflexão sobre o princípio da legalidade, demonstrando-se que ele precisa de uma releitura em razão das transformações ocorridas no direito processual.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito*. Tradução de Luis Afonso Heck. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Resende de. O princípio da Adequação e os métodos de resolução de conflitos. IN: *Revista de Processo*, vol. 195, ano 36, São Paulo: RT, 2011.

172 CABRAL, Antonio do Passo. *Segurança Jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p.49

- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez*. 2ª Ed. Editora Lumen Juris, 2010.
- AVELINO, Murilo Teixeira. *Breves comentários à cooperação nacional no Código de Processo Civil*, 2015, texto cedido pelo Autor.
- AVELINO, Murilo Teixeira. *Disposição de competência decisória por ato concertado entre juízes cooperantes*, 2021, texto cedido pelo Autor.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*; tradução de Ariane Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 2 ed. – São Paulo: Edipro, 2016.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*; tradução de Ari Macedo Solon. 2 ed. – São Paulo: Edipro, 2014.
- BRAGA, Paula Sarno. Competência Adequada. In: *Revista de Processo*, vol. 219, ano 40, São Paulo: RT, 2013.
- BRAGA, Paula Sarno, *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. Salvador, mai/2015, disponível em <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/17749>, acesso em 23 mar 2020.
- CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. In: *Revista Forense*, v. 105, n. 404, jul./ago. 2009. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.
- CABRAL, Antonio do Passo. Per Un Nuovo Concetto Di Giurisdizione, in: v. 18 n. 35 (2015): *Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas*, Belo Horizonte, 2015.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Segurança Jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização Procedimental. *Revista Eletrônica de Direito. Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Volume VI, ano 5, 2011.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 3ª ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CAPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*. Tradução de Carlos Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.
- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017.

- CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. *Segurança Jurídica e Tipicidade Tributária*. Salvador: Juspodivm, 2007.
- COSSIO, Carlos. *La valoración jurídica y la ciência del derecho*. Buenos Aires: Arayú, 1954.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*, 24ª edição. São. Paulo: Malheiro, 2008.
- CURY, Cesar Felipe. Produção Antecipada de Prova e o Disclosure no Direito Brasileiro. In: *Revista FONAMEC*, Rio de Janeiro, v.1, n1, 2017.
- DIDIER Jr., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional -Esboço de uma teoria para o direito brasileiro* - Salvador: Juspodivm, 2020.
- DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 20ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018.
- DIDIER Jr., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Vol. 2. 13ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018.
- DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 15 ed – Salvador: Juspodivm, 2018.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. Vol. 4, 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- DIDIER Jr., Fredie. *Ensaio Sobre Negócios Jurídicos Processuais* - Salvador: Juspodivm, 2018.
- DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, 15ª edição. São. Paulo: Malheiro, 2013.
- FERNANDEZ, Leandro. Do conflito entre atos concertados de cooperação judiciária e negócios processuais celebrados pelas partes, 2021, texto cedido pelo Autor.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. ZUFELATO, Camilo. Flexibilização E Combinação De Procedimentos No Sistema Processual Civil Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito. Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Volume 21, ano 14, 2020.
- GASTALDI, Suzana. As ondas renovatórias de acesso à justiça sob enfoque dos interesses metaindividuais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3817, 13 dez. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26143>. Acesso em: 25 mar. 2021.
- GONÇALVES, Marcelo Barbi, *Teoria Geral da Jurisdição*, – Salvador: Juspodivm, 2020.

- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Entre facticidade e validade. v. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HASSAN, Eduardo Amin Menezes. *A Institucionalização da Ética na Administração Pública: Consequência da Complementaridade entre Moral e Direito*. 1. ed. Salvador: Editora Dois de Julho, 2015.
- HESSE, Conrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LESSA NETO, Joao Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?! IN: *Revista de Processo*, vol. 244, ano 40, São Paulo: RT, 2015.
- LÔBO, Paulo. Autorregramento da vontade - um insight criativo de Pontes de Miranda. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3748, 5 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25357>. Acesso em: 17 mar. 2021.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983.
- MACÊDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de processo civil. In: *Revista de Processo* | vol. 237/2014, p. 369 | Nov / 2014.
- MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*, vol. 01, 6ª ed., São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.
- MARTINS, André Chateaubriand. A prova pericial no projeto do CPC: uma leitura a partir da experiência da arbitragem e do direito anglo-saxão, In: *Novas Tendências do Processo Civil*, Editora JusPodivm, 2013.
- MEIRELES, Edilton. Cooperação judicial e poderes do juiz na execução conforme o CPC de 2015. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 4, n. 1, 2018, disponível em: < https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/1/2018_01_0455_0507.pdf>, acesso em 05 de abril de 2021.
- MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe. Introdução. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). *Direito e Legitimidade*, pp. 10-17, São Paulo: Landy, 2003.
- MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos Rodrigues de Abreu; RODRIGUEZ, José Roberto. *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, pp. 103-125, 2002.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 3 ed. São Paulo: WNF Martins Fontes, 2019.

- NERY JR., Nelson, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de, *Regimentos internos como fonte de normas processuais*. - Salvador: Juspodivm, 2020.
- PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, v. 11, p. 301-334, 2018.
- PIMENTA, Matusalém Gonçalves. *Uma visão contemporânea da soft law*, fev de 2018, disponível em <https://jus.com.br/artigos/64141/uma-visao-contemporanea-da-soft-law/2>, acesso em 24 de março de 2020.
- SANTIAGO, Igor Mauler, *CNJ desempenhará papel relevante na regulamentação do novo CPC*, São Paulo, mai/2016, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-11/consultor-tributario-cnj-desempenhara-papel-relevante-regulamentacao-cpc>, acesso em 23 mar 2020.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Novas reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais*. Disponível na internet: <http://genjuridico.com.br/2017/04/26/novas-reflexoes-em-torno-da-teoria-geral-dos-procedimentos-especiais/#_ftn36>, acesso em 20 de abril de 2021.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011
- SOUZA, Marcus Seixas, *Normas processuais consuetudinárias*. - Salvador: Juspodivm, 2019.
- SOUZA, Rosalina Freitas Martins. *A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB/88, Art. 5º, XXXV)*. Recife, mar/2017, disponível em <http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/29330>, acesso em 30 mar 2020.
- SOUZA, Júlia Maria de Oliveira; WEBERBAUER, Paul Hugo (Orient.). Admissibilidade de provas ilícitas na arbitragem comercial internacional: das consequências da possibilidade da admissão de provas obtidas por meios ilícitos na exequibilidade de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil. 2019. 38 f. TCC(graduação em Direito) - *Faculdade de Direito do Recife - CCJ - Universidade Federal de Pernambuco - UFPE* - Recife, 2019, disponível em:<<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/37441>> acesso em 04 de maio de 2021.
- SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à Justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011.
- TARTUCE, Flávio. *Impactos do novo CPC no Direito Civil*. – São Paulo: Método, 2015.
- TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. – Salvador: Juspodivm, 2016.
- TEMER, Sofia. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. – Salvador: Juspodivm, 2020.

UZEDA, Carolina; TEMER, Sofia; PANTOJA, Fernanda Medina; FARIA, Marcela Kohlbach. Entes organizados despersonalizados e capacidade de ser parte: grupos e associações de fato em juízo (Art. 75, IX, do CPC). *Civil Procedure Review*, v. 12, p. 165-205, 2021.

VIANA, Isadora Passos Amaral. Centralização de processos e cooperação judiciária: terceiro mecanismo de resolução de casos repetitivos. Monografia (Graduação em Direito) – *Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia*, Salvador, 2019. Disponível na internet: <https://ufba.academia.edu/IsadoraViana>, acesso em 30/03/2021.

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 257, jul.-2016.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

5

**AINDA SOBRE A COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA
NACIONAL ENTRE IRDRS SOBRE A MESMA
QUESTÃO DE DIREITO INSTAURADOS EM
DIFERENTES TRIBUNAIS: A HIPÓTESE, AS
POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DO CONSELHO
NACIONAL DE JUSTIÇA E O SOFT LAW**

FURTHER CONSIDERATIONS ABOUT NATIONAL JUDICIAL COOPERATION
BETWEEN REPETITIVE DEMANDS RESOLUTION INCIDENTS ON
THE SAME QUESTION OF LAW ESTABLISHED IN DIFFERENT
COURTS: THE HYPOTHESIS, POSSIBLE CONTRIBUTIONS OF
THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE AND SOFT LAW

Debora Vieira

Master of Laws from the Federal University of Pará, Brazil. Lawyer.

Resumo: O artigo analisa a hipótese de cooperação judiciária nacional entre incidentes de resolução de demandas repetitivas sobre a mesma questão de direito instaurados em diferentes tribunais, para evitar a fixação de teses conflitantes nesses diferentes incidentes. Além disso, propõe possíveis contribuições do Conselho Nacional de Justiça por meio da utilização do *soft law*, sua inteligência e banco de dados, a fim de aprimorar a hipótese proposta.

Palavras-chave: Incidente de resolução de demandas repetitivas. Cooperação Judiciária Nacional. Conselho Nacional de Justiça. Soft law.

Abstract: The article analyzes the assumption of national judicial cooperation between repetitive demands resolution incidents on the same question of law established in different courts, to avoid the construction of conflicting theses in these different incidents. Furthermore, it proposes possible contributions from the National Council of Justice using soft law, its intelligence and database, to improve the proposed hypothesis.

Key-words: Repetitive demands resolution incident. National judicial cooperation. National Council of Justice. Soft law.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Na ocasião do “II Encontro Nacional de Magistrados(as) de cooperação e a reunião dos Núcleos e Magistrados(as) de cooperação”, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça em 2023, na cidade de Brasília/DF, a autora proferiu palestra com as ideias dispostas neste artigo. A temática começou a ser desenvolvida em decorrência de inquietações surgidas em 2020, quando, no auge da pandemia da Covid-19, a autora identificou que o problema do descompasso entre as teses firmadas em IRDRs instaurados em diferentes tribunais poderia ser resolvido por meio de cooperação judiciária nacional¹.

A ideia ganhou forma e, conforme foi se desenvolvendo, a autora publicou textos sobre o assunto². Este é, portanto, mais um resultado do avanço de uma pesquisa que amadurece conforme os anos passam, enquanto o problema de pesquisa é debatido com os pares e as situações de ordem prática se colocam diante dos olhos dos(as) processualistas.

É necessário rememorar que, com o intuito de construir um sistema de precedentes, o Código de Processo Civil (CPC) estabeleceu que devem os tribunais “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”³, de modo que os juízes e tribunais observarão o disposto nos incisos do art. 927, valendo especial menção ao

1 Após ter contato com a primeira edição do livro de Fredie Didier Jr. sobre o tema, lançado também em 2020. Em seguida, a obra de Antonio do Passo Cabral sobre a nova visão dada ao princípio do juiz natural influenciou – e muito – diversas ideias contidas neste texto. DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020; CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

2 Sobre a cooperação judiciária nacional realizada entre IRDRs instaurados em diferentes tribunais, a autora começou a construir a ideia em artigos anteriores, sendo os quais: VIEIRA, Debora. A cooperação judiciária nacional entre IRDRs sobre a mesma questão de direito instaurados em diferentes tribunais. *Coluna da Processualistas no Jusbrasil*. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-cooperacao-judiciaria-nacional-entre-irdrs-sobre-a-mesma-questao-de-direito-instaurados-em-diferentes-tribunais/1312471635>; VIEIRA, Debora. Título por título num desenho lógico: A cooperação judiciária nacional entre incidentes de resolução de demandas repetitivas sobre a mesma questão de direito instaurados em diferentes tribunais. *Acesso à justiça em contexto de litigância repetitiva*. Mariana Tonolli Chiavone Delchiaro (Orgs.). Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2022.

3 Redação do art. 926, *caput*, do CPC.

inciso III, que dispõe sobre a necessidade de observar os acórdãos provenientes do julgamento de incidentes de resolução de demandas repetitivas e de recursos extraordinário e especial repetitivos⁴.

Em contrapartida, os conteúdos dos entendimentos fixados nas teses provenientes do julgamento de incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR) podem surpreender, pois é possível que ocorra um descompasso de entendimentos entre IRDRs sobre uma mesma questão de direito.

