

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Armando Ghedini Neto

**A ORALIDADE E O VIÉS COGNITIVO NO PROCESSO JURISDICIONAL DEMO-
CRÁTICO**

Belo Horizonte
2019

Armando Ghedini Neto

A ORALIDADE E O VIÉS COGNITIVO NO PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes.

Área de concentração: Direito Processual.

Belo Horizonte

2019

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

G411o Ghedini Neto, Armando
A oralidade e o viés cognitivo no processo jurisdicional democrático /
Armando Ghedini Neto. Belo Horizonte, 2019.
243 f.

Orientador: Dierle José Coelho Nunes
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. [Constituição (1988)]. 2. Oralidade (Direito). 3. Direito processual constitucional. 4. Ação judicial. 5. Cognição (direito processual).
I. Nunes, Dierle José Coelho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 342.4

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito - CRB 6/2999

Armando Ghedin Neto

**A ORALIDADE E O VIÉS COGNITIVO NO PROCESSO JURISDICIONAL
DEMOCRÁTICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Processual.

Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Cléber Lúcio de Almeida – PUC Minas (Examinador)

Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia – UFOP (Convidado)

Prof. Dr. Flávio Quinaud Pedron – PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 18 de fevereiro de 2019.

AGRADECIMENTOS

A conclusão do mestrado, mais do que um objetivo profissional, é uma realização pessoal que remonta a longa data. A aquisição constante de novos conhecimentos e a possibilidade de olhar sob outro ângulo de forma crítica sempre foram uma ambição. Para vermos mais longe, é necessário que subamos nos ombros de gigantes, o que foi feito por mim no momento em que optei em ingressar na Pós-Graduação *Stricto Sensu* da PUC Minas e ter contato com os professores do Programa.

Para que este sonho se tornasse realidade, foi necessário um conjunto de pessoas, que, cada uma à sua maneira, contribuiu para que eu pudesse ter a segurança e a tranquilidade necessárias para a dedicação aos estudos.

Agradeço, inicialmente, aos meus pais, Waldir e Rivalane, pelo exemplo de determinação e perseverança, e pela demonstração de que quem se esforça sempre atinge seu objetivo. Não podia deixar expressar minha especial gratidão ao meu pai, revisor severo e caneta nervosa, que auxiliou não somente na correção da redação, como também por meio de conselhos e opiniões fundamentais ao desenvolvimento do trabalho.

Agradeço à minha esposa Juliana, companheira de longa data, pelo amor, o incentivo, a preocupação com meu bem-estar e pela paciência nas ausências decorrentes do longo período de estudo. Sem seu apoio, eu certamente não teria conseguido. A sua simples presença já é o suficiente para minha tranquilidade e felicidade.

Aos meus dois filhos, Rafael e Arthur, pelo carinho e o amor incondicionais, e pelo exemplo de que a felicidade normalmente é encontrada em coisas simples e cotidianas, e não em grandes façanhas que importam apenas para quem as realiza.

Agradeço também o professor Doutor Dierle Nunes, pela amizade e pelas valorosas orientações.

Finalmente, agradeço ao professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, pelo apoio e o incentivo desde os primeiros passos dentro do Programa de Pós-Graduação.

RESUMO

O presente estudo tem como tema a oralidade e os vieses cognitivos e, como problema, a relação existente entre a oralidade e a potencial deturpação cognitiva em espaços decisórios, notadamente, no que se refere à criação das diversas espécies de viés cognitivo e às formas de sua mitigação (*debias*). Analisou-se a compatibilidade dos conceitos tradicionais de oralidade com o paradigma democrático de direito vigente desde a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Buscou-se examinar a oralidade como forma de praticar atos no curso do procedimento, a oralidade como procedimentos por audiência e a oralidade como princípio. Ressaltou-se que a oralidade, em uma perspectiva democrática, não pode mais ser considerada um princípio, mas uma técnica procedimental. Também se investigaram as heurísticas e os vieses de cognição. Constatou-se que os vieses cognitivos, por fundamentarem decisões com base em elementos inconscientes, e não submetidos abertamente ao debate em contraditório, são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. Além disso, averiguou-se qual é a medida da influência das espécies de viés cognitivo na tomada de decisões, bem como a forma de criação e da redução de seus efeitos perniciosos. Analisaram-se o viés de confirmação, o viés de trancamento, o viés de retrospectiva, o viés de ancoragem e ajustamento, o viés de *status quo*, o viés de aversão à perda e o viés da correlação ilusória. Constatou-se que a oralidade, por pressupor a presença física direta do juiz no tramitar do procedimento, com o consequente contato do julgador com as partes, testemunhas, advogados e peritos, é potencializadora do surgimento de erros sistemáticos nos julgamentos ou, quando bem compreendida pelo magistrado, é apta a ofertar espaços para o desenviesamento.

Palavras-chave: Oralidade. Vieses cognitivos. Devido Processo Constitucional.

ABSTRACT

The present study has for theme the orality and the cognitive biases, and as problem, the relationship between orality and potential cognitive distortions in decision-making spaces, especially with regard to the creation of the different species of cognitive bias and the forms of their mitigation (debias). We analyzed the compatibility of traditional concepts of orality with the democratic paradigm of law in force since the Brazilian Constitution of 1988. We sought to examine orality as a way of practicing acts in the course of the procedure, orality as procedures by audience, and orality as principle. We pointed out that orality, in a democratic perspective, can no longer be considered a principle, but a procedural technique. Heuristics and biases of cognition were also investigated. We found that cognitive biases, based on decisions supported on unconscious elements, and not openly subject to contradictory debate, are incompatible with the Democratic Rule of Law. In addition, we investigated the extent of the influence of species of cognitive bias in decision making, as well as how to create and reduce their harmful effects. We analyzed confirmation bias, locking bias, retrospective bias, anchoring bias and adjustment, status quo bias, loss aversion bias and bias of illusory correlation. We found that orality, because it presupposes the direct physical presence of the judge in the procedure, with the consequent contact of the judge with the parties, witnesses, lawyers, experts, is a potential for the emergence of systematic errors in the judgments or, when well understood by the magistrate, is apt to offer spaces for disembedding.

Keywords: Orality. Cognitive biases. Due Constitutional Process.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU	Advocacia- Geral da União
AGU	Advogado-Geral da União
CC	Código Civil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EC	Emenda Constitucional
n.º	número
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PL	Projeto de Lei
RPV	Requisição de Pequeno Valor
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 PARADIGMAS	23
2.1 Paradigmas	24
2.2 Processo liberal	27
2.3 Socialização do processo	30
2.4 Modelo constitucional de processo	32
2.4.1 Estado Democrático de Direito	32
2.4.2 Modelo constitucional de processo propriamente dito	37
2.5 Processo constitucional jurisdicional	41
2.6 Neoliberalismo processual	46
3 ORALIDADE	59
3.1 Desenvolvimento da oralidade	68
3.2 Desenvolvimento da oralidade no Brasil	70
3.3 Oralidade como forma de realização de atos do procedimento	80
3.4 Oralidade como princípio	94
3.4.1 Princípios	95
3.4.2 Oralidade como princípio	98
3.4.2.1 Imediatidade ou imediação	99
3.4.2.2 Concentração	105
3.4.2.3 Identidade física do juiz	107
3.4.2.4 Irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias	109
3.4.3 Técnica	110
3.4.4 Oralidade como técnica	112
3.4.5 Considerações finais sobre o tópico	113
3.5 Oralidade como procedimentos por audiências	115
3.5.1 Procedimento	115
3.5.2 Audiência	118
3.5.3 Audiência no Código de Processo Civil de 1939	119
3.5.4 Audiências no Código de Processo Civil de 1973	121
3.5.4.1 Artigo 331 e a audiência de conciliação no procedimento sumário	121
3.5.4.2 Audiência de instrução e julgamento	123
3.5.5 Audiências no Código de Processo Civil de 2015	123
3.5.5.1 Audiências de conciliação ou mediação	124
3.5.5.2 Audiências de saneamento e organização do processo	138
3.5.5.3 Audiências de instrução e julgamento	147
3.5.5.4 Sessões nos tribunais	149
3.6 Efetividade e eficiência	152
3.6.1 Efetividade	153
3.6.2 Eficiência	156
3.7 Contribuição da oralidade para a eficiência e para a efetividade	162
4 VIÉS COGNITIVO E ORALIDADE	173
4.1 Dois sistemas de pensar	176
4.2 Heurística	182
4.3 Viés cognitivo	186

4.4 Espécies de viés cognitivo.....	187
4.4.1 <i>Viés de ancoragem e ajustamento</i>	188
4.4.2 <i>Viés de confirmação</i>	197
4.4.3 <i>Viés de status quo</i>	203
4.4.4 <i>Viés de trancamento</i>	206
4.4.5 <i>Viés de retrospectiva</i>	213
4.4.6 <i>Viés de aversão à perda (ou de perspectiva?)</i>	215
4.4.7 <i>Viés da correlação ilusória</i>	219
4.5 O neoliberalismo processual e a sua influência no viés cognitivo	221
5 CONCLUSÃO.....	225
REFERÊNCIAS.....	231

1 INTRODUÇÃO

O fomento do constitucionalismo ocorrido no século XX e após a segunda guerra mundial fez com que fossem desenvolvidas teorias que elevaram o processo a uma estrutura democratizante, possibilitando a participação das pessoas, direta ou indiretamente, no exercício das funções estatais, propiciando o “crescimento da importância do processo, que passou a garantir uma efetiva influência dos cidadãos em qualquer tomada de decisão” estatal, seja atuando diretamente nos procedimentos em que fazem parte, seja indiretamente por meio de seus representantes¹.

Consequentemente, o processo constitucional se tornou a única forma de garantir a construção conjunta e democrática do pronunciamento decisório no âmbito jurisdicional, administrativo ou legislativo. Como decorrência, a Jurisdição, como atividade-dever do Estado de pronunciar o direito aplicável aos fatos, somente se concretiza mediante a garantia do devido processo constitucional².

Por sua vez, o debate oral entre os sujeitos processuais contribuirá para a construção conjunta e democrática da decisão, uma vez que surgirá a oportunidade de manifestação pessoal e direta, além da possibilidade de maior influência perante o prolator da decisão. No entanto, a aplicação da oralidade não tem sido feita como regra, mas como exceção, preferindo-se a prática dos atos processuais de modo escrito, à forma oral.

A prática oral dos atos processuais permite maior diálogo e discussão entre os sujeitos processuais sobre os pontos controvertidos, otimizando o policentrismo processual e a decisão participada. Além disso, a observância da oralidade é muito importante para a economia processual, já que a audiência, como um espaço para o debate entre os sujeitos processuais, possibilita que todos contribuam para a organização do processo, evitando-se atos inúteis e discussões desnecessárias.

No entanto, como decorrência da prática oral de atos no curso do procedimento, existe uma possibilidade de se desenvolverem as diversas espécies de viés cognitivo. Cediço que, diuturnamente, é-se submetido a uma enorme gama de informações que faz com que o cérebro crie *gatilhos de memória* (heurísticas), fazendo com que certas situações, cheiros, sons, imagens e emoções, dentre outros fatores, sejam preponderantemente responsáveis pela tomada de

¹NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 39.

²NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 39; BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 38-42.

decisões que se pensa ser consciente. Tais simplificações mentais são aplicadas a todas as pessoas, inclusive ao juiz, ao advogado, ao membro do Ministério Público, dentre outros sujeitos processuais, apesar de muitos juristas a rejeitarem, sustentando uma suposta racionalidade decisória universal.

Os artificios mentais empregados na resolução de questões baseadas em apenas parte da informação, propiciando rapidez e facilidade no julgamento, são chamados de heurísticas³. Ocorre que essas simplificações mentais podem ocasionar erros sistemáticos, que ocorrem de forma previsível e em casos específicos, baseados em preconceitos, tendências, predileções, predisposições e orientações, os já aludidos vieses cognitivos.

A presente dissertação possui como tema a oralidade e os vieses cognitivos, e como problema, a relação existente entre a oralidade e a potencial deturpação cognitiva em espaços decisórios, notadamente, no que se refere à criação das diversas espécies de viés cognitivo e às formas de sua mitigação (*debias*).

Daí decorrem vários objetivos que se pretende pesquisar. O primeiro diz respeito à compatibilidade dos conceitos tradicionais de oralidade com o paradigma democrático de direito vigente desde a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988. Além disso, pretende-se averiguar qual é a medida da influência das espécies de viés cognitivo na tomada de decisões, bem como a forma de criação e redução de seus efeitos perniciosos. Por fim e como objetivo principal, busca-se constatar em que medida a oralidade é importante para a construção do viés cognitivo e para o *debiasing*.

Busca-se sustentar a hipótese de que a decisão contaminada por vieses não é compatível com o paradigma democrático de direito, e de que a oralidade pode contribuir tanto para seus efeitos, quanto para o *debiasing*. Com efeito, a imediação, que impõe a presença física direta do juiz no tramitar do procedimento, com o conseqüente contato do julgador com partes, testemunhas, advogados e peritos, pode potencializar o surgimento de erros sistemáticos nos julgamentos ou, quando bem compreendida pelo magistrado, ofertar espaços para o desenviesamento.

Na verdade, a influência de fatores subconscientes na tomada de decisões, que muitas vezes é desconhecida, é aumentada com o contato entre os sujeitos processuais, sendo imprescindível a análise desses comportamentos e da normatização existente no ordenamento jurídico. Nessa medida, o estudo dos principais vieses cognitivos e dos direitos e garantias constitucionais, notadamente, devido processo legal, ampla defesa, isonomia e contraditório, é

³GIGERENZER, Gerd; GAISSMAIER, Wolfgang. Heuristic Decision Making. *Annu. Rev. Psychol.*, v. 62, p. 451-482, 2011, p. 454 e 457.

necessário para perquirir sua capacidade de mitigar seus efeitos para os operadores do Direito contra indevidas influências.

Além disso, os vieses cognitivos, por fundamentarem decisões com base em elementos inconscientes e não submetidos abertamente ao debate em contraditório, são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, estando mais relacionados à socialização do processo, razão pela qual é necessária a análise dos principais paradigmas existentes. Não se olvide que os vieses são um fenômeno psicológico e humano, não se correlacionando a um paradigma jurídico específico. Todavia, os paradigmas influenciam claramente em sua percepção e controle, fazendo com que os sujeitos processuais levem em consideração (ou não) a influência de fatores psicológicos.

Outrossim, é imperioso verificar se o neoliberalismo processual, por ser um grande desafio à democratização do processo, é apto a influir na percepção e no desenvolvimento de algum tipo de viés cognitivo, e se a oralidade teria aplicação dentro desse cenário. Além disso, tornou-se importante saber se a efetividade do processo e a eficiência da Jurisdição são, de alguma maneira, afetadas com a prática oral ou escrita de atos e com o neoliberalismo processual.

Ademais, como o paradigma adotado é o democrático de direito, toda forma de se praticar atos no curso do procedimento deve estar com ele compatibilizada, sendo imprescindível a averiguação da compatibilidade dos conceitos tradicionais de oralidade com o Estado Democrático de Direito. Nessa medida, apesar do estudo do tema oralidade não ser recente, é preciso averiguar se todos seus elementos, tais como a imediatidade, a identidade física do juiz, a irrecorribilidade em separado das interlocutórias e a concentração, são ainda aplicáveis e conciliáveis com o referido paradigma vigente desde a CRFB de 1988. Como decorrência, é imperioso constatar se a não aplicabilidade de quaisquer desses elementos permitiria a consideração da oralidade como princípio.

Em razão da oralidade, seja como princípio, seja como modo de praticar atos no curso do procedimento, somente poder ser aplicada por meio das audiências, sessões de julgamento, ou entrevistas pessoais das partes e seus procuradores com os magistrados, será feita uma abordagem da oralidade como procedimento por audiências, pretendendo-se evidenciar não só sua aplicação na atual sistemática - Código de Processo Civil (CPC) de 2015, Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 -, como também nos CPC de 1939 e 1973. Como a pesquisa está mais direcionada ao âmbito cível, não será feita averiguação do (Código de Processo Penal) CPP e da legislação trabalhista de maneira profunda.

Tratou-se de tecer comentários sobre a oralidade como forma de se praticar atos no curso

do procedimento, em razão de ser a partir daí, que os vieses cognitivos poderão ser criados e desconstituídos. Com efeito, com a prática de atos na forma oral, seja em audiências, sessões de julgamentos nos tribunais ou mesmo entrevistas dos advogados com os magistrados, é que a oralidade irá se manifestar.

Para a verificação da conformidade da oralidade com o paradigma adotado pelo Estado Brasileiro, fez-se um delineamento teórico sobre os principais paradigmas adotados, quais sejam, o liberal, o social, o democrático de direito e o neoliberal, traçando sua correlação com a atividade processual. Nesse particular, adotou-se a concepção de paradigma de Thomas Kuhn.

Trata-se de estudo necessário ao presente trabalho, na medida em que a análise do paradigma adotado em determinado país e em certo período tem relação direta com o processo jurisdicional, delineando o comportamento dos sujeitos processuais com a atribuição de poderes, ônus e obrigações, bem como delimitando a forma de se praticarem atos no curso do procedimento, de forma a possibilitar o protagonismo judicial das partes ou uma participação, além de criar condições para a utilização da oralidade ou da escritura.

Conforme exposto, apesar dos vieses serem um fenômeno psicológico e humano, é preciso saber em quais paradigmas esses vieses são percebidos e controlados com maior seriedade, possibilitando que se detectem e identifiquem as normas capazes de mitigar seus efeitos. Isso porque as influências subjetivas inconscientes têm maior incompatibilidade com determinados paradigmas jurídicos, sendo mais aceitas em outros, razão pela qual o primeiro capítulo desta dissertação foi dedicado ao estudo dos paradigmas.

Já adentrando no tema central do trabalho, o segundo capítulo traz apontamentos sobre a oralidade. Para tanto, entendeu-se prudente traçar um delineamento da oralidade no curso das legislações nacionais, demonstrando sua aplicação, já que é necessário conhecer a história para não cometer os mesmos erros do passado.

Analisou-se a oralidade como forma de realização de atos do procedimento, como princípio e como procedimentos por audiência, e, para finalizar o capítulo, fez-se uma abordagem de como a oralidade pode contribuir para a efetividade do processo e para a eficiência da Jurisdição.

Nesse particular, adotou-se como marco teórico a teoria de Chiovenda⁴, que sofreu influência de Bülow, Klein e Watch, estudiosos ligados à socialização do processo⁵, razão pela qual se fez uma compatibilização dos seus ensinamentos com o modelo constitucional do

⁴CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 56-73.

⁵MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Síntese da Evolução Histórico-Científica do Processo*. 2006, p. 12.

processo, de modo que suas demarcações serviram como ponto de partida para o desenvolvimento do presente trabalho, sem prejuízo de serem feitas críticas e observações. É de ser frisado que não foram desconsideradas as orientações de Magalhães, que afirma que um grande erro cometido pelos estudiosos da concepção doutrinária elaborada por seus juristas contemporâneos é “tentar relacionar, a todo custo, os fatos históricos ocorridos com a realidade atual, como se fossem identificadores de acontecimentos que fatalmente teriam que ocorrer, ou situações que obrigatoriamente não se poderiam fugir.”⁶

O terceiro capítulo aborda os vieses cognitivos, no qual tratou-se dos dois sistemas de pensar e sua relação com o paradigma democrático e a atividade jurisdicional. Além disso, analisaram-se as heurísticas, o viés cognitivo e suas diversas espécies. Também se abordou a influência do neoliberalismo processual, motivo pelo qual se faz importante sua análise no primeiro capítulo. Fez-se um estudo da influência da oralidade na criação e mitigação do viés cognitivo, averiguando se é possível, por meio da aplicação da oralidade, a construção do viés cognitivo, bem como a viabilidade do *debiasing*. Utilizou-se, como marco teórico principal deste capítulo, a teoria dos dois sistemas de pensar de Kahneman, que originaram as concepções de heurísticas e viés cognitivo.

⁶MAGALHÃES, Joseli Lima. Jurisdição e Processo em Giuseppe Chiovenda. In: Encontro Nacional do CONPEDI, 19, 2010, Fortaleza. *Anais...* [eletrônico] Florianópolis: Fundação Boi-teux, 2010, p. 7.580.

2 PARADIGMAS

O presente estudo tem como objetivo principal a investigação da influência da oralidade no comportamento decisório humano, em face da percepção dos vieses cognitivos (*cognitive biases*)⁷. Ocorre que, para a compreensão da percepção da virada cognitiva empreendida por estudos da Psicologia Comportamental, a partir da década de 1970⁸, é imprescindível, como pressuposto, a análise do paradigma adotado em determinado país e em certo período, na medida em que o processo jurisdicional é afetado profundamente por tais paradigmas, sem desconhecer que sofrem constantes mutações.

Com efeito, conforme bem exposto por Nunes, “a forma de estruturação do sistema jurídico guarda uma correlação com a própria organização estatal implementada em determinada quadra histórica, criando um horizonte interpretativo peculiar com base nesse paradigma jurídico”⁹.

A forma de estruturação do processo delinea o comportamento dos sujeitos processuais, atribuindo-lhes poderes, ônus e obrigações, bem como delimita a forma de se praticarem atos no curso do procedimento, de forma a possibilitar o protagonismo judicial das partes ou uma comparticipação, além de criar condições para a utilização da oralidade ou da escritura.

Por isso, é fundamental, para o presente trabalho, antes de entrar no tema específico e objeto da pesquisa, trazer um delineamento teórico sobre os principais paradigmas adotados, quais sejam, o liberal, o social, o democrático de direito e o neoliberal, traçando sua correlação com a atividade processual. Por outro lado, por não ser o ponto central do tema objeto da dissertação, deve-se advertir que não se fará um estudo mais aprofundado sobre os paradigmas.

Destarte, é importante que fique consignado que, apesar de ser adotada a concepção de paradigma de Thomas Kuhn, foram colacionados entendimentos de alguns autores, notadamente no que se refere à definição de Estado Democrático de Direito, que se utilizam da expressão *sistema*. Não se está, com isso, fazendo uma miscelânea de marcos teóricos, mas apenas trazendo entendimento de doutrinadores que muito contribuem para o enriquecimento do presente trabalho, o que não importa na confusão das duas expressões.

⁷NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 35-37.

⁸NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 33.

⁹NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 68.

2.1 Paradigmas

Kuhn publicou, em 1962, sua obra *A estrutura das revoluções científicas*, estabelecendo as bases para uma nova teoria, partindo da premissa de que a dimensão histórica é a responsável para a compreensão do processo de construção do conhecimento científico. Kuhn entende que, para o desenvolvimento da ciência, o historiador deve, de um lado, se preocupar com quando e por quem determinada teoria científica foi descoberta e, de outro lado, precisa descrever e explicar os erros que “inibiram a acumulação mais rápida dos elementos constituintes do moderno texto científico”¹⁰.

Um dos conceitos mais importantes por ele desenvolvidos é o de *paradigma*, no sentido de conjunto de técnicas, crenças, valores compartilhados pelos integrantes de uma determinada comunidade científica, bem como pelas soluções concretas aos problemas levantados¹¹. Kuhn considera “‘paradigmas’ as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”¹².

Paradigma não é uma construção científica isolada e solitária, mas de um feixe de opiniões de vários teóricos, demarcando o objeto, os problemas e os parâmetros sobre determinado assunto. Portanto, o termo paradigma também pode ser entendido com algo compartilhado pelos membros de uma comunidade científica, assim considerado como aquela que é formada pelos praticantes de uma determinada *especialidade científica*. Os membros dessas comunidades científicas foram submetidos a uma educação profissional parecida, fazendo com que as outras pessoas os vejam como os responsáveis pela obtenção de um conjunto de objetivos comuns¹³.

Os paradigmas colocam o problema a ser resolvido, buscando soluções científicas, sendo imprescindível um conjunto completo de regras¹⁴. Por outro lado, “na ciência, um paradigma raramente é suscetível de reprodução”, adquirindo esse *status* porque são mais aceitos do que outros na solução de alguns problemas. Ser mais aceito não importa em conseguir

¹⁰KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Debates, 2006, p. 20.

¹¹KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Debates, 2006, p. 218-219.

¹²KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Debates, 2006, p. 13.

¹³KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Debates, 2006, p. 219-220.

¹⁴KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Debates, 2006, p. 48 e 68-69.

solucionar um único problema ou um grande número de situações, mas consiste na promessa de sucesso, possibilitando a ampliação do “conhecimento daqueles fatos que o paradigma apresenta como particularmente relevantes, aumentando-se a correlação entre esses fatos e as predições do paradigma e articulando-se ainda mais o próprio paradigma”¹⁵.

Por oportuno, o entendimento de Kuhn:

O paradigma força os cientistas a investigar alguma parcela da natureza com uma profundidade e de uma maneira tão detalhada que de outro modo seriam inimagináveis.

[...]

No intervalo, entretanto, durante o qual o paradigma foi bem sucedido, os membros da profissão terão resolvido problemas que mal poderiam ter imaginado e cuja solução nunca teriam empreendido sem o comprometimento com o paradigma. E pelo menos parte dessas realizações sempre demonstra ser permanente.¹⁶

Kuhn ainda adverte que pode ocorrer - o que de certa maneira é até comum - que os estudiosos do assunto concordem com a identificação de um paradigma, sem, contudo, estarem de acordo com sua interpretação e com a abrangência de utilização. Essa falta de uniformidade não afasta que certo paradigma oriente a pesquisa¹⁷.

Ressalta também que certas particularidades de determinado paradigma podem não ter sentido e não serem aplicadas para determinados casos, e serem extremamente importantes para outros. Além disso, o tempo e o local também influem na existência de sentido para certa característica, de modo que o que não tem influência para determinada hipótese, não pode ser descartado, já que existe uma potencialidade de aplicação para outras hipóteses¹⁸.

Por outro lado, os paradigmas servem também para orientar as pesquisas, “seja modelando-as diretamente seja por meio de regras abstratas”, podendo ser “anteriores, mais cogentes e mais completos que qualquer conjunto de regras para a pesquisa que deles possa ser claramente abstraído”¹⁹.

Os diversos paradigmas podem ser criados e transformados, reelaborando sua estrutura a partir dos estímulos das mais diversas ordens, porque a dinâmica entre os problemas e os critérios para sua avaliação e solução atravessam constantemente crises, impondo a alteração

¹⁵KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Debates, 2006, p. 43-44.

¹⁶KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Debates, 2006, p. 45.

¹⁷KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Debates, 2006, p. 68-69.

¹⁸KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Debates, 2006, p. 68-71.

¹⁹KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Debates, 2006, p. 71-72.

de paradigma. Por sua vez, as diversas teorias em que se baseiam os paradigmas nunca são mero incremento do que já é conhecido. Isso porque, segundo Kuhn, “sua assimilação requer a reconstrução da teoria precedente e a reavaliação dos fatos anteriores. Esse processo intrinsecamente revolucionário raramente é completado por um único homem e nunca de um dia para o outro”²⁰. Dessa maneira, os novos paradigmas sempre preservam, em grande escala, “o que as realizações científicas passadas possuem de mais concreto. Além disso, sempre permitem a solução concreta de problemas adicionais”²¹.