Não é difícil imaginar situação em que uma mesma questão de direito esteja sendo debatida em IRDRs distintos, instaurados em diferentes tribunais, o que pode acarretar, por conseguinte, a fixação de teses divergentes entre si⁵, conforme hipotetizado por Sofia Temer⁶ – dando origem, inclusive, a um problema de federalismo processual⁷, caso a questão de direito debatida verse sobre o direito processual civil.

Dessa forma, por meio de pesquisa bibliográfica e utilizando o método hipotético-dedutivo, este artigo visa abordar a cooperação judiciária nacional como uma possibilidade de enfrentamento do problema de IRDRs instaurados sobre uma mesma questão de direito em diferentes tribunais. Após as noções introdutórias aqui delineadas, a segunda seção é destinada a apresentar o instituto do IRDR e levantar uma das problemáticas dele decorrentes. A terceira seção, por sua vez, visa abordar brevemente a cooperação judiciária nacional para, em seguida, na quarta seção, demonstrar como a cooperação judiciária nacional pode ser uma saída interessante para o problema levantado. Por fim, será realizada uma análise das possíveis contribuições do Conselho Nacional de Justiça para a problemática aqui enfrentada.

2. O IRDR E A PROBLEMÁTICA DE UMA MESMA QUESTÃO DE DIREITO SER OBJETO DE TESE EM DIFERENTES TRIBUNAIS

Ao abordar a natureza dos direitos coletivos⁸, Teori Albino Zavascki questionou: tutela coletiva de direitos ou tutela de direitos coletivos? Argumentando que os direitos

4 Sem olvidar dos posicionamentos que compreendem que a tese fixada em IRDR não forma precedente, a exemplo de: ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

5 O problema foi ventilado pela doutrina, a exemplo de conferência virtual realizada em 16/05/2020, por Fredie Didier Jr. e Daniel Amorim Assumpção Neves, que, aos 33 minutos, discutiram sobre IRDR acerca de ato normativo de agência reguladora federal, sendo este mesmo ato normativo objeto de uma ação civil pública em trâmite perante a Justiça Federal. Aos 40 minutos e 42 segundos, os autores debateram exatamente sobre o vértice do presente artigo: “é inteligente a concomitância de IRDRs nos tribunais locais sobre o mesmo tema?”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=v9-G9pn7ZSw>. Acesso em 21/04/2021.

6 TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, p. 124.

7 Sobre o tema, ver: BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

8 Sabe-se que a tese de Edilson Vitorelli propõe um olhar sobre a tipologia *dos litígios*, e não *dos direitos coletivos*. Nesse sentido, o autor propõe a classificação em litígios de natureza local, global e irradiada. VITORELLI, Edilson.

individuais homogêneos não devem ser postos lado a lado com os direitos coletivos e difusos, o autor diferenciou *direito coletivo* de *defesa coletiva de direitos*, de modo que essa diferenciação terá direta influência na definição dos meios, modos e instrumentos processuais que poderão ser utilizados para que sejam protegidos em juízo⁹.

Com o objetivo de dar tratamento coletivizado às demandas de massa, o Código optou pela utilização de institutos como o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, instituindo o microsistema de julgamento de casos repetitivos, para dar tratamento adequado e racional às questões repetitivas¹⁰⁻¹¹.

O IRDR possui natureza jurídica de incidente, como o seu próprio nome indica, o qual será instaurado em um processo de competência originária ou em recurso. Isto é: é necessário que haja um processo em curso para que seja instaurado o incidente¹²⁻¹³.

Para que seja instaurado o IRDR, é necessário preencher três requisitos de admissibilidade: a efetiva repetição de processos e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, a questão repetitiva ser unicamente de direito e existir causa pendente no tribunal, nos termos do art. 976 do CPC. O IRDR, portanto, não poderá ser instaurado preventivamente e terá seu objeto restrito à questão de direito controvertida¹⁴. Ainda no que diz respeito aos requisitos de admissibilidade, é preciso mencionar a necessidade da inexistência da afetação de recurso por tribunal superior para a definição de tese sobre a questão de direito material ou processual repetitiva, de acordo com o que determina o art. 976, §4º do CPC¹⁵.

São legitimados à instauração do IRDR o juiz (de uma das causas repetitivas) ou o relator (do processo que estiver no tribunal), de ofício. Além disso, o incidente poderá

O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

9 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 33.

10 Os exemplos, no entanto, não se esgotam por aí, sendo também mecanismos para a solução de casos repetitivos a edição de súmula vinculante, a suspensão de segurança para diversas liminares em casos repetitivos, o pedido de uniformização da interpretação de lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais e o pedido de uniformização da interpretação da lei no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 741-742.

11 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 743.

12 Enunciado nº 344 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”.

13 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 786.

14 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 787.

15 ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 378.

ser instaurado por provocação das partes da causa pendente no tribunal ou de outro processo em que a questão se repita. Por fim, poderão instaurar o IRDR o Ministério Público ou a Defensoria Pública¹⁶.

O relator suspenderá os processos pendentes (individuais ou coletivos) que tramitam no Estado ou região ao admitir o incidente, de acordo com o art. 982, I do CPC, cabendo a ele comunicar a suspensão aos órgãos jurisdicionais competentes. Os processos repetitivos ficarão suspensos enquanto não for julgado o IRDR, cujo prazo de julgamento é de um ano, sendo facultado ao relator prorrogá-lo, desde que fundamente sua decisão.

Os recursos cabíveis contra o acórdão que julga o IRDR são os embargos de declaração, recurso especial e recurso extraordinário. Nos casos em que tenha ocorrido a suspensão nacional de processos determinada por um tribunal superior, qualquer pessoa que seja parte de um processo que contenha aquela determinada questão de direito, em todo o território nacional, poderá interpor recurso especial ou extraordinário, de acordo com o que dispõe o art. 982, §§3º e 4º do CPC. Nesse caso, os recursos excepcionais terão efeito suspensivo automático e o recurso extraordinário terá repercussão geral presumida, nos termos do art. 987, §1º do Código¹⁷.

É importante observar a recorribilidade da decisão que julga o IRDR, pois ela dialoga diretamente com a viabilidade da existência de dois (ou mais) incidentes tramitando sobre uma mesma questão, o que deságua, portanto, na possibilidade de utilização do recurso como estratégia processual por *repeat players*¹⁸ para que um ou outro acórdão seja objeto do recurso, a depender do interesse do litigante habitual na fixação do conteúdo da tese.

Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha¹⁹ sustentaram que, no caso de multiplicidade de IRDRs no mesmo tribunal, todos devem ser apensados para julgamento conjunto, seja nos casos em que forem idênticos, ou nos casos em que forem conexos. Quanto à problemática dos IRDRs múltiplos em trâmite perante diferentes tribunais, os autores sugeriram a suspensão nacional dos processos, questionando se seriam sus-

16 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 797.

17 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 813.

18 A terminologia *one-shooters* e *repeat players* é oriunda dos estudos de Marc Galanter, com protagonismo do texto “*Why the ‘haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal change*”, publicado em 1974. Os *one-shooters* apenas ocasionalmente acessam o Judiciário, ao passo em que os *repeat players* se envolvem constantemente em casos similares. Os *one-shooters* costumam ter reivindicações muito grandes em relação ao seu tamanho, ou muito pequenas em relação ao custo dos remédios, para serem manejadas rotineira e racionalmente. Dessa forma, o *repeat player* acumula diversas vantagens estratégicas no desenvolvimento do litígio. GALANTER, Marc. Why yhe “Haves” come out ahead: Speculations on the limits of legal change. *Law & Society Review*, vol. 9, n. 1, 1974, p. 98.

19 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 804.

pensos, também, os IRDRs, de modo a concentrar a discussão em apenas um IRDR, servindo de mecanismo antecedente do eventual recurso especial ou extraordinário que será interposto contra o acórdão que julgar o IRDR²⁰.

Sobre a suspensão nacional dos IRDRs instaurados, os autores²¹ argumentaram que, ao que parece, a suspensão nacional alcança os IRDRs instaurados, mantendo-se apenas um em tramitação, seguindo a regra tradicional de prevenção das ações coletivas: ou seja, o IRDR a ser processado deverá ser o primeiro admitido nacionalmente, sobrestando-se os demais²².

Ocorre que, antes de continuar a problemática atinente ao IRDR, é necessário tecer ponderações sobre a competência nas ações coletivas. Em abril de 2021, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o Tema 1.075, declarando inconstitucional o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública (LACP) e fixando a seguinte tese²³:

I - É inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo ripristinada sua redação original. II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). III - Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional e fixada a competência nos termos do item II, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas.

20 Acerca deste ponto específico, vale a citação dos autores: “É possível, como se viu, haver multiplicidade de IRDR’s, seja no mesmo tribunal, seja em tribunais diversos. Se houver mais de um IRDR no mesmo tribunal, todos devem ser apensados para processamento e julgamento conjunto, seja quando forem idênticos, seja quando forem conexos. Caso haja IRDR’s diversos em diferentes tribunais, a suspensão nacional, além de atingir todos os processos pendentes no território nacional, alcança também os IRDR’s? Quais? A razão da suspensão nacional é concentrar a discussão num único IRDR e servir já de mecanismo antecedente do eventual e futuro recurso especial ou extraordinário a ser interposto da decisão final proferida no IRDR.” DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 804.

21 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 804.

22 Nas palavras de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha: “Ao que tudo indica, a suspensão nacional alcança os IRDR’s instaurados, mantendo-se apenas um em tramitação, mas qual deles? Seguindo a regra tradicional de prevenção nas ações coletivas, deve manter-se o processamento do primeiro IRDR que tenha sido admitido, sobrestando-se os demais. A discussão haveria de concentrar-se no primeiro IRDR admitido nacionalmente, para o qual devem todos concentrar suas atenções e apresentar suas manifestações, a fim de contribuir para o resultado final, do qual caberá recurso especial ou extraordinário. Para Edilton Meireles, a resposta não é simples, sendo possível pensar na hipótese de o tribunal superior, ao apreciar o pedido de suspensão nacional, decidir a esse respeito, optando por escolher aquele mais representativo da controvérsia ou outro expressamente indicado a partir de motivação explícita do próprio tribunal superior. A tese é bem interessante e, tendo em vista o desenvolvimento do princípio da competência adequada no Direito brasileiro (tal como visto no v. 1 do Curso), talvez seja essa a melhor solução dogmática, realmente”. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 804.

23 Julgamento do RE 1.101.937, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, com repercussão geral reconhecida no Tema 1.075. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5336275&numeroProcesso=1101937&classeProcesso=RE&numeroTema=1075>.

Nota-se que, ao julgar o Tema 1.075, o Supremo não se manifestou apenas sobre a histórica problemática sobre os limites territoriais da coisa julgada coletiva, mas, também, fixou parâmetros para a competência e a prevenção – o que é, no âmbito das ações coletivas, amplamente criticável²⁴. Assim, ao dialogar o posicionamento de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha²⁵ com as regras de prevenção nas ações coletivas, será necessário voltar os olhos, também, para o julgamento do Tema 1.075 pelo STF.

A questão é que, em um ou outro caso, discorda-se dos autores. Em primeiro lugar, porque tanto a competência do IRDR, quanto das ações coletivas, deverá observar o princípio da competência adequada. Em segundo lugar, porque é possível encontrar respostas distintas no ordenamento jurídico, entre elas, a cooperação judiciária nacional, conforme será exposto oportunamente.

3. BREVES PALAVRAS SOBRE A COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NACIONAL

A cooperação judiciária nacional foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio de *soft law*, através da Recomendação nº 38/2011. O CPC estabeleceu o dever de recíproca cooperação, reproduzindo em parte a Recomendação nº 38/2011 do CNJ²⁶. Dessa forma, a cooperação judiciária nacional está prevista nos arts. 67 a 69 do CPC, os quais dispõem sobre o complexo de instrumentos que os órgãos judiciários podem utilizar para interagir entre si, visando o cumprimento do dever geral de cooperação²⁷, expresso na norma fundamental do art. 6º do Código.

Antonio do Passo Cabral²⁸, abordou a cooperação judiciária nacional como uma “revolução que se avizinha”, em razão de ter o potencial de se tornar um divisor de águas no direito processual civil brasileiro, conceituando-a como “uma atividade que consiste em interações ou práticas funcionais não hierárquicas, espontâneas ou provocadas, geralmente não formalizadas, entre juízos e tribunais”.

Dessa forma, o art. 67 do CPC estabelece que os órgãos do Poder Judiciário deverão cooperar entre si, por meio de seus magistrados e servidores. Por conseguinte, o art. 69 do Código elenca como podem ser realizados os pedidos de cooperação, sendo o §2º destinado aos exemplos de atos concertados entre juízos cooperantes. Por ser regida

24 Não é o intuito deste trabalho se debruçar sobre a crítica mencionada, voltando-se ao objeto de estudo. No entanto, falou-se brevemente sobre a crítica em: <https://emporiadodireito.com.br/leitura/o-julgamento-do-tema-1-075-pelo-stf-e-a-competencia-adequada-uma-nova-cacofonia-para-os-processos-coletivos-brasileiros>.

25 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 804.

26 DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 66.

27 DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 61-62.

28 CABRAL, Antonio do Passo. Fundamentos para uma teoria da cooperação judiciária: a revolução que se avizinha. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 23-25.

pela atipicidade²⁹, é possível a realização de atos concertados que não estão elencados no art. 69, §2º do CPC, tampouco na Resolução nº 350/2020 do Conselho Nacional de Justiça, a qual exemplifica os atos de cooperação em seu art. 6º, deixando clara a possibilidade de ajuste consensual para além do que há nos incisos do dispositivo.

A cooperação judiciária dialoga, necessariamente, com a eficiência³⁰ e com a concretização do princípio do juiz natural, prezando pela competência, imparcialidade e eficiência do juízo. É nítida, portanto, a feição de cláusula geral³¹ da cooperação judiciária nacional, por ser norteadada pela atipicidade.

Quanto à base normativa do instituto, Antonio do Passo Cabral³² afirma que “é possível fundamentar a troca de *inputs* entre órgãos judiciários em diversas normas, a começar pela compreensão contemporânea do princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII da CR)”, cumulada com a eficiência processual, conforme anteriormente mencionado.

Passadas as premissas básicas, é necessário mencionar que existem três tipos de cooperação: 1) por solicitação; 2) por delegação; e 3) por concertação. Para a hipótese,

29 Sobre a atipicidade, Fredie Didier Jr.: “A atipicidade da cooperação judiciária segue uma linha-mestra do CPC, que apostou muito fortemente na flexibilização das técnicas processuais. Ela faz parte de uma constelação de cláusulas gerais processuais geradoras das mais diversas atipicidades das técnicas: atipicidade dos meios de solução de conflitos (art. 3º, §§2º e 3º), atipicidade dos meios executivos (arts. 139, IV, 297, 536, §1º, 538, §3º, CPC), atipicidade da negociação sobre o processo (art. 190, CPC) e a atipicidade dos meios de prova (art. 369, CPC). Exatamente por isso, o art. 69 do CPC é um dos muitos fundamentos normativos de uma das grandes características do novo processo civil brasileiro: o livre-trânsito das técnicas processuais entre os diversos procedimentos (...)” DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 74.

30 Disposta no art. 8º do CPC, como norma fundamental.

31 Acerca das cláusulas gerais, vale mencionar a sua função no sistema jurídico. Ao abordar o papel do jurista na sociedade, em um sistema caracterizado como aberto, Alberto Gosson Jorge Junior sustentou que: “ou, ao contrário, se o sistema se caracteriza como *aberto* – onde a maior parte das regras encontram-se em estado fluido, propiciando o papel inovador do jurista que é chamado a colaborar com o legislador e o juiz, e onde as fontes formais e materiais não estão rigidamente demarcadas. (...) Ora, se visualizamos o ordenamento jurídico sob uma ótica *funcional*, dotado de *fins* perseguidos pelo Estado, em meio a uma sociedade em transformação, encontraremos o ambiente propício para a inserção de cláusulas gerais de modo a dotar o sistema jurídico da mobilidade necessária para enfrentar situações cambiantes.” JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 11. Sabendo que as cláusulas gerais têm a função de dar abertura, mobilidade e ressignificação aos institutos, à doutrina cabe preencher seu significado e alcance, buscando dar balizas às cláusulas gerais, nas palavras de Judith Martins-Costa: “E cabe-lhe, igualmente, oferecer modelos hermenêuticos a partir da «elaboração racional» é dizer, sobre a construção a partir de elementos oferecidos pelo próprio sistema; ordenando – «colocando em ordem» – as multifárias e muitas vezes desordenadas soluções judiciais, colaborando para com a estabilidade e a certeza jurídica; fundamentar, por meio de elaboração teórica, a solução encontrada topicamente; criticar, quando necessário, a decisão que se mostra estranha ao sistema ou não estampa a necessária ligação entre os elementos de fato e os demais elementos normativos acaso incidentes ao caso, e o reenvio determinado pela cláusula geral.” MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 189. Dessa forma, sendo a cooperação judiciária nacional uma cláusula geral no direito processual e tendo em vista o papel da doutrina para a construção de balizas para essa cláusula geral, este artigo se debruça sobre a possibilidade de cooperação judiciária nacional para o julgamento de IRDRs instaurados em diferentes tribunais, como será melhor desenvolvido em seção específica.

32 CABRAL, Antonio do Passo. Fundamentos para uma teoria da cooperação judiciária: a revolução que se avizinha. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Cooperação judiciária nacional. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 39.

importam os atos realizados por concertação, que, para Fredie Didier Jr.³³ são negócios jurídicos de direito público celebrados pelos juízos envolvidos e, por isso, têm capacidade negocial, denominados como “atos concertados entre juízos cooperantes”³⁴. Em sentido diverso, Antonio do Passo Cabral³⁵ argumenta que a natureza da cooperação é consensual, mas não é negocial, sustentando que “afirmar que a cooperação judiciária é consensual não significa dizer que se desenvolverá sempre por meio de negócios jurídicos processuais”³⁶.

A cooperação judiciária, diretamente relacionada com a flexibilização procedimental – que é uma tônica do CPC em sua integralidade –, “apresenta-se como uma forma de oxigenação das regras tradicionalmente rígidas estabelecidas pelo sistema processual”³⁷. Sobre essa abertura de possibilidades, algumas questões são mais polêmicas e enfrentam maior resistência da doutrina, a exemplo da concertação para modificação de competência, o que necessariamente envolve o princípio do juiz natural. Nesse sentido, a depender da interpretação que se dá ao princípio³⁸, essa possibilidade de ato concertado será mais ou menos aceita³⁹.

33 DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 84.

34 Sobre este ponto, nas palavras do autor: “Nesse sentido, o ato concertado segue o conteúdo tradicional do princípio do juiz natural, que exige anterioridade e generalidade da regra de competência. Se não houver uma relação permanente, basta uma solicitação, ou delegação, para que a cooperação se materialize (por telefone, e-mail, carta precatória) e seja extinta”. DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 85.

35 CABRAL, Antonio do Passo. Fundamentos para uma teoria da cooperação judiciária: a revolução que se avizinha. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Cooperação judiciária nacional. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 29.

36 Importante citação do posicionamento do autor: “Como afirmei, é possível que, em especial nas interações judiciais mais complexas, haja coordenação entre os órgãos do Judiciário para a prática conjunta ou combinada de um ou mais atos processuais. Isso se dará por meio de protocolos institucionais, que são convênios para a prática de atos de natureza administrativa mas que possuem efeitos no processo (e portanto são considerados convenções processuais). Porém, quando firmados pelos juízos na sua atividade jurisdicional, não estamos diante de negócios jurídicos processuais: os juízes, além de não terem capacidade negocial (para dispor de interesses próprios), também não podem dispor dos interesses das partes envolvidas nos respectivos processos. Então, esse ajuste é formalizado por meio de um ato conjunto, não uma convenção processual. Os atos conjuntos têm base consensual, mas com natureza negocial. Lembre-se ainda que, neste caso, a cooperação judiciária modifica a competência e, como veremos, o meio para controlar a assunção consensual da competência em processos jurisdicionais é o conflito de competência. Se a cooperação entre juízos tivesse natureza de negócio jurídico, não poderia ser impugnada ou questionada por conflito de competência”. CABRAL, Antonio do Passo. Fundamentos para uma teoria da cooperação judiciária: a revolução que se avizinha. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Cooperação judiciária nacional. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 29-30.

37 ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Fundamentos da cooperação judiciária nacional. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Cooperação judiciária nacional. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 75.

38 Revisitado e reestruturado por Antonio do Passo Cabral, o qual deu ao tema os ares contemporâneos necessários para que o princípio não seja uma dificuldade obsoleta no sistema processual civil hodierno, em: CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

39 Fredie Didier Jr., ao abordar este ponto, sustentou que “a concertação que tenha por objeto o poder decisório é, de longe, a mais polêmica e sensível – trataremos do tema mais à frente. Não é por acaso que a parte final

Após apontar brevemente e de forma expositiva a contribuição doutrinária sobre a temática, parte-se à análise da hipótese objeto deste texto, que é a cooperação judiciária nacional entre IRDRs sobre uma mesma questão de direito instaurados em diferentes tribunais, possibilidade atípica, já que não está prevista no Código.

4. O QUE A COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NACIONAL TEM A CONTRIBUIR PARA A PROBLEMÁTICA DOS IRDRS SOBRE A MESMA QUESTÃO DE DIREITO INSTAURADOS EM DIFERENTES TRIBUNAIS?

A problemática de IRDRs sobre uma mesma questão de direito instaurados em diferentes tribunais vem sendo identificada pelos estudiosos do direito processual civil, inclusive quando se pensa na utilização do IRDR como estratégia processual por um *repeat player*, conforme hipótese de Sergio Cruz Arenhart e Gustavo Osna⁴⁰⁻⁴¹, em que o demandado poderia forjar a apreciação do incidente para obstar a propositura de ação coletiva relacionada à matéria, caso conhecida a prejudicialidade.

Juliana Melazzi⁴² aponta que, quando definida a tese em um tribunal, sua aplicação não será impositiva em tribunal de competência diversa, “uma vez que a competência delimita o quadro jurídico de atuação de uma unidade organizacional”. Nesse sentido, também vislumbra a hipótese de que Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais processem paralelamente as mesmas questões de direito⁴³.

do art. 1º do Anexo da Recomendação n. 38/2011 do Conselho Nacional de Justiça expressamente determina a observância do princípio do juiz natural na cooperação judiciária”. DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 88.

- 40 Ao tratar os possíveis conflitos entre ações coletivas e IRDR, os autores sustentaram: “De outro lado, há também advertências a serem suscitadas quanto à extensão dessa decisão coletiva. É que, ao contrário do que ocorre com as ações civis públicas, aqui não se prevê a vinculação da classe somente à eventual interpretação que lhe seja favorável (*secundum eventum litis*). Com isso, esse mecanismo será bastante mais favorável ao réu coletivo, tanto por não tutelar os indivíduos ausentes quanto por admitir a imutabilidade que lhe favoreça (além de, como visto, poder gerar um procedimento insolúvel). Não seria possível, então, que o próprio demandado forjasse a apreciação do incidente para o fim de obstar a propositura de ação coletiva relacionada à matéria (caso reconhecida prejudicialidade)?”. ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 388.
- 41 ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 388.
- 42 MELAZZI, Juliana. A competência dos tribunais para julgamento de IRDRs: possível incompatibilidade decisória e a remessa (obrigatória) aos tribunais superiores. *Revista de Processo*, vol. 277/2018, versão eletrônica, p. 6.
- 43 Sobre esse ponto, importante a leitura das palavras da autora: “No âmbito do direito brasileiro, é importante pontuar que tribunais distintos podem ter atuações similares quando se analisa a competência em razão do território e da matéria, havendo distinção apenas quando observada a pessoa envolvida. Por isso é que, por exemplo, Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais podem processar paralelamente as mesmas ações de direito bancário, como ações revisionais, ajuizadas por consumidores que residem na mesma comarca, diferenciando sua atuação apenas conforme se trate de uma instituição de direito privado ou não. Tal constatação é de extrema importância, uma vez que, em razão da coincidência de competências – a depender dos critérios de competência territorial, funcional ou objetiva –, podem os Tribunais de Justiça e Regionais Federais adotar entendimentos conflitantes sobre casos com fatos e condições isomórficas, acarretando a apreciação diversa da mesma matéria.” MELAZZI, Juliana. A competência dos tribunais para julgamento de

Sobre o tema, Sofia Temer⁴⁴ sustentou que a extinção do IRDR não parece a melhor alternativa, também não seria possível a reunião dos IRDRs. No caso de multiplicidade de IRDRs sobre uma mesma questão de direito instaurados em diferentes tribunais, a autora entende que, quando não houver decisão de suspensão nacional, os incidentes tramitarão autonomamente e as decisões proferidas, quando descompassadas, serão uniformizadas pela via recursal (RE ou REsp)⁴⁵.