Também é oportuno frisar que as normas vigentes, sua edição, alteração, revogação e interpretação igualmente se inserem sob a égide de determinado paradigma. Para Habermas, “a interpretação do direito constitui também uma resposta aos desafios de determinada situação social, percebida de certa maneira”, de modo que, “para entender os argumentos e decisões que acompanham as respostas dadas pelos atores a algo, é necessário conhecer a imagem implícita que eles formaram da sociedade como um todo [...]”²². Segundo referido autor:

Entretanto, a teoria e a história do direito, apesar de suas orientações diferentes, tendem a uma compreensão objetivadora dos textos que contêm as leis e os sistemas de regras: pudemos constatar que a teoria do direito, lançando mão de uma abstração generalizadora e sem abandonar a perspectiva participante, distancia-se do trabalho de interpretação judicial, sempre referido a casos singulares; ao passo que o olhar objetivador do historiador focaliza os contextos sócias nos quais o direito está inserido enquanto sistema de ação, e os quais alimentam implicitamente as concepções que servem de pano de fundo à justiça e à doutrina jurídica contemporânea.²³

Trata-se de oportuno comentário, na medida em que o operador do Direito tende a interpretar o ordenamento jurídico de maneira objetiva, sem se preocupar com o contexto jurídico, econômico e social vigente em determinado momento histórico e em certo local, olvidando que cada sociedade adota um paradigma, não podendo ganhar consciência de si mesma sem conhecer essa diversidade de paradigmas e os problemas descobertos e solucionados por essa variedade.

Segundo Habermas, “um paradigma jurídico é deduzido, em primeira linha, das decisões exemplares da justiça, sendo geralmente confundido com a imagem implícita que os

²⁰KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Debates, 2006, p. 26.

²¹KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Debates, 2006, p. 212.

²²HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 123-124.

²³HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 123.

juízes formam da sociedade”²⁴.

Os paradigmas são importantes para orientar a interpretação do jurista no momento de formular suas razões, trazendo em si uma função legitimadora dos argumentos. As vantagens metodológicas obtidas a partir deles, para Habermas, dizem respeito à redução da “complexidade que envolve a tarefa de decidir o caso particular de modo consistente e racional, isto é, à luz de um sistema de regras ordenado e coerente”, e à legitimação das relações existentes entre as funções do Estado, as pessoas e os demais atores sociais²⁵.

Ocorre que o paradigma jurídico adotado em determinado Estado sofre constantes mutações em decorrência de diversos fatores, tais como alterações sociais, econômicas e políticas, conforme exposto por Habermas:

Hoje em dia, a doutrina e a prática do direito tomaram consciência de que existe uma teoria social que serve como pano de fundo. E o exercício da justiça não pode mais permanecer alheio ao seu modelo social. E, uma vez que a compreensão paradigmática do direito não pode mais ignorar o saber orientador que funciona de modo latente, tem que desafiá-lo para uma justificação autocrítica. Após este lance, a própria doutrina não pode mais evadir-se da questão acerca do paradigma “correto”.²⁶

Com efeito, segundo Nunes, “a forma de estruturação do sistema jurídico guarda uma correlação com a própria organização estatal implementada em determinada quadra histórica, criando um horizonte interpretativo peculiar com base nesse paradigma jurídico”²⁷.

No âmbito da história do Direito moderno, Habermas distingue três grandes paradigmas que embasaram e ainda embasam as interpretações jurídicas: os paradigmas do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Democrático de Direito. A esses três, acrescentar-se-ia o paradigma neoliberal, que é o que atualmente se vivencia em diversos Estados.

2.2 Processo liberal

A análise do processo liberal é importante para que fique bem demonstrado, como se verá no Capítulo 4, item 4.4, que a interpretação ao extremo do viés cognitivo pode gerar desconfiança exacerbada quanto à conduta dos magistrados e uma necessidade de atuação

²⁴HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 128.

²⁵HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 130-131.

²⁶HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 129.

²⁷NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 68.

preponderante das partes, o que levaria a um indesejável retorno ao liberalismo processual. Segundo Virgílio, “as instituições liberais, representantes da sociedade civil burguesa, passaram a ver o juiz como agente do poder e funcionário público, nutrindo contra ele severa desconfiança”²⁸.

Bobbio define o liberalismo como sendo:

Uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social [...]. Um Estado liberal não é necessariamente democrático: o contrário, realiza-se historicamente em sociedades nas quais a participação do governo é bastante restrita, limitada às classes possuidoras.²⁹

Percebe-se daí que o liberalismo pregava, em sua forma clássica, a livre concorrência das forças sociais, sendo contrário à autoridade do Estado sobre a vontade das pessoas nos campos ideológico, religioso, econômico ou político. O liberalismo econômico foi a base do desenvolvimento econômico industrial do século XIX. Já o liberalismo político acarretava a restrição do poder do Estado, não permitindo sua interferência em alguns direitos fundamentais, como o direito à vida, à felicidade e à liberdade.

Por outro lado, a estruturação do ordenamento jurídico, notadamente, o perfil do processo e a criação de procedimentos, sofre influência direta do paradigma jurídico vigente em determinada época e em certo local. Nessa medida, o liberalismo processual, estruturado com base no Estado Liberal-burguês e vigente a partir da Revolução Francesa, possui como características a igualdade formal entre as pessoas, a escritura e o princípio do dispositivo, pretendendo-se manter o comportamento passivo e imparcial dos juízes³⁰.

Buscava-se, com esse paradigma jurídico, que pressupunha a separação entre o Estado e a sociedade, uma construção do ordenamento jurídico que garantisse “o *status negativo* da liberdade de sujeitos de direito e, com isso, o princípio da liberdade jurídica [...]”³¹ (grifo do autor). De acordo com Habermas:

O direito privado clássico considerava a autodeterminação individual, no sentido da

²⁸VIRGÍLIO, Renata Espíndola. *Processo jurisdicional democrático: desenvolvimento e fundamentos de um novo modelo de processo civil à luz do Estado Constitucional como meio de legitimação das decisões do Poder Judiciário*. 2013. 208 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 32.

²⁹BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 7.

³⁰NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 70-73.

³¹HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 132.

liberdade negativa de fazer ou não fazer o que se deseja, garantida suficientemente através dos direitos da pessoa e da proteção jurídica contra delitos, através da liberdade de contratos (especialmente para a troca de bens e de serviços), através do direito à propriedade, que incluía o direito de utilizar e de dispor, inclusive no caso de herança, e através da garantia institucional do casamento e da família.³²

Sobre o tema, Nunes afirma que:

O papel do Poder Judiciário se circunscreve à aplicação das normas, não havendo possibilidade de interferir nas funções políticas do Legislativo (DAMASKA. 1991, P. 82).

Nessa perspectiva estatal, chamada de reativa por Damaska, os indivíduos são, pelo menos ideologicamente, entendidos como soberanos na gestão de seus interesses.³³

Também são importantes as lições de Damaška:

De acordo com essa concepção, os litigantes eram autorizados a controlar a vida da ação: eles controlavam o seu início, o seu progresso e até mesmo o seu final, porque podiam livremente resolver o litígio e afastar o caso do tribunal. É importante ressaltar também que a determinação dos parâmetros factuais do litígio era a sua prerrogativa exclusiva. Em algumas jurisdições, eles também poderiam determinar o quadro jurídico em que o processo deveria ser considerado. Dentro desses limites, em parte determinados, os juízes possuíam pouco espaço para levantar informações factuais: faltava-lhes o poder de convocar testemunhas por sua própria iniciativa e, com poucas exceções, limitavam-se a considerar apenas os itens das provas apresentadas pelos litigantes. Nem era permitido a eles determinar de forma independente o adequado alívio ou remédio. Em suma, os litigantes exerciam um intenso controle sobre a maioria dos aspectos processuais da ação e, não sem razão, que eles foram proclamados os donos do processo (*domini litis*)³⁴ (tradução nossa, grifo do autor).

No processo liberal, havia a pressuposição de que os indivíduos são independentes e não necessitam de ajuda, afastando a atuação estatal na proteção e defesa dos direitos. Como decorrência, o “processo se dimensionava em perspectiva privatística como mero instrumento de resolução de conflitos”. Essa compreensão formal da igualdade acarretava na

³²HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 134.

³³NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 73-74.

³⁴In accordance with this conception, litigants were authorized to control the life of the lawsuit: they controlled its commencement, progress and even its end, because they could freely settle the dispute themselves and withdraw the case from the court. Importantly also, the determination of the factual parameters of litigation was their exclusive prerogative. In some jurisdictions they could also determine the legal framework within which the lawsuit was to be considered. Within these party-determined bounds, judges retained little space for self-propelled factual inquiries: they lacked the power to call fact-witnesses on their own initiative, and, with minor exceptions, were limited to considering only items of evidence supplied by the litigants. Nor were they permitted independently to determine the appropriate relief or remedy. In short, the litigants exercised a firm grip on most aspects of procedural action, and it is not without reason that they were proclaimed to be masters of the lawsuit (*domini litis*) (DAMAŠKA, Mirjan. *The Common Law/Civil Law Divide: Residual Truth of a Misleading Distinction*. In: International Association of Procedural Law, Toronto Conference, 2009, p. 1-2).

impossibilidade da atuação judicial para corrigir as desigualdades³⁵.

O poder exclusivo conferido às partes de instaurar e impulsionar o andamento do processo, decorrente do princípio do dispositivo, impedia que o juiz se manifestasse, de qualquer forma, sem a provocação do interessado. Assim, as partes se tornavam as principais protagonistas do processo, relegando ao juiz um papel de espectador³⁶.

2.3 Socialização do processo

Segundo Habermas, para que o sujeito fosse livre, seria necessário que se garantisse a totalidade de direitos, sobretudo, aqueles decorrentes da atuação positiva do Estado. Criou-se, assim, um Estado paternalista, providente e regulador da organização social, que pretendia possibilitar condições de vida dignas por meio do trabalho, saúde, moradia, segurança pública e educação³⁷.

Na socialização do processo, foi proposta a modificação do papel do juiz e das partes dentro do processo, de modo que seria implementado um discurso de protagonismo judicial. Nessa medida, foi estruturado um paradigma com predomínio do procedimento oral, com um fortalecimento da atuação judicial, notadamente, na direção do processo³⁸.

A existência de procedimentos orais permitia que o juiz tivesse maior contato com as partes, fazendo com que pudesse atuar, em maior medida, como compensador de desigualdades e como engenheiro social³⁹. Esse reforço do papel do juiz fez com que fossem ampliados seus poderes discricionários, aumentando a aplicação do princípio autoritário, acarretando, como consequência, um “esvaziamento do papel técnico e institucional do processo”, que servia para legitimar as pré-compreensões do juiz⁴⁰. Além disso, ocorreu também uma redução da importância das partes e seus advogados, que passaram a ter uma atitude passiva e de espectador⁴¹.

³⁵NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 73-74 e 76-77.

³⁶NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 73-74.

³⁷HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 144.

³⁸NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 82-86.

³⁹NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 81 e 89.

⁴⁰NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 95-105.

⁴¹NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 113.

Na medida em que a socialização do processo situa o juiz no centro do processo, com a imposição de escopos metajurídicos e da função de compensação de desigualdades, faz com que a preocupação com as influências subscientes e antidemocráticas não tenham tanto valor. Além disso, nesse paradigma, é incentivado o procedimento oral, o que reforça a necessidade de seu estudo.

Ao lado das alterações legislativas, desenvolveu-se, em paralelo, uma teoria que gerou a autonomia de estudo do Direito Processual. Bülow “estruturou uma autonomia do estudo do Direito Processual mediante o delineamento da relação jurídico processual (*Prozessrechtsverhältnis*), relação publicista lastreada primordialmente na figura do juiz, porque as partes se apresentam como meros colaboradores”⁴².

Nesse modelo, ocorreu uma passagem de um Estado de Leis para um Estado de Juizes, aumentando-se a importância do Judiciário, e diminuindo-se o papel do Legislativo, permitindo-se o suprimento da falta de lei específica pelo juiz⁴³. Dessa maneira, metade do trabalho do legislador é jogado nas costas do magistrado, que tem que fazer escolhas que originariamente não lhe diziam respeito⁴⁴.

Outrossim, a socialização do processo tinha como características a simplificação dos procedimentos, permitindo-se a qualquer pessoa uma maior acessibilidade à Jurisdição, inclusive, dispensando a presença do advogado⁴⁵.

Assim como no liberalismo processual, a socialização do processo criou um paradigma deturpado de imposição de responsabilidade a apenas um dos sujeitos processuais, fazendo com que os demais assumam uma postura confortável e passiva, impedindo a “compreensão da interdependência e do policentrismo processual, que imporia uma participação e um reforço da importância e do papel de todos que se apresentam no processo”⁴⁶. Sobre o tema, Nunes informa:

Tal quadro, no Brasil, decorre de inúmeros fatores; notadamente da falta de uma postura participativa e interdependente dos sujeitos processuais, aliada a um quadro belicoso entre as profissões jurídicas, fruto da ausência de um modelo de formação e carreiras unitárias dos futuros magistrados e advogados.

⁴²NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 100.

⁴³NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 84 e 106.

⁴⁴NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 84 e 106.

⁴⁵NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 84 e 108.

⁴⁶NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 104 e 114.

Esse modelo unitário, no atual sistema alemão, impede que a inevitável contraposição entre os papéis dos advogados e juizes se transmude num conflito entre categorias profissionais (como freqüentemente ocorre no Brasil e na Itália), evitando que a força do juiz se transforme em prepotência (CAPONI, 2007, p.274).

Especialmente, a interação entre o juiz e advogados deve ser vista em perspectiva participativa, uma vez que, como lembra Wassermann, a cordialidade e consideração, com efetiva assunção de responsabilidades e interdependência, facilitam o trabalho conjunto, enquanto a acumulação de críticas mútuas tem o efeito de aguçar o conflito e aumentar a quantidade de trabalho (WASSERMANN, 1978, p.133).⁴⁷

Para a democratização do processo jurisdicional, é necessária, segundo Nunes, “uma articulação conjunta das conquistas técnicas dos processos liberal e social”, mediante uma nova interpretação de “alguns princípios do modelo constitucional de processo, com base na visão procedimental do Estado Democrático de Direito, que impõe uma necessária participação na implementação legislativa e jurisdicional”⁴⁸.

2.4 Modelo constitucional de processo

2.4.1 Estado Democrático de Direito.

O paradigma adotado pela República Federativa do Brasil, conforme art. 1º da CRFB de 1988, é o democrático de direito, sendo imperioso expor quais são seus traços fundamentais. Trata-se de paradigma jurídico-normativo que se encontra expresso em um complexo de normas constitucionais e que pode ser sintetizado, segundo Canotilho, como sendo “o Estado limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo. O direito é o *direito interno* do Estado; o poder democrático é o *poder do povo* que reside no território do Estado ou pertence ao Estado.”⁴⁹ (grifo do autor).

A limitação do Estado pelo Direito e o exercício do poder pelo povo se consolidam de modo técnico e expressivo pelo processo constitucional. “Alguns autores italianos vêm chamando esse sistema constitucional marcado pela articulação do poder político legitimado do povo (democracia) com a limitação do poder estatal (Estado de Direito) de *democracia constitucional*”⁵⁰ (grifo do autor).

⁴⁷NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 114.

⁴⁸NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 50.

⁴⁹CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 231.

⁵⁰BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 70.

Assim, apesar de serem comuns diversos princípios e regras, existindo uma profunda conexão entre si, e sem olvidar que não se tratam de “meros modelos ou padrões estanques de diferentes espécies ou formas de Estado”⁵¹, necessário tecer algumas considerações sobre o que seja Estado Democrático e Estado de Direito.

Segundo Abboud:

Com relação ao Estado de Direito, pode-se dizer que, com o termo, é possível designar tanto a descrição de uma situação concreta em um dado momento histórico, quanto um conjunto de regras e valores em constante desenvolvimento.

De efeito, o Estado de Direito, à semelhança da Constituição, transforma-se conforme o passar do tempo, de modo que, seja enquanto situação de fato, seja enquanto princípio, não constitui conceito estanque: muda em conformidade com os perfis das Constituições vigentes – ora é Estado liberal de Direito, ora Estado Democrático de Direito, ora Estado Social de Direito.⁵²

O Estado de Direito seria o Estado da razão, ou seja, “aquele no qual se governasse segundo a vontade racional geral, com o objetivo de se alcançar o melhor para todos os indivíduos”, desvinculada da ideia de soberania centrada na pessoa física do monarca⁵³. Sua dimensão encontra disciplina em um complexo de normas disseminadas por toda a Constituição, não se restringindo a um governo dos homens com base no ordenamento jurídico⁵⁴. Isso porque o Estado de Direito tem como elementos característicos a imperatividade do ordenamento jurídico, de modo que os governantes e os governados, como o próprio Estado, submetam-se às normas constitucionais e infraconstitucionais; a previsão da separação das funções do Estado; e a previsão de um rol de direitos e garantias fundamentais da pessoa em detrimento do Estado.

O princípio da supremacia da Constituição transforma o Estado de Direito em um Estado Constitucional de Direito, devendo serem previstas, dentre outras, normas jurídicas que estabeleçam os limites e a forma de atuação do Estado, garantindo às pessoas do povo o direito de ingressarem com ações perante a Jurisdição, buscando a obediência irrestrita ao que foi legislado. A autolimitação legislativa é imprescindível para a racionalidade e a segurança do Estado, não permitindo o seu exercício de forma abusiva, proibindo, notadamente, intromissões

⁵¹BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p.65.

⁵²ABBOUD, Georges. *O Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 111.

⁵³BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 59.

⁵⁴Segundo Brêtas, “deve-se ter em mente que a expressão *lei*, mencionada em ambas as normas transcritas, tem o sentido técnico-jurídico de *ordenamento jurídico*, na sua total extensão, ou seja, conjunto de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais vigentes no sistema jurídico brasileiro, integrado por normas-disposições ou normas-preceitos (regras jurídicas) e normas-princípios (princípios de direito), ambas com igual força vinculativa” (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 91).

arbitrárias no *status* jurídico do indivíduo.

Além disso, “os limites jurídicos impostos ao Estado advêm também, em medida crescente, de *princípios e regras jurídicas internacionais*”⁵⁵, já que, na contemporaneidade, não existe Estado que possa ficar à margem das diversas relações políticas, econômicas e sociais com outros Estados. Existem algumas normas que funcionam como limitadoras da atuação dos Estados perante a comunidade jurídica internacional, podendo ser citadas a soberania dos povos; a independência nacional; a prevalência dos direitos humanos; a autodeterminação dos povos; a não-intervenção; a defesa da paz; a solução pacífica dos conflitos, entre outros. Tais princípios encontram-se, inclusive, previstos no art. 1º, I, e no art. 4º, I, II, III, IV, VI, VII, da CRFB de 1988.

O Estado de Direito tem como característica também a proteção dos direitos e garantias das pessoas. Na contemporaneidade, a inalienabilidade dos direitos do homem tem proteção internacional, e não apenas no direito pátrio, na medida em que dizem respeito às qualidades próprias e inseparáveis da pessoa. Os direitos humanos são definidos por Brêtas⁵⁶ como “os direitos essenciais do ser humano inerentes à vida, à liberdade, à dignidade, à igualdade, à segurança, ao valor e à natureza da própria condição humana, encarados na perspectiva espiritual, corpórea e social”, sendo responsáveis, no Estado Democrático de Direito, por “limitar o poder estatal”. Esses direitos do homem, ao ingressarem em determinado ordenamento jurídico, assumem a nomenclatura de direitos fundamentais, existindo uma “propensão em se chamar de direitos fundamentais os direitos humanos que tenham adquirido positividade no ordenamento jurídico-constitucional do Estado, atingindo, por conseguinte, grau maior de certeza e efetiva possibilidade de serem garantidos”⁵⁷.

A divisão das funções do Estado, erroneamente definida como separação dos Poderes, diz respeito à ordenação, à organização e à estruturação do poder político do Estado, exercido em nome do povo. “É importante perceber que o fundamento da concepção jurídica do Estado reside no seu reconhecimento como unidade, do que decorre, em consequência, a doutrina da indivisibilidade do poder estatal”⁵⁸. Nessa medida, como o poder do Estado é uno, foi criada uma técnica de distribuição de suas complexas e inerentes atividades, possibilitando uma

⁵⁵CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 232.

⁵⁶BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 85-86.

⁵⁷BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 86.

⁵⁸BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 18.

melhor eficácia com a especialização, bem como um limite com o controle recíproco, pretendendo, assim, que seus titulares não o exerçam de forma abusiva e ilegal. Segundo Brêtas:

Em princípio, como vislumbra Carré de Malberg, o poder do Estado é uno e as funções decorrentes do exercício desse poder são as formas pelas quais a atividade dominadora do Estado se manifesta sobre as pessoas, obviamente, ressaltamos, com intransigente fidelidade às normas jurídicas (princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais) que compõem o ordenamento jurídico do mesmo Estado, informado pelos princípios do Estado de Direito e da democracia.⁵⁹

As funções jurídicas do Estado são a legislativa, a jurisdicional e a governamental. A função legislativa “consiste na edição de normas obrigatórias de caráter geral e abstrato, as quais compõem o ordenamento jurídico vigente”. A função governamental, administrativa ou executiva “compreende todas as manifestações concretas das diversas atividades desenvolvidas pelo Estado que visem à concretização dos interesses e negócios públicos”⁶⁰. Por fim, a função jurisdicional:

[...] Permite ao Estado, quando provocado, pronunciar o direito de forma imperativa e em posição imparcial, tendo por base um processo legal e previamente organizado, segundo o ordenamento jurídico constituído pelas normas constitucionais e infraconstitucionais que o Estado edita, nas situações concretas da vida social em que essas normas são descumpridas.⁶¹

Após analisar os elementos essenciais do Estado de Direito, passa-se à averiguação do que seja Estado Democrático. “Segundo suas raízes gregas, a palavra *democracia* designa o poder do povo (*demos, kratos*)”⁶² (grifo do autor). A democracia é uma forma de governo que se funda na autodeterminação e na soberania do povo, exercida diretamente ou por meio de seus representantes livremente escolhidos. Esse sistema procura igualar as liberdades públicas e implantar o regime de representação política popular.

Segundo Brêtas, “a ideia fundamental de democracia, como dito, está relacionada à fonte de legitimação do poder, que é o povo, dele emanado o exercício do poder pelo Estado, motivo pelo qual, somente assim, pode ser considerado poder de direito”. Além disso, “o Estado Democrático tem sua dimensão e se estrutura constitucionalmente na legitimidade do domínio político e na legitimação do exercício do poder pelo Estado assentadas unicamente na soberania

⁵⁹BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 17.

⁶⁰BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 28.

⁶¹BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 28.

⁶²GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 9.

e na vontade do povo”⁶³.

O princípio democrático é mais do que um método de escolha dos governantes, pois, “como princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, económicos, sociais e culturais, ele aspira tornar-se *impulso dirigente* de uma sociedade”⁶⁴ (grifo do autor). A democracia é um processo dinâmico, que permite que as pessoas do povo participem de forma crítica e ativa no processo de construção da sociedade, trazendo elementos, argumentos, reclamações e soluções aos inúmeros e complexos problemas existentes na contemporaneidade. Segundo Canotilho, “o princípio democrático não se compadece com uma compreensão estática de democracia”⁶⁵.

A compreensão da democracia também como controle permite a destituição dos agentes públicos de mandatos ou cargos públicos, já que “tão ou mais importante que os *procedimentos eleitorais legitimadores* são os *procedimentos constitucionais deslegitimadores* tendentes a possibilitar o afastamento dos titulares de cargos políticos (*impeachment, recall, responsabilidade política, destituição, moção de censura*)”⁶⁶ (grifo do autor). Sobre o tema, Brêtas esclarece que:

Além disso, porque a democracia não se exercita apenas e simplesmente nas urnas, pelo voto, ao ensejo dos pleitos eleitorais, ao contrário do que muitos políticos apregoam e legiões de brasileiros desavisados e de ignorantes políticos pensam ou imaginam, no Estado Democrático, com maior amplitude, o povo pode e deve exercer participação ostensiva e preponderante na discussão e resolução dos problemas e questões de interesse nacional, por intermédio do plebiscito, do referendo, da iniciativa popular, das audiências públicas, e, principalmente, como sustentamos e tentamos demonstrar, por meio do processo constitucional.⁶⁷

O exercício de qualquer das funções do Estado só será legítimo quando houver possibilidade de participação de todos aqueles que puderem vir a ser afetados, direta ou indiretamente, pelos efeitos de um comando estatal. Essa garantia de participação deve existir em todas as três funções do Estado. Assim, a democracia não se restringe ao comparecimento regular às urnas para escolha dos representantes políticos, fato esse que constitui apenas um dos importantes aspectos da dimensão democrática. A participação pode se dar por inúmeras

⁶³BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 71 e 75.

⁶⁴CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 288-289.

⁶⁵CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 288-289.

⁶⁶CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 292.

⁶⁷BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 75-76.

maneiras previstas na CRFB de 1988, tais como plebiscito, referendo, iniciativa popular e, notadamente, processo constitucional, que é o tema central do presente estudo.

Nesse quadro de ideias, Brêtas afirma que o processo adequado à construção do Estado Democrático de Direito é o processo constitucional, “estando sempre o Estado Democrático de Direito em permanente estágio de inacabada consolidação, em outras palavras, espécie de projeto constitucional principiológico *in fieri*”⁶⁸.

Para finalizar o presente segmento, colacionam-se as lições de Brêtas:

Postas essas questões, acreditamos que paradigmas do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito devem ser compreendidos como sistemas jurídico-normativos consistentes, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de ideias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional.⁶⁹

O delineamento do Estado Democrático de Direito é necessário para a compreensão do modelo constitucional de processo, na medida em que seus princípios devem permear todo o ordenamento jurídico, influenciando e traçando os marcos para sua interpretação. Com efeito, para se averiguar a legitimidade e a adequação normativa do comportamento das partes, é imprescindível investigar a compatibilidade com o paradigma jurídico vigente. Do mesmo modo, a análise dos vieses, notadamente, a possibilidade da sua aplicação, deve ser feita com base no paradigma jurídico adotado em cada Estado.

2.4.2 Modelo constitucional de processo propriamente dito

Inicia-se o presente tópico com a definição de Nunes acerca de processo democrático:

Processo democrático não é aquele instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direto ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional.⁷⁰

⁶⁸BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 3.

⁶⁹BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 67.

⁷⁰NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 250.

Por sua vez, não se pode deixar de analisar o devido processo legal, que é considerado, conforme oportunas considerações de Brêtas, como o “principal alicerce do processo constitucional”⁷¹. Com razão, o mencionado autor, na medida em que qualquer decisão proveniente das funções jurídicas do Estado somente pode ser obtida dentro de uma estrutura normativa metodológica, “a permitir que aquela decisão seja construída com os argumentos desenvolvidos em contraditório por aqueles que suportarão seus efeitos, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais controvertem no processo”⁷², sob pena de não se legitimar constitucionalmente.

A CRFB de 1988 consagrou expressamente, no art. 5º, LIV e LV, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Não poderia ter sido diferente, considerando que os direitos fundamentais são elementos básicos para a concretização dos fins buscados pelo Estado Democrático. O processo, nessa perspectiva, assume importante papel na concretização e real implementação dos direitos fundamentais, sendo considerado por Abboud como o “*locus* privilegiado para a proteção e implantação dos direitos fundamentais”⁷³.

Del Negri, ao tratar da ideologia da democracia pela maioria, sustentou que:

O voto deve ser visto como uma parcela mínima da democracia, vez que o povo não se inclui no sistema somente pelos direitos políticos, mas pelo cumprimento de outros direitos fundamentais, que passam, obviamente, pelo exercício do Devido Processo Constitucional (reivindicação e fiscalização).⁷⁴

Para Del Negri, “mesmo que a democracia na visão moderna apresente distorções, a postura de fazê-la a melhor forma de convivência é visivelmente equivocada, se visualizarmos a autonomia do indivíduo (todos os indivíduos) fora dos perfis do *Processo* como *direito-garantia* constitucional”⁷⁵ (grifo do autor).