É interessante mencionar que o Enunciado nº 90 do FPPC dispõe que “é admissível a instauração de mais de um incidente de resolução de demandas repetitivas versando sobre a mesma questão de direito perante tribunais de 2º grau diferentes”, no entanto, o que se discute neste texto não é a admissibilidade ou não dos múltiplos IRDRs, mas sim uma possível solução para que as teses dos IRDRs sobre a mesma questão, quando conjugadas, não se transformem em uma quimera – o que é, claramente, incoerente com a busca pela isonomia e segurança jurídica.

Cogitando a possibilidade de existirem IRDRs sobre uma questão de direito tramitando no mesmo tribunal, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha⁴⁶ entenderam que todos devem ser apensados para processamento e julgamento conjunto, quando forem idênticos ou conexos. No caso de IRDRs sobre a mesma questão de direito tramitando em diferentes tribunais, questionaram: a suspensão nacional, além de atingir os processos pendentes em todo o território nacional, também deveria atingir os IRDRs? Quais?

Nesse caso, os autores⁴⁷ entenderam pela suspensão nacional para concentrar a discussão em um único IRDR, o que já serviria de mecanismo antecedente do eventual e futuro recurso especial ou extraordinário a ser interposto contra a decisão proferida no IRDR. Assim, segundo essa corrente, seguindo a regra geral de prevenção, deveria ser processado o primeiro IRDR admitido, sobrestando-se os demais.

Contudo, conforme reconhecido por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha⁴⁸, talvez a melhor solução dogmática seja a apresentada por Edilton Meireles⁴⁹,

IRDRs: possível incompatibilidade decisória e a remessa (obrigatória) aos tribunais superiores. *Revista de Processo*, vol. 277/2018, versão eletrônica, p. 7.

44 TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, p. 124.

45 A propósito, a autora participou de episódio do *podcast* “Rádio Decidendi: IRDR, avanços, retrocessos e perspectivas após o CPC/2015 – Sofia Temer”, em que trouxe ideias arrefecidas e atuais sobre a temática, o que indica, também, a necessidade do olhar cuidadoso para a hipótese descrita neste texto. Episódio disponível em todos os tocadores digitais.

46 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 804.

47 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 804.

48 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 804.

49 MEIRELES, Edilton. *Do incidente de resolução de demandas repetitivas no Processo Civil Brasileiro e suas repercussões no Processo do Trabalho*. Disponível no Academia.edu do autor.

segundo o qual o tribunal superior poderia, ao apreciar o pedido de suspensão nacional, utilizar o princípio da competência adequada para escolher o mais representativo da controvérsia ou outro, a partir de motivação explícita do tribunal superior.

Sabe-se que a competência para julgamento do IRDR é do tribunal em que foi instaurado, de modo que o julgamento caberá ao órgão indicado pelo regimento interno do tribunal.

Diante disso tudo, merece atenção a possibilidade de utilização da cooperação judiciária nacional, seja para realização de ato concertado para modificação de competência do julgamento do IRDR (atentando à competência adequada e seus desdobramentos), seja para a escolha de qual IRDR será julgado e quais serão suspensos, seja, por fim, para o julgamento conjunto dos IRDRs sobre a mesma questão.

Para tanto, é importante destacar o ato concertado típico previsto pelo art. 69, §2º, VI do CPC, o qual prevê a centralização de processos repetitivos⁵⁰. Fredie Didier Jr.⁵¹ destacou que o termo “centralização de processos repetitivos” é indeterminado e não induz a uma fácil compreensão dogmática, já que o CPC adota os termos “casos repetitivos” (no art. 928) ou “demandas repetitivas” (ao tratar do IRDR, no art. 976 e seguintes), de modo que o termo “processos repetitivos” é utilizado apenas no contexto da cooperação judiciária (art. 69).

Em razão da diversidade terminológica utilizada pelo Código, o autor⁵² levanta duas interpretações possíveis: ou se considera “processo repetitivo” como sinônimo de “caso repetitivo” ou “demanda repetitiva”, atribuindo as diversas terminologias a uma atecnia legislativa, ou se considera “processo repetitivo” como um termo que tem dogmática específica. De um ou de outro modo, Fredie Didier Jr. sustenta que a centra-

50 Com enfoque nesse dispositivo, Maria Gabriela Campos argumentou que: “Portanto, é possível que os juízos, atuando de forma discricionária (dentro dos limites traçados pelo ordenamento), gerenciem o exercício da competência, por meio dos atos concertados, podendo convencionar pela centralização ou separação das demandas, quando a medida se mostrar conveniente e adequada ao caso concreto. Serão as circunstâncias do caso concreto que ditarão a conveniência pela agregação ou não de demandas que comunguem de uma mesma questão comum. É preciso avaliar, caso a caso, as vantagens e as desvantagens da centralização ou separação dos processos, sob pena de incidir em inconvenientes, tal como demonstrado no procedimento do *multidistrict litigation*”. CAMPOS, Maria Gabriela. *O compartilhamento de competências no Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 192. Também abordando a cooperação judiciária nacional em comparação com o *multidistrict litigation*, Thaís Amoroso Paschoal elucidou o tema sob a ótica da gestão da prova a partir da gestão de casos judiciais (PASCHOAL, Thaís Amoroso. *Atos concertados entre juízes cooperantes como ferramenta adequada de gestão processual: uma possibilidade para a aplicação do multidistrict litigation no sistema brasileiro*. In: ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.); DOTI, Rogeria (Org.). *O Processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 382). O tema também foi objeto de análise em sua tese de doutoramento, na qual trabalhou a possibilidade de concertação de atos para produção coletivizada da prova. PASCHOAL, Thaís Amoroso. *Coletivização da prova*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 204 e ss.

51 DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 92.

52 DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 92-93.

lização de processos repetitivos por ato concertado integra o microsistema de resolução de casos repetitivos. Dando continuidade à argumentação sobre a terminologia, o autor⁵³ entende que “processos repetitivos” seria gênero, do qual “casos repetitivos” ou “demandas repetitivas” seriam espécies.

Por esse motivo, é necessário destacar que seria possível a utilização de ato concertado para centralização de processos repetitivos com o intuito de reunir os IRDRs sobre uma mesma questão de direito instaurados em diferentes tribunais, para a realização de julgamento conjunto, com fixação de tese cuja abrangência seria a de todos os tribunais envolvidos no julgamento dos IRDRs.

A composição do órgão colegiado para julgamento, bem como as demais peculiaridades referentes ao julgamento conjunto dos múltiplos IRDRs dependeria do próprio conteúdo do ato concertado firmado entre os juízos envolvidos. Nesse sentido, uma vez que o ato concertado é um negócio jurídico de direito público⁵⁴, é fato criador do direito. Seguindo o raciocínio de Hans Kelsen, em *Teoria Pura do Direito*⁵⁵: “na linguagem tradicional a palavra ‘negócio jurídico’ é usada tanto para significar ato produtor da norma como ainda a norma produzida pelo ato”⁵⁶.

O rol de fontes de normas processuais é extenso⁵⁷, desde a Constituição da República e o CPC, alcançando também tratados e convenções internacionais, medidas provisórias, precedentes, regimentos internos dos tribunais, resoluções do Conselho Nacional de Justiça, costume, *soft law* e negócios jurídicos (tanto processuais, quando oriundos de cooperação judiciária nacional, prevista do art. 67 a 69 do CPC). Além das fontes principais, Arruda Alvim⁵⁸ elencou como fontes subsidiárias da norma processual civil a analogia, o costume, e os princípios gerais do direito.

Assim, sabendo que o art. 978 do CPC estabelece que o julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno do tribunal (que é fonte de norma processual), caso seja realizado ato concertado para centralização dos IRDRs para julgamento conjunto, deverá constar no ato concertado a composição do órgão colegiado

53 DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 93.

54 DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 84.

55 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 179.

56 Desenvolvendo a ideia com mais profundidade, Hans Kelsen argumentou: “Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial. Estas normas jurídico-negocialmente criadas, que não estatuem sanções mas uma conduta cuja conduta oposta é o pressuposto da sanção que as normas jurídicas gerais estatuem, não são normas jurídicas autônomas. Elas apenas são normas jurídicas em combinação com as normas gerais que estatuem as sanções”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 179.

57 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 88-94.

58 ARRUDA ALVIM. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 89-97.

para julgamento e fixação da tese, com a indicação de desembargadores de todos os tribunais envolvidos.

Thais Amoroso Paschoal⁵⁹ sustentou que, além do art. 69, IV e §2º, II, a possibilidade de reunião de demandas comuns pode ser justificada pelo art. 55, §3º do CPC, o qual dispõe que “serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles”. Seguindo esse raciocínio, entende-se pela possibilidade de utilização do art. 55, §3º também para a reunião de IRDRs para julgamento conjunto, conforme raciocínio delineado acima.

É possível cogitar outra hipótese. Pensando no posicionamento doutrinário de suspensão nacional dos IRDRs em caso de existência de múltiplos incidentes sobre uma mesma questão de direito, pode-se imaginar a realização de ato concertado entre os tribunais envolvidos para a escolha de qual tribunal tem a competência adequada para julgamento do IRDR e fixação da tese, com a suspensão dos demais, por decisão fundamentada do porquê de o tribunal escolhido ser o adequadamente competente.

Hipótese mais ambiciosa seria a de realização de ato concertado para modificação da competência dos IRDRs, reunindo-os em um só juízo – que seria o adequadamente competente – para julgamento e fixação de tese aplicável a todos os tribunais envolvidos.

O ato concertado para modificação de competência, por si só, é polêmico. Observa-se as diretrizes formuladas por Fredie Didier Jr.⁶⁰ para a modificação de competência por ato concertado: 1) O ato concertado não poderá alterar a competência absoluta para julgar determinados pedidos; 2) O ato concertado poderá alterar competência relativa; 3) O ato concertado poderá implicar a mudança de competência para a definição de questões incidentais (como questões oriundas de fato comum ou questão de direito).

Para tanto, sendo o IRDR sobre uma *questão de direito*, que é, portanto, incidental, entende-se pela possibilidade de realização de ato concertado para modificação de competência do julgamento do IRDR, quando houver múltiplos IRDRs sobre uma mesma questão de direito, a fim de que o juízo escolhido para julgamento seja o *adequadamente competente*. Dessa forma, atenta-se à necessidade de flexibilização do princípio do juiz natural, em razão da dinamicidade das relações hodiernas, bem como

59 PASCHOAL, Thais Amoroso. Atos concertados entre juízes cooperantes como ferramenta adequada de gestão processual: uma possibilidade para a aplicação do *multidistrict litigation* no sistema brasileiro. In: ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.); DOTTI, Rogeria (Org.). *O Processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos*: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 382.

60 DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 100-101.

pela necessidade de atender à eficiência – isto porque a possibilidade de decisões contraditórias entre os múltiplos IRDRs é, por si só, ineficiente, além de representar clara ameaça à isonomia e à segurança jurídica, que são o que, precipuamente, o IRDR visa resguardar.

Esclarece-se que a hipótese trabalha a modificação de competência para *juízo*, e não a competência para desenvolvimento de todos os atos relativos ao IRDR, em razão da possibilidade de modificação de competência *ad actum*, desenvolvida por Antonio do Passo Cabral⁶¹. O autor discorre sobre a possibilidade de exercício da competência *ad actum* a partir da compreensão dos pressupostos de cada ato processual, conforme argumentou acerca da legitimidade da parte e do interesse de agir: ao invés de considerá-los *ad causam*, eles merecem ser enxergados *ad actum*, desenvolvendo os conceitos de “legitimidade *ad actum*” e “zonas de interesse”⁶². Nesse sentido, a competência também deveria ser compreendida como “competência *ad actum*”, já que, por ser uma legitimidade, é um atributo transitivo, devendo ser analisado em relação a um estado de fato⁶³⁻⁶⁴.

Seguindo o raciocínio da modificação de competência para o julgamento dos IRDRs no tribunal adequadamente competente, as intervenções de terceiros também deverão ser realizadas no respectivo tribunal, como, por exemplo, a participação de

61 CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 328.

62 CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 404, 2009.

63 Sobre a competência *ad actum*, ressalta-se as palavras de Antonio do Passo Cabral: “A competência, por ser uma legitimidade, é um atributo transitivo, verificado em relação a um determinado estado de fato. Como pertine ao exercício de um poder jurídico, o ordenamento remete qualquer competência à específica situação concreta onde tal poder será exercido (situação legitimante). (...) Nessa perspectiva, pode-se analisar a correspondência entre as previsões abstratas do sistema de competências e a situação de fato (o contexto específico), que pode levar à conclusão de que a competência adequada e a capacidade institucional, para um ou mais atos processuais, deva ser de outro juízo. Veja-se que a análise da competência *ad actum* remete àquele mesmo caráter contingente e contextualizado a que fizemos referência. Aqui se quer ressaltar que o exame da competência adequada e das capacidades institucionais pode ser empreendido tanto levando em conta todo o arco de atos jurídicos do início ao fim do processo (competência *ad iudicium*) quanto apenas um ou alguns atos processuais (*ad actum*). O exame da competência *ad actum* permitirá que, para cada ato jurídico processual, possa ser analisada (ou reanalisada) a competência adequada (acrescida do teste das capacidades institucionais). A competência, nesse dinamismo, poderia ser analisada sob o prisma das funções jurisdicionais em cada uma das específicas situações processuais em que praticados atos no processo e à luz das alternativas que se coloquem numa determinada fase processual. Assim, em vez de um controle linear e estático da competência para todo o processo (como se o mesmo juízo fosse adequadamente competente para todos os atos), passa-se a admitir que se teste a competência adequada para cada ato a ser praticado. Pode-se falar, portanto, que a competência adequada é uma competência adequada *ad actum*.” CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 330-331.

64 CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 330.

eventuais *amici curiae*⁶⁵⁻⁶⁶ no IRDR, ou mesmo a intervenção dos membros do grupo⁶⁷. Levando em consideração a possibilidade de intervenções de terceiros inominadas⁶⁸, entende-se que quaisquer terceiros interessados no julgamento da questão poderão intervir no incidente, inclusive terceiros cujos processos originários tramitem nos demais tribunais envolvidos, que não o definido como adequadamente competente pelo ato concertado.

É fundamental destacar a essencial participação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, quando não atuar como legitimado, conforme disposto no art. 983 do CPC. Ou seja, no caso de realização de ato concertado para julgamento conjunto ou para modificação da competência de julgamento dos IRDRs, o Ministério Público atuará como fiscal da lei⁶⁹.

65 Sobre a intervenção do *amicus curiae* no IRDR, José Carlos Baptista Puoli destacou que a participação é possível, mas não obrigatória, muito embora seja importante para o julgamento do incidente, em razão das relevantes repercussões da fixação da tese jurídica. PUOLI, José Carlos Baptista. “Amicus curiae” e a legitimação dos “julgamentos repetitivos”. In: TALAMINI, Eduardo et al (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Partes e terceiros no processo civil. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 606.

66 Especialmente a respeito do problema de diversos IRDRs sobre uma mesma questão de direito em diferentes tribunais, é indispensável a participação do amigo da corte, de modo que a discussão deve ser amplamente divulgada, a fim de que a sociedade tome ciência de que aqueles temas estão sendo objeto de apreciação pelo Poder Judiciário, cuja análise será vinculante ao(s) tribunal(is) envolvido(s). Faz-se referência, portanto, às palavras de Manoela Virmond Munhoz sobre a participação do *amicus curiae* e à necessidade de ampla publicidade ao procedimento de fixação da tese: “Ademais, é preciso ter em conta que a mera divulgação dos precedentes formados em sítios eletrônicos de tribunais e no próprio BNP não é suficiente para atingir os jurisdicionados como um todo, que não acompanham referidos cadastros. Daí porque é importante que os tribunais se valham de outros meios de comunicação, como jornais, rádio, televisão, imprensa oficial, para dar efetivamente a ampla divulgação à sociedade, e não apenas ao mundo jurídico”. (MUNHOZ, Manoela Virmond. A participação do *amicus curiae*: interesse, funções, regime jurídico e classificação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 148. Tal divulgação proposta pela autora é, inclusive, propulsora da identificação das questões discutidas em diferentes tribunais.

67 Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Gustavo Silva Alves levantaram a possibilidade de participação dos membros do grupo no julgamento de casos repetitivos como nova espécie de intervenção de terceiros, diferenciando tal intervenção da assistência e do *amicus curiae*. Segundo os autores, os membros do grupo podem atuar no IRDR a partir da noção de legitimidade *ad actum* – outrora mencionada. DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. ALVES, Gustavo Silva. Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos. In: TALAMINI, Eduardo et al (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Partes e terceiros no processo civil. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 108; CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 404, 2009. Quanto à participação dos membros do grupo, a legitimidade deverá ser analisada para cada ato que o membro pretenda praticar durante o trâmite do incidente, intervenção esta cuja situação legitimante é o interesse que o membro possui na discussão. DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. ALVES, Gustavo Silva. Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos. In: TALAMINI, Eduardo et al (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Partes e terceiros no processo civil. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 111-112.

68 TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil*: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Juspodivm, 2020.

69 Seja o Ministério Público Federal, sejam o Ministério Público de cada Estado envolvido na controvérsia.

Antes da instrução, o relator poderá realizar o saneamento compartilhado do incidente⁷⁰, inclusive com a participação dos demais tribunais envolvidos, bem como das partes do processo originário e Ministério Público. Vê-se, assim, a hipótese de saneamento compartilhado envolvendo as partes (por negócio jurídico processual típico, previsto no art. 357, §3º do CPC) e os tribunais envolvidos no ato concertado (em razão do princípio da atipicidade, oriundo da cláusula geral de cooperação judiciária).

Após discorrer sobre a hipótese central deste artigo, em atenção à respeitável obra na qual se insere, é importante refletir sobre como o Conselho Nacional de Justiça pode contribuir para a concretização dos atos concertados ilustrados neste texto.

5. POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA PARA A CONCRETIZAÇÃO DA HIPÓTESE E O SOFT LAW

Em 2020, Fredie Didier Jr. proferiu palestra intitulada “Do que se ocupa um(a) processualista?”, cujo texto base foi publicado posteriormente na Civil Procedure Review⁷¹. O texto propõe uma revisão das dimensões tradicionais do processo, observando a ampliação do que chamou de “objeto epistêmico” do processo.

Dentro das reflexões que propôs, sugeriu repensar a dimensão da “participação” no processo, de modo que os estudos devem ir além das normas que regem as condutas processuais dos juízes, membros do Ministério Público, advogados, defensores públicos e auxiliares da justiça. É necessário investigar, também, a formação, deontologia e responsabilidade (civil, penal e disciplinar) desses atores.

Apesar do tema não ser *processual*, em si, ele invariavelmente se relaciona com o *processo*. Primeiramente, porque a *accountability* dos juízes tem sido objeto de estu-

70 Sobre o despacho saneador, necessário destacar sua função, de acordo com Liebman: “A atividade do juiz para instruir e examinar a controvérsia submetida a julgamento será tanto mais eficiente quanto menos sua atenção e sua serenidade forem desviadas pela necessidade de resolver as dúvidas que podem ser levantadas a respeito da regularidade e validade do próprio processo. Por outro lado, o princípio da economia processual aconselha que estas dúvidas sejam todas resolvidas e eliminadas antes que se passe a examinar o mérito, para evitar o perigo de gastar tempo e trabalho num processo que poderá depois resultar invalidamente instaurado, inutilizando-se assim os atos porventura já realizados. Razões várias tornam, pois, conveniente assegurar, tanto quanto possível, que não se dê início ao conhecimento do mérito da controvérsia senão depois de abrir e desembaraçar o caminho por meio da depuração, do *saneamento* do processo, isto é, pela eliminação de todas as falhas, defeitos ou dúvidas que poderiam invalidá-lo”. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Saraiva e Cia Livraria Acadêmica: São Paulo, 1947, p. 108. Por conseguinte, acerca da possibilidade de saneamento em incidente, válida a menção de Galeno Lacerda: “Essa característica, que se ajusta a todo ato de autoridade pública, assume no saneador um aspecto peculiar. Aqui o ato do juiz tem por objeto o próprio instrumento de concretização do direito. A análise se concentra não na relação jurídica controvertida, mas no processo em si, em sua adequação às normas de direito judiciário. Essa atividade, fruto do poder instrumental ou ordinatório do juiz, se aplica à solução dos incidentes processuais”. LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 100. Portanto, não há dúvidas quanto à possibilidade de saneamento e organização do IRDR, antes de seguir para a etapa instrutória.

71 DIDIER JR., Fredie. Do que se ocupa um(a) processualista?. Civil Procedure Review. V. 12, n. 3, set-dez 2021.

dos. Em segundo lugar, em razão das investigações sobre imparcialidade do julgador e dos membros do Ministério Público tem direta relação com as normas que regulam os deveres éticos desses agentes. Em terceiro lugar, porque também indicou que as estruturas do CNJ e do CNMP, apesar de não serem órgãos jurisdicionais, não podem ser ignoradas em exposições sistemáticas sobre o processo civil brasileiro.

Tanto não podem, que Fredie Didier Jr. e Leandro Fernandez dedicaram uma obra inteira ao estudo do Conselho Nacional de Justiça⁷², abordando as boas práticas e a competência normativa do órgão.

Não por acaso, o Conselho Nacional de Justiça, desempenhando uma das suas funções, promoveu o “II Encontro Nacional de Magistrados(as) de Cooperação e a reunião dos Núcleos e Magistrados(as) de Cooperação”, em agosto de 2023, com o objetivo de compartilhar conhecimentos e experiências sobre o tema da cooperação judiciária nacional, a fim de aprimorar a experiência dos diversos atores dentro do sistema justiça, por meio da lapidação da aplicação do direito processual civil.

Inegavelmente, a boa administração da justiça é um dos escopos da performance do Conselho Nacional de Justiça, a fim de que, por meio dela, seja alcançada a concretização dos direitos e garantias fundamentais⁷³, inclusive no que diz respeito à busca pela efetividade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário e, no que concerne ao objeto deste texto, indubitavelmente, o Conselho Nacional de Justiça cumpre um importante papel no sistema de formação de precedentes e no microssistema de gestão de casos repetitivos.

É justamente nessa perspectiva que os(as) processualistas devem se ocupar, também, do estudo das normas processuais, de modo que Fredie Didier Jr. destacou a necessidade de “voltar os olhos às ‘boas práticas’ processuais”⁷⁴. Segundo ele, “o estudo das ‘boas práticas’ tanto pode revelar que algumas delas se tenham transformado em

72 DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*. Salvador: Juspodivm, 2022.

73 Sobre o tema, Fredie Didier Jr. e Leandro Fernandez destacaram que: “A correlação é evidente: um processo estruturado com características (procedimentais, de competência ou de conformação institucional) que tornem inviável ou injustificadamente difícil a concretização de garantias processuais representa um desperdício dos recursos do Judiciário; da mesma maneira, a prestação jurisdicional desenvolvida sem a preocupação com o aproveitamento racional do pessoal e das estruturas materiais e tecnológicas do Poder Judiciário também é inadequada à sua finalidade. Essa compreensão é corroborada pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que se manifesta acerca do direito à boa administração da justiça no contexto do regime estabelecido pelo art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos”. DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*. Salvador: Juspodivm, 2022. Sobre a aplicação dos direitos humanos ao direito processual civil, em uma análise que relaciona o tema com as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, recomenda-se obra de Vitor Fonsêca: FONSÊCA, Vitor. *Processo Civil e Direitos Humanos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

74 DIDIER JR., Fredie. Do que se ocupa um(a) processualista?. *Civil Procedure Review*. V. 12, n. 3, set-dez 2021, p. 123.

verdadeiros ‘costumes processuais’, e, portanto, normas jurídicas, como também pode demonstrar o importante papel que o *soft law* cumpre em tema de processo”⁷⁵.