O processo constitucional tem como um de seus principais objetivos a proteção das normas constitucionais, notadamente, aquelas relacionadas aos direitos do homem, devendo ser eficaz para a manutenção e restabelecimento desses direitos. Os direitos fundamentais possuem um conteúdo essencial, cuja observância deve ser feita tanto pelas funções Legislativa, Jurisdicional e Administrativa, quanto pelos particulares em suas relações.

O período ditatorial vivido pelo Brasil antes da CRFB de 1988, caracterizado pelas

⁷⁴BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 165.

⁷²BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 164.

⁷³ABBOUD, Georges. *O Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 114.

⁷⁴DEL NEGRI, Andre: *Teoria da constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 166.

⁷⁵DEL NEGRI, Andre: *Teoria da constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 171.

transgressões e restrições de direitos, fez com que o legislador constituinte tivesse a preocupação de garantir ao povo a maior proteção possível contra os arbítrios e violações, impondo que a proteção dos direitos fundamentais deva abranger todas as situações que, de algum modo, relacionem-se com tais direitos. Nessa medida, tanto as liberdades públicas, quanto as prestações positivas e os direitos sociais estão abrangidos no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

A proteção dos direitos fundamentais deve existir em todos os setores da sociedade, e não apenas no que se refere às relações envolvendo o Estado, sob pena da quebra do ciclo de legitimidade democrática. Segundo Del Negri, “o Estado, na democracia é **estabilizador** dos atos produzidos no espaço democrático”, não se admitindo, por parte do Estado, “nenhum tipo de sobressaltos e afronta aos direitos fundamentais, pois ele é, senão, o próprio lugar de **garantia** jurídica da legalidade e legitimidade”⁷⁶ (grifos do autor). Ainda sobre o tema, Nunes entende que, “no paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, impõe-se a prevalência concomitante da soberania do povo e dos direitos fundamentais em todos os campos, mas, especialmente, na esfera estatal”⁷⁷.

O processo constitucional, com todos os princípios e institutos que lhe são inerentes, torna efetiva a oportunidade de participação, fazendo com que a democracia deixe de ser mera retórica de justificação de interesses de minorias dominantes, para se transformar na metodologia de construção de uma sociedade mais solidária, organizada, tolerante e desenvolvida, ou seja, mais preocupada com o aperfeiçoamento.

Ocorre que as estratégias de dominação de massas introduzidas na sociedade fazem com que as pessoas tenham a falsa compreensão da realidade, induzindo-as a acreditarem que entenderam o que se passa, repetindo as palavras estrategicamente faladas, quando, na verdade, não passam de formas de dominação e manutenção do poder e do *status quo*. Um regime que veladamente não se preocupa com a proteção dos direitos fundamentais, deixando de implementar direitos básicos de saúde, educação e segurança, mantendo o povo na ignorância como estratégia de dominação e com o fim de manutenção das posições econômicas, políticas e de submissão do povo, é, na verdade, uma democracia vazia de conteúdo.

É necessário, para que se respeite o Estado Democrático de Direito, que todos aqueles que exercem funções do Estado estejam comprometidos com as normas democráticas, sob pena

⁷⁶DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 26.

⁷⁷NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 216.

de não serem legítimas as decisões por eles proferidas. Com efeito, o povo, como “*instância global de atribuição (povo legitimante)*”⁷⁸ da legitimidade democrática, deve ter a oportunidade de participar de todo o processo de escolha, já que as decisões em seu nome proferidas terão influência direta na vida dos integrantes da sociedade. Oportunamente, Nunes afirma que:

A percepção democrática do direito rechaça a possibilidade de um sujeito solitário captar a percepção do bem viver em sociedades altamente plurais complexas e, no âmbito jurídico, a aplicação do direito e/ou o proferimento de provimentos, fazendo-se necessária a percepção de uma procedimentalidade na qual todos os interessados possam influenciar na formação das decisões.⁷⁹

Nessa medida, em uma sociedade que se pretenda democrática, deve ser realçado o processo como garantia de participação, tornando as pessoas do povo autores/destinatários das decisões, retirando-as da posição de simples receptoras dos atos estatais. A participação técnica das partes é elemento estrutural e legitimante do processo⁸⁰. O processo constitucional se transforma em “oportunizador do discurso”, na medida em que “a *legitimidade* do Direito, no mundo moderno, é obtida por intermédio do Princípio do Discurso (ampla defesa, contraditório e igualdade)”⁸¹, o qual é encontrado, segundo Del Negri, “no estudo da *Teoria do Processo Constitucional* tanto na *produção* do Direito (Devido Processo Legislativo), quanto na *aplicação* do Direito (Devido Processo Legal)”⁸² (grifos do autor).

Dentro dessa visão democrática de processo, pode-se adotar o entendimento da existência de uma interdependência entre os sujeitos processuais, e não uma relação de submissão como outrora sustentado⁸³. Nunes, lastreado no pensamento de Habermas, afirma que:

Ao se fazer uma releitura da teoria do processo a partir da teoria habermasiana, vislumbra-se que o processo estruturado em perspectiva participativa e policêntrica, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo a responsabilidade de seu papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fática e jurídicas.⁸⁴

⁷⁸MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 94.

⁷⁹NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 203.

⁸⁰NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 207.

⁸¹DEL NEGRI, Andre. *Teoria da constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 173.

⁸²DEL NEGRI, Andre. *Teoria da constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 173.

⁸³NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 204.

⁸⁴NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais.

O processo constitucional, como um direito/garantia constitucional, proporciona uma fiscalização ampla e irrestrita, com um consequente controle de todos os atos estatais, além de um coeso modelo de proteção dos direitos fundamentais, permitindo que qualquer pessoa forneça críticas aos atos emanados do Estado, de modo a propiciar a correção de aporias normativas e do sistema como um todo. Segundo Del Negri, “a legitimidade democrática que só é conquistada se todas as instâncias dos Processos forem democráticas, um ciclo que não pode ser interrompido de forma não-democrática”⁸⁵. Esse também é o pensamento de Nunes:

Percebe-se, no entanto, que o processo constitui, na atualidade, uma verdadeira garantia contra o exercício ilegítimo de poderes públicos e privados em todos os campos (jurisdicional, administrativo, legislativo), com o fim de controlar os provimentos dos agentes políticos e garantir a legitimidade discursiva e democrática das decisões.⁸⁶

Portanto, para a legitimidade democrática dos atos praticados pelo Estado, é imprescindível a existência e a observância de um processo constitucional, seja o processo constitucional legislativo, o processo constitucional jurisdicional ou o processo constitucional administrativo.

2.5 Processo constitucional jurisdicional

No eixo teórico democrático, foi incumbida à Jurisdição a função precípua de pronunciar o Direito, aplicando o ordenamento jurídico, após devidamente provocada, mediante a regência do Devido Processo Constitucional. Durante o curso do procedimento, as partes deverão ter a ampla possibilidade de participarem na formação da decisão, de modo que a decisão, “embora produzida *super partes* no processo, seria *preparado inter partes*”⁸⁷ (grifo do autor).

Para tanto, é necessário, no momento da prolação das decisões, que o juiz assumo o “dever de compreensão teórica do *discurso da democracia* como esfera hermenêutica incambiável da aplicação da lei”⁸⁸, em observância ao princípio da vinculação da Jurisdição ao Estado Democrático de Direito.

Curitiba: Juruá, 2012, p. 211.

⁸⁵DEL NEGRI, Andre: *Teoria da constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 38.

⁸⁶NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 209.

⁸⁷BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 34.

⁸⁸LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 135.

A função jurisdicional representa para as pessoas do povo a posição de “último fronte”, no que se refere à proteção dos direitos fundamentais, “independentemente de quem pratique a agressão: seja o rei, seja o particular, o Estado ou até mesmo a maioria da sociedade”⁸⁹, já que “o controle judicial da constitucionalidade dos atos de autoridade surge, atualmente, como contrapeso eficaz a um Executivo poderoso, em decorrência das solicitações provocadas”⁹⁰.

Os direitos fundamentais, por serem considerados como atributos inerentes à própria condição do homem, implicam em restrição à própria atividade do Estado, conforme ressaltado por Brêtas:

Esses enumerados direitos e garantias fundamentais do povo, posto que estatuidos no extenso rol do artigo 5º da Constituição Federal vigente, são meios desenvolvidos pela técnica jurídica do Estado Democrático de Direito, com o objetivo de controlar a regularidade constitucional dos atos estatais em geral (gênero) e do ato jurisdicional (espécie), em particular.⁹¹

A Jurisdição Constitucional, existente em decorrência da supremacia da Constituição, deve assegurar, inclusive, a defesa de um direito contra uma lesão realizada pela maioria da sociedade, exercendo, nesse particular, uma postura contramajoritária. Nesse sentido, Abboud afirma que “todo órgão que possua *status* de realizar a jurisdição constitucional, *in casu* o STF, deve ter a função precípua de zelar pelo texto constitucional, inclusive contra a vontade da maioria, caso seja necessário”⁹².

Ocorre que a proteção dos direitos fundamentais feita por meio do processo constitucional não pode se ater apenas à correção das normas infraconstitucionais inconstitucionais, enquanto legislador negativo. É necessária a atuação do Judiciário “diante da omissão ou déficit legislativo”⁹³. Abboud afirma que:

Já no final do século XX, as jurisdições constitucionais, em virtude de questões protetivas de direitos fundamentais e proteção de minorias, passaram a constatar que, em muitos casos, não bastava o controle repressivo formal e material das leis para assegurar a proteção de direitos. Fazia-se necessária uma atuação prospectiva, mediante uma correção direta do texto legal. Essa correção legislativa opera-se mediante o efeito aditivo, a partir do qual os Tribunais Constitucionais agem por uma função *paralegislativa* reescrevendo o texto legal para torná-lo conforme à Constituição. Obviamente, nesse ponto há um risco de o Judiciário extrapolar suas funções incorrendo em perigoso ativismo.⁹⁴

⁸⁹ABBOUD, Georges. *O Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 121.

⁹⁰BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 11.

⁹¹BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias et al. *Estudo sistemático do NCPC com as Alterações Introduzidas pela Lei n.º: 13.256, de 4/2/2016*. 3. ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2016, p. 50.

⁹²ABBOUD, Georges. *O Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 119.

⁹³ABBOUD, Georges. *O Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 319.

⁹⁴ABBOUD, Georges. *O Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 108.

No atual estágio da análise constitucional, não se pode mais desconsiderar que direitos fundamentais impõem a atuação da Jurisdição, quando negligenciados pelo Executivo e o Legislativo, determinando prestações ativas para proteger o povo, no que se refere aos direitos relacionados a saúde, educação, moradia, trabalho, entre outros. Tais decisões, embora tenham grande influência nas políticas públicas, não importam em indevida intromissão de uma função estatal sobre outra, na medida em que a Jurisdição restabelecerá a ordem jurídico-constitucional lesada com as omissões na proteção dos direitos fundamentais, assegurando-se, assim, a concretização de tais direitos. Além disso, quaisquer decisões proferidas pelo Judiciário deverão observar, de forma irrestrita, as normas constitucionais, sendo antidemocráticas aquelas que partam do voluntarismo decisório.

A proteção dos direitos fundamentais é uma das características mais marcantes das constituições democráticas, de modo que não adianta prever um vasto rol de direitos, se não existir o correlato procedimento apto a propiciar a proteção desses mesmos direitos. Da mesma maneira, os direitos fundamentais serviriam para mero embelezamento do texto constitucional, se a Jurisdição não pudesse atuar para suprir as omissões inconstitucionais encontradas. Nesse passo, o conceito de Jurisdição Constitucional deve ser entendido como “atividade jurisdicional exercida pelo Estado objetivando tutelar o princípio da supremacia da Constituição e o de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana nela estabelecidos”⁹⁵.

Para Brêtas:

Entretanto, ampliou-se consideravelmente o conteúdo do sentido daquela expressão, face à percepção da doutrina de que não seria suficiente consagrar direitos fundamentais do ser humano nas Constituições para que fossem respeitados, sendo necessária a implantação de um coeso e eficiente sistema de garantias e mecanismos que protegesse e assegurasse a efetividade daqueles direitos, evitando transformá-los em meras expressões formais de aformoseamento do texto constitucional, destituídas de qualquer eficácia prática.⁹⁶

Além disso, em ações envolvendo omissões na proteção dos direitos fundamentais e que necessitem de prestações ativas, o Poder Público poderá participar do processo, na qualidade de parte, atuando, em contraditório e ampla defesa, na exposição de seus argumentos, alegando a inexistência da omissão ou justificando a sua existência, o que certamente ampliará a legitimidade da decisão protetiva dos direitos fundamentais. Para Brêtas, a decisão jurisdicional “deverá ser o resultado lógico da atividade procedimental desenvolvida em torno das questões

⁹⁵BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 52.

⁹⁶BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 53.

discutidas e dos argumentos produzidos em contraditório pelas partes em todas as fases do processo”⁹⁷.

A participação na formação das decisões judiciais está diretamente relacionada com a democratização da sociedade, na medida em que “*democratizar a democracia através da participação* significa, em termos gerais, intensificar a *otimização da participação directa e activa de homens e mulheres* (CRP, art. 109.º) no processo de decisão”⁹⁸. Nesse contexto, devem ser observados os direitos e garantias fundamentais das partes, notadamente, o direito de acesso à Jurisdição, ao contraditório e à ampla defesa, nela compreendido o direito à defesa técnica, promovida por advogado ou defensor público, e a fundamentação racional das decisões. Outrossim, não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo, que seja ouvida, sendo necessário que se permita que seja ouvida em condições de poder influenciar efetivamente na decisão do juiz:

Na atualidade, o contraditório não significa apenas ciência bilateral e contrariedade dos atos e termos do processo e possibilidade que as partes têm de contrariá-los, mas é compreendido técnica e cientificamente como garantia de participação efetiva das partes no desenvolvimento do processo em suas fases lógicas e atos, a fim de que, em igualdade de condições, possam influenciar em todos os elementos e discussões sobre quaisquer questões de fato e de direito que surjam nas diversas etapas do itinerário procedimental, e que despontem como potencialmente importantes para a solução decisória jurisdicional a ser obtida ao seu final.⁹⁹

O contraditório assegura às partes o direito de um conhecimento real e adequado de todos os atos do procedimento, de modo a se inteirarem de tudo o que possa interferir no exercício da defesa de seus direitos, implicando também na garantia de se defender de forma profícua, trazendo argumentos de fato e de direito aptos a influírem na solução da controvérsia, utilizando-se de todos os recursos disponíveis, bem como dos meios de prova cabíveis e relevantes.

O contraditório, como garantia de influência e não surpresa, é “elemento normativo estrutural da comparticipação (COMOGLIO, 1998, p.2), assegurando, constitucionalmente, o policentrismo processual”, possibilitando, dessa forma, a contribuição crítica e democrática na formação das decisões¹⁰⁰. Além disso, a correta interpretação do contraditório impõe ao juiz

⁹⁷BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 173-174.

⁹⁸CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 301.

⁹⁹BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias et al. *Estudo sistemático do NCPC com as Alterações Introduzidas pela Lei n.º: 13.256, de 4/2/2016*. 3. ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2016, p. 51.

¹⁰⁰NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 227- 229.

que leve em consideração, no momento de decidir, argumentos, teses e provas trazidas pelas partes. Segundo Brêtas:

O que deve ser instaurado na dinâmica do procedimento é o *quadrinômio* estrutural do contraditório (e não *binômio* ou *trinômio*), ou seja – *informação – reação – diálogo – influência* – como o resultado lógico-formal da correlação do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais.¹⁰¹

De acordo com Nunes:

No entanto, a existência técnica nas legislações processuais (no plano infraconstitucional) de regras com o teor acima expresso nada altera o panorama (talvez mesmo o consolide), pois o comando constitucional que prevê o contraditório e garante um Estado Democrático de Direito já impõe a interpretação do contraditório como garantia de influência a permitir uma comparticipação dos sujeitos processuais na formação das decisões.¹⁰²

Ainda sobre o contraditório, Leal afirma que:

Mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação e das decisões.¹⁰³

Conforme já ressaltado, o princípio do contraditório está diretamente relacionado com a manifestação da democracia dentro do processo. A função de defesa e a função de não discriminação dos direitos fundamentais impõem que o Estado não só respeite, mas também trate de forma igual todas as pessoas. Para tanto, é necessário que sejam assegurados aos litigantes iguais meios e oportunidades de se manifestarem e influírem no teor dos provimentos judiciais. Segundo Gilmar Mendes, “os direitos individuais, enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (*restrição imediata*) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (*restrição mediata*)”¹⁰⁴.

Dentro do viés democrático, oportuno o entendimento de Nunes, segundo o qual, “a

¹⁰¹BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 133.

¹⁰²NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 229.

¹⁰³LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 105.

¹⁰⁴MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 28.

comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e comparticipativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo”¹⁰⁵. Nessa medida, é necessária a análise e a aplicação procedimentalizada dos princípios do modelo constitucional de processo, devendo ser exigida uma corresponsabilidade de todos os sujeitos do processo, com uma ampla discussão e divisão nas esferas de atuação antes da tomada de decisões, afastando-se, assim, qualquer caráter autoritário¹⁰⁶. Nesse sentido:

O processo, em perspectiva comparticipativa, embasado nos princípios processuais constitucionais, fixa os limites de atuação e constitui condição de possibilidade para que todos os sujeitos processuais (em seus respectivos papéis) discutam argumentos normativos para formação da decisão mais adequada ao caso em análise.¹⁰⁷

Portanto, a Jurisdição exercida com a observância do processo constitucional, na qual será respeitado o devido processo constitucional, com a ampla participação de todos os interessados, permite o restabelecimento dos direitos fundamentais violados, assegurando não apenas as liberdades individuais, mas também os direitos sociais e as prestações ativas devidas pelo Estado.

O delineamento do processo constitucional jurisdicional é imperioso para a compreensão da compatibilidade dos vieses com o paradigma jurídico vigente. O provimento jurisdicional decisório somente será legítimo, se aplicado em consonância com o ordenamento jurídico e após a análise das provas e dos argumentos analisados em contraditório, livre de influências indevidas.

2.6 Neoliberalismo processual

Para Nunes, “o neoliberalismo é o capitalismo na sua essência de sistema assente na exploração do trabalho assalariado, na maximização do lucro, no agravamento das desigualdades”¹⁰⁸. O neoliberalismo é um paradigma em que o capital é livre, inclusive, para acabar com as liberdades daqueles que se sustentam do próprio trabalho. Trata-se da “ditadura

¹⁰⁵NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 215.

¹⁰⁶NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 223-224.

¹⁰⁷NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 211-212.

¹⁰⁸NUNES, Antônio José Avelãs. *O neoliberalismo não é compatível com a democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 123.

do grande capital financeiro”, sobrepondo-se sobre o capital produtivo¹⁰⁹. Nele, é necessária uma flexibilidade das relações de trabalho e uma moderação salarial, de modo a propiciar uma rápida reação econômica com a mudança dos mercados, de modo a garantir uma competitividade¹¹⁰.

Como decorrência, não deve existir uma intervenção do Estado na criação de empregos, a qual deve ficar nas mãos do mercado. Sobre o tema, cita-se o posicionamento de Nunes:

Deixando de lado as situações de *fascismo* declarado, a ideologia (neo)liberal e o grande capital continuam a opor-se às políticas Keynesianas de pleno emprego, sustentando, com base no dogma do *desemprego voluntário*, que a solução está em fazer desaparecer as *imperfeições de mercado* (liberdade sindical, contratação coletiva, salário mínimo garantido, subsídio de desemprego, direitos sociais dos trabalhadores, sistema público de segurança social), confiando nas 'leis do mercado' para conseguir situações de equilíbrio com pleno emprego em todos os mercados. É o *fascismo de mercado*, assente no reforço do que Bourdieu chamou a *mão direita do estado* (o seu aparelho repressivo) e amputando a sua *mão esquerda* (educação, ciência, cultura, saúde, segurança social), a *mão que semeia o futuro*.¹¹¹

Ainda no que se refere ao Estado, o neoliberalismo rejeita as políticas públicas que pretendam o aumento do número de empregos ou a sua manutenção. Além disso, as políticas públicas não devem ser conduzidas no sentido do consumo de massas, do investimento público, mas apenas aquelas medidas de incentivo ao investimento privado, tais como “baixa das taxas de juros, redução do imposto sobre os lucros das empresas, redução das contribuições patronais para a segurança social, subsídios a fundo perdido aos investidores, flexibilização da legislação laboral ...”¹¹². Ou seja, o Estado deve continuar fornecendo condições para que o setor privado continue comandando a economia¹¹³. As liberdades existentes no paradigma neoliberal não são aquelas relacionadas aos direitos fundamentais, mas a liberdade de circulação de pessoas, bens, produtos e capitais, ou seja, a liberdade do grande capital financeiro¹¹⁴.

Por outro lado, a prestação de serviços de interesse público, tais como segurança pública, água, luz, saneamento básico, saúde, educação, entre outros, desde longa data, foi realizada pelo

¹⁰⁹NUNES, Antônio José Avelãs. *O neoliberalismo não é compatível com a democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 122-123.

¹¹⁰NUNES, Antônio José Avelãs. *O neoliberalismo não é compatível com a democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 74.

¹¹¹NUNES, Antônio José Avelãs. *O neoliberalismo não é compatível com a democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 81.

¹¹²NUNES, Antônio José Avelãs. *O neoliberalismo não é compatível com a democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 81.

¹¹³NUNES, Antônio José Avelãs. *O neoliberalismo não é compatível com a democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 81.

¹¹⁴NUNES, Antônio José Avelãs. *O neoliberalismo não é compatível com a democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 71.

Estado, direta ou indiretamente, de forma gratuita, em vários casos, ficando fora do mercado. Ocorre que o capital, percebendo que tais serviços podem render muito dinheiro, apostam pesado em privatizações e em seu domínio. Trata-se de uma fatia do mercado extremamente rentável e que, por isso, deve ser explorada pela iniciativa privada, e não monopolisticamente pelo Estado. Nesse sentido:

A política relativa aos serviços públicos é um dos pontos em que o chamado *modelo social europeu* tem vindo a ser negado pelo direito comunitário e pela prática das instituições da UE, guiadas pelo ideário neoliberal. As razões são claras. O progresso científico e tecnológico, o *welfare state* e a melhoria das condições de vida transformaram em *necessidades básicas* das pessoas o acesso a determinados bens e serviços, como a educação, a saúde, as prestações da segurança social, o acesso domiciliário à energia elétrica e ao gás, à água e ao saneamento, os correios, as telecomunicações, etc. Estes bens e serviços constituem, pois, mercados que valem milhões, apetitosos para o grande capital financeiro, que joga na privatização destes setores. As seguradoras querem a saúde o serviço de pensões; os correios têm-se transformado em prósperas instituições financeiras com sacrifício da sua missão originária; a água e o saneamento apresentam-se com o grande negócio do século XXI; o Banco Mundial vem produzindo vasta literatura sobre a “indústria do ensino superior”: um dia destes, alguém começará a dizer que o financiamento pelo estado da escola pública e dos serviços públicos de saúde representa *concorrência falseada* com as empresas privadas destes setores.¹¹⁵

Verifica-se que o caminho trazido pelo neoliberalismo é nefasto. O capital, principalmente, nos países em desenvolvimento e com baixa competitividade, impõe medidas drásticas ao próprio Estado e sobretudo às classes menos favorecidas. Em nome da competitividade, reduz-se o salário, promove-se a redução ou até a isenção completa de impostos sobre lucros e circulação de mercadorias, acaba-se com qualquer estabilidade no emprego e com direitos securitários. O lucro afasta completamente qualquer interesse em resguardar os direitos e as garantias fundamentais.

Nesse espaço, onde o Estado é mantido em permanente crise, o capital transmite uma mensagem de necessidade de redução da dívida pública, estabilidade de preços e equilíbrio das contas públicas. Para tanto, é preciso que seja feita uma diminuição das despesas com saúde, educação, segurança, previdência, entre outros importantes direitos sociais, além da redução da atuação do Estado na economia, realizando-se privatizações em setores importantes, tais como o elétrico, o previdenciário, o de telecomunicações, o de saneamento básico e de fornecimento de água, entre outros¹¹⁶. Novamente, importantes os comentários de Nunes:

¹¹⁵NUNES, Antônio José Avelãs. *O neoliberalismo não é compatível com a democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 87.

¹¹⁶NUNES, Antônio José Avelãs. *O neoliberalismo não é compatível com a democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 90-91.

Estes são os caminhos do neoliberalismo. E já se vê que não são caminhos de concorrência *livre e não falseada*. Estamos perante uma concorrência *forçada e falseada* (*grosseiramente falseada* pelo *dumping* social, salarial, fiscal e ambiental). Mas é desejada, tolerada e até promovida. Porque é uma concorrência boa para o grande capital. Porque ela conduz (como a realidade mostra) ao *nivelamento por baixo* em matéria de direitos sociais, de salários, de garantias de emprego, de proteção dos desempregados e dos aposentados, de defesa do meio ambiente.¹¹⁷

No final da década de 1980, os órgãos financeiros mundiais pressionaram o Brasil, entre outros países da América do Sul, a adotarem novas tendências de caráter liberal, mediante um conjunto de práticas que buscavam um “ajustamento macroeconômico”¹¹⁸.

Essa tendência socioeconômica influenciou diretamente na estruturação do processo. Embora o paradigma adotado pelo Brasil seja o democrático de direito, as ideologias, as tendências e as influências neoliberais, trazidas e impostas, implícita ou explicitamente, deturpam o sistema, fazendo com que os operadores do Direito em geral não se atentem para o real sentido das mudanças, comprando ideias prontas e as aplicando sem um estudo mais aprofundado e reflexivo.

Para o neoliberalismo, seria preciso a criação e a ampla aceitação de um modelo processual que não apresentasse qualquer risco para os interesses econômicos e políticos do mercado, sem apresentar condições para uma perspectiva socializante e de real implementação e proteção dos direitos fundamentais. Sobre o tema:

Ademais, o modelo defendido deveria assegurar: a) uma uniformidade decisória que não levaria em consideração as peculiaridades do caso concreto, mas asseguraria alta produtividade decisória, de modo a assegurar critérios de excelência e de eficiência requeridos pelo mercado financeiro; e/ou b) defesa da máxima sumarização da cognição que esvaziaria, de modo inconstitucional, a importância do contraditório e da estrutura participativa processual que garantem procedimentos de cognição plena para o acerto dos direitos.¹¹⁹

O neoliberalismo preconiza a não interferência do Judiciário nos negócios jurídicos celebrados entre pessoas supostamente iguais em direitos e obrigações, não sendo possível levar em consideração as especificidades do caso concreto e as diversas vulnerabilidades existentes. A interpretação do contrato mais favorável ao vulnerável desestabiliza o mercado econômico-financeiro, trazendo incertezas sobre a extensão das obrigações assumidas pelas partes. O lucro

¹¹⁷NUNES, Antônio José Avelãs. *O neoliberalismo não é compatível com a democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 91.

¹¹⁸NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 157.

¹¹⁹NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 159.

máximo é ameaçado e deve ser protegido a todo custo.

Exemplo clássico do poder de influência do capital econômico foi a revogação do art. 192, §3º, da CRFB de 1988, pela Emenda Constitucional (EC) n.º 40, de 29 de maio de 2003, que estabelecia que as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderiam ser superiores a doze por cento ao ano.