O mencionado autor, ao abordar as fontes das normas processuais, expôs que o *soft law* pode fornecer diretrizes que sirvam para o desenvolvimento do direito processual, apontando como exemplo as recomendações do CNJ, que, apesar de não serem formalmente fontes de norma jurídicas⁷⁶, funcionam como direcionamento para compreender as normas jurídicas a elas relacionadas. Nota-se, então, a influência do *soft law* no direito positivo, sendo considerado uma “quase fonte” do direito processual⁷⁷.

Marcus Seixas Souza⁷⁸ relaciona diretamente o estudo da normatividade do costume à normatividade do *soft law*, popularizado nas arbitragens internacionais, em detrimento do *hard law*. O autor diferencia o costume e o *soft law* porque o costume, ao ser comparado a uma fonte vinculante do direito é, portanto, *hard law*. Logo, o *soft law* não é visto como norma, mas sim como “boas práticas”.

O que é o *soft law*, então? Esse fenômeno “opera por meio de instrumentos escritos não obrigatórios elaborados por comissões e organismos, normalmente não estatais, a exemplo da *International Bar Association*”⁷⁹. Um exemplo recente são as *European Rules of Civil Procedure*, elaboradas pelo European Law Institute/UNIDROIT, que busca formar uma diretriz europeia para viabilizar a codificação das normas fundamentais do processo civil no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁸⁰.

A figura do *soft law* é comum ao direito internacional e à arbitragem, tanto é que Fernanda Góes⁸¹ utilizou como fonte de estudos para escrever sobre a aparência de imparcialidade no direito brasileiro, citando o “IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration” como exemplo de diretrizes para o dever de revelação do árbitro.

Não se sabe ao certo a origem do *soft law*, de modo que alguns apontam as raízes do fenômeno para o período medieval, enquanto outros associam o *soft law* ao pluralismo jurídico do século XIX e início do século XX⁸².

Num contexto de dinamismo do pós-Guerra Fria e da globalização, o direito internacional assumiu o papel de regular as tensões internacionais, produzindo normas

75 DIDIER JR., Fredie. Do que se ocupa um(a) processualista?. *Civil Procedure Review*. V. 12, n. 3, set-dez 2021, p. 123.

76 Diferentemente do que ocorre com as resoluções do CNJ, que são fonte de norma.

77 DIDIER JR., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 94.

78 SOUZA, Marcus Seixas. *Normas processuais consuetudinárias: história, teoria e dogmática*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 212.

79 DIDIER JR., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 94.

80 DIDIER JR., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 94.

81 GÓES, Fernanda Carvalho. *A tutela da aparência de imparcialidade no direito brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2022.

82 GÓES, Fernanda Carvalho. *A tutela da aparência de imparcialidade no direito brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 191.

internacionais sobre os mais diversos temas. Foi justamente nesse cenário de grande fluxo de bens, serviços e informações que os instrumentos de *soft law* desempenharam um papel importante e crucial, especialmente pela necessidade de utilizar meios ágeis para estabelecer regras de convivência⁸³.

Salem Nasser⁸⁴ sintetizou que *soft law* seriam, basicamente: 1) Normas, jurídicas ou não, dotadas de linguagem vaga ou noções com conteúdo aberto, que apresentem caráter principiológico que impossibilite a identificação de regras específicas e claras; 2) Normas para cujo descumprimento são previstos mecanismos de conciliação, mediação, ou outros, exceto adjudicação; 3) Atos concertados, produção dos Estados, que não são obrigatórios; 4) Resoluções e decisões de órgãos das organizações internacionais ou instrumentos por elas produzidos, que não são obrigatórios; 5) Instrumentos preparados por entes não estatais, que busque estabelecer princípios orientadores de comportamento dos Estados e outros entes, tendendo ao estabelecimento de novas normas jurídicas.

Como demonstração de que o STJ já começou a incluir o tema em sua agenda, importante mencionar o julgamento do REsp nº 1.720.390/RS, em 2019, no qual o STJ utilizou os princípios de Bangalore de Conduta Judicial e o Código Ibero-Americano de Ética Judicial, para que “esse mosaico de valores, princípios, responsabilidades e expectativas – partilhado pela comunidade das nações democráticas e, em decorrência, matéria-prima do arcabouço deontológico da magistratura ideal – informe a interpretação que se venha a conferir aos arts. 144 e 145 do novo CPC”⁸⁵.

É claro que há quem diga que, ao fim e ao cabo, o *soft law* não tem poder algum, como sustentou Bryan Druzin (*Why does Soft Law Have any Power Anyway?*)⁸⁶, já que não tem força coercitiva. A questão é que, para o direito processual brasileiro, o tema ainda é uma novidade, e merece ser alvo da ocupação dos(as) processualistas.

Isto porque, partindo das premissas aqui estabelecidas, questiona-se: a) pode o *soft law* ser fonte de norma processual?; b) se sim, qual o seu grau de vinculatividade?; c) quais organismos estão aptos a elaborar os documentos que servirão de diretrizes para essas “boas práticas”?

Salem Nasser⁸⁷ destacou a possibilidade de que os instrumentos de *soft law* atuem como construção ou confirmação do que chamou de “opinião jurídica”⁸⁸, “podendo

83 GÓES, Fernanda Carvalho. *A tutela da aparência de imparcialidade no direito brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 192.

84 NASSER, Salem. *Soft law*. 2020, p. 24.

85 Trecho do acórdão, disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800171452&dt_publicacao=12/03/2019

86 Druzin, Bryan H. “Why Does Soft Law Have Any Power Anyway.” *Asian Journal of International Law*, vol. 7, no. 2, July 2017, p. 361-378.

87 NASSER, Salem. *Soft law*. 2020.

88 Em outra oportunidade, a autora defendeu a possibilidade de que os Enunciados e as boas práticas do Fórum Permanente de Processualistas Civis sejam encarados como *soft law* no direito brasileiro: <https://www.jusbrasil.com>

servir como meios auxiliares na identificação do direito costumeiro que reconhecem ou criam”. Os instrumentos concertados e as resoluções não-obrigatórias das organizações podem funcionar como provocadores e aceleradores da generalização de determinado comportamento, conforme apontado pelo autor.

Levando em consideração todas as nuances de atuação do CNJ, correlacionando-as com as fontes do direito processual civil, pode-se imaginar a possibilidade de o CNJ atuar, também, elaborando recomendações de boas práticas para direcionar a concretização da hipótese, por meio de *soft law*, tal como surgiu inicialmente a cooperação judiciária no ordenamento jurídico brasileiro, em 2011.

Ademais, enquanto órgão do Poder Judiciário que exerce função exclusivamente administrativa, seria viável a cooperação judiciária entre o CNJ e os tribunais envolvidos nos IRDRs sobre a mesma questão de direito instaurados em diferentes tribunais. Isto porque o CNJ, usando de sua inteligência e do seu banco de dados, poderia identificar os casos e *sugerir* a cooperação entre os tribunais em que houver tais repetições. Mas não é só: os núcleos de cooperação podem atuar como infraestrutura de apoio.

Inclusive, a infraestrutura do CNJ há muito ampara e orienta os profissionais do direito em sua atuação, seja ela prática ou acadêmica. Um dos exemplos disso é o Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios⁸⁹, cujo Painel⁹⁰ também está disponível no sítio eletrônico do CNJ e garante uma visão global das demandas repetitivas existentes no território nacional, dividindo-as por matéria, tribunais, status do processo etc.

Em consulta realizada ao acervo do Painel do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios⁹¹, obteve-se o dado de que o total de IRDRs instaurados em território nacional perfaz a soma de 832 incidentes, culminando em 332.758 processos sobrestados. Do total de IRDRs, 543 foram instaurados perante a Justiça Estadual, 240 na Justiça do Trabalho, 48 na Justiça Federal e 1 nos Tribunais Superiores.

Os números evidenciam a latente necessidade de que o aprimoramento na gestão dos IRDRs esteja na agenda do Poder Judiciário, incluindo, por óbvio, o Conselho Nacional de Justiça, enquanto órgão que atua na administração da justiça.

com.br/artigos/negando-as-aparencias-e-disfarcando-as-evidencias-o-forum-permanente-de-processualistas-civis-os-grupos-sobre-boas-praticas-e-o-soft-law/1752769393; Ainda sobre a possibilidade de utilização do *soft law* pelo direito processual civil brasileiro, a autora entendeu que o instituto pode ser utilizado para estabelecer diretrizes de boas práticas para averiguação da adequação da representação do autor coletivo: VIEIRA, Debora. *A legitimidade nas ações coletivas: o negócio jurídico processual como fonte normativa do autor coletivo*. Londrina: Editora Thoth, 2023.

89 Disponível em: <https://bnpr.cnj.jus.br/bnpr-web/>

90 Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/openssl.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio.03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos

91 Consulta atualizada pela autora em 04/02/2024.

Por isso, para além da possibilidade de atuar na elaboração de recomendações sobre boas práticas na gestão dos IRDRs, é imprescindível reconhecer a necessidade de realização de pesquisas empíricas para mapear todos esses incidentes, identificando, no detalhe, as correlações existentes entre os incidentes já instaurados e os já julgados, correlacionando-os para não passarem despercebidas as repetições de questões de direito entre os IRDRs de diferentes tribunais.

Por fim, mas não menos importante, para fins de aprimoramento da hipótese ventilada neste artigo, retornando à temática das fontes de normas do direito processual civil, também é essencial atentar ao conteúdo dos regimentos internos dos tribunais envolvidos no possível ato concertado, a fim de se verificar em que medida o conteúdo do ato concertado está em consonância com o regimento interno dos respectivos tribunais no que diz respeito à relatoria, composição do órgão julgador, procedimento para o julgamento do incidente e demais pormenores.

É claro que, na medida em que o ato concertado pretende formalizar uma maneira diferenciada de julgamento dos IRDRs (levando em consideração todas as hipóteses expostas na seção anterior), existirão divergências entre o regimento interno dos tribunais envolvidos e o conteúdo do ato.

Aqui, portanto, é necessário retornar às noções basilares sobre a flexibilização procedimental, que sustentam a prevalência da adaptabilidade e de um sistema oxigenado, capaz de dar conta das dinâmicas modificações da sociedade contemporânea (tal afirmação se confirma em institutos como os negócios jurídicos processuais, as medidas executivas atípicas, a flexibilização da gestão das competências, a nova visão atribuída ao sistema de justiça multiportas⁹² etc.).

6. CONCLUSÕES E O PORVIR

Conclui-se, portanto, que a possibilidade de cooperação judiciária nacional entre IRDRs sobre uma mesma questão de direito instaurados em diferentes tribunais tem como intuito garantir a isonomia e a segurança jurídica em um panorama nacional, dada a possibilidade de fixação de teses divergentes entre os IRDRs.

A ideia é passível de críticas, por tocar em conceitos basilares do direito processual, cujas perspectivas contemporâneas não são unanimidade entre a doutrina. No entanto, entende-se que é necessário trocar as lentes para enxergar os fenômenos processuais, de modo que aos institutos clássicos deve ser dada roupagem hodierna, em razão da dinâmica cambiante das relações atuais, assim como pela intersecção entre institutos clássicos e modernos: no caso, o IRDR, a competência e a cooperação judiciária nacional.

92 DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à Justiça Multiportas*. Salvador: Juspodivm, 2024.

Explicou-se sucintamente noções sobre o IRDR e, em seguida, sobre a cooperação judiciária nacional. Após, cogitou-se três possibilidades: 1) a realização de ato concertado típico, baseado no art. 69, §2º, VI do CPC, para a centralização de processos repetitivos, centralizando os IRDRs para julgamento conjunto; 2) a realização de ato concertado atípico para a escolha do IRDR cujo juízo é adequadamente competente para decidir sobre a questão de direito, sobrestando os demais incidentes; 3) a realização de ato concertado atípico para a modificação de competência dos IRDRs, escolhendo o adequadamente competente para julgamento de todos os incidentes, em razão da flexibilização do princípio do juiz natural.

Em todos os casos, é claramente viável a intervenção de terceiros. Nas hipóteses em que ocorrer a modificação de competência, as intervenções deverão ser realizadas no respectivo tribunal, a exemplo da participação de *amicus curiae* ou mesmo a intervenção de membros do grupo. Todos os interessados poderão participar do julgamento do incidente, inclusive os terceiros cujos processos originários tramitem nos demais tribunais, que não o definido como adequadamente competente no ato concertado.