É de ser ressaltado que, antes mesmo da referida revogação, o Judiciário nada fez para obstar os abusos existentes, na medida em que foi editada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a Súmula Vinculante n.º 7, que dispõe que “a norma do §3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de Lei Complementar”¹²⁰. Ou seja, apesar da disposição constitucional expressa, o STF entendeu pela sua não aplicação até a devida regulamentação. Com todo o respeito que merecem as decisões que originaram a súmula, entende-se que inexistia qualquer disposição, seja no *caput*, seja no próprio parágrafo, limitando sua aplicação, o que configura desrespeito aos direitos e às garantias fundamentais, já que devem ter uma interpretação extensiva, e não restritiva.

Também deve ser ressaltado que existem inúmeros outros projetos de lei (PL) em tramitação na Câmara dos Deputados que refletem o caráter neoliberal. Citem-se o PL n.º 6.814/2017, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011; o PL n.º 9.463/2018, que dispõe sobre a desestatização da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobras e altera a Lei n.º 10.438, de 26 de abril de 2002, a Lei n.º 9.991, de 24 de julho de 2000, e a Lei n.º 5.899, de 5 de julho de 1973; o PL n.º 8.456/2017, que altera a Lei n.º 12.546, de 14 de dezembro de 2011, quanto à contribuição previdenciária sobre a receita bruta, a Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, a Lei n.º 8.218, de 29 de agosto de 1991, a Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a Lei n.º 10.833, de 29 de dezembro de 2003, e a Lei n.º 11.457, de 16 de março de 2007, desonerando a folha de pagamento; o PL n.º 9.215/2017, que dispõe sobre a verificação da situação de dependência e sobre o Plano de Recuperação e Melhoria Empresarial aplicável às empresas estatais federais; o PL n.º 9.327/2017, que dispõe sobre a emissão de duplicata sob a forma escritural¹²¹. No Senado, tramita o PL n.º 774/2015, que acrescenta o art. 67-A à Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro

¹²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 7. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 20 Jun. 2008.

¹²¹LOPES, Julio. *Projeto de Lei n.º 9.327, de 13 de dezembro de 2017*. Dispõe sobre a emissão de duplicata sob a forma escritural.

de 1964, para dispor sobre a devolução das prestações pagas em caso de desfazimento do contrato de promessa de compra e venda de imóveis¹²².

Verifica-se que os citados PL têm a intenção de promover um ajuste das normas às exigências do mercado, na medida em que pretendem, além de uma desoneração da folha de pagamento e da redução da contribuição previdenciária, possibilitando o aumento do lucro, a desestatização da Eletrobras, entregando-a ao setor privado para sua exploração e obtenção de lucro. A emissão de duplicata sob a forma escritural permite maior agilidade nas relações contratuais, assim como o desfazimento do contrato de promessa de compra e venda de imóveis.

No que se refere às privatizações, em especial, à privatização da Eletrobrás, importantes os comentários de Nunes:

Privatizado o setor público empresarial, são também 'privatizadas' as funções do estado através da substituição do *estado democrático* por uma espécie de *estado tecnocrático*, que não presta contas perante nenhuma entidade legitimada democraticamente. Quando o poder político democrático deixa de controlar o poder econômico e financeiro, é a própria democracia que é posta em causa.¹²³

Por outro lado, a uniformidade decisional é fator de segurança para o mercado, na medida em que já se pode contar com o resultado de determinado litígio submetido à apreciação do Judiciário. Com essa prática, é possível calcular o lucro, fazer projeções e criar estratégias negociais. Nessa medida, diversos institutos foram criados para assegurar tal desiderato ao mercado, considerando a repetição de processos tratando da mesma matéria com possibilidade de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, devido à prolação de decisões contraditórias.

Segundo Nunes, “várias reformas foram propostas para os sistemas jurídicos da América Latina, implementadas, em grande parte, pelo legislador brasileiro, de modo a garantir a requerida produção industrial de decisões e a satisfazer os anseios do Banco Mundial”¹²⁴. Citem-se, como exemplos, a súmula vinculante¹²⁵, introduzida na CRFB por meio da EC n.º 45,

¹²²JUCÁ, Romero. *Projeto de Lei do Senado n.º 774, de 2015*. Acrescenta o art. 67-A à Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, para dispor sobre a devolução das prestações pagas em caso de desfazimento do contrato de promessa de compra e venda de imóveis.

¹²³NUNES, Antônio José Avelãs. *O neoliberalismo não é compatível com a democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 88.

¹²⁴NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 162.

¹²⁵“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

de 30 de dezembro de 2004, e a criação dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, introduzidos no CPC de 1973¹²⁶ e mantidos no CPC de 2015¹²⁷. Ainda de acordo com Nunes:

O discurso de produtividade industrial e de rapidez na prolação das decisões faz com que os provimentos deixem de buscar uma adequação constitucional (legitimidade),

§2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988).

¹²⁶“Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§2º Não adotada a providência descrita no § 1o deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4o deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7o deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.” (BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973).

¹²⁷“Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

[...]”

“Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

que partiria do julgamento *do caso concreto* em suas especificidades. Ao contrário, busca-se o julgamento de centenas de casos partindo de uma suposta identidade entre eles (v.g. arts. 285A, 543A e B, CPC), que, muitas vezes, somente permitirá um julgamento massificador e em larga escala. O Judiciário fica predisposto a julgar teses jurídicas e deixa de se preocupar com o julgamento dos casos concretos.¹²⁸

Além da padronização decisional, o capital precisa de rapidez para acompanhar as mudanças de mercado. As reformas sugeridas pelos órgãos financeiros mundiais “privilegiavam predominantemente a busca de um processo célere e que garantisse a defesa da propriedade privada e do mercado”¹²⁹. Dentro da ótica neoliberal, o “processo célere não é aquele que atende aos demais princípios processuais constitucionais dentro de um espaço-tempo suficiente para a implementação da participação de todos os envolvidos, mas, sim, aqueles que terminam o mais rápido possível na ótica de números”¹³⁰.

Nessa toada, é imperioso ao bom desenvolvimento do mercado, que o sistema Judiciário forneça técnicas seguras e, quando convenientes, céleres para a solução de litígios, sem prejuízos ao mercado. Em outra medida, “não seria conveniente o uso do aparato jurisdicional e do processo como instituto de participação e controle da função estatal e nem mesmo o intervencionismo judicial da teoria socializadora do processo”¹³¹. E mais:

Qualquer discurso garantista, fruto de uma perspectiva democrática constitucional, é visto e desnaturado pelo discurso dominante como a defesa de uma perspectiva formalista e burocratizante, como se um processo democrático que respeitasse toda a principiologia processual-constitucional também não pudesse ser célere e funcional.¹³²

Trabalha-se apenas um discurso da produtividade e da rapidez máxima, como se referidos valores fossem os únicos a serem resguardados, sem qualquer preocupação com toda uma gama de normas e valores previstos pelo processo constitucional, dentre os quais, o contraditório, a ampla defesa, a isonomia, o amplo acesso à Jurisdição e a fundamentação racional das decisões jurisdicionais. A celeridade é elevada a um dos valores mais importantes, sem preocupação com o aspecto participativo e de correção normativa¹³³. Dentro desse

¹²⁸NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 210.

¹²⁹NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 161.

¹³⁰NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 165.

¹³¹NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 158-159.

¹³²NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 163.

¹³³NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais.

paradigma, busca-se o julgamento de muitos casos semelhantes, partindo de uma suposta identidade entre si, com um julgamento em massa e em larga escala¹³⁴.

O processo, como metodologia de proteção dos direitos fundamentais, deverá permitir que todos dele participem, de modo que a simplificação dos procedimentos para a redução do volume de processos e para desobstrução do Judiciário pode ser útil para nortear uma política legislativa, mas, em nenhuma hipótese, pode ser justificativa para reduzir as garantias constitucionais do processo.

Não pode deixar de ser ressaltado que o art. 5º, LXXVIII, da CRFB de 1988, que introduziu a norma que previu a razoável duração do procedimento¹³⁵, foi incluído pela EC n.º 45, a qual, conforme já ressaltado, também foi a responsável pela introdução, no ordenamento jurídico, da súmula vinculante. Percebe-se que se trata de uma alteração constitucional com índole nitidamente neoliberal, camuflada de garantidora de direitos fundamentais.

Ocorre que esse mesmo capital, que constantemente descumpra as normas, sofreu as consequências da sua própria conduta, pois, embora sejam exigidos procedimentos e decisões céleres, aptas a propiciarem a rapidez da circulação de capitais, a gama de direitos individuais violados deixa as vias judiciais abarrotadas de demandas discutindo esses direitos, o que faz com que as decisões não sejam proferidas na velocidade esperada pelo capital privado.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em pesquisa sobre os 100 maiores litigantes, relatou que o Setor Público (Federal, Estadual e Municipal), os bancos e a telefonia representam 95% do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais. Desses processos, 51% têm como parte ente do Setor Público, 38%, empresas do setor bancário, 6%, companhias do setor de telefonia e 5%, outras empresas. Do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais, 59% referem-se ao polo passivo, sendo o comportamento do Setor Público Municipal diferente dos demais, uma vez que 97% de seus processos referem-se ao polo ativo¹³⁶.

O Judiciário é utilizado por tais empresas como uma forma de protelar dívidas e aumentar lucros, uma vez que, postergada a data de pagamento do passivo, é possível utilizar o capital para a realização de novos investimentos, aquisição de *commodities*, oferta de maior número de empréstimos, entre outros. Também é levado em conta que os juros concedidos após

Curitiba: Juruá, 2012, p. 163.

¹³⁴NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 210.

¹³⁵“Art. 5º [...]”

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988).

¹³⁶CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 Maiores Litigantes*. Brasília: CNJ, 2011, p. 15.

o término do procedimento são bastante inferiores ao cobrado pelas instituições financeiras.

O congestionamento provocado pelo volume de ações é utilizado estrategicamente pelos grandes litigantes para a celebração de acordos desproporcionais e praticamente compulsórios, e não aqueles realmente desejados.

Por outro lado, a demora na resolução dos litígios e o volume de ações pendentes de solução perante o Judiciário são levados em conta no mercado econômico-financeiro. No atual cenário mundial, estar em *compliance*, ou seja, estar em conformidade com leis, observando-se as práticas de profissionalização e de governança corporativa, torna-se identificador de conformidade de regras internacionais, sinalizando para um potencial de segurança das empresas.

Nessa medida, possuir grande passivo no Judiciário é fator altamente relevante para as empresas em geral, mas, em maior medida, para aquelas de grande porte e que atuam no mercado financeiro. O valor de compra e venda de ações leva em conta não só o potencial de lucro, mas também o grau de litigiosidade enfrentado por aquela empresa.

Verifica-se, a partir das afirmações apresentadas, que existe uma utilização estratégica do Judiciário, fazendo com que tal órgão exerça uma importante função no neoliberalismo processual.

Em outra medida, considerando a ideologia neoliberal subliminarmente adotada, não é permitida a percepção de que o sistema processual brasileiro trabalha unicamente sob a ótica das consequências, pouco ou em nada, preocupando-se com as causas. O número de ações distribuídas aumenta a cada ano, gerando um acervo de difícil administração. Esse crescimento da litigiosidade decorre, em grande parte, do descumprimento de direitos, muitos dos quais fundamentais, fazendo com que tudo seja judicializado.

Como decorrência da litigiosidade em massa ou de alta intensidade, as vias jurisdicionais ficam abarrotadas de processos, fazendo com que outros direitos caracterizadores da litigiosidade individual ou *de varejo* demorem para serem apreciados. Litigiosidades de massa são aquelas:

Embasadas prioritariamente em direitos individuais homogêneos que dão margem à propositura de ações individuais repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa.¹³⁷

¹³⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Coelho; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigiosidade em massa e repercussão geral no Recurso Extraordinário. *Revista de Processo – REPRO*, São Paulo, ano 34, n.177, p. 9-46, nov. 2009, p. 20.

A Jurisdição como direito fundamental¹³⁸, cujo acesso deve ser franqueado a todas as pessoas, fica, em grande medida, monopolizada pelos grandes litigantes, fazendo com que os titulares de direito *de varejo*, muitas vezes, desanimem de propor ações, em razão do conhecimento da demora na solução das questões postas em juízo e, quando resolvem fazê-lo, convivem com a longa espera na prolação das decisões definitivas.

Percebe-se, de tudo o que foi dito, que o neoliberalismo, pouco a pouco, foi se infiltrando no modelo constitucional vigente, corrompendo-o de tal forma que muitas das normas democráticas, notadamente, aquelas que dispõem sobre direitos sociais e processuais, vêm sofrendo alterações e distorções. A ideologia e a força do mercado e do dinheiro vêm se sobrepondo a diversos valores tidos como fundamentais, fazendo com que a vida, a liberdade, a saúde, a moradia, as condições de trabalho dignos, dentre muitos outros, sejam facilmente substituídos pelo lucro. O capital não tem limites e fará de tudo para se sobrepor.

Não se quer dizer, com o que foi exposto, que a análise econômica não é imprescindível para o bom desenvolvimento nacional e para a própria implementação dos tão propalados direitos fundamentais. Sem dinheiro, não é possível fornecer os serviços de educação, saúde, segurança, liberdade, moradia, entre outros. Da mesma forma, o mercado interno tem que ser forte, até mesmo para um bom desenvolvimento nacional.

O que não pode é haver uma valorização extremada do lucro, que deverá ser buscado sem ofensa aos demais direitos componentes do ordenamento jurídico e que servem de base para o próprio Estado Democrático de Direito. Do mesmo modo, não se olvide que modificações nos órgãos judiciais e no sistema normativo devem ser implementadas, considerando que todo o sistema foi criado com base nos litígios individuais ou *de varejo*, envolvendo lesões ou ameaças a direito isoladas.

O desenvolvimento histórico que culminou em um mundo globalizado fez com que as relações sociais, econômicas e políticas sofressem grandes alterações e em velocidades nunca vistas, de modo que se faz imperiosa uma ampla pesquisa em nível multidisciplinar, buscando encontrar novas soluções. Aos litígios coletivos e aos de alta intensidade, ou em massa¹³⁹, não

¹³⁸“Em resumo, no Estado Democrático de Direito, a Jurisdição é direito fundamental das pessoas naturais e jurídicas, sejam estas de direito público ou de direito privado, porque positivado ou expresso no texto da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXV). Exatamente por isso, se é direito fundamental do povo, em contrapartida, é atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da própria Constituição, somente possível de ser exercida sob petição daquele que a invoca (direito de ação) e mediante a indispensável garantia fundamental do devido processo constitucional (art. 5º, incisos LIII, LIV e LV)” (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 94-95).

¹³⁹“Para se estabelecer um esclarecimento inicial é de se perceber que na atualidade a ciência processual precisa lidar, de modo a viabilizar uma aplicação legítima e eficiente (efetividade normativa), com três tipos de litigiosidade: (a) individual ou 'de varejo': sobre a qual o estudo da dogmática foram tradicionalmente

se pode dar o mesmo tratamento dispensado à litigiosidade individual, sob pena de não se conseguir obter o resultado esperado, pela inefetividade do procedimento, além de lotar o Judiciário com ações bastante parecidas, correndo-se o risco da ocorrência de decisões diferentes, considerando a possibilidade da multiplicidade de teses adotadas. Nesse sentido, é o posicionamento de Theodoro Júnior, Nunes e Bahia:

É extremamente difícil a criação de uma dogmática de tratamento comum dos três tipos de litígio sob pena de inviabilizar uma aplicação jurídica consentânea com o modelo constitucional de processo.

A título exemplificativo o tratamento das demandas repetitivas seguindo os moldes das demandas individuais gera inúmeros problemas, dos quais podemos citar pelo menos dois: (a) abarrotamento dos juízos de demandas idênticas ou similares, com possível contraste de decisões e eventual tratamento diferenciado das partes em presença da mesma lesão; (b) diversidade de defesa técnica entre os litigantes habituais e eventuais.¹⁴⁰

Um grande obstáculo encontrado no caminho da democratização é que a maioria da população não tem acesso e, muitas vezes, interesse a informações importantes, bem como na origem e na veracidade dessas informações, preferindo a comodidade das notícias que lhe chegam, o que ocorre, muitas vezes, de forma distorcida. Essa informação processada, manipulada e organizada cria e difunde ideologias, possibilitando uma quase inescapável rede de dominação.

É preciso que, em todo tipo de litígio, seja propiciada a participação, de modo que as partes possam realmente se tornar autoras/destinatárias dos provimentos jurisdicionais. Isso porque qualquer decisão proferida pelas funções do Estado somente será legítima e democrática se propiciar a ampla participação, mediante a inafastável obediência ao devido processo constitucional, conforme já exposto quando da análise do modelo constitucional de processo.

desenvolvidos, envolvendo alegações de lesões e ameaças a direito isoladas; (b) a litigiosidade coletiva: envolvendo direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, nos quais se utilizam v.g., procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários (órgão de execução do Ministério Público, Associações representativas etc.) mediante as *Class Actions*, *Defendant Class Actions*, *Verbandsklage* etc.; e (c) em massa ou de alta intensidade: embasadas prioritariamente em direitos individuais homogêneos que dão margem à propositura de ações individuais repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Coelho; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigiosidade em massa e repercussão geral no Recurso Extraordinário. *Revista de Processo – REPRO*, São Paulo, ano 34, n.177, p. 9-46, nov. 2009, p. 19-20).

¹⁴⁰THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Coelho; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigiosidade em massa e repercussão geral no Recurso Extraordinário. *Revista de Processo – REPRO*, São Paulo, ano 34, n.177, p. 9-46, nov. 2009, p. 19-20.

3 ORALIDADE

A oralidade é um assunto constante nos debates entre os processualistas. Não obstante a gama de questões referentes ao tema, a doutrina mantém-se fiel a certos aspectos, notadamente, no que se refere à caracterização da oralidade apenas como princípio, estando fortemente vinculada aos ensinamentos de Chiovenda, segundo o qual, “entre muitos problemas concernentes ao procedimento, este é o fundamental. O tipo e os característicos de um processo determinam-se sobretudo pelo prevalecer do elemento oral ou do elemento escrito”¹⁴¹.

Dentre os atos processuais, existem aqueles que podem ser praticados de forma escrita, e os que são exercidos oralmente, sendo oportuno fazer a diferenciação entre o procedimento escrito e o oral. Com efeito, na dicção do art. 188 do CPC de 2015, “os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”¹⁴².

A oralidade, no entanto, não pode ser considerada em seu sentido literal, de modo que os atos processuais somente terão validade se praticados com a utilização da palavra falada. Nesse sentido, Chiovenda afirma que “se interpreta mal a natureza do processo oral”¹⁴³. Para o referido autor, o processo oral deve ser analisado com a utilização da “prevalência da palavra como meio de expressão combinada com o uso de meios escritos de preparação e de documentação”, bem como com a aplicação dos princípios da imediação da relação entre o juiz e das pessoas cujas declarações deva apreciar, da identidade física do juiz, da concentração, e da irrecorribilidade das decisões interlocutórias em separado¹⁴⁴.

Segundo Chiovenda, “um processo moderno dir-se-á oral ou escrito conforme o espaço que atribua à oralidade ou à escrita, e sobretudo pelo modo como nele se pratique a oralidade”¹⁴⁵. No procedimento oral, a palavra verbalizada é utilizada de forma predominante, mas não exclusiva. A escritura, no procedimento oral, tem dupla finalidade, qual seja, “preparar o desenvolvimento da causa e documentar seu desenvolvimento”¹⁴⁶. Para Oliveira Júnior, “o que

¹⁴¹CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 56.

¹⁴²BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015.

¹⁴³CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 61.

¹⁴⁴CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 61-67.

¹⁴⁵CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 62.

¹⁴⁶OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. *O princípio da oralidade no processo civil*. Porto Alegre: Núria Fabris,

importa na caracterização deste princípio não é a maior ou menor utilização da palavra falada ou da escrita no processo, mas sim, como se dá sua utilização no estabelecimento e desenvolvimento das principais fases processuais¹⁴⁷.

Para a caracterização de um procedimento como escrito ou oral, não importa apenas que seja utilizada a palavra falada. Nesse sentido, Morato também entende que “o facto de admitir-se a audiência e discussão oral das partes não implica que o procedimento seja oral, bem como o de se permittirem escripturas não inculca que seja necessariamente escripto”¹⁴⁸.

Procedimento oral não significa que todos os atos devam ser praticados de forma verbalizada, mas que, em momentos específicos, a palavra falada seja utilizada. No procedimento oral, deve prevalecer a palavra verbalizada, mas nunca acarretar na exclusão da escritura, sob pena de se atribuir “um valor excessivo à oralidade”, transformando “sua realização plena em um fim em si mesmo”¹⁴⁹.

A escritura tem a atribuição específica de estabelecer o limite da controvérsia, com o encaminhamento das razões para o interior do procedimento, preparando o debate, já que a oralidade límpida não é possível de ser alcançada. Cappelletti entende pela inexistência “na fase atual da civilização humana, de um sistema processual no qual a forma oral domina em sua pureza absoluta”¹⁵⁰ (tradução nossa). Para Cappelletti, é necessária a combinação de elementos escritos e orais, de modo que a questão da aplicação da oralidade e da escritura é um problema de domínio ou de coordenação, e não de exclusão¹⁵¹. Novamente de acordo com Morato, “um procedimento se diz oral ou escripto segundo o modo por que nelle actua a palavra fallada ou a palavra escripta”¹⁵². E continua:

A oralidade caracteriza-se pelas circunstancias de serem as discussões travadas e as conclusões deduzidas de viva voz em audiência do juiz singular ou colectivo; da promptidão com que pronuncia a sentença o mesmo juiz que assistiu á instrucção e debates do feito; da concentração de toda a actividade processual, attinente á instrucção e tratamento da causa, em uma só audiência ou em audiencias immediatas.

[...]

A escriptura é sempre necessária e desempenha duplo officio no procedimento oral.

2011, p. 171.

¹⁴⁷OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. *O princípio da oralidade no processo civil*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011, p. 171-172.

¹⁴⁸MORATO, Francisco. A oralidade. *Revista Forense*, Maio, 1938, p. 142.

¹⁴⁹IURA, Alexandre Miura. *Oralidade e escrita no processo civil*. 2012. 142 f. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 55.

¹⁵⁰La exclusion, en la fase actual de la civilización humana, de un sistema procesal em el cual la forma oral domine em su absoluta pureza (CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 9).

¹⁵¹CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 10.

¹⁵²MORATO, Francisco. A oralidade. *Revista Forense*, Maio, 1938, p. 142.

O primeiro é o de preparar o desenvolvimento da causa, registrando o conteúdo da demanda, os artigos contradictorios das partes, os meios probatórios, as provas pre-constituídas e as deduções antagonicas dos litigantes, synthetizando em summa o que a technica processual se denomina **phase postulatória**.

No procedimento escripto, a escriptura é a **fôrma** das deduções, enquanto que, no oral, não é senão o **registro** das declarações ou deduções que se vão fazer na audiência.

O segundo officio é o de documentar em geral todos os passos e elementos de importância para a causa, em particular tudo quanto se passa na audiência.¹⁵³

De acordo com Guedes:

Rivalizam os opositores sobre os valores e desvalores da oralidade e da escritura, despontando como vantagem do *sistema da escritura* a fixação das manifestações das partes e com desvantagem a lentidão e as restrições à publicidade. Como vantagem do *sistema da oralidade*, destacam-se a fácil condução do processo, a rejeição às armadilhas das partes e a celeridade, tendo em contrapartida os defeitos de prestar-se à especulosidade e de superestimar a memória do magistrado.¹⁵⁴

A oposição e a conjugação da oralidade/escritura devem ser analisadas no aspecto do proveito sistêmico e com a conjugação de fatores econômicos, sociais e políticos, adequando-os às realidades contemporâneas, aos anseios da comunidade jurídica e da população em geral, bem como à análise de qual dos dois funciona melhor na prática. Além disso, ambos possuem vantagens e desvantagens, dependendo dos objetivos a serem alcançados, em conjugação com o paradigma jurídico vigente.

Outrossim, não pode ser esquecido que as inovações consubstanciadas pelos processos eletrônicos em nada afetam a prevalência da oralidade ou da escritura, na medida em que, no atual estágio em que se encontra, tais tecnologias apenas transferem os autos físicos para os arquivos dos sistemas mantidos pelos tribunais. Não se olvide que a presença física dos operadores do Direito nos fóruns certamente diminuirá, com a possibilidade de se praticarem inúmeros atos no próprio escritório, tais como propor e contestar os pedidos, recorrer, peticionar, entre outros. Todavia, sempre que for preciso, e nos momentos em que a oralidade é utilizada, tais profissionais podem comparecer às audiências, sessões de julgamento e gabinetes, ou mediante videoconferência, e se manifestarem.

O tema oralidade já era objeto de preocupação do Ministro de Estado da Justiça e professor Alfredo Buzaid quando da redação da Exposição de Motivos do CPC de 1973:

Os princípios informativos do Código, embora louváveis do ponto de vista dogmático, não lograram plena efetivação. A extensão territorial do país, as promoções dos

¹⁵³MORATO, Francisco. A oralidade. *Revista Forense*, Maio, 1938, p. 142-144.

¹⁵⁴GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29-30.

magistrados de entrância para entrância, o surto do progresso que deu lugar à formação de um grande parque industrial e o aumento da densidade demográfica vieram a criar considerável embaraço à aplicação dos princípios da oralidade e da identidade da pessoa física do juiz, consagrados em termos rígidos no sistema do Código. Os inconvenientes resultavam não do sistema, mas de sua adaptação às nossas condições geográficas, a cujo respeito falharam as previsões do legislador. Não se duvidava, pois, da excelência do princípio da oralidade, mas se apontavam os males de uma aplicação irrestrita e incondicional à realidade brasileira.¹⁵⁵

Como ressaltado por Buzaid, a oralidade prima pela excelência, na medida em que não somente permite, mas também exige a concentração dos atos processuais, fazendo com que o máximo de atos sejam praticados, senão simultaneamente e em um mesmo momento, em um breve período de tempo. De acordo com Chiovenda, “a discussão oral, entendida, não como declaração acadêmica, senão como a concisa oposição de razões, pode conduzir a uma definição por certo mais pronta e provavelmente melhor do que a amadurecida na mente do juiz com a orientação, apenas, dos escritos”¹⁵⁶.

Ademais, a prática oral dos atos processuais permite uma maior interação e discussão dos sujeitos processuais sobre os pontos controvertidos, fazendo com que seja construída uma decisão participada. Essa preparação metódica do debate também protegeria as partes de surpresas sobre o estágio da cognição e sobre o que deveria ser provado por elas, possibilitando-lhes o devido aparelhamento para todos os atos e termos do procedimento. Segundo Nunes:

Impedir-se-ia a prática recorrente, de as partes, até a audiência de instrução, não possuírem a menor ideia do que o juiz reputa relevante para a formação da decisão, e de juntarem tudo aquilo que imaginam que poderia ser levado em consideração (BAUR, 1966, p.18), mas num campo de total incerteza.¹⁵⁷

A observância da oralidade é muito importante para a economia processual e seria salutar ao debate processual, pois a audiência, como um espaço para o debate entre os sujeitos processuais, possibilita que todos contribuam para a organização do processo, evitando-se atos inúteis e discussões desnecessárias. Essa é inclusive a diretriz adotada pelo art. 357, §3º, do CPC de 2015.

Segundo Guedes, “o conceito de *oralidade (procedimento oral)* migrou de uma visão pragmática e purista para outra intermediária, identificada com o *princípio da oralidade*, enquanto fonte de *subprincípios*, para, a final, identificar-se hoje com o *procedimento por*

¹⁵⁵BRASIL. Senado Federal. Exposição de motivos. In: BRASIL. Senado Federal. *Código de Processo Civil de 1973: histórico da lei*. V. I, t. I. Brasília: Senado Federal, 1974. Cap. II, p. 12.