Além disso, destacou-se a essencialidade de participação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, quando não atuar como legitimado. Antes da instrução do incidente, o relator poderá realizar o saneamento compartilhado, inclusive com participação dos demais tribunais envolvidos, bem como das partes do processo originário e o Ministério Público.

Haveria, assim, a possibilidade de saneamento compartilhado envolvendo as partes (por negócio jurídico processual típico, nos termos do art. 357, §3º do CPC) e os tribunais envolvidos no ato concertado (com base na cláusula geral de cooperação judiciária, a qual embasa a atipicidade do ato concertado). Em todos os casos, da decisão que julgar os IRDRs caberá recurso especial ou recurso extraordinário e, apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica será aplicável a todo o território nacional (conforme dispõe o art. 987, §2º do CPC).

O porvir, então, reside nos novos contornos dados ao tema desde o seu estágio embrionário. Isto porque, conforme foi demonstrado, o Conselho Nacional de Justiça tem um importante papel no desenvolvimento e concretização da hipótese trabalhada. Primeiramente, porque o CNJ é órgão do Poder Judiciário, com função exclusivamente administrativa. Logo, pode atuar realizando o ato de cooperação com os tribunais em que forem instaurados os IRDRs sobre a mesma questão.

Além disso, o CNJ pode utilizar a sua inteligência e banco de dados para identificar os casos e sugerir a cooperação entre os tribunais em que houver a repetição das questões de direito, utilizando os seus núcleos de cooperação como infraestrutura de apoio. Para tanto, é imprescindível a realização de pesquisas empíricas para mapear todos esses incidentes (e aqui existe relevante e imprescindível ponte entre a vivência prática e a acadêmica).

Ainda, o CNJ pode atuar elaborando recomendações de boas práticas (*soft law*, portanto) para direcionar a concretização da hipótese, tal como surgiu a cooperação judiciária no ordenamento jurídico brasileiro, em 2011, através da Recomendação nº 38/2011 do CNJ. Hoje, após o desenvolvimento de tantos trabalhos, a Resolução nº 350/2020 do CNJ e o amadurecimento do tema, já é possível enxergar, certamente, novos horizontes para a cooperação, inclusive para o tratamento de demandas repetitivas. Horizontes esses que envolvem, necessariamente, a atuação ativa do Conselho Nacional de Justiça, nas suas mais diversas nuances.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Fundamentos da cooperação judiciária nacional. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Cooperação judiciária nacional. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 61-82.
- ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- ARRUDA ALVIM. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- ASPERTI, Maria Cecília de Araujo; *et al.* Why the “Haves” come out ahead in Brazil? Revisiting speculations concerning repeat players and one-shooters in the Brazilian litigation setting. *RDU*, Porto Alegre, Vol. 16, n. 88, 2019, 11-33, jul-ago 2019, p. 30.
- BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. *Revista de Processo*, vol. 2019/2013, versão eletrônica, maio/2013.
- BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.
- CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 404, 2009.
- CABRAL, Antonio do Passo. Fundamentos para uma teoria da cooperação judiciária: a revolução que se avizinha. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Cooperação judiciária nacional. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 23-54.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.
- CAMPOS, Maria Gabriela. *O compartilhamento de competências no Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituzioni di diritto processuale civile*. V. 2. Casa Editrice: Jovene, 1936.

- DIDIER JR., Fredie; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Competência adequada*. Conferência virtual realizada em 16/05/2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=v9-G9pn7ZSw>>. Acesso em 21/04/2021.
- DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. ALVES, Gustavo Silva. Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos. In: TALAMINI, Eduardo *et al* (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Partes e terceiros no processo civil. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 97-118.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2021.
- DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 4.
- DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*. Salvador: Juspodivm, 2022.
- DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à Justiça Multiportas*. Salvador: Juspodivm, 2024.
- Druzin, Bryan H. “Why Does Soft Law Have Any Power Anyway.” *Asian Journal of International Law*, vol. 7, no. 2, July 2017, p. 361-378.
- FONSÊCA, Vitor. *Processo Civil e Direitos Humanos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- GALANTER, Marc. Why yhe “Haves” come out ahead: Speculations on the limits of legal change. *Law & Society Review*, vol. 9, n. 1, 1974.
- GÓES, Fernanda Carvalho. *A tutela da aparência de imparcialidade no direito brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2022.
- HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *Competência no processo civil: da teoria tradicional à gestão da competência adequada*. Salvador: Juspodivm, 2021.
- JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Saraiva e Cia Livraria Acadêmica: São Paulo, 1947.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

- MELAZZI, Juliana. A competência dos tribunais para julgamento de IRDRs: possível incompatibilidade decisória e a remessa (obrigatória) aos tribunais superiores. *Revista de Processo*, vol. 277/2018, versão eletrônica.
- MEIRELES, Edilton. *Do incidente de resolução de demandas repetitivas no Processo Civil Brasileiro e suas repercussões no Processo do Trabalho*. Disponível no Academia.edu do autor.
- MUNHOZ, Manoela Virmond. *A participação do amicus curiae: interesse, funções, regime jurídico e classificação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024,
- NASSER, Salem. *Soft law*. 2020.
- PEIXOTO, Ravi. O *forum non conveniens* e o processo civil brasileiro: limites e possibilidade. *Revista de Processo*, vol. 279/2018, versão eletrônica.
- PASCHOAL, Thais Amoroso. Atos concertados entre juízes cooperantes como ferramenta adequada de gestão processual: uma possibilidade para a aplicação do *multidistrict litigation* no sistema brasileiro. In: ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.); DOTTI, Rogeria (Org.). *O Processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- PASCHOAL, Thais Amoroso. *Coletivização da prova*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
- PUOLI, José Carlos Baptista. “Amicus curiae” e a legitimação dos “julgamentos repetitivos”. In: TALAMINI, Eduardo et al (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Partes e terceiros no processo civil. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 595-608.
- SOUZA, Marcus Seixas. *Normas processuais consuetudinárias: história, teoria e dogmática*. Salvador: Juspodivm, 2019.
- TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 4 ed. Salvador: Juspodivm.
- TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- VIEIRA, Debora. A cooperação judiciária nacional entre IRDRs sobre a mesma questão de direito instaurados em diferentes tribunais. *Coluna da Processualistas no Jusbrasil*. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-cooperacao-judiciaria-nacional-entre-irdrs-sobre-a-mesma-questao-de-direito-instaurados-em-diferentes-tribunais/1312471635>;
- VIEIRA, Debora. Tijolo por tijolo num desenho lógico: A cooperação judiciária nacional entre incidentes de resolução de demandas repetitivas sobre a mesma questão de direito instaurados em diferentes tribunais. *Acesso à justiça em contexto de litigância repetitiva*. Mariana Tonolli Chivone Delchiaro (Orgs.). Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2022.
- VIEIRA, Debora. *A legitimidade nas ações coletivas: o negócio jurídico processual como fonte normativa do autor coletivo*. Londrina: Editora Thoth, 2023.
- VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

6

O TRIBUNAL DOS MORTOS¹

The Tribunal of the Dead

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas

Professor at the University of Brasília, Brazil.
Justice of the Superior Court in Brazil.

Quem julga, já morreu.
GUIMARÃES ROSA

Quando eu era um jovem Procurador da República, no começo da década de 1990, visitando a então sede do Ministério Público Federal, um velho Subprocurador-Geral me contou uma história sobre os primeiros concursos daquela Instituição: um *causo* de que jamais me esqueci.

Dizia ele que um colega, dos mais antigos — e que sempre procurava participar das bancas dos primeiros certames de ingresso na Casa —, era um examinador implacável. E se jactava: “Não dou dez a ninguém. O dez é meu. Nem nove. O nove é de mamãe. E, para completar, o oito é do meu pai. Sete é a maior nota que eu concedo.” Mas os ovinos objetavam: “E se o cara acertar todas as perguntas, como é que você vai justificar isso?” E ele respondia, impassível: “Eu pego o sujeito na prova oral. Pergunto o que era o Tribunal dos Mortos na Roma antiga. Se ele souber, eu dou oito. Aí eu pergunto qual

1 Este texto decorreu de um convite dos Editores ao autor; por isso, não passou pelo duplo exame cego.

era a composição do Tribunal dos Mortos. Caso responda, tem meu nove. Então eu pergunto quem era o Presidente do Tribunal dos Mortos. Na improvável hipótese de ele acertar, aí sim, tem o dez. Mas nunca ninguém soube nem da primeira!... Por isso, até hoje, a maior nota que eu registrei foi um sete mesmo...”

Eu, na época, procurei em toda parte essas informações. Só as achei depois, num livro do Professor Cruz e Tucci (e Luiz Carlos Azevedo) sobre Processo Civil Romano. Está lá no finzinho da p. 34 (na edição que tenho). Depois encontrei em outras fontes. Hoje em dia está tudo não apenas nas bibliotecas, mas também online. Mas pouca gente liga, atualmente, para o Direito Romano — o que é um grande erro, mas isso é tema para outro texto —, e essa história me marcou. Como as informações são interessantes, aproveito para contar. Velho adora contar coisas.

Pois bem.

Durante o século V d.C. (os muito politicamente corretos preferem EC – Era Comum), o Império Romano vivia um cenário de proliferação desordenada de leis imperiais (*constitutiones principum*), oriundas de sucessivos imperadores. O volume, a sobreposição e as contradições entre normas antigas e recentes geravam insegurança e confusão interpretativa entre magistrados e advogados.

Para remediar esse quadro — com o qual os brasileiros de hoje já se acostumaram —, o imperador Teodósio II (408–450), em acordo com Valentiniano III (425–455), promulgou, em 426 d.C., uma constituição imperial notável — a *Lex Citandi* (Lei de Citações), inserida posteriormente no Código Teodosiano (CTh 1.4.3).

Essa norma fixava quais jurisconsultos clássicos poderiam ser citados com autoridade legal (*auctoritas*), e como resolver divergências entre eles.

Por determinar que somente juristas já falecidos (Papiniano, isto é, *Aemilius Papinianus*; Ulpiano, ou seja, *Domitius Ulpianus*; Paulo, melhor dizendo, *Julius Paulus*; Gaio ou Caio, de quem só nos chegou o prenome, *Gaius*; e Modestino, a saber *Herennius Modestinus*) tinham força vinculante, os humanistas posteriores — especialmente os glosadores medievais e os juristas renascentistas — apelidaram esse dispositivo de “Tribunal dos Mortos” (*concilium iurisprudentium defunctorum*).

A transcrição latina do Código de Teodósio (CTh 1.4.3 – *De responsis prudentium*) reza:

“Papiniani, Pauli, Ulpiani, Modestini atque Gaii sententiae receptae leges obtineant; eorumque omnium commentarios et responsa, quorum memoriam sacri temporis veneratio consecravit, iudices pro suis sententiis accipiant.”

Ou, em português:

“As opiniões de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino e Gaio terão vigor de lei; e os juízes deverão acatar, como se fossem suas próprias sentenças, os comentários

e respostas de todos esses cujas memórias foram consagradas pela veneração dos tempos.”

Primeira e segunda perguntas (lá do começo do texto) respondidas. Chegamos ao nove.

Falta, para o dez, saber quem era o “Presidente” do Tribunal dos Mortos, o que se descobre no final da mesma passagem acima transcrita, que vai adiante, também no original e em vernáculo:

Si de una re diversa sit eorum sententia, plurimorum auctoritas obtineat; si pares numero paresque merito fuerint, Papiniani responsum praevaleat; cuius tamen scripta non aliorum commentariis submoveantur.”

“Se, sobre um mesmo assunto, houver divergência entre suas opiniões, prevalecerá a autoridade da maioria; e, se forem iguais em número e mérito, prevalecerá a resposta de Papiniano — cujos escritos, todavia, não deverão ser rejeitados pelos comentários de outros.

Esse trecho consagra juridicamente a autoridade póstuma de cinco mestres do ius clássico e coloca Papiniano como um *Chief Justice* simbólico, pois sua opinião decidia os empates.

A *Lex Citandi* representa a primeira tentativa sistemática de hierarquização das fontes jurídicas no mundo romano tardio. Sua intenção era dupla: de um lado, racionalizar o uso das fontes — restringindo o número de autores cuja doutrina teria força legal; de outro, uniformizar a interpretação — evitando que juízes se apoiassem em textos de autores obscuros, contraditórios ou apócrifos.