¹⁵⁶CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 63.

¹⁵⁷NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 119.

audiências”¹⁵⁸.

A oralidade como meio exclusivo de comunicação processual desapareceu quase por completo no processo ocidental, mantendo-se a verbalização, a oralidade primária ou oralidade pura apenas para algumas fases de determinados procedimentos¹⁵⁹. Assim, são importantes as observações de Guedes, no sentido de que, “de modo geral, nas legislações brasileira e estrangeiras, e assim também na doutrina, as expressões *oralidade*, *processo oral*, *procedimento oral* e mesmo a expressão *procedimento por audiências* podem ter conotações diversas, ambíguas, às vezes confusas”¹⁶⁰. De acordo com referido autor:

Essas expressões denotam, por vezes, a forma de realização de um ou de vários atos do processo, quando verbal; noutras, um mítico e genérico meio de realização de atos processuais, exclusivamente oral, ou ainda mecanismos capazes de permitir o predomínio da *oralidade* e suas vantagens, ou mesmo aquele sentido comum na doutrina, muito mais amplo e relacionado ao *princípio da oralidade*, desta vez como fonte de outros princípios e subprincípios.¹⁶¹

Não obstante o sentido utilizado, não é possível aplicar a oralidade, senão por meio da audiência e da sessão de julgamento, ocasião em que serão produzidos os atos procedimentais, com oportunidade para as partes e seus procuradores manifestarem-se verbalmente, de forma imediata, aos magistrados. A exceção seria apenas nas hipóteses das partes, por meio de seus procuradores, dirigirem-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho para exporem suas razões de forma oral, conforme previsto no art. 7º, VIII, da Lei n.º 8.906, de 04 de julho de 1994¹⁶².

Também não se pode esquecer que as expressões *oralidade*, *procedimento oral* e *princípio da oralidade*, muitas vezes, são utilizadas de forma imprecisa. Oralidade “aparece em sentido estrito, como realização verbal de atos, ou em sentido amplo, como sinônimo de *princípio da oralidade*”¹⁶³. Já a expressão procedimento oral é utilizada para denominar os

¹⁵⁸GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 91.

¹⁵⁹GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 131.

¹⁶⁰GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 170-171.

¹⁶¹GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 170-171.

¹⁶²“Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

VIII – dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada;” (BRASIL. Lei 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 Jul. 1994).

¹⁶³GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil

procedimentos “informados tanto pela *oralidade em sentido estrito* como pela *oralidade em sentido amplo*”¹⁶⁴.

Uma das mais importantes finalidades identificadas pelo processo civil moderno, do *procedimento com predomínio oral*, realizado necessariamente em audiência, é a de preparar o processo escrito, desobstruindo-o dos inconvenientes que entravam seu desenvolvimento nas fases posteriores.

Nota-se – observado o período da autonomia do direito processual – uma tendência clara de evolução do conceito de *oralidade* e de *procedimento oral*. Essa evolução pode ser assim descrita: a) uma *primeira* fase de *oralidade estrita*, na qual se considera oral o processo ou o procedimento que se efetuam nesse modo de realização dos atos processuais ou os privilegiam, sem ainda, distinguir entre modalidades procedimentais nas quais se deveria aplicar a *oralidade*; b) a *segunda* fase, intermediária, de *oralidade seletiva*, predominantemente dirigida a determinadas espécies procedimentais, preservando-se para certos procedimentos a forma escrita, já como fruto da proliferação de procedimentos especiais; c) uma *terceira* fase, que na atualidade se distribui em diversas legislações, em que a oralidade se identifica com o *procedimento por audiências*, em que a audiência preliminar ou prévia se destina à tentativa de conciliação, ao saneamento, à fixação de pontos controvertidos que serão objeto de prova e definição dos meios de prova.¹⁶⁵

Ocorre que, mesmo sendo extremamente proveitosa a utilização da oralidade, não ocorrerá a exclusão da preparação escrita do debate, manifesto na petição inicial e na defesa, nem nos atos de documentação do ocorrido nas audiências. Para Cappelletti, a escritura é fundamental para a preparação daquilo que se debaterá oralmente:

Trata-se de utilizar a comunicação oral entre os sujeitos do processo, mas sem desconsiderar os elementos escritos que podem dar uma maior fixidez, e até mesmo solidez em alguns casos, ao desenvolvimento processual. Escrever é indispensável precisamente para estabelecer o que deve ser tratado oralmente. E o que deve ser tratado oralmente não requer oratória; sem este significado depreciativo – pelo contrário – desta alta manifestação artística.¹⁶⁶ (tradução nossa).

Aqui, calha, a observação de que usualmente se restringe a análise da oralidade ao procedimento comum, notadamente, no primeiro grau de Jurisdição. Raramente, analisa-se o

Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 170-171.

¹⁶⁴GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 170-171.

¹⁶⁵GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 173.

¹⁶⁶Se trata de utilizar la comunicación oral entre los sujetos del proceso, pero sin prescindir de los elementos escritos que puedan dar una mayor fijeza, y hasta solidez em algunos casos, al desarrollo procesal. La escritura es indispensable precisamente para establecer aquello que se debe tratar oralmente. Y lo que se debe tratar oralmente no exige la oratoria; sin que ello signifique menosprecio – todo lo contrario – de essa alta manifestación artística. (CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. VII).

procedimento executivo, já que a escritura é predominante e a oralidade quase inexistente. Igualmente, em alguns procedimentos especiais, ignora-se a oralidade, contentando-se com a troca de escritos e provas documentais¹⁶⁷. De outra feita, admite-se o predomínio da oralidade em procedimentos que conduzem matérias de menor complexidade, que têm como particularidades a informalidade, a celeridade e a economia processual¹⁶⁸.

Por outro lado, os problemas e as diversas soluções sugeridas quanto à morosidade do exercício da Jurisdição e quanto ao respeito dos direitos e garantias fundamentais variam nos diversos paradigmas, países e épocas. Nesse raciocínio, Cappelletti afirma que é necessário compreender as exigências práticas e teóricas pelas quais, no curso dos dois últimos séculos, nasceu e foi sendo imposta em tantas partes do mundo a ideia símbolo da oralidade no processo, finalizando por questionar “se existe, e qual é, o significado ou o valor atual da ideia de oralidade”¹⁶⁹ (tradução nossa).

Respondendo à pergunta, Cappelletti sustenta que:

Como pode ser visto, o que podemos considerar, então, como o valor atual da oralidade é, principalmente, em torno da ideia de uma discussão oral, e de uma avaliação crítica, dos fatos da causa, discussão e avaliação que eles encontram seu ambiente natural em um processo estruturado em torno de uma audiência pública e oral (“*trial*”), e tão concentrada quanto possível, na qual os testes são praticados antes de todo o corpo decisório. Sob este aspecto, o processo oral assume, portanto, um duplo sentido: *processo mais rápido, concentrado e eficiente, e processo mais fiel a uma metodologia concreta e empírico-indutiva na busca dos fatos e na avaliação da evidência*.¹⁷⁰ (tradução nossa).

Percebe-se, assim, que, para Cappelletti, a ideia sobre oralidade deve girar em torno da discussão oral da causa em audiência, *locus* no qual deverá ocorrer uma valoração crítica dos

¹⁶⁷CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 8.

¹⁶⁸CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 8.

¹⁶⁹La comprensión de las exigencias prácticas y teóricas por las cuales, em el curso de los dos últimos siglos, ha nacido y se ha ido imponiendo em tantas partes del mundo la idea-símbolo de la oralidad em el proceso, puede ayudarnos actualmente a responder a una última cuestión que nos habíamos planteado [...]: si existe, y cuál es, un significado o un valor actual de la idea de oralidad (CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 75).

¹⁷⁰Como se ve, lo que podemos considerar, pues, como el valor actual de la oralidad se mueve, principalmente, em torno a la idea de una discusión oral, y de una valoración crítica, de los *hechos* de la causa, discusión y valoración que encuentran su ambiente natural em un proceso estructurado em tonrno a una audiencia (“*trial*”) pública y oral, y lo más concentrada posible, em la que las pruebas sean practicadas ante el órgano decisor entero. Bajo este aspecto, proceso oral asume, por tanto, un doble significado: de *proceso más rápido, concentrado y eficiente, y de proceso más fiel a una metodología concreta y empírico-indutiva em la búsqueda de los hechos y en la valoración de las pruebas* (CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 77-78).

direitos debatidos. Além disso, deve-se primar pela concentração e pela produção das provas perante o órgão decisor, fazendo com que o procedimento se torne mais célere, concentrado e eficiente.

Sob outro aspecto, a oralidade é demasiadamente valorizada no paradigma da socialização do Direito em geral e do processo em especial, já que o juiz deveria manter um contato pessoal e direto com as partes, decorrente, nesse particular, da necessidade do juiz assumir uma postura ativa e assistencial das partes, discutindo com estas a melhor maneira de se obter uma defesa real de seus direitos, saindo vencedor aquele que realmente tiver razão, e não quem tiver maior poder econômico ou um melhor advogado¹⁷¹.

Ainda é importante ser frisado que o desenvolvimento do sistema jurídico-processual tem relação direta com a evolução no âmbito probatório e com a liberação dos formalismos exacerbados. As provas tarifadas conduziam a assertivas absolutas e formais, impedindo sobremaneira a ampla defesa e a real proteção dos direitos fundamentais. Nesse particular, o procedimento oral contribuiu para o afastamento do sistema das provas legais, na medida em que pretendia confiar na observação direta e crítica das partes, das testemunhas e das provas pelo juiz¹⁷².

Isso não quer dizer que a importância das provas escritas e pré-constituídas tenha sido diminuída pela utilização do procedimento oral. O que ocorreu, na verdade, foi uma reavaliação da prova oral, o que não implica na desvalorização da prova escrita¹⁷³.

Como frisado, a utilização dos sistemas de informação para implementação do processo judicial eletrônico ainda é muito recente e não trouxe grandes inovações aptas a modificarem o perfil da prevalência da oralidade ou da escritura no campo probatório, tratando-se de simples transferência dos autos físicos para os arquivos dos sistemas mantidos pelos tribunais.

Ocorre que a oralidade, assim com a escritura, não pode ser considerada de forma absoluta, no sentido de que somente o que for praticado de forma oral será válido e aceito no curso do procedimento, já que o fracasso dos excessos é inevitável. Da mesma forma que a rigidez da forma escrita, em observância ao brocardo “quod non est in actis non est de hoc mundo” (“o que não está nos autos não está no mundo”), não pode ser aceita, o oposto também não deve ser admitido. Nesse sentido, Cappelletti afirma que:

¹⁷¹CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 78-81.

¹⁷²CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 82-83.

¹⁷³CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 89.

As sérias desvantagens de um processo que estava rigidamente de acordo com o princípio da escrita, no qual a máxima "quod non est in actis nos es hoc mundo" tinha valor, ou o máximo da *inexistência legal* de qualquer ato processual que não tinha assumido a forma escrita – escritos, documentos, protocolos – ; e afirmou-se, portanto, da maneira mais radical, a necessidade de abolir esse princípio para *substituí-lo pelo princípio absolutamente oposto*, em virtude do qual o juiz poderia e deveria ter posto como base de sua sentença, *apenas aqueles atos que haviam sido desenvolvidos na audiência oral de sustentação*. Mas atualmente está claro que, com isso, um formalismo estava vindo para substituir o outro, mesmo que fossem opostos¹⁷⁴ (tradução nossa).

Sotelo, ao tecer comentários sobre o CPC Espanhol de 2000, adverte que diversos fatores contribuem para o predomínio da escritura, dentre os quais, a “tradição jurídica; a superioridade da escrita para oferecer garantias de autenticidade de acordo com a advertência *verba volant e scripta manent*, e suas indubitáveis vantagens para a revisão das decisões judiciais em outro grau de jurisdição”¹⁷⁵. Ressalta os benefícios da oralidade da seguinte forma:

Com base na Lei de Processo Civil de 7 de janeiro de 2000 (vigência a partir de 8 de janeiro de 2001), o processo civil espanhol de primeiro grau passou por uma indubitável transformação, que deve ser considerada um salto qualitativo, devido à introdução de oralidade. Podemos afirmar que o desiderato de "um processo com rosto humano", lema de um Congresso Internacional lembrado, se tornou realidade na prática do processo civil espanhol¹⁷⁶ (tradução nossa).

Portanto, a oralidade ou a escritura não devem ser afastadas ou aplicadas incondicionalmente, sendo importante analisar a realidade contemporânea, de modo a precisar quando cada uma delas possa efetivamente contribuir para a melhora daquele procedimento.

¹⁷⁴Se veían los gravísimos inconvenientes de un proceso rígidamente conforme al principio de la escritura, em el cual tenía valor la máxima ‘quod non est in actis nos est de hoc mundo’, o se la máxima de la *inexistência jurídica* de todo acto procesal que no hubiese asumido la forma escrita – escrituras, documentos, protocolos –; y se afirmaba, por tanto, de la manera más radical, la necesidad abolir aquel principio para substituirlo *con el principio absolutamente opuesto*, em virtud del cual el juez habría podido y debido poner como base de su sentencia, *solamente aquellos actos que se hubieran desarrollado em la audiencia oral de sustación*. Pero está actualmente claro que, com esto, a un formalismo se venía a substituir outro, aunque fuese oposto (CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 85-86).

¹⁷⁵La tradición jurídica; la superioridad de la escritura para ofrecer garantías de autenticidad de acuerdo com la advertencia *verba volant y scripta manent*, y sus indudables ventajas para la revisión de las resoluciones judiciales en un grado superior, sin olvidar otros factores (SOTELO, José Luis Vásquez. *La oralidad y en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba*. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 257).

¹⁷⁶A partir de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 (em vigor desde el 8 de enero de 2001), el proceso civil español de primer grado ha experimentado una indudable transformación, que debe considerarse un salto cualitativo, debido a la introducción de la oralidad. Podemos afirmar que se ha hecho realidad en la práctica del proceso civil español aquél *desideratum* de “un proceso con rostro humano”, que fue lema de un recordado Congreso Internacional (SOTELO, José Luis Vásquez. *La oralidad y en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba*. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 257).

Nesse sentido, é a opinião de Fenoll, segundo o qual:

A oralidade não é rejeitável como princípio do procedimento. É apenas necessário não insistir no fascínio ingênuo por velhas ideias (de cem anos de idade), fingindo que são recentes. Devemos observar a realidade dos processos e precisar em quais momentos a oralidade pode realmente trazer eficiência aos procedimentos.¹⁷⁷

Também deve-se levar em conta que inexistem disposições legais expressas, com exceção das leis que tratam dos Juizados Especiais, que regulamentam quando deve ser aplicada a oralidade.

No presente capítulo, além das considerações até agora realizadas, será feita uma abordagem histórica, buscando identificar os períodos em que a oralidade se fez presente de forma mais intensa e o modo pelo qual era empregada. Em seguida, será analisada a oralidade como forma de realização de atos do procedimento, a oralidade como princípio e a oralidade como procedimentos por audiência. Para finalizar o capítulo, será feita uma abordagem de como a oralidade pode contribuir para a efetividade do processo e para a eficiência da Jurisdição.

3.1 Desenvolvimento da oralidade

No presente tópico, pretende-se, de modo sucinto, trazer alguns apontamentos sobre a história da utilização da oralidade. Com efeito, é necessário saber os acertos e desacertos existentes quando da utilização dos procedimentos orais. No entanto, não se fará uma exposição aprofundada, uma vez que não se trata do objetivo principal do presente estudo.

A modificação dos procedimentos, no curso da história, iniciou-se com a utilização de procedimentos puramente orais para orais/escritos e, posteriormente, para orais/escritos/documentais. As ordenações jurídicas pré-romanas, em sua totalidade, eram compostas de procedimentos estritamente orais, e, somente após a popularização do papel, é que o procedimento começou a se tornar escrito¹⁷⁸.

Com efeito, no Direito Romano, em seu nascimento, as formas orais de se praticarem atos do procedimento eram as únicas possíveis, modificando-se para sistemas mistos e que contemplavam também fases escritas. O processo civil passou por três períodos, quais sejam,

¹⁷⁷Therefore, orality is not rejectable as a principle of the procedure. It is just necessary not to insist on the ingenuous fascination for old ideas (hundred years old) pretending that they were recent. We must observe the reality of processes and precise in which moments orality can really bring efficiency to the procedures (FENOLL, Jordi Nieva. The disadvantages of orality. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura em un proceso civil eficiente*. V. II. Valência: Universitat de València, 2008, p. 473).

¹⁷⁸GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 18.

*Legis actiones; Per formulas; e Cognitionis extraordinária*¹⁷⁹.

Nas *Legis actiones* ou Ações da Lei, as partes tinham que seguir rigorosamente os rituais consistentes em palavras e gestos previstos nas leis. “A essência residia na recitação solene das fórmulas verbais correspondentes a cada direito”¹⁸⁰. O excesso de formalismo foi uma das razões para a sua substituição pelo processo formulário¹⁸¹.

O segundo período do processo romano foi o *Per formula*. Trata-se de um procedimento que se realiza em duas etapas, “sendo a primeira (*in ius*) realizada oralmente perante o *magistratus*”¹⁸². Em seguida, era feito o chamamento do réu para confessar, ser processado ou discutir sobre a fórmula. Após o término dessa fase, redigia-se a fórmula, cuja finalidade “era relatar e regravar o litígio, que seria instruído e, posteriormente, decidido perante o *iudex* ou *arbiter* privado (*in iudicio*)”¹⁸³. A fórmula seria o modelo existente para, com as adaptações necessárias ao caso concreto, possibilitar a redação de um documento que fixava o objeto da ação¹⁸⁴. Na fase *in iudicio*, as partes tentavam demonstrar a existência de seus direitos, e o *iudex* sentenciava em audiência¹⁸⁵.

Já a *Cognitionis extraordinária*, era destinada a trazer as pretensões do Imperador ou de cidadãos em face do Estado. Nessa fase, aumentou-se a utilização da escritura, já que o pedido, a resposta e a decisão eram escritos¹⁸⁶. “Mas a oralidade e a imediatidade mantiveram-se, em regra, como tônica do processo, ao lado das atas redigidas, meio de amparo à sentença que, embora escrita, era publicada oralmente”¹⁸⁷.

Após a queda do Império Romano, a Igreja atuou “como a única instituição permanente e sólida, com regras de direito próprias, denominadas em seu conjunto de *direito canônico*”, cuja dominação se fez pela jurisdição eclesiástica e pela jurisdição temporal ou secular, todas regidas pelas normas provenientes da Igreja¹⁸⁸. Nesse período, as ordálias foram substituídas

¹⁷⁹GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 19.

¹⁸⁰GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 19.

¹⁸¹MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Direito Processual Romano*. [s.d.].

¹⁸²GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 20.

¹⁸³GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 20.

¹⁸⁴MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Direito Processual Romano*. [s.d.].

¹⁸⁵GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 20.

¹⁸⁶GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 21.

¹⁸⁷GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 19.

¹⁸⁸GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 23.

pelas provas tarifadas ou legais, além da redução por escrito dos atos do procedimento¹⁸⁹.

Percebe-se daí a mudança dos procedimentos, passando de puramente orais para orais/escritos e, posteriormente, para orais/escritos/documentais. No primeiro, a forma oral era a única de se realizar atos no curso do procedimento, desaparecendo completamente, salvo no caso do *Tribunal das Águas de Valência*¹⁹⁰.

Atualmente, não existem mais procedimentos exclusivamente orais, sendo que a verbalização dos atos, ou oralidade pura, ficou restrita à prática de alguns atos do procedimento ou a procedimentos especiais.

3.2 Desenvolvimento da oralidade no Brasil

O processo civil brasileiro do período colonial e monárquico desenvolveu-se baseado nas Ordenações do Reino, aplicando-se, em seguida, parte do Decreto n.º 737, de 25 de novembro de 1850, sendo sucedido pelos Códigos estaduais de processo, pelo CPC de 1939, pelo CPC de 1973 e, finalmente, pelo CPC de 2015¹⁹¹.

No período do Brasil Colônia, vigorava o mesmo sistema jurídico que o existente em Portugal. Faziam parte desse sistema, as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603).

O processo português, mesmo possuindo fundamentos no direito comum continental, “com tradição de audiências públicas, forte influxo da oralidade e com a valorização dos costumes”¹⁹², sofreu influência das Ordenações, com a implementação de um direito baseado na escritura e formalístico. Essas alterações, em razão da colonização, foram também adotadas no Brasil¹⁹³. Segundo Guedes, “nesse largo período, salvo em raras ocasiões, não se cogitou da generalização da oralidade ou da implementação de procedimentos simplificados”¹⁹⁴.

As Ordenações Filipinas foram promulgadas em 1603 por Filipe I, rei de Portugal, e

¹⁸⁹GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 23-24.

¹⁹⁰GUILLÉN, Víctor Fairén. El proceso oral y eficaz ante el milenar Tribunal de las Aguas de Valencia. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. I. Valência: Universitat de València, 2008, p. 23-37.

¹⁹¹GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

¹⁹²GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

¹⁹³GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

¹⁹⁴GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

vigoraram até 1830, sendo formadas por cinco livros, dos quais o terceiro é dedicado inteiramente ao Direito Processual. “As *Ordenações Filipinas*, de mais extensa aplicação no território brasileiro, possuíam um procedimento majoritariamente escrito, solene e burocrático, herdado, em boa parte, da filiação e das influências do processo civil romano-canônico, disseminado por toda a Europa continental”¹⁹⁵. No entanto, foram previstos alguns atos orais, quais sejam: o pedido inicial apresentado oralmente ao tabelião ou ao escrivão, a imediatidade, a apresentação de autor e réu perante o juiz para apresentação de provas e indicação de testemunhas e o juramento¹⁹⁶.

Ainda sobre as Ordenações, Marques afirmou que “as Ordenações Afonsinas e as Ordenações Manuelinas também tiveram sua vigência entre nós; no entanto, os reflexos diretos de ambas em nossa legislação e história do processo civil são quase nulos, pois que estes só se fizeram sentir, realmente, através do Código filipino”¹⁹⁷.

Após a independência, foram editadas algumas leis que deveriam ser aplicadas em conjunto com as Ordenações Filipinas e as Leis Imperiais, podendo ser citadas a Lei n.º 1.337, de 26 de setembro de 1864; Lei n.º 2.033, de 1871; Decreto n.º 4.824, de 1871; Decreto n.º 5.667, de 1873; Decreto n.º 5.618, de 1874; Decreto n.º 6.064, de 1875; Lei n.º 3.272, de 1885; Decreto n.º 9.549, de 23 de janeiro de 1886. Em razão dessa gama de leis tratando da matéria, exigiu-se sua reunião, o que foi feita pela Consolidação Ribas¹⁹⁸.

Com a proclamação da República, foi adotado o Decreto n.º 737, que estabelecia normas processuais relacionadas ao Direito Comercial, e, por força do Decreto n.º 763, de 19 de setembro de 1890, teve aplicação às causas cíveis¹⁹⁹. Nesse texto normativo, a verbalização de diversos atos do procedimento era utilizada. Com efeito, na audiência designada, o autor ou seu advogado deveriam ler a petição inicial e exibir os documentos que tivessem, expondo oralmente sua intenção. Em seguida, o réu ou seu advogado teriam o direito de apresentar defesa

¹⁹⁵GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.

¹⁹⁶Títulos XXX, VII, LV e LII (PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Rio de Janeiro : Typ. do Instituto Philomathico, 1870).

¹⁹⁷MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 46.

¹⁹⁸GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 38-39.

¹⁹⁹O Decreto n.º 763, de 19 de setembro de 1890, assim dispõe:

“Art. 1º São applicaveis ao processo, julgamento e execução das causas civeis em geral as disposições do regulamento n. 737 de 25 de novembro de 1850, excepto as que se conteem no titulo 1º, no capitulo 1º do titulo 2º, nos capitulos 4º e 5º do titulo 4º, nos capitulos 2º, 3º e 4º e secções 1ª e 2ª do capitulo 5º do titulo 7º, e no titulo 8º da primeira parte.

Paragrapho unico. Continuam em vigor as disposições legaes que regulam os processos especiaes, não comprehendidos no referido regulamento.” (BRASIL. Decreto n. 763, de 19 de setembro de 1890. Manda observar no processo das causas civeis em geral o regulamento n. 737 de 25 de novembro de 1850, com algumas excepções e outras providencias. *Coleção de Leis do Brasil* - 1890, v. fasc. IX, p. 2401).

oral ou por escrito, apresentando os documentos e o rol de testemunhas. Logo em seguida, seriam ouvidas as testemunhas e feitos os debates orais ou por escrito. A sentença também deveria ser proferida oralmente em audiência²⁰⁰.

Sobre o Decreto n.º 737, Guedes afirma que:

Como o Regulamento 737/1850 fora destinado às causas comerciais, em que pese a sua apurada e elogiada técnica, não atendia com plenitude às situações processuais civis concretas, notadamente nos procedimentos especiais, requerendo a edição de novas leis, que iam sendo criadas, formando um vasto conjunto de regras, ao mesmo tempo que, supletivamente, seguiam vigendo as velhas *Ordenações*.²⁰¹

Posteriormente, com a promulgação da Constituição de 1891 e dada a autonomia federativa, os Estados-membros, por força do art. 34, n. 23, posteriormente alterado para n. 22, pela EC de 3 de setembro de 1926, passaram a ter competência para legislar sobre processo²⁰². À União, competia legislar sobre processo apenas quanto às matérias de competência da Justiça Federal. Nesse período, foram editados inúmeros Códigos de Processo, podendo ser citados o Rio Grande do Sul (Lei n.º 65, de 15 de janeiro de 1908), Maranhão (Lei n.º 507, de 15 de janeiro de 1909), Espírito Santo (Decreto n.º 1.882, de 17 de setembro de 1914), Bahia (Lei n.º 1.121, de 21 de agosto de 1915), Rio de Janeiro (Lei n.º 1.580, de 20 de janeiro de 1919), Paraná (Lei n.º 1.915, de 23 de fevereiro de 1920), Piauí (Lei n.º 964, de 16 de julho de 1920),

²⁰⁰O Decreto n.º 737, de 25 de novembro de 1850, assim dispõe:

“Art. 238. Na audiência, para a qual fôr o réo citado, presente elle, ou apregoado e á sua revelia, o autor ou seu Advogado lerá a petição inicial (art. 237), a fê da citação, e exhibindo o escripto do contrato nos casos em que o Código o exige, e os documentos que tiver, exporá de viva voz a sua intenção e depositará o rol de testemunhas. Art. 239. Em seguida o réo ou seu Advogado fará a defesa oral, ou por escripto, exhibindo os documentos que tiver e o rol de testemunhas.

Art. 240. Depois da defesa terá logar a inquirição das testemunhas, a qual si não fôr concluída na mesma audiência, será continuada nas seguintes, podendo o Juiz marcar audiências extraordinárias para esse fim. Ver tópico

Art. 241. Findas as inquirições, arrazoando ou requerendo as partes o que lhes convier, ou verballmente ou por escripto, o Juiz fará reduzir a termo circunstanciadamente as allegações e requerimentos oraes, e depoimentos das testemunhas, e autoado esse termo com a petição inicial, documentos, conciliação e allegações escriptas, será concluso ao Juiz.

Art. 242. Conclusos os autos o Juiz procederá ex officio ou a requerimento das partes, ás diligencias necessarias para julgar afinal, ou ao arbitramento nos casos em que o Código o de termina.

A sentença do Juiz será proferida na audiência seguinte á conclusão do processo (art. 241), ou das diligencias que tiver decretado (art. 242)”. (BRASIL. Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juizo no proces-so Commercial. *Coleção de Leis do Império do Brasil - 1850*, v. 1, pt. II, p. 271).

²⁰¹GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 40.

²⁰²O art. 34, n. 23, da CRFB de 1891 assim dispõe:

“Art. 34 – Compete privativamente ao Congresso Nacional:

[...]

23º) legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal;” (BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 24 Fev. 1891).

Sergipe (Lei n.º 793, de 5 de outubro de 1920), Ceará (Lei n.º 1.952, de 30 de dezembro de 1921), Minas Gerais (Lei n.º 830, de 7 de setembro de 1922), Rio Grande do Norte (Lei n.º 551, de 11 de dezembro de 1922), Pernambuco (Lei n.º 1.627, de 9 de junho de 1924), Distrito Federal (Decreto n.º 16.752, de 31 de dezembro de 1924), Santa Catarina (Lei n.º 1.640, de 3 de novembro de 1928), São Paulo (Lei n.º 2.421, de 14 de janeiro de 1930), Espírito Santo (Lei n.º 1.743, de 23 de abril de 1930) e Paraíba (Decreto n.º 28, de 2 de dezembro de 1930)²⁰³.

Ao se referir aos Códigos de Processo dos Estados-membros, Guedes afirma que “esses corpos legislativos não sofreram influência determinante da 'revalorização' da oralidade e também do processualismo científico que se fez sentir notadamente na Europa Central desde meados do século XIX”²⁰⁴.

Para Marques:

Os Estados-membros da Federação, com essa prerrogativa, muito pouco fizeram pela renovação de nossas instituições processuais. Quase todos eles confeccionaram suas leis processuais com base no Regulamento n.º 737. Continuamos, assim, sob o domínio do Direito Processual antigo, com o procedimento escrito e todos os princípios básicos do sistema herdado das velhas Ordenações.²⁰⁵

Com a promulgação da Constituição de 1934, de 6 de julho de 1934, a União, por força do art. 5º, XIX, *a*²⁰⁶, passou a deter competência exclusiva para legislar sobre Direito Processual, norma que foi mantida na Constituição de 1937²⁰⁷. Como decorrência, não seriam mais aplicáveis os Códigos de Processo dos Estados Federados, sendo necessária a criação de uma nova legislação processual. Nessa época, foram editados dois importantes códigos, quais sejam, o CPC de 1939 e o CPP de 1941.

²⁰³GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 40-41.

²⁰⁴GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 42.

²⁰⁵MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 50.

²⁰⁶Dispõe a Constituição da República de 1934 que:

“Art. 5º – Compete privativamente à União:

[...]

XIX – legislar sobre:

a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais;” (BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934).

²⁰⁷Estabelece, a Constituição da República de 1937, que:

“Art. 16 – Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:

[...]

XVI – o direito civil, o direito comercial, o direito aéreo, o direito operário, o direito penal e o direito processual;” (BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937).

Para a criação de um novo CPC, foi instituída pelo então Ministro da Justiça, o mineiro Francisco Campos, uma comissão para a elaboração do projeto de CPC. O anteprojeto, elaborado por Pedro Batista Martins, foi encaminhado ao Presidente da República e promulgado pelo Decreto-Lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939.

O CPC de 1939 contava com a seguinte estrutura: a) Livro I – Disposições gerais (arts. 1º a 152); b) Livro II – Do processo em geral (arts. 153 a 290) –, no qual estão disciplinados o pedido, a petição inicial, as citações, notificações e intimações, a defesa do réu, a suspensão, a absolvição e a cessação da instância, as provas e a sentença; c) Livro III – Do processo ordinário (arts. 291 a 297); d) Livro IV – Dos processos especiais (arts. 298 a 674); e) Livro V – Dos processos acessórios (arts. 675 a 781); f) Livro VI – Dos processos da competência originária dos Tribunais (arts. 782 a 807); g) Livro VII – Dos recursos (arts. 808 a 881); h) Livro VIII – Da execução (arts. 882 a 1.030); i) Livro IX – Do juízo arbitral (arts. 1.031 a 1.035); j) Livro X – Disposições finais e transitórias (arts. 1047 a 1052).

Dentre as características do CPC de 1939, estava a adoção, com algumas exceções, da técnica da oralidade, tendência mundial da época de sua edição. A Exposição de Motivos, datada de 24 de julho de 1939, mas publicada no Diário Oficial de 4 de fevereiro de 1939, dedicou uma boa parte à análise da oralidade:

Si a questão era de remodelar o processo no sentido de torná-lo adequado aos seus fins, de infundir na máquina da justiça um novo espírito, que é, precisamente, o espírito público, tão ausente da concepção tradicional do processo; si o problema era, em suma, de racionalizar o processo, adaptando-o às formas mais precisas adquiridas pelo espírito humano para o exame e a investigação das questões, a opção não poderia decidir-se a não ser pelo processo oral, em uso em toda a Europa, à exceção da Itália, onde, porém, a reforma está iminente,

O processo oral atende a todas as exigências acima mencionadas: confere ao processo o caráter de instrumento público: substitue a concepção duelística pela concepção autoritária ou pública do processo; simplifica a sua marcha, racionaliza a sua estrutura e, sobretudo, organiza o processo no sentido de tornar mais adequada e eficiente a formação da prova, colocando o juiz em relação a esta na mesma situação em que deve colocar-se qualquer observador que tenha por objeto conhecer os fatos e formular sobre eles apreciações adequadas ou justas.²⁰⁸

Na Exposição de Motivos e, por óbvio, no próprio CPC de 1939, foram adotadas a identidade física do juiz, a imediatidade e a concentração dos atos no curso do procedimento, que são elementos da oralidade²⁰⁹. A petição inicial, a contestação e a reconvenção deveriam

²⁰⁸BRASIL. Anexo ao Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, Seção 1, p. 24411, 13 out. 1939.

²⁰⁹De acordo com o CPC de 1939:

“Art. 120. O juiz transferido, promovido ou aposentado concluirá o julgamento dos processos cuja instrução houver iniciado em audiência, salvo si o fundamento da aposentação houver sido a absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo.

ser feitas por escrito²¹⁰. Para Guedes, o CPC de 1939 “consagrou desse modo o *princípio da oralidade* em grau muitíssimo maior que a maioria dos códigos estaduais de processo e que o seu sucessor, o CPC de 1973, embora dispusesse, com assentamento em seu tempo, que o processo se iniciava (art. 158) e era contestado (art. 180) por petição escrita”²¹¹.

Finalmente, chega-se ao CPC de 1973. Buzaid é nomeado, em 30 de outubro de 1969, Ministro da Justiça do governo Médici, permanecendo no ministério até 14 de março de 1974. Era defensor do Ato Institucional n.º 5, que conferia poderes extraordinários à Presidência da República e suspendia diversas garantias constitucionais. Durante esse período, foi redigido o projeto de CPC, convertido na Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, também conhecido como *Código Buzaid*²¹².

Buscou-se, com a redação do projeto, colocar “o sistema processual civil brasileiro em consonância com o progresso científico dos tempos atuais”. Buzaid entendeu que era mais difícil tentar alterar o CPC de 1939, corrigindo suas falhas, do que criar um novo, já que as reformas pontuais acabam por transformá-lo em uma miscelânea com normas em diversas direções. No entanto, não implicou em substituir todos os princípios e regras adotados no CPC de 1939, apesar de serem introduzidas modificações substanciais, com o intuito de simplificar a estrutura do código então em vigor, facilitando-lhe o manejo²¹³.

O autor do anteprojeto do CPC de 1973 entendeu que “a extensão territorial do País, as

O juiz substituto, que houver funcionado na instrução do processo em audiência, será o competente para julgá-lo, ainda quando o efetivo tenha reassumido o exercício.

Parágrafo único. Si, iniciada a instrução, o juiz falecer ou ficar, por moléstia, impossibilitado de julgar a causa, o substituto mandará repetir as provas produzidas oralmente, quando necessário.” (BRASIL. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, Seção 1, p. 24369, 13 out. 1939).

²¹⁰De acordo com o CPC de 1939:

“Art. 158. A ação terá início por petição escrita, na qual, delimitados os termos do seu objeto, serão indicados:

I – o juiz a quem é dirigida;

II – o nome e o prenome, a residência ou domicílio, a profissão, a naturalidade e o estado civil do autor e do réu;

III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, expostos com clareza e precisão, de maneira que o réu possa preparar a defesa;

IV – o pedido, com as suas especificações;

V – os meios de prova com que o autor pretende demonstrar verdade do alegado;

VI – o requerimento para a citação do réu;

VII – o valor da causa.

[...]

Art. 180. A contestação será formulada pelo réu em petição escrita, com os requisitos dos ns. III e V do artigo 158 e os do artigo 159.

Art. 190. O réu poderá reconvir ao autor quando tiver ação que vise modificar ou excluir o pedido. A reconvenção será formulada com a contestação.” (BRASIL. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, Seção 1, p. 24369, 13 out. 1939).

²¹¹GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

²¹²HIRATA, Alessandro. O polêmico processualista Alfredo Buzaid. *Carta Forense*, dez. 2013.

²¹³BRASIL. Senado Federal. Exposição de motivos. In: BRASIL. Senado Federal. *Código de Processo Civil de 1973: histórico da lei*. V. I, t. I. Brasília: Senado Federal, 1974. Cap. I, p. 9-11.

promoções dos magistrados de entrância para entrância, o surto do progresso que deu lugar à formação de um grande parque industrial e o aumento da densidade demográfica” criaram empecilhos à aplicação da oralidade:

Os princípios informativos do Código, embora louváveis do ponto de vista dogmático, não lograram plena efetivação. A extensão territorial do país, as promoções dos magistrados de entrância para entrância, o surto do progresso que deu lugar à formação de um grande parque industrial e o aumento da densidade demográfica vieram a criar considerável embaraço à aplicação dos princípios da oralidade e da identidade da pessoa física do juiz, consagrados em termos rígidos no sistema do Código. Os inconvenientes resultavam não do sistema, mas de sua adaptação às nossas condições geográficas, a cujo respeito falharam as previsões do legislador. Não se duvidava, pois, da excelência do princípio da oralidade, mas se apontavam os males de uma aplicação irrestrita e incondicional à realidade brasileira.²¹⁴

Por isso, o projeto, posteriormente convertido no CPC de 1973, manteve, no que se refere à oralidade, o sistema previsto no CPC de 1939, abrandando-lhe o rigor, tudo em vista às peculiaridades da extensão territorial do país. Com efeito, o sistema de processo oral foi limitado no que se refere ao princípio da identidade da pessoa física do juiz, como também quanto à irrecorribilidade das decisões interlocutórias²¹⁵.

O CPC de 1973 manteve a concentração, a identidade física do juiz, já devidamente mitigada, a imediatidade e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias em separado²¹⁶. Constava também disposição expressa de que as provas deveriam ser produzidas em audiência, reforçando a imediatidade e a identidade física do juiz²¹⁷. No entanto, em sua redação original, estava prevista apenas a audiência de instrução e julgamento, ocasião em que seria tentada a conciliação entre as partes²¹⁸. Posteriormente, o art. 331 foi alterado pelas Leis n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994 e n.º 10.444, de 7 de maio de 2002, criando-se a audiência preliminar,

²¹⁴BRASIL. Senado Federal. Exposição de motivos. In: BRASIL. Senado Federal. *Código de Processo Civil de 1973: histórico da lei*. V. I, t. I. Brasília: Senado Federal, 1974. Cap. II, p. 12.

²¹⁵BRASIL. Senado Federal. Exposição de motivos. In: BRASIL. Senado Federal. *Código de Processo Civil de 1973: histórico da lei*. V. I, t. I. Brasília: Senado Federal, 1974. Cap. IV, p. 19.

²¹⁶O Código de Processo Civil, em sua redação original, previa que:

“Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que iniciar a audiência, concluirá a instrução, julgando a lide, salvo se for transferido, promovido ou aposentado; casos em que passará os autos ao seu sucessor. Ao recebê-los, o sucessor prosseguirá na audiência, mandando repetir, se entender necessário, as provas já produzidas.

[...]

Art. 455. A audiência é una e contínua. Não sendo possível concluir, num só dia, a instrução, o debate e o julgamento, o juiz marcará o seu prosseguimento para dia próximo.” (BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973).

²¹⁷O art. 336 do Código de Processo Civil, em sua redação original, previa que: “salvo disposição especial em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência” (BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973).

²¹⁸O art. 448 do Código de Processo Civil, em sua redação original, previa que: “antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo” (BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973).

ocasião em que, não sendo obtida a conciliação, seriam fixados pelo juiz os pontos controvertidos, decididas as questões processuais pendentes e determinadas as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário²¹⁹.

Ocorre que, com ressalva do procedimento sumário, em que a defesa poderia ser feita de forma oral, a petição inicial, a resposta do réu e a interposição dos recursos deveriam ser feitas por escrito²²⁰.

O CPC de 1973 passou por muitas significativas reformas, podendo ser citadas as seguintes leis responsáveis por sua alteração: Lei n.º 5.925, de 1º de outubro de 1973; Lei n.º 6.014, de 1973; Lei n.º 6.071, de 1974; Lei n.º 6.355, de 1976; Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977; Lei n.º 6.771, de 27 de março de 1980; Lei n.º 6.745, de 5 de dezembro de 1979; Lei n.º 6.780, de 12 de maio de 1980; Lei n.º 6.820, de 16 de setembro de 1980; Lei n.º 6.858, de 24 de novembro de 1980; Lei n.º 7.005, de 28 de junho de 1982; Lei n.º 7.019, de 31 de agosto de 1982; Lei n.º 7.270, de 10 de dezembro de 1984; Lei n.º 7.359, de 10 de setembro de 1985;

²¹⁹“Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

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

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

§3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do §2º.” (BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973).

²²⁰“Art. 276. Na petição inicial, o autor apresentará o rol de testemunhas e, se requerer perícia, formulará quesitos, podendo indicar assistente técnico.

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

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

§2º Deixando injustificadamente o réu de comparecer à audiência, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados na petição inicial (art. 319), salvo se o contrário resultar da prova dos autos, proferindo o juiz, desde logo, a sentença.

§3º As partes comparecerão pessoalmente à audiência, podendo fazer-se representar por preposto com poderes para transigir.

§4º O juiz, na audiência, decidirá de plano a impugnação ao valor da causa ou a controvérsia sobre a natureza da demanda, determinando, se for o caso, a conversão do procedimento sumário em ordinário.

§5º A conversão também ocorrerá quando houver necessidade de prova técnica de maior complexidade.

Art. 278. Não obtida a conciliação, oferecerá o réu, na própria audiência, resposta escrita ou oral, acompanhada de documentos e rol de testemunhas e, se requerer perícia, formulará seus quesitos desde logo, podendo indicar assistente técnico.

§1º É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial.

§2º Havendo necessidade de produção de prova oral e não ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 329 e 330, I e II, será designada audiência de instrução e julgamento para data próxima, não excedente de trinta dias, salvo se houver determinação de perícia.” (BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973).

Lei n.º 8.079, de 13 de setembro de 1990; Lei n.º 8.455, de 24 de agosto de 1992; Lei n.º 8.637, de 31 de março de 1993; Lei n.º 8.710, de 24 de setembro de 1993; Lei n.º 8.718, de 14 de outubro de 1993; Lei n.º 8.950, de 13 de dezembro de 1994; Lei n.º 8.951, de 13 de dezembro de 1994; Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994; Lei n.º 8.953, de 13 de dezembro de 1994; Lei n.º 9.079, de 1994; Lei n.º 9.139, de 1995; Lei n.º 9.245, de 26 de dezembro de 1995; Lei n.º 9.280, de 30 de maio de 1996; Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996; Lei n.º 9.415, de 23 de dezembro de 1996; Lei n.º 9.649, de 1998; Lei n.º 9.668, de 23 de junho de 1998; Lei n.º 9.756, de 1998; Lei n.º 9.800, de 1995; Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999; Lei n.º 10.173, de 2001 (Lei dos Idosos); Lei n.º 10.352, de 26 de dezembro de 2001; Lei n.º 10.444, de 2002, alterou significativamente o processo de conhecimento e o de execução; Lei n.º 10.358, de 27 de dezembro de 2001; Lei n.º 11.112, de 2005; Lei n.º 11.187, de 2005; Lei n.º 11.232, de 2005; Lei n.º 11.276, de 2006; Lei n.º 11.277, de 2006; Lei n.º 11.280, de 2006; Lei n.º 11.382, de 2006; Lei n.º 11.418, de 2006; Lei n.º 11.419, de 2006; Lei n.º 11.672, de 2008; Lei n.º 11.694, de 2008; Lei n.º 11.965, de 2009; Lei n.º 11.969, de 2009; Lei n.º 12.008, de 2009, que diminuiu para sessenta anos o direito ao benefício da prioridade de tramitação); Lei n.º 12.122, de 2009; Lei n.º 12.125, de 2009; Lei n.º 12.195, de 2010; Lei n.º 12.810, de 2013; Lei n.º 12.322, de 2010; Lei n.º 12.398, de 2011; Lei n.º 12.873, de 2013; Lei n.º 13.105, de 2015.

Dentre as alterações, algumas leis se relacionaram diretamente com a oralidade: Lei n.º 8.637, de 31 de março de 1993, que alterou o art. 132 e acrescentou o seu parágrafo único²²¹, mitigando a identidade física do juiz; a Lei n.º 9.245, de 26 de dezembro de 1995, que incluiu alguns parágrafos e procedeu a algumas alterações no procedimento sumário; Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994 e a Lei n.º 10.444, de 7 de maio de 2002, que incluíram alguns parágrafos e procederam a algumas alterações no art. 331²²²; e a Lei n.º 5.925, de 1º de outubro

²²¹O art. 132, na sua redação original, previa que: “o juiz, titular ou substituto, que iniciar a audiência, concluirá a instrução, julgando a lide, salvo se for transferido, promovido ou aposentado; casos em que passará os autos ao seu sucessor. Ao recebê-los, o sucessor prosseguirá na audiência, mandando repetir, se entender necessário, as provas já produzidas” (BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973).

²²²O art. 331, na sua redação original, previa que: “se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz, ao declarar saneado o processo:

I – deferirá a realização de exame pericial, nomeado o perito e facultando às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos;

II – designará a audiência de instrução e julgamento, determinando o comparecimento das partes, perito, assistentes técnicos e testemunhas.”

Com as alterações, o art. 331 passou a vigorar da seguinte maneira:

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

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

§2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as

de 1973, que deu nova redação ao art. 456, permitindo ao juiz proferir sentença logo após os debates, ou no prazo de dez dias, e não apenas no prazo de dez dias.

Pelo número de leis que alteraram o CPC de 1973, e analisando o próprio texto do referido código, percebe-se que são poucos os artigos que conservaram a sua redação original. Algumas das alterações são consideráveis e levaram a uma perda sistemática, que é um dos atributos que um código deve trazer. Além disso, desde a sua edição até a data da vigência do CPC de 2015, ocorreram inúmeras transformações legislativas, políticas, econômicas e sociais, decorrentes de um mundo globalizado, fazendo com que vários dos ideais que inspiraram o CPC de 1973 fossem revistos ou considerados ultrapassados. No plano normativo, foi editada uma nova CRFB em 1988 e um novo Código Civil (CC) em 2002, para mencionar somente dois exemplos.

Em razão também do acima exposto, foi nomeada uma comissão de juristas para a elaboração de um novo CPC, fazendo parte da comissão, o ministro do STF Luiz Fux, os juristas Adroaldo Furtado Fabrício, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto Bedaque, Marcus Vinícius Coelho, Paulo César Pinheiro Carneiro e Teresa Arruda Alvim esta última, designada para a relatoria geral dos trabalhos²²³.

O anteprojeto foi apresentado ao Senado Federal no dia 8 de junho de 2010, sendo convertido no PL do Senado n.º 166/2010. O relatório final aprovado com poucas ressalvas pelo Senado Federal foi enviado para a Câmara dos Deputados (PL n.º 8046/2010), na qual foi constituída uma comissão especial, tendo como presidente o deputado Fábio Trad e como relator o deputado Sérgio Barradas Carneiro²²⁴.

Foi instituída, em 5 de setembro de 2011, uma comissão de juristas notáveis com a função de auxiliar na adequação do substitutivo. No entanto, com a saída do deputado Sérgio Barradas Carneiro da relatoria e com o ingresso do deputado Paulo Teixeira, foi ampliado o grupo de juristas, dele fazendo parte os professores Ada Pelegrini Grinover, Alexandre Freire, Antônio Carlos Marcato, Antônio Cláudio da Costa Machado, Athos Gusmão Carneiro, Cândido

questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

§3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do §2º.” (BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973).

²²³SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Ministro Luiz Fux é empossado presidente da comissão do novo CPC*. 2009.

²²⁴NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105/2015. Salvador: Jus Podium, 2018, p. 7-8.

Rangel Dinamarco, Carlos Alberto Sales, Cássio Scarpindela Bueno, Dierle Nunes, José Augusto Garcia, Kazuo Watanabe, Lênio Streck, Luiz Guilherme Costa Wagner, Luiz Guilherme Marinoni, Paulo César Pinheiro Carneiro, Regina Beatriz Tavares e Teresa Arruda Alvim Wambier²²⁵.

O texto do projeto foi aprovado em 26 de março de 2014, sendo remetido para o Senado Federal, no qual foi designada comissão especial para analisar o projeto e apresentar parecer final. O texto final foi aprovado em 17 de dezembro de 2014 e sancionado em 16 de março de 2015²²⁶.

Foram realizadas treze reuniões presenciais em Brasília, oito audiências públicas nas cinco regiões do Brasil, encontros com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), com a Associação dos Magistrados do Brasil, além de debates com o Ministério da Justiça e a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados²²⁷.

O CPC de 2015 é integrado por 1.072 artigos, distribuídos na Parte Geral e na Parte Especial. A Parte Geral tem seis livros: Livro I – Das Normas Processuais Cíveis; Livro II – Da Função Jurisdicional; Livro III – Dos Sujeitos do Processo; Livro IV – Dos Atos Processuais; Livro V – Da Tutela Provisória; Livro VI – Da Formação, da Suspensão e da Extinção do Processo. Por sua vez, a Parte Especial tem quatro livros: Livro I – Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença; Livro II – Do Processo de Execução; Livro III – Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais; Livro Complementar – Disposições Finais e Transitórias.

3.3 Oralidade como forma de realização de atos do procedimento

A oralidade enquanto forma de se realizarem atos do procedimento, embora estudada neste tópico, é elemento integrante tanto da oralidade como princípio quanto da oralidade como procedimento por audiências, sendo necessário, por isso, comentar essa maneira de se praticar tais atos. Em outra medida, qualquer que seja o conceito utilizado, a oralidade preponderantemente será praticada em audiências. Frise-se, por oportuno, que existem raros procedimentos puros²²⁸, orais ou escritos, sendo praticamente todos, atualmente, mistos,

²²⁵NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105/2015. Salvador: Jus Podium, 2018, p. 7-8.

²²⁶NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105/2015. Salvador: Jus Podium, 2018, p. 9.

²²⁷SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Comissão de juristas entrega anteprojeto do novo CPC ao presidente do Senado. 2010.

²²⁸Cite-se como exemplo o procedimento para o mandado de segurança regido pela Lei n. 12.016, de 2009, cujo

predominando, em alguns, a oralidade e, em outros, a escritura, subsistindo “fases procedimentais ou mesmo procedimentos que privilegiam e vivificam a *oralidade pura, primária, a verbalidade*”²²⁹.

Para Morato, a expressão *procedimento misto* é equivocada, obtemperando que “em todo processo moderno o procedimento é mixto; é o predomínio da palavra fallada ou da palavra escripta, nos elementos e estadios principaes da contenda judicial, que classifica o systema ou dá-lhe typo”²³⁰.

Campos, quando da Exposição de Motivos do CPC de 1939, afirmou com precisão que:

Alguns entendem por processo oral um processo puramente verbal, ou como se diz comumente, um meio bate-boca. Ora no processo chamado oral a escrita representa uma grande função. O processo oral funda-se em uma larga base escrita. Nele a escrita continua a representar o seu papel próprio, específico e indispensável. As pretensões ou a situação das partes no processo se definem por escrito. Por escrito se deduzem o pedido e a contestação.²³¹

Existem várias maneiras de se transmitirem informações e conhecimentos nos diversos tipos de culturas. “Os seres humanos comunicam de inúmeras maneiras, usando todos os seus sentidos: toque, paladar, olfato e particularmente visão, bem como audição (Ong., 1967b, pp. 1-9). Certa comunicação não-verbal é extremamente rica: gesticulação, por exemplo”²³². Ocorre que a comunicação mais usual entre as pessoas se dá por meio da forma oral. Sabe-se que o meio de expressão de todas as línguas humanas é o som produzido pelo aparelho fonador. A verbalização, a oralidade pura, ou oralidade primária, é uma forma de comunicação mais simples do que a escrita, já que mais informal e espontânea e com menos exigências, notadamente, quanto às regras gramaticais.

Por meio da fala, é mais provável que o interlocutor entenda a mensagem transmitida, o que nem sempre ocorre com a escrita. Se um dos comunicantes não consegue falar ou escrever de uma forma minimamente inteligível, considerando principalmente o domínio da linguagem técnico-jurídica, a mensagem não será captada. A comunicação escrita exige uma gramática e uma estrutura linguística mais elaboradas do que a comunicação oral, na medida em que a

curso do procedimento se dá de forma estritamente escrita.

²²⁹GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 53.

²³⁰MORATO, Francisco. A oralidade. *Revista Forense*, Maio, 1938, p. 142.

²³¹BRASIL. Anexo ao Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, Seção 1, p. 24411, 13 out. 1939.

²³²Los seres humanos se comunican de innumerables maneras, valiéndose de todos sus sentidos: el tacto, el gusto, el olfato y particularmente la vista, además de oído (Ong, 1967b, pp. 1-9). Cierta comunicación no verbal es sumamente rica: la gesticulación, por ejemplo (ONG, Walter J. *Oralidad y escritura*. Tecnología de la palabra. Traducción de Angélica Scherp. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 16).

escrita não possui os contextos existenciais normais que cercam o discurso oral. Sobre o assunto, Ong entende que:

O discurso escrito apresenta uma gramática mais elaborada e fixa do que o discurso oral, pois, para transmitir significado, depende mais da estrutura linguística, uma vez que não possui os contextos existenciais normais completos que cercam o discurso oral e ajudam a detonar significado. este, de uma forma que é independente da gramática²³³ (tradução nossa).

Sobre o tema, também é oportuno o ensinamento de Cappelletti, segundo o qual:

A redação – observa, por exemplo, o relator francês - tem o mérito da precisão; informa melhor o juiz e as partes, porque requer uma preparação sólida e reflexiva, mas acima de tudo, a sua conservação é efetivamente assegurada quando se trata de provar a existência ou o conteúdo de um ato. A palavra é mais viva; ela chama a atenção do juiz para os pontos essenciais do litígio; presta-se melhor à discussão e à persuasão; tem a vantagem da simplicidade; evita o peso e a complexidade do formalismo que engendra os escritos²³⁴ (tradução nossa).

Por outro lado, o conhecimento das diferenças das relações entre a oralidade e a escrita normalmente não gera debates mais intensos, conforme observado por Ong: “o conhecimento dos contrastes e as relações entre oralidade e escrita geralmente não geram apegos apaixonados às teorias; ao contrário, incentiva a reflexão sobre vários aspectos da condição humana, muitos para serem totalmente enumerados a qualquer momento”²³⁵ (tradução nossa).