Assim, criou-se uma espécie de “tribunal simbólico” de juristas mortos, cujas vozes ainda decidiam litígios vivos. Um momento em que a aplicação da Justiça pareceu desafiar a frase famosa que seria escrita muitos anos depois: a famosa afirmação de Bergeret de que a lei é morta, mas o juiz está vivo.

Com efeito, quem diz a frase é Lucian Bergeret, mas ele — diferentemente do que alguns pensam, e até o citam como se fosse um jurista francês do passado — em verdade, jamais existiu. É criação do grande escritor francês Anatole France. Aparece numa tetralogia de romances deste, *História Contemporânea*, composta de *À sombra do olmo*, *O manequim de vime*, *O anel de ametista* e *O Senhor Bergeret em Paris*.

Há também uma coleção de contos, em francês *Crainquebille, Putois, Riquet et plusieurs autres récits profitables*. Ao pé da letra, *Crainquebille, Putois, Riquet e muitos outras histórias proveitosas*. Esse livro foi traduzido em português como *A justiça dos homens*, edição que só ganhei depois que a citei num prefácio que fiz para o amigo Napoleão Maia, jurista e poeta cearense, que me fez esse mimo.

Pois bem: o sr. Bergeret está presente em várias das histórias antes mencionadas, e, numa delas, chamada Jean Marteau, a frase em foco — além de intitular o capítulo II

— vem no seguinte contexto, em que fala o personagem mencionado (tradução minha, da edição eletrônica original referenciada no fim deste artigo):

“— Eu meditei na Filosofia do Direito —, disse o Sr. Bergeret — e passei a reconhecer que toda a justiça social repousa em dois axiomas: o roubo é condenável; o produto do roubo é sagrado. Eis os princípios que garantem a segurança dos indivíduos e mantêm a ordem do Estado. (...) Eles foram estabelecidos desde o começo das eras...

...

— Mas de qualquer modo —, diz o Sr. Goubin —, há leis justas.

— O sr. Acredita? —, pergunta Jean Marteau.

— O Sr. Gobin tem razão —, diz o Sr. Bergeret. — Há leis justas. Mas a lei, sendo instituída para a defesa da sociedade, não poderia ser, em seu espírito, mais equitativa que esta sociedade. E se essa sociedade é fundada na injustiça, as leis terão por função defender e sustentar a injustiça. E parecerão, portanto, tão mais respeitáveis quão mais injustas forem. Observem que, sendo, na maioria das vezes, muito antigas, elas representam não propriamente a iniquidade presente, mas uma iniquidade passada, mais rude e mais tosca. São monumentos de tempos mais brutais, que subsistem nestes dias mais amenos.

— Mas se pode corrigi-las —, diz o Sr. Goubin.

— Pode —, responde o Sr. Bergeret —. A Câmara e o Senado trabalham nisso quando não têm outra coisa para fazer. Mas a base subsiste: e é amarga. Para dizer a verdade, eu não teria muito medo de leis ruins se elas fossem aplicadas por bons juízes. A lei é inflexível, dizem. Eu não acredito que seja. Não há texto que não se deixe ser amaciado. A lei está morta. O magistrado está vivo, essa é uma grande vantagem que ele tem sobre ela. Infelizmente, ele quase não a usa. Normalmente, ele se mostra mais morto, mas frio, mais insensível que o texto que aplica. Ele simplesmente não é humano; simplesmente não tem piedade. O espírito de casta abafa nele toda simpatia humana.”

Como quer que seja, a escolha dos cinco integrantes do Tribunal dos Mortos foi emblemática: Papiniano foi um mártir da Justiça, executado por recusar-se a justificar o fratricídio de Geta por Caracala; Ulpiano e Paulo foram os maiores representantes do pensamento jurisprudencial severiano; Gaio, o mestre do ensino jurídico de Roma e o autor das *Institutas*, única obra da fase jurídica romana clássica que sobreviveu; e Modestino, o último grande jurista do Direito romano clássico.

Quando as opiniões se dividissem (por exemplo, três contra dois), o juiz seguiria a maioria. Se houvesse empate (dois contra dois, ou divergências não mensuráveis), a autoridade moral e científica de Papiniano prevaleceria — daí o epíteto de “presidente do Tribunal dos Mortos”.

A *Lex Citandi* vigorou formalmente até a compilação do Código Teodosiano (438 d.C.), e influenciou decisivamente a metodologia jurídica posterior. No Direito Justiniano (século VI), as opiniões desses mesmos juristas compuseram as *Pandectas* ou *Digesto* (não custa lembrar que as *Pandectas* foram norma positiva, até recentemente

— 1900 — na Alemanha, por exemplo). Na Idade Média, os glosadores de Bolonha (séculos XI–XIII) viram nesse cânone uma antecipação do princípio da autoridade das fontes e do consenso doutrinário. Na teoria moderna dos precedentes, o critério de seguir a “maioria das autoridades” (e, no empate, o “decano”) ecoa claramente a solução teodosiana.

Essa tradição não nos é estranha, muito pelo contrário. Desde o final da Idade Média, o Direito português estruturou-se sob forte influência das fontes romanísticas e canônicas, mediadas pela tradição glosadora e pós-glosadora do *ius commune*. Entre os mestres italianos, Bártolo de Sassoferrato (1313–1357) destacou-se como a maior autoridade interpretativa do *Corpus Iuris Civilis*, sendo considerado, por séculos, *princeps legum* e *doctor legum*, cuja palavra — a chamada *opinio Bartoli* — valia, na prática, como verdadeira lei subsidiária.

O peso da doutrina bartolista no ordenamento jurídico português foi tamanho que se pode afirmar ter existido, até o século XVIII, um governo das opiniões dos mortos — expressão que bem traduz o caráter de autoridade quase sagrada conferido aos juristas clássicos e medievais. A aplicação dessas opiniões não decorria apenas de veneração intelectual, mas de uma necessidade institucional: diante da ausência de legislação casuística e da fragmentação normativa dos reinos medievais, os ensinamentos dos grandes doutores — sobretudo de Bártolo e de seu discípulo Baldo degli Ubaldi — serviam como direito comum subsidiário, apto a suprir lacunas e orientar decisões judiciais.

Por sinal, com o intuito de consolidar tal herança e assegurar maior uniformidade às decisões, D. João I (que reinou de 1385 a 1433) mandou traduzir e compilar, em português, um extrato do *Codex Justiniani*, acompanhado da Glosa de Acúrsio e dos Comentários de Bártolo, tornando-os de consulta oficial. Essa obra visava difundir entre os juizes e letrados lusitanos o acesso direto às fontes do *ius commune*, sem depender do latim técnico. Para tanto, o rei contou com a colaboração do eminente jurista João das Regras, seu chanceler-mor, que sistematizou o uso dos textos romanísticos e das glosas como instrumentos de hermenêutica jurídica e de fixação de jurisprudência uniforme.

A partir de então, consolidou-se no reino a prática segundo a qual, na ausência de disposição expressa nas Ordenações, os juizes deveriam recorrer, sucessivamente, ao Direito Romano, ao Direito Canônico, à Glosa de Acúrsio e, finalmente, à opinião de Bártolo, que tinha, portanto, força supletiva e vinculante. Tal hierarquia hermenêutica foi expressamente incorporada nas Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603), em dispositivos que estabeleciam o modo de “julgar os casos que não forem determinados por as Ordenações” (Ordenações Afonsinas 2,9,2–3; Ordenações Manuelinas 2,5 pr., 1–3; e Ordenações Filipinas 3,64).

Essa estrutura dogmática tinha o propósito de garantir segurança jurídica e uniformidade jurisprudencial, evitando a dispersão interpretativa entre os juizes do reino. A doutrina dos mestres italianos funcionava, assim, como um *ius commune* eruditorum, cuja autoridade emanava não do poder político, mas da ciência do Direito.

Essa influência, todavia, começou a ser questionada à medida que o pensamento iluminista e o reformismo jurídico pombalino difundiram a ideia de que o Direito deveria submeter-se à razão natural e às necessidades concretas da sociedade portuguesa, e não à mera autoridade de textos medievais. O ponto de inflexão deu-se com a Lei da Boa Razão, promulgada em 18 de agosto de 1769, sob o governo de D. José I e a direção política do Marquês de Pombal. Essa lei determinou que os juízes e tribunais não mais se apoiassem automaticamente nas opiniões de glosadores e comentadores antigos, devendo, ao contrário, decidir conforme a boa razão, isto é, de acordo com os princípios do direito natural e das luzes da razão moderna, além dos usos e costumes próprios do Reino. A norma estabelecia que o Direito Romano só poderia ser aplicado quando estivesse de acordo com a “boa razão, os princípios das leis pátrias e a utilidade pública”, afastando-se o apego cego às interpretações bartolistas.

Apenas com a Lei da Boa Razão rompeu-se o ciclo de dependência do *ius commune* e inaugurou-se o caminho para a autonomia do Direito Português, abrindo espaço para a codificação nacional e para o nascimento de uma dogmática jurídica própria. O prestígio dos juristas mortos — sobretudo Bártolo — cedeu lugar à razão viva dos intérpretes modernos, sintonizados com o espírito das reformas ilustradas e com o novo paradigma de soberania racional do Estado.

Dessa forma, o “Tribunal dos Mortos” foi, em sentido técnico, um colegiado jurídico imaginário, mas de efeitos práticos e normativos concretos, que estabeleceu a base hermenêutica do direito ocidental codificado.

O chamado Tribunal dos Mortos de Teodósio II foi uma criação jurídica engenhosa para um império saturado de leis e carente de juristas vivos à altura dos clássicos. Transformou o legado de Papiniano, Ulpiano, Paulo, Gaio e Modestino em verdadeira autoridade normativa, antecipando a noção de corpus doutrinário oficial.

A *Lex Citandi*, portanto, não apenas prestou homenagem à jurisprudência clássica — ela instituiu a primeira forma de controle de precedentes e consolidação de jurisprudência obrigatória na tradição jurídica ocidental, que teve imensas consequências na formação jurídica da Europa continental e, em especial, do Direito português (daí chegando a nós). O que fora o Tribunal dos Mortos para Roma foram depois as glosas e opiniões dos medievalistas, principalmente Bártolo, para Portugal, ao menos até a Lei da Boa Razão.

Recordar uma passagem do começo da minha vida profissional me dá a oportunidade de lembrar um momento importante do Direito Romano e fazer um *link* com a Teoria dos Precedentes que é hoje — já na academia, já no tribunal — uma parte importantíssima e muito atual da minha experiência como professor e como juiz.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Manuel. *Bártolo e Bartolismo*. Coimbra: Almedina, 1989.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Uma Perspectiva Histórica do Direito Português*. Coimbra: Livraria Almedina, 1986.
- BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. Milano: Giuffrè, 1952.
- CODEx THEODOSIANUS. Liber I, titulus IV, lex III (*De responsis prudentium*). In: MOMMSEN, Theodor; KRUEGER, Paul (eds.). *Theodosiani libri XVI cum Constitutionibus Sirmondianis et Leges Novellae ad Theodosianum pertinentes*. Berlim: Weidmann, 1905.
- FRANCE, Anatole. *Crainquebille, Putois, Riquet et plusieurs autres récits profitables*. Paris: Calmann-Lévy, 1904. Exportado pela Wikisource em 24/09/2017.
- GOMES DA SILVA, Nuno José Espinosa. *História do Direito Português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972.
- KASER, Max. *Das römische Privatrecht*. 2. Aufl. München: C.H. Beck, 1971.
- MOMMSEN, Theodor; KRUEGER, Paul (eds.). *Corpus Iuris Civilis*. Vol. I: Institutiones. Vol. II: *Digestorum seu Pandectarum libri quinquaginta*. Berlim: Weidmann, 1904.
- ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão: Veredas*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. P. 192.
- SCHULZ, Fritz. *History of Roman Legal Science*. Oxford: Clarendon Press, 1946.
- STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- SURGIK, Adriano. *Gens Gothorum: A formação jurídica do reino de Portugal e o legado romano-gótico*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1998.
- TALAMANCA, Mario. *Lineamenti di storia del diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1989.
- TUCCI, José Rogério Cruz e e AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.
- ZULUAGA, Mauricio. La Ley de Citas y el principio de autoridad en el Derecho Romano Tardío. *Revista de Estudios Jurídicos Romanos*, v. 34, p. 47–66, 2018.