Sem olvidar que o ser humano se desenvolveu inicialmente com base em uma linguagem oral, para, somente após a descoberta do papel, assumir também uma cultura escrita, é forçosa a constatação de que é muito mais fácil aceitar que atualmente o mundo se comunica, no aspecto negocial e profissional, mais comumente por meio escrito, do que por meio da palavra verbalizada. Mesmo que os meios atuais de comunicação permitam um maior emprego da

²³³El discurso escrito despliega una gramática más elaborada y fija que el discurso oral, pues, para transmitir significado, depende más sólo de la estructura lingüística, dado que carece de los contextos existenciales plenos normales que rodean el discurso oral y ayudan a determinar el significado en éste, de manera un poco independiente de la gramática (ONG, Walter J. *Oralidad y escritura*. Tecnología de la palabra. Traducción de Angélica Scherp. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 44).

²³⁴El escrito – observa, por ejemplo, la relatora francesa – tien el mérito de la precisión; informa mejor al juez y a las partes porque exige una preparación sólida y reflexiva, pero sobre todo su conservación está eficazmente asegurada cuando se trata de probar la existencia o el contenido de un acto. La palabra es más viva; ella llama la atención del juez sobre los puntos esenciales del litigio; se presta mejor a la discusión y a la persuasión; tiene la ventaja de la simplicidad; evita la pesadez y la complejidad del formalismo que engedran los escritos (CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 10).

²³⁵El conocimiento de los contrastes y las relaciones entre la oralidad y la escritura normalmente no genera apasionados apegos a las teorías; antes bien, fomenta la reflexión sobre diversos aspectos de la condición humana, demasiados para poder enumerarse completamente alguna vez (ONG, Walter J. *Oralidad y escritura*. Tecnología de la palabra. Traducción de Angélica Scherp. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 11).

oralidade, a escritura ainda prepondera no momento de se praticarem diversos atos, devido à segurança que referida linguagem propicia.

Ong entende que a escritura nunca pode ser feita sem a oralidade, estando relacionada a esta, na medida em que todos os escritos estão, direta ou indiretamente, relacionados ao mundo dos sons. Por esse motivo, o citado autor afirma que a escritura é um sistema secundário e que depende do primário, qual seja, a palavra falada²³⁶.

A oralidade é chamada de primária por se referir àquela que prescinde da escritura e da tecnologia, sendo considerada também em contraste à oralidade secundária, qual seja, aquela que se materializa por meio de aparelhos, tais como telefone, internet, televisão, rádio, dentre outros eletrônicos, e que depende da impressão e da escritura para sua existência. Trata-se de diferenciação nem sempre fácil de ser feita²³⁷. Para Ong, “hoje em dia, a cultura oral primária quase não existe em um sentido estrito, já que toda cultura conecta a escrita e tem alguma experiência de seus efeitos”²³⁸ (tradução nossa).

Na atualidade, está-se tão acostumado com escritos e com os inúmeros meios de comunicação, que nem sempre se sente confortável em utilizar a oralidade primária, notadamente, pelos sujeitos do processo no curso do procedimento. Embora se pretenda e se incentive a prática oral de atos processuais, age-se como se estivesse em um procedimento escrito. Tal comportamento tem relação com a sensação de dominação e segurança sobre o conteúdo daquilo que se pretende comunicar, na medida em que, usualmente, pode-se recorrer a diversas fontes de consulta, como dicionários, manuais de ortografia e internet, além da possibilidade de revisar o conteúdo daquilo que se pretende transmitir, o que não ocorre na comunicação oral.

Sotelo adverte que o comportamento dos juízes e dos advogados tem sido preponderante para a aplicação da oralidade, uma vez que tais profissionais são mais adeptos à escritura, seja pela maior comodidade na elaboração das petições e das decisões judiciais, seja pela maior facilidade de reflexão, com a consulta a obras jurídicas e à jurisprudência, o que não é propiciado pela oralidade²³⁹.

²³⁶ONG, Walter J. *Oralidad y escritura*. Tecnología de la palabra. Traducción de Angélica Scherp. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 17-18.

²³⁷ONG, Walter J. *Oralidad y escritura*. Tecnología de la palabra. Traducción de Angélica Scherp. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 20.

²³⁸Hoy en día la cultura oral primaria casi no existe en sentido estricto puesto que toda cultura conoce la escritura y tiene alguna experiencia de sus efectos. (ONG, Walter J. *Oralidad y escritura*. Tecnología de la palabra. Traducción de Angélica Scherp. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 20).

²³⁹SOTELO, José Luis Vásquez. La oralidad y en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la pruebla. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 258.

A oralidade pura como forma de transmissão de conhecimentos permanece como reminiscência histórica, não sendo mais possível o desenvolvimento da ciência, ou, no caso do processo, a prática de atos no curso do procedimento, sem que haja um mínimo de documentação, seja por meio da própria escritura, seja por meios eletrônicos. Nesse particular, o art. 367 do CPC de 2015 estabelece que o termo de audiência conterà, em resumo, o ocorrido na audiência, bem como, por extenso, os despachos, as decisões e a sentença, se proferida no ato. No que se refere à gravação, o art. 367, §5º, do CPC de 2015 é no sentido de que a audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica²⁴⁰.

Nesse mesmo sentido, é o art. 147 do CPC espanhol, que prevê a possibilidade de gravação das audiências, desde que existentes meios tecnológicos suficientes e disponíveis²⁴¹.

²⁴⁰Dispõe, o CPC de 2015, que:

“Art. 367. O servidor lavrará, sob ditado do juiz, termo que conterà, em resumo, o ocorrido na audiência, bem como, por extenso, os despachos, as decisões e a sentença, se proferida no ato.

§1º Quando o termo não for registrado em meio eletrônico, o juiz rubricar-lhe-á as folhas, que serão encadernadas em volume próprio.

§2º Subscreverão o termo o juiz, os advogados, o membro do Ministério Público e o escrivão ou chefe de secretaria, dispensadas as partes, exceto quando houver ato de disposição para cuja prática os advogados não tenham poderes.

§3º O escrivão ou chefe de secretaria trasladará para os autos cópia autêntica do termo de audiência.

§4º Tratando-se de autos eletrônicos, observar-se-á o disposto neste Código, em legislação específica e nas normas internas dos tribunais.

§5º A audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica.

§6º A gravação a que se refere o § 5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

²⁴¹“Artigo 147. Documentación das performances através de sistemas de gravação e reprodução da imagem e som. Em vista do processo oral, realizou audiências e audiências perante juízes ou magistrados ou, quando apropriado, para os funcionários judiciais, serão gravados em suporte adequado para gravação e reprodução de som e imagem e não ser transcrita. Desde que os meios tecnológicos necessários estejam disponíveis, o Secretário Judiciário garantirá a autenticidade e a integridade dos dados registrados ou reproduzidos por meio do uso da assinatura eletrônica reconhecida ou outro sistema de segurança que ofereça tais garantias de acordo com a lei. Neste caso, a celebração do ato não exige a presença no quarto exceto Secretário Judicial que pediu às partes, pelo menos dois dias antes da realização da audiência ou, excepcionalmente considerado necessário pelo Secretário Judicial, em resposta à a complexidade do assunto, o número e a natureza dos testes a serem realizados, o número de intervenientes, a possibilidade de incidentes que não puderam ser registrados ou a concordância de outras circunstâncias igualmente excepcionais que o justifiquem. Nestes casos, o Secretário Judicial emitirá uma declaração concisa nos termos previstos no artigo anterior. Performances orais e vídeos digitais gravados e documentados não podem ser transcritos, exceto nos casos em que uma lei assim o determine. O Secretário Judiciário manterá o documento eletrônico que suporta a gravação. As partes podem solicitar, a expensas suas, uma cópia das gravações originais” (tradução nossa).

No original: “Artículo 147. Documentación de las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido.

Las actuaciones orales en vistas, audiencias y comparencias celebradas ante los jueces o magistrados o, en su caso, ante los secretarios judiciales, se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen y no podrán transcribirse. Siempre que se cuente con los medios tecnológicos necesarios, el Secretario Judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías. En este caso,

Segundo Doménech, “nessa norma, segundo a evolução tecnológica de nossa sociedade, é permitido abandonar a necessidade arcaica de que o escrivão deva documentar todos, e cada um dos atos processuais de caráter oral que foram praticadas nas audiências judiciais”²⁴² (tradução nossa). Para o referido autor, essa diretriz contribui para facilitar o trabalho do escrevente na documentação dos atos ocorridos em audiência, além de potencializar a oralidade²⁴³.

A capacidade de memorização e a gama de informações recebidas diuturnamente são um grande obstáculo para se prestigiar a oralidade primária, fazendo com que ocorra uma fragmentação e a alteração do conteúdo das informações repassadas. Além disso, deve-se levar em consideração que a memorização está diretamente relacionada com os diversos tipos de pressões que sofrem os interlocutores e com sua capacidade de adaptação a tais pressões. Nesse sentido, é o entendimento de Ong, segundo o qual, “a memorização está sujeita a variações produzidas por pressões sociais diretas. Os narradores dizem o que o público vai ou não tolerar”²⁴⁴ (tradução nossa).

No processo, os atos orais pressupõem raciocínio rápido e ampla preparação para o debate, na medida em que vários atos necessitam de resposta imediata, não podendo serem relegados para momentos posteriores. Cite-se, como exemplo, a necessidade de fazer perguntas para testemunhas, em virtude de outras respostas dadas anteriormente. Os profissionais necessitam conhecer não somente o direito, mas as especificidades do caso concreto para estarem amplamente capacitados a lançar questionamentos, o que nem sempre ocorre.

la celebración del acto no requerirá la presencia en la sala del Secretario Judicial salvo que lo hubieran solicitado las partes, al menos dos días antes de la celebración de la vista, o que excepcionalmente lo considere necesario el Secretario Judicial atendiendo a la complejidad del asunto, al número y naturaleza de las pruebas a practicar, al número de intervinientes, a la posibilidad de que se produzcan incidencias que no pudieran registrarse, o a la concurrencia de otras circunstancias igualmente excepcionales que lo justifiquen. En estos casos, el Secretario Judicial extenderá acta sucinta en los términos previstos en el artículo anterior. Las actuaciones orales y vistas grabadas y documentadas en soporte digital no podrán transcribirse, salvo en aquellos casos en que una ley así lo determine. El Secretario Judicial deberá custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación. Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales” (ESPAÑA. Código de Procedimiento Civil).

²⁴²En esta norma, acorde com la evolución tecnológica de nuestra sociedad se permite abandonar la arcaica necesidad de que el secretario judicial, cual transcriptor, deva documentar en una acta, toda y cada una de las actuaciones procesales de carácter oral que se realizaban en las comparecencias o vistas judiciales (DOMÉNECH, Fereric Adán. Problemática judicial de la documentación de las actuaciones procesales orales. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 41).

²⁴³DOMÉNECH, Fereric Adán. Problemática judicial de la documentación de las actuaciones procesales orales. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 41-42.

²⁴⁴La memorización está sujeita a la variación producida por presiones sociales directas. Los narradores cuentan lo que pide o va a tolerar el público (ONG, Walter J. *Oralidad y escritura*. Tecnología de la palabra. Traducción de Angélica Scherp. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 71).

Sobre o tema, Sotelo esclarece:

O método processual das audiências orais obriga os profissionais a trabalhar de maneira diferente. Esse é um dos principais desafios da oralidade. O desempenho nas audiências requer conhecimento profundo do processo e estar convenientemente preparado para responder a qualquer alegação que a contraparte possa fazer, sem poder solicitar adiamentos ou esperar para estudar o problema²⁴⁵ (tradução nossa).

A importância da correta articulação das palavras é inquestionável para se transmitirem ideias essenciais e para se obterem soluções favoráveis ao debate. As palavras, uma vez proferidas, não têm volta. Feitas alegações orais, não é mais possível dizer que nunca existiram, produzindo inúmeros efeitos, caso não seja dada uma explicação convincente. As declarações orais das partes e seus procuradores em audiência podem determinar o rumo da decisão. Isso não ocorre com as palavras escritas, já que, após redigidas e antes de juntadas ao processo, podem ser mais bem organizadas e facilmente alteradas.

A seleção de qualquer vocábulo também é mais facilmente realizada por meio da escrita, uma vez que pode ser feita com menos pressão e mais consulta, evitando-se, além disso, a repetição indevida de palavras. Na escritura, pode-se refletir quais são as consequências da utilização ou não de determinada palavra. Além disso, no texto escrito, seu autor pode rever o que foi escrito, retratando ou reforçando seu ponto de vista. Ademais, a escrita estabelece a continuidade do texto e fora da mente do interlocutor, desvinculando-o, de modo que as distrações e a falta de compreensões são facilmente corrigidas com o retorno ao texto, o que se torna mais difícil com a comunicação oral. Isso porque a declaração oral desaparece assim que é proferida, não existindo nada para o interlocutor retornar. Esse é o pensamento de Ong:

O pensamento requer alguma continuidade. A escrita estabelece uma "linha" de continuidade fora da mente no texto. Se uma distração confunde ou limpa a mente do contexto a partir do qual o material que estou lendo surgirá, é possível recaptulá-lo revisando seletivamente o texto anterior. O retorno pode ser inteiramente fortuito, meramente *ad hoc*. A mente concentra suas próprias energias em antecipação, porque o que ela retorna é imóvel fora dela, em fragmentos sempre disponíveis na página inscrita. Na fala oral a situação é diferente. Fora da mente não há nada para retornar porque a declaração oral desaparece assim que é articulada. Portanto, a mente deve mover-se mais devagar, mantendo muito do que já foi tratado perto do foco de atenção. A redundância, a repetição do que acaba de ser dito, efetivamente mantém tanto o

²⁴⁵El método procesal de las audiencias orales obliga a los profesionales a trabajar de otro modo. Es esse uno de los principales desafíos de la oralidad.

La actuación en las audiencias exige conocer a fondo el proceso e ir convenientemente preparado para contestar a cualquier alegación que la contraparte pueda realizar, sin poder pedir aplazamientos o esperar para estudiar el problema (SOTELO, José Luis Vásquez. La oralidad y en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 264).

falante quanto o ouvinte na mesma sintonia²⁴⁶ (tradução nossa).

Por outro lado, a prática oral de atos pode conduzir a uma maior verossimilhança das afirmações, que contam, muitas vezes, com o elemento surpresa das perguntas e dos acontecimentos no curso dos debates, não deixando que o interlocutor crie justificativas mais elaboradas.

A originalidade das respostas e a linguagem corporal, muitas vezes, são fator decisivo para o convencimento, já que a formulação da convicção ocorre, não apenas dentro da consciência, mas também dentro do subconsciente, não desaparecendo somente com a leitura de argumentos em sentido contrário. Ong entende que “o pensamento e a expressão da fórmula oral fluem profundamente dentro da consciência e do inconsciente, e não desaparecem assim que alguém acostumado a eles toma uma caneta”²⁴⁷ (tradução nossa).

A prática oral de atos compreende não somente o teor das palavras, mas também tudo aquilo que se passa ao redor dos interlocutores, possibilitando-lhes a consciência e a percepção do que se pretende transmitir, ou esconder, de forma atual ou tardia, o que não ocorre com a escrita, que se limita apenas ao conteúdo das palavras. A utilização de uma palavra no lugar de outra e o correto emprego da nomenclatura podem ser decisivos para a formulação do convencimento.

Quanto mais complexa a ideia que se pretende demonstrar, mais cuidado deve ter o interlocutor na utilização das expressões, considerando-se que, nessa hipótese, a possibilidade do uso de palavras inadequadas é maior. Entre a tentativa de demonstrar erudição e a tentativa de ser claro, deve-se preferir esta última, principalmente, porque as ideias devem ser assimiladas em uma velocidade maior do que aquelas transmitidas por meio de escritos. Além disso, outros fatores externos podem levar a atenção de um dos interlocutores para fora do debate, fazendo com que as razões expostas fiquem prejudicadas.

²⁴⁶El pensamiento requiere cierta continuidad. La escritura establece en el texto una 'línea' de continuidad fuera de la mente. Si una distracción confunde o borra de la mente el contexto del cual surge el material que estoy leyendo, es posible recuperarlo repasando selectivamente el texto anterior. La vuelta atrás puede ser del todo fortuita, meramente *ad hoc*. La mente concentra sus energías propias en adelantarse, porque aquello a lo que vuelve ayce inmóvil fuera de ella, en fragmentos siempre disponibles sobre la página inscrita. En el discurso oral la situación es distinta. Fuera de la mente no hay nada a qué volver pues el enunciado oral desaparece em cuanto es articulado. Por lo tanto, la mente no hay nada a qué volver pues el enunciado oral desaparece en cuando es articulado. Por lo tanto, la mente debe avanzar con mayor lentitud, conservando cerca del foco de atención mucho de lo que ya ha tratado. La redundancia, la repetición de lo apenas dicho, mantiene eficazmente tanto al hablante com al oyente en la misma sintonia (ONG, Walter J. *Oralidad y escritura*. Tecnología de la palabra. Traducción de Angélica Scherp. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 46).

²⁴⁷El pensamiento y la expresión formulaicos orales galopan en lo profundo de la conciencia y del inconsciente, y no se esfuman tan pronto como alguien acostumbrado a ellos toma una pluma (ONG, Walter J. *Oralidad y escritura*. Tecnología de la palabra. Traducción de Angélica Scherp. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 34).

A cultura oral separa e exclui de forma voraz aquele que sabe e está preparado para o debate daquele que não está. É uma forma pessoal, solitária e imediata de se praticarem os atos, notadamente no processo. Aquele que pretende expor uma ideia deve conseguir falar de forma estruturada e informativa, conseguindo manter a atenção de quem o escuta e, como decorrência, transmitindo a informação desejada, alterando emoções e preconceitos e influenciando de forma efetiva a decisão.

Além disso, a forma oral não permite que as informações se sedimentem e que seja feita maior reflexão sobre o conteúdo dos dados recebidos. Trata-se de forma de transmissão de informações mais limitada do que a escrita e que pressupõe boa memória por parte dos interlocutores. No processo, o esquecimento de um mero detalhe ou uma palavra pode ser decisivo para a interpretação e para o rumo da decisão. A adoção da cultura oral primária de se praticarem atos pelos sujeitos do processo exige não apenas procedimentos específicos, como também modificação da cultura jurídica em geral. Isso porque não basta prever e incentivar procedimentos orais, se a cultura da escritura não for também modificada.

Sob outro ângulo, a prática oral de atos, quando articulada de forma descuidada e de má-fé, pode produzir efeitos bastante negativos, pois, ao se tentar convencer, verberando fatos e provas que não encontram embasamento real no processo, surge a possibilidade de redundar um efeito *rebote* ou um efeito inverso, na medida em que se pode incutir no julgador eventual tendência inconsciente (ou consciente) de generalização da conduta de má-fé, criando-se a convicção de que aquele que tentou enganar, mesmo que em um ponto mínimo, não tem direito a tudo aquilo que se postula.

Não se olvide que a oralidade não pode mais ser concebida como a correspondência a procedimentos totalmente orais. No entanto, verifica-se que a oralidade, no sentido de forma de se praticarem atos processuais, estaria sempre contida nas concepções de oralidade como princípio e de oralidade como procedimento por audiências.

Em qualquer desses dois sentidos, não se pode conceber oralidade sem que haja uma verbalização no momento de se praticarem determinados atos no curso do procedimento. O subprincípio da imediatidade, contido no princípio da oralidade, pressupõe que diversos atos sejam praticados de forma oral, como a colheita do depoimento pessoal e de testemunhas, bem como sua contradita.

Do mesmo modo, no procedimento por audiências, ocorre uma gama de atos verbalizados pelos sujeitos do procedimento, podendo serem citados, além dos atos negociais que geram a conciliação, as perguntas às testemunhas, os debates e as decisões orais.

Essa afirmação não implica em sustentar que ocorreria um retorno aos procedimentos

eminentemente orais, mas apenas que, no momento de se praticarem determinados atos, utilizar-se-ia a oralidade em sentido puro, significando a verbalização dos atos.

Como já ressaltado, atualmente, não existem mais procedimentos exclusivamente orais, sendo que a verbalização dos atos, ou oralidade pura, ficou restrita à prática de alguns atos do procedimento ou a procedimentos especiais. Com efeito, o depoimento pessoal²⁴⁸ e de testemunhas²⁴⁹, a contradita de testemunhas incapazes, suspeitas ou impedidas²⁵⁰ e a inspeção judicial²⁵¹ são alguns atos que devem ser praticados de forma oral, devendo ser feita a sua reprodução por escrito ou a gravação em mídia²⁵². Além disso, outros atos podem ser praticados de forma oral, como a conciliação²⁵³, os debates orais²⁵⁴, e a sentença²⁵⁵. Perante os tribunais,

²⁴⁸“Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

²⁴⁹“Art. 453. As testemunhas depõem, na audiência de instrução e julgamento, perante o juiz da causa, exceto:

I – as que prestam depoimento antecipadamente;

II – as que são inquiridas por carta.

[...]

Art. 459. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

²⁵⁰“Art. 457. Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarará ou confirmará seus dados e informará se tem relações de parentesco com a parte ou interesse no objeto do processo.

§1º É lícito à parte contraditar a testemunha, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição, bem como, caso a testemunha negue os fatos que lhe são imputados, provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até 3 (três), apresentadas no ato e inquiridas em separado.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

²⁵¹“Art. 481. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

²⁵²“Art. 460. O depoimento poderá ser documentado por meio de gravação.

§1º Quando digitado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação, o depoimento será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores.

[...]” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

²⁵³“Art. 359. Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

²⁵⁴“Art. 364. Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e do réu, bem como ao membro do Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez) minutos, a critério do juiz.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

²⁵⁵“Art. 366. Encerrado o debate ou oferecidas as razões finais, o juiz proferirá sentença em audiência ou no prazo de 30 (trinta) dias.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

a sustentação oral²⁵⁶ e os votos²⁵⁷ são atos que também devem ser praticados unicamente de

²⁵⁶De acordo com o regimento interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

“Art. 105. Poderá haver sustentação oral pelo prazo de quinze minutos para cada uma das partes, ressalvados os prazos especiais fixados em lei:

I - nas hipóteses previstas na legislação processual;

II - no agravo de instrumento e no interno, exclusivamente, de decisão que:

a) conceder ou não tutela antecipada e medida cautelar;

b) decretar falência ou deferir pedido de recuperação judicial;

c) decretar prisão civil;

d) pronunciar a prescrição ou a decadência;

e) julgar monocraticamente a apelação ou o reexame necessário.

§1º Havendo questão preliminar, arguida de ofício por qualquer integrante do órgão julgador, se presentes advogados inscritos para sustentação oral, deverá ser concedida a palavra pelo prazo de até cinco minutos para cada parte manifestar-se sobre a questão, após o que, rejeitada a preliminar, o prazo restante será devolvido para prosseguimento da sustentação oral.

§2º Havendo litisconsorte ou assistente, não representado pelo mesmo advogado, o prazo será contado em dobro e dividido igualmente entre os do mesmo grupo, se diversamente não convencionarem.

§3º Quando houver mais de um recorrente, falará cada um na ordem de interposição do recurso e, havendo oponente, falará ele depois do autor e do réu.

§4º Sendo a parte representada por mais de um advogado, poderão eles dividir o tempo entre si.

§5º Nos feitos criminais, o advogado do réu falará após o do autor ou o procurador de justiça.

§6º Nos feitos cíveis em que a intervenção do Ministério Público seja necessária, o Procurador-Geral de Justiça ou o procurador de justiça por ele designado falará, conforme o caso, após a leitura do relatório ou a sustentação oral dos advogados das partes.

§7º Na sustentação oral, é defeso o aparte, sendo facultado aos desembargadores que participarem do julgamento pedir esclarecimentos ao orador.

§8º Para a sustentação oral, os advogados e membros do Ministério Público apresentar-se-ão com vestes talares.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Resolução do Tribunal Pleno n.º 0003, de 26 de julho de 2012*. Regimento Interno).

²⁵⁷De acordo com o regimento interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

“Art. 107. Concluída a sustentação oral, o presidente tomará os votos do relator, do revisor e dos vogais, na ordem decrescente de antiguidade.

§1º O desembargador que não houver assistido ao relatório poderá abster-se de votar, ou pedir adiamento do julgamento e vista dos autos, o que não impede que votem aqueles que se sentirem habilitados.

§2º O desembargador que pedir adiamento do julgamento restituirá os autos no prazo de dez dias contados da data em que o receber, salvo se declarar sua inclusão na próxima sessão.

§3º Na sessão em que prosseguir o julgamento adiado, o voto proferido anteriormente será computado e registrado na papeleta e na ata, ainda que ausente o desembargador que o tenha proferido, fato que não impedirá o prosseguimento.

Art. 108. As questões preliminares serão julgadas antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquelas.

Art. 109. Rejeitada a preliminar, ou se com ela for compatível a apreciação do mérito, seguir-se-ão a discussão e o julgamento da matéria principal, com o pronunciamento dos julgadores, inclusive o vencido.

Art. 110. Salvo disposição em contrário, as deliberações serão tomadas por maioria de votos.

§1º Nas câmaras cíveis e criminais, o presidente votará se integrar a turma de julgamento e nas hipóteses em que a câmara decide com a participação de todos os seus membros.

§2º Nos grupos de câmaras criminais, o presidente votará sempre.

§3º No Órgão Especial, o presidente votará nos termos do que dispõe o inciso IV do art. 26 deste regimento.

§4º Os desembargadores membros do Órgão Especial, ocupantes de cargo de direção, votarão nas ações diretas de inconstitucionalidade, nos incidentes de inconstitucionalidade, nas dúvidas de competência e em matéria legislativa e administrativa.

§5º Em julgamento de mandado de segurança, de ação rescisória, de embargos infringentes e de agravo interno, havendo empate, prevalecerá, respectivamente, o ato da autoridade impetrada, a decisão rescindenda, a decisão embargada e a decisão agravada.

§6º Em julgamento criminal, havendo empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao acusado.

Art. 111. Sempre que o objeto da decisão puder ser decomposto em questões ou parcelas distintas, cada uma será votada separadamente, para se evitar dispersão de votos ou soma de votos sobre teses diferentes, observado, no que couber, o disposto no art. 109 deste regimento.

forma verbal, embora os apontamentos dos advogados e os votos possam ser trazidos por escrito²⁵⁸.

O depoimento pessoal é um meio de prova, no qual a parte relata ao julgador o seu conhecimento sobre determinado fato juridicamente relevante e relacionado às questões²⁵⁹ debatidas. “O *depoimento da parte* justifica-se como meio de prova que efetiva a técnica da oralidade na colheita das provas, colocando as partes em contato imediato com o juiz que muito possivelmente julgará a causa”²⁶⁰. Trata-se de um importante meio de prova, na medida em que dele poderá resultar uma confissão, assim considerada a postura de quem reconhece algum fato contrário ao seu interesse e favorável ao interesse da parte contrária. “O depoimento pessoal é ato personalíssimo, pelo que nem mesmo com poderes expressos poderia o advogado prestá-lo em lugar ou em nome da parte”²⁶¹.

A prova testemunhal se refere à narrativa oral de fatos relacionados às questões debatidas no processo por pessoas que, não sendo partes, tiveram acesso a tais fatos. “Testemunha é uma pessoa, distinta de um dos sujeitos processuais, que é chamada a juízo para dizer o que sabe sobre o fato probando”²⁶². Brêtas e Soares entendem que a testemunha “é a pessoa que, com seus cinco sentidos (olfato, paladar, audição, tato e visão), conseguem captar informações da realidade, transmitindo-as oralmente por meio de seus depoimentos, prestados em juízo, nas audiências de instrução e julgamento”²⁶³. Tanto o juiz, quanto as partes, por meio de seus advogados, podem fazer perguntas diretas às testemunhas, cujas respostas devem ser documentadas por escrito ou por meio eletrônico.

Contradita é a forma de arguir a incapacidade, o impedimento ou a suspeição de certa testemunha arrolada pela parte contrária.

A inspeção judicial consiste em exame, reconhecimento ou verificação pessoal pelo juiz

Art. 112. Quando, na votação de questão global indecomponível, ou de questões ou parcelas distintas, se formarem duas opiniões, sem que nenhuma alcance a maioria exigida, ressalvados casos de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, prevalecerá a média dos votos ou o voto médio.

Art. 113. Se os votos de todos os julgadores forem divergentes quanto à conclusão, o presidente, cindindo o julgamento em partes, submeterá toda a matéria a nova apreciação.

Art. 114. Os julgadores poderão modificar o voto até a proclamação do resultado final”. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Resolução do Tribunal Pleno n.º 0003, de 26 de julho de 2012*. Regimento Interno).

²⁵⁸COSTA, José Rubens. *Tratado do processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Juarez de Oliveira, 2003, p. 27.

²⁵⁹Conforme leciona Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, “*ponto* é o fundamento da pretensão ou da defesa que surge indubitado ou incontroverso no processo. Quando as partes estabelecem discussão (controvérsia) em torno do *ponto*, este se converte em *questão*” (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 174).

²⁶⁰DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V. 2. 17. ed. Salvador: JusPodium, 2015, p. 149.

²⁶¹MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 194.

²⁶²DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V. 2. 17. ed. Salvador: JusPodium, 2015, p. 239.

²⁶³BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Manual de processo civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 438.

de um fato relevante ao processo. “Deliberando o juiz, de ofício ou a pedido de qualquer das partes, que seja realizada a inspeção, ele se dirigirá ao local com o escrivão da causa, as partes, e, se achar necessário, com oficial de justiça”²⁶⁴.

A conciliação é uma das espécies de autocomposição, na qual o litígio é solucionado mediante concessões mútuas. Também são espécies de autocomposição, a submissão e a renúncia. Na primeira, uma das partes reconhece a procedência do pedido, sendo que, na segunda, abdica-se da pretensão deduzida²⁶⁵. A conciliação insere-se dentre os meios alternativos de solução dos conflitos, demonstrando a nítida intenção do legislador de criar formas de solução mais rápidas dos conflitos de interesses. O tema será abordado com maior profundidade quando se tratar da oralidade como procedimento por audiências. O que importa, por ora, é ressaltar que as partes, em audiência, poderão chegar à composição amigável do litígio de foram oral, debatendo direta e pessoalmente com seu *ex adverso* e com a participação do magistrado.

Os debates consistem nas alegações finais apresentadas pelas partes e ocorrem após o término da colheita da prova em audiência²⁶⁶. Nas alegações finais, além de se ressaltarem as informações fundamentais trazidas pelas testemunhas e pela parte contrária, deve-se fazer breves apontamentos sobre as demais provas colhidas no curso do procedimento, bem como das principais razões fáticas e jurídicas.

A sentença é “o ato judicial pelo qual o juiz encerra o debate travado pelas partes e decide as questões discutidas no processo”²⁶⁷. Esse ato jurisdicional decisório que encerra uma fase do procedimento pode ser proferido após os debates ou no prazo de 30 dias²⁶⁸.

A sustentação oral consiste na possibilidade concedida à parte, por intermédio do seu advogado ou defensor público, de expor oralmente as razões do seu recurso ou as suas contrarrazões ao recurso da parte adversária, no dia do julgamento, e perante o órgão colegiado

²⁶⁴MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 234.

²⁶⁵DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V. 1. 17. ed. Salvador: JusPodium, 2015, p. 165.

²⁶⁶“Art. 364. Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e do réu, bem como ao membro do Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez) minutos, a critério do juiz.

§1º Havendo litisconsorte ou terceiro interveniente, o prazo, que formará com o da prorrogação um só todo, dividir-se-á entre os do mesmo grupo, se não convencionarem de modo diverso.

§2º Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por razões finais escritas, que serão apresentadas pelo autor e pelo réu, bem como pelo Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, em prazos sucessivos de 15 (quinze) dias, assegurada vista dos autos.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

²⁶⁷BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Manual de processo civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 451.

²⁶⁸“Art. 366. Encerrado o debate ou oferecidas as razões finais, o juiz proferirá sentença em audiência ou no prazo de 30 (trinta) dias.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

jugador.

Por outro lado e em regra, a decisão proferida pelos órgãos jurisdicionais colegiados recebem o nome de acórdão, com a ressalva daquelas proferidas monocraticamente²⁶⁹. Trata-se de uma decisão diferente daquelas proferidas pelo juízo de primeiro grau de Jurisdição, na medida em que esta é elaborada por apenas uma pessoa, enquanto o acórdão é composto, em um de seus elementos, pelo entendimento de três ou mais julgadores²⁷⁰. Cada um desses julgadores manifestará seu posicionamento por meio de seu voto, e esses votos compõem o acórdão²⁷¹.

Como procedimento que preconiza a verbalização na prática de atos do procedimento, pode-se citar aquele previsto pela Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, que trata dos Juizados Especiais²⁷².

Como ressaltado, a oralidade, enquanto forma de se realizarem atos do procedimento, é elemento integrante tanto da oralidade como princípio, quanto da oralidade como procedimento

²⁶⁹Ressalvada a possibilidade contida nos artigos 932 e 1.011 do Código de Processo Civil, em que o relator pode decidir monocraticamente, senão vejamos:

“Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

III – não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

IV – negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V – depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

Art. 1.011. Recebido o recurso de apelação no tribunal e distribuído imediatamente, o relator:

I – decidi-lo-á monocraticamente apenas nas hipóteses do art. 932, incisos III a V;

[...]” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

²⁷⁰Art. 942 do Código de Processo Civil: “Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

²⁷¹Art. 941 do Código de Processo Civil: “Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

²⁷²“Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.” (BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 set. 1995).

por audiências. Nessa medida, como a prática oral de atos será feita com a presença dos sujeitos do processo, surgirá o ambiente propício para a construção e desconstrução do viés cognitivo, como se verá no Capítulo 4. Todos estão tentando convencer uns aos outros, adotando, muitas vezes, ideias pré-fabricadas sobre o que é certo ou errado, não percebendo que a persuasão ocorre, muitas vezes, de modo completamente irracional, já que vem acompanhado de outros componentes, tais como expressões faciais, gestos, tons de voz, e que completam, modificam ou reforçam o que se está falando. Além disso, quando se fala, qualquer dúvida na compreensão do que se fala pode ser esclarecida imediatamente, facilitando e agilizando o entendimento.

3.4 Oralidade como princípio

O ordenamento jurídico, composto de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais vigentes durante determinado período e em certo território, representa uma demonstração de soberania e do poder político de um Estado. Tais normas se subdividem em regras e princípios, apresentando-se, essa distinção e a aplicação dos princípios jurídicos, como assuntos que invadiram a literatura jurídica. É inquestionável o destaque atingido pelos princípios, nos dias atuais, no que se refere ao aspecto interpretativo, integrativo, como fundamento e alicerce das regras e do próprio sistema jurídico-constitucional.

Grande parte da doutrina define a oralidade como um princípio, sem, contudo, trazer maiores explicações sobre o tema e sem justificar essa escolha. Os doutrinadores não fazem distinção entre a oralidade como uma forma de se praticarem atos processuais, a oralidade como princípio e a oralidade como procedimento por audiência.

Para que seja feita uma análise mais precisa da oralidade como princípio, imperioso trazer o delineamento teórico sobre o que sejam os princípios, diferenciando-os das regras, na medida em que não se trata de tema pacífico. O fato da diferenciação entre os dois tipos de normas não ser recente não implica necessariamente na concordância entre os autores, muito pelo contrário, trata-se de um assunto polêmico. Diversos foram aqueles que se debruçaram sobre o tema, podendo ser citados Robert Alexy, Joseph Raz, Humberto Ávila, Ronald Dworkin, Jossef Esser, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, Joaquim Gomes Canotilho, entre outros.

Além disso, tendo em vista que se entende que a oralidade não seria enquadrada como um princípio, mas como uma técnica procedimental, será feita uma caracterização do que seja técnica. No entanto, não será feita abordagem mais profunda sobre princípios e sobre técnica, na medida em que não se trata do objetivo principal do presente trabalho.

3.4.1 Princípios

Vale destacar a concepção de Dworkin, por ser um grande nome, no que diz respeito ao estudo dos princípios de Direito. Seu pensamento é difundido e citado por inúmeros outros doutrinadores de renome²⁷³.

Para Dworkin, quando se raciocina ou se debate a respeito de direitos e obrigações jurídicas, recorre-se a determinados padrões que não são regras, mas princípios, políticas e outros tipos de padrões²⁷⁴. O autor utiliza a expressão *princípios*, de maneira genérica, diferenciando-os das regras. Além disso, a expressão princípios foi utilizada com distinção de *políticas*, de modo que o termo política seria um tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, e princípio seria “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”²⁷⁵.

Ao tratarem dos vieses cognitivos, Nunes, Lud e Pedron também trazem o pensamento de Dworkin:

Para contrapor a tese da redução do direito a um sistema de regras, bem com a afirmação de que existem lacunas do sistema jurídico, Dworkin afirmará que, para além das regras, dois outros padrões de normas existem (os princípios e as diretrizes políticas). Como já aclarado, essa separação em três espécies de normas não se apoia em uma distinção estrutural ou morfológica, ou seja, é uma questão lógico-argumentativa, pois no debate é que podemos entender se o que se está sendo invocado representa uma regra, um princípio ou uma diretriz política. Logo, não é possível, “a priori”, fazer uma tabela com o conjunto de normas, para se dizer o que é uma ou outra coisa.

[...]

Ora, uma vez que Dworkin reconhece a existência de princípios que podem prover soluções para os litígios, ele nega uma das teses básicas do positivismo jurídico que é, como dissemos, a existência de lacunas normativas que autorizam o magistrado a agir discricionariamente ao criar uma norma, e aplicá-la retroativamente.

[...]

O debate sobre a fixação de uma diretriz política tem que ser exercido de forma mais abrangente para incluir um número maior de participantes, levando em conta os diferentes interesses antagônicos e, por isso, somente pode ser tomada no interior de um processo legislativo.

Já a decisão baseada por princípios, faz uso da história institucional daquela comunidade e coloca, ao mesmo tempo, limite e condição de possibilidade de

²⁷³CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.159-1.161; BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 139; NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 26-27.

²⁷⁴DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-36.

²⁷⁵DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-36.

construção de uma decisão democrática.²⁷⁶

Dworkin afirma que a diferença entre os dois tipos de norma é de natureza lógica, de modo que, mesmo que princípios e regras apontem para decisões de casos específicos, existe uma diferença quanto à natureza da orientação, não podendo ser desconsiderado que, às vezes, as regras e os princípios desempenham “papéis bastante semelhantes”, sendo a diferença apenas uma questão de forma²⁷⁷. As regras “são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”, na medida em que contribuem ou não para decisão do caso concreto, ou seja, são funcionalmente importantes ou desimportantes²⁷⁸.

Tendo em vista essas características, e, no caso de conflito, uma das regras deve prevalecer sobre a outra, devendo, o próprio sistema, por meio de outras regras, regulamentar a solução. Também pode ocorrer que o sistema dê preferência àquela regra que esteja sustentada por um princípio mais importante²⁷⁹.

De forma diversa, os princípios “não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”, possuindo uma dimensão de peso ou importância e uma força relativa, o que não ocorre com as regras²⁸⁰. Ou seja, os princípios não “prescrevem resultados”, mas orientam “a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva”²⁸¹.

Sobre a diferenciação feita por Dworkin entre regras e princípios, Galuppo afirma que:

Ao contrário das regras, que se aplicam de uma maneira “ou tudo ou nada (in an all-or-nothing fashion)” (Dworkin, 1978: 24), e que portanto comportam exceções enumeráveis previamente à sua aplicação (Dworkin, 1978: 25), os princípios comportam exceções à sua aplicação que não podem ser enumeradas previamente à hipótese concreta de sua incidência (Dworkin, 1978: 25), porque qualquer outro princípio pode, abstratamente, representar uma exceção à aplicação de um princípio. Ao contrário de Alexy, o que Dworkin está dizendo é que não se trata de imaginar uma ponderação, ou seja, imaginar-se um conflito resolvido pela aplicação de um e não aplicação de outro princípio, orientada pela hierarquização dos mesmos, mas de se imaginar que os princípios são normas que se excepcionam reciprocamente nos casos concretos, vez que não podem, muitas vezes, ser contemporaneamente aplicados.

²⁷⁶NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 276-277.

²⁷⁷DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39 e 44.

²⁷⁸DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-36 e 43.

²⁷⁹DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43.

²⁸⁰DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40-42.

²⁸¹DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 57.

É claro que um princípio só pode excepcionar a aplicação de outro quando isso for suficientemente fundamentado de um ponto de vista discursivo. Mas efetivamente os discursos de aplicação podem apresentar tal fundamentação.²⁸²

Ressalte-se que, para Dworkin, mesmos quando se está certo da existência de alguma obrigação, não se é capaz de explicar satisfatoriamente o seu fundamento, senão quando se identificam os princípios que se está seguindo, de modo que se possa averiguar se são suficientes ou se está-se aplicando-os de maneira correta àquela hipótese²⁸³. Nessa medida, os princípios, “nas questões judiciais mais difíceis”, “desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões”²⁸⁴.

Traço fundamental da teoria de Dworkin é a pressuposição da integridade do direito. Galuppo afirma que o conceito de integridade está “ligado às razões que constituem o substrato das normas jurídicas (Dworkin, 1986: 222) e se conecta diretamente com os conceitos de justiça, de imparcialidade (Fairness) e de igualdade”. Segundo Galuppo, o que garante a integridade do sistema jurídico é a existência de uma resposta correta a todos os casos²⁸⁵.

Sobre a integridade do direito, citem-se os ensinamentos de Dworkin:

Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido.

[...]

O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade - e como origem - das interpretações mais detalhadas que recomenda.²⁸⁶

Para Dworkin, a integridade promove a união da vida moral e política dos cidadãos e é importante para a proteção contra a parcialidade, a fraude, o favoritismo, o revanchismo e outras formas de corrupção. Além disso, com a integridade do direito, ocorre a rejeição da questão relacionada ao descobrimento ou à invenção do direito pelos juízes, sendo considerado que os

²⁸²GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 143, p. 191-210, jul./set. 1999, p. 199.

²⁸³DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 24-25.

²⁸⁴DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 46.

²⁸⁵GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 143, p. 191-210, jul./set. 1999, p. 198.

²⁸⁶DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 213, 273 e 305.

magistrados fazem as duas coisas e nenhuma delas. Nessa medida, os magistrados que aceitam a integridade do direito decidem buscando encontrar, em um conjunto coerente de princípios, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade²⁸⁷.

Pedron, ao tratar da teoria da integridade do direito de Dworkin, afirma que:

Resumindo a tese: a integridade nega que as manifestações do Direito sejam meros relatos factuais voltados para o passado, como quer o convencionalismo; ou programas instrumentais voltados para o futuro, como pretende o pragmatismo. Para o Direito como integridade, as afirmações jurídicas são, ao mesmo tempo, posições interpretativas voltadas tanto para o passado quanto para o futuro.²⁸⁸

3.4.2 Oralidade como princípio

A oralidade, segundo Madeira, “é um princípio jurídico regente do procedimento, traduzindo-se na necessidade de, em determinadas etapas do procedimento e conforme previsto pela lei, assegurar-se às partes e aos seus advogados o direito de expor seus argumentos de forma oral”²⁸⁹.

A oralidade como princípio se caracteriza pela presença de outros *princípios* ou *subprincípios* que lhe são conexos. Segundo Chiovenda, para a diferenciação entre um procedimento oral e outros, deve-se analisar a aplicação do princípio da oralidade, com a formulação de argumentos em audiência, bem como o emprego da imediação, da identidade física do juiz e da concentração. Chiovenda afirma que “num processo informado por esses **princípios**, sinteticamente denominado processo *oral*, predomina com fundamental importância a audiência, de pouca ou nenhuma importância, entretanto, no processo escrito [...]”²⁹⁰. Vejamos as palavras de Chiovenda:

O mesmo nome de *oralidade*, adotado pela necessidade de exprimir por uma fórmula simples e representativa um complexo de idéias e de caracteres, pode gerar equívocos, se não se analisarem os princípios distintos, conquanto intimamente associados entre si, que se encerram nessa fórmula e imprimem ao processo oral seu aspecto particular.²⁹¹

²⁸⁷DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 228, 230, 271.

²⁸⁸PEDRON, Flávio Quinaud. A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construtiva do direito. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n. 47, p. 127-137, out./dez. 2009.

²⁸⁹MADEIRA, Dhenis Cruz. Técnica de argumentação oral em audiência. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias, SOARES, Carlos Henrique (Coords.). *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. Cap IX, p. 211.

²⁹⁰CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 1. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 74-75.

²⁹¹CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 61.

Nota-se daí que, para a caracterização da oralidade, segundo o autor, é preciso não apenas que os atos processuais sejam praticados de forma verbalizada em audiência, mas que estejam presentes, a identidade física do juiz, a imediação e a concentração.

Ocorre que a doutrina não é unânime no que se refere aos subprincípios caracterizadores da oralidade. Para Guedes, “são todos, imediatidade, concentração, identidade física do juiz e irrecorribilidade em separado das interlocutórias, princípios correlatos ao princípio da oralidade, ou consectários, segundo abalizada doutrina”²⁹².

Por outro lado, Oliveira Júnior entende no sentido de que, para a caracterização da oralidade, é necessária a presença conjunta do “quinteto da oralidade”, ou seja: a prevalência da palavra falada, a imediação, a permanência subjetiva do juiz na condução do processo, a concentração e a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias²⁹³.

3.4.2.1 Imediatidade ou imediação

A imediatidade ou imediação está relacionada à presença física direta do juiz no tramitar do procedimento e, principalmente, no momento de se produzirem provas em audiência, pressupondo o contato direto do julgador com as partes, as testemunhas, os advogados e os peritos. Pretende-se, com isso, que a decisão seja baseada na prova colhida e na observação dos elementos ocorridos na audiência. Guedes define a imediatidade ou imediação da seguinte forma:

*O princípio da imediação ou da imediatidade está ligado diretamente ao princípio da oralidade, tendo por finalidade, diversamente dos demais que se seguirão, aproximar o julgador da prova, provenha essa prova das declarações das partes, das declarações de testemunhas ou mesmo da observação de coisas ou pessoas, facilitando o conhecimento sobre o fato *probandi*, regra manifesta no dispositivo sobre a coleta direta e pessoal da prova em audiência (art. 446).²⁹⁴*

Para Marques, “consiste o princípio da imediatidade em obrigar o contato direto do juiz com as partes e as provas, para assim, receber, também de maneira direta, o material e elementos instrutivos em que se baseará para julgar”²⁹⁵. Essa relação de proximidade entre o julgador e as provas produzidas também é analisada por Demercian, para quem “a imediação é a

²⁹²GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 56.

²⁹³OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. *O princípio da oralidade no processo civil*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011, p. 170.

²⁹⁴GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 57.

²⁹⁵MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 380-381.

característica que representa com maior fidelidade o processo oral. E não seria exagerado afirmar-se que essa regra é o próprio núcleo desse sistema”²⁹⁶.

Por sua vez, de forma precisa, Rodríguez entende que “o termo imediatismo expressa convencionalmente proximidade ou contiguidade a algo, proximidade física a um objeto material que é suscetível de se tornar um método de conhecimento e interação com o objeto em questão”²⁹⁷ (tradução nossa). Parte-se do entendimento de que a decisão baseada em elementos colhidos diretamente acarretará confiabilidade maior do que aquela obtida por qualquer outro meio²⁹⁸.

A oitiva direta da prova oral produzida em audiência pelo juiz é um dos eixos estruturais da própria oralidade, fazendo com que o julgador saia da posição inerte de mero ouvinte e passe a ter a importante função de atuante na produção das provas. O órgão jurisdicional deve estar em contato direto com todos os atos produzidos no curso do procedimento e que são relevantes para a análise do objeto litigioso, incluindo tanto as alegações, quanto os atos probatórios. Com efeito, trata-se de uma postura participativa, que pressupõe comunhão de trabalho para que se alcance, democraticamente, solução para a controvérsia. Segundo Iura:

O legítimo valor da imediação no contato entre juiz, partes e testemunhas está na possibilidade de interação imediata do juiz com os depoentes, e a imprevisibilidade das perguntas que poderão ser formuladas. Isto porque, a imediação dificulta a construção de relatos falsos, mas coerentes, pois tolhe a possibilidade de o depoente refletir sobre todas as imbricações da falsa assertiva.²⁹⁹

De acordo com Chiovenda:

Quer o princípio imediação que o juiz, a quem caiba proferir a sentença, haja assistido ao desenvolvimento das provas, das quais tenha de extrair seu convencimento, ou seja, que haja estabelecido contato direto com as partes, com as testemunhas, com os peritos e com os objetos do processo, de modo que possa apreciar as declarações de tais pessoas e as condições do lugar, e outras, baseado na impressão imediata, que delas teve, e não em informações de outro.³⁰⁰

²⁹⁶DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A oralidade no processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 56.

²⁹⁷El vocablo inmediateción expresa convencionalmente proximidad o contigüidad a algo, cercanía física a un objeto material que es susceptible de convertirse en un método de conocimiento e interacción con el objeto de que se trate (RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezado. Aproximación de la teoría general sobre el principio de inmediateción procesal. De la comprensión de su transcendencia a la expansión del concepto. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 317).

²⁹⁸RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezado. Aproximación de la teoría general sobre el principio de inmediateción procesal. De la comprensión de su transcendencia a la expansión del concepto. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 320.

²⁹⁹IURA, Alexandre Miura. *Oralidade e escrita no processo civil*. 2012. 142 f. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 125.

³⁰⁰CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 1. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas:

Nesse mesmo sentido é o posicionamento de Morato:

Este segundo requisito, da **immediatezza** como dizem os italianos, da **immediatidade** como podemos traduzir em vernáculo clássico, consiste em fazer o juiz assistir a produção das provas donde tirar sua convicção, isto é, entrar em relações directas com as testemunhas, peritos e objectos do juízo, de modo a colher de tudo uma impressão immediata e pessoal; principio que está intimamente ligado á oralidade, por que só no procedimento oral póde ser plena e efficacizmente applicado.³⁰¹

A imediação, para a maioria da doutrina, está vinculada ao aproveitamento das impressões pessoais obtidas pelo magistrado. Para Oliveira Júnior, “a testemunha vale não só pelo que diz, mas também pelo modo que diz. Esta deve ser valorada em todos os seus elementos, no tom de sua voz, na firmeza e desembaraço com que fala, na sua expressão corporal, etc”³⁰². Já Cappelletti afirma que “este método implica uma renovada confiança no homem e, conseqüentemente, naquilo em que estamos particularmente interessados, no juiz-homem, na sua capacidade de observação objetiva e de análise serena e imparcial dos dados observados”³⁰³ (tradução nossa).

Sob outro ângulo, Rodríguez expõe os vários aspectos da imediação, que se manifestam segundo se tome como ponto de referência o objeto da ação, os sujeitos ou os atos do procedimento, individualmente ou de forma combinada³⁰⁴. Segundo o autor:

Nesse duplo sentido, considera-se um princípio relacionado às relações entre o juiz ou tribunal e o objeto do processo, ou como uma imposição ao juiz de estar em contato imediato com os demais sujeitos envolvidos no processo, com os atos da parte; ou, integrando algumas das configurações anteriores, como uma regra que coloca em conexão com o corpo decisório com a finalidade do caso e os assuntos processuais, ou com as partes e as provas; ou incluindo todas essas perspectivas, o contato permanente do juiz com todos os elementos do processo capazes de formar sua convicção, seja subjetiva ou objetiva³⁰⁵ (tradução nossa).

Bookseller, 1998, p. 65.

³⁰¹MORATO, Francisco. A oralidade. *Revista Forense*, Maio, 1938, p. 144.

³⁰²OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. *O princípio da oralidade no processo civil*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011, p. 183.

³⁰³Este método implica una renovada confianza en el hombre, y por consiguiente, por lo que aquí particularmente nos interesa, en el hombre-juiz, en sus capacidades de objetiva observación y de sereno e imparcial análisis de los dados obseados (CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 94).

³⁰⁴RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezu. Aproximación de la teoría general sobre el principio de intermediación procesal. De la comprensión de su transcendencia a la expansión del concepto. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 317.

³⁰⁵En este doble sentido, se le considera un principio atinente a las relaciones entre el juez o tribunal sentenciador y el objeto del proceso, o como una imposición al juzgador de hallarse em contacto inmediato com los demás sujetos que intervienen em el proceso, com los actos de parte; o, integrando algunas de las anteriores configuraciones, como regla que pone en conexión al órgano decisor com el objeto de la causa y los sujetos procesales, o com las partes y las pruebas; o comprendiendo todas essas perspectivas, como el contato permanente del juez com todos los elementos del proceso aptos para formar su convicción, ya fueran subjetivos, ya objetivos (RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezu. Aproximación de la teoría general sobre el principio de intermediación procesal.

Saliente-se, por oportuno, que, não obstante a necessidade do juiz participar da oitiva da prova produzida em audiência, em observância ao policentrismo processual e à participação, entende-se que não é mais possível relacionar a imediação às impressões pessoais do magistrado, se é que isso é possível, por se tratar de postura antidemocrática.

Isso porque a técnica processual exige, no ato de decidir, que o juiz apresente critérios objetivos, visíveis, além de definidos e delimitados pelo ordenamento jurídico. O julgador deve estar vinculado a elementos não subjetivos, de modo que os litigantes possam contar com a mesma segurança, “quer estejam diante de um juiz dotado de inteligência, cultura e sensibilidade invulgares, quer estejam diante de um juiz que não tenha sido agraciado com os mesmos predicados”³⁰⁶. Com efeito, “as decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais, isto é, a partir da consciência psicologista”³⁰⁷. Sobre o assunto, Gonçalves leciona que:

O mais alto grau de racionalidade atingido pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos, que se seguiu à conquista das garantias constitucionais, importa na superação do critério de aplicação da justiça do tipo salomônico, inspirada apenas na sabedoria, no equilíbrio e nas qualidades individuais do julgador³⁰⁸.

Na atualidade, o contraditório não significa apenas ciência bilateral e possibilidade que as partes têm de contrariá-los, mas é compreendido, técnica e cientificamente, como garantia de participação efetiva das partes no desenvolvimento do processo, em seus atos e fases lógicas, a fim de que, em igualdade de condições, possam influenciar no resultado final da controvérsia. As partes devem ter a possibilidade de trazer elementos e participar de discussões sobre quaisquer questões de fato e de direito que surjam nas diversas etapas do itinerário procedimental e que despontem como potencialmente importantes para a solução decisória jurisdicional a ser obtida ao seu final.

As impressões pessoais não são auditáveis pelo contraditório, ficando no íntimo do julgador. Não é possível aos demais sujeitos processuais, nem mesmo às instâncias recursais, argumentarem no sentido de que tais impressões pessoais não correspondem à realidade do que

De la comprensión de su transcendencia a la expansión del concepto. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. Valência: Universitat de València, 2008, p. 317-318).

³⁰⁶GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 38.

³⁰⁷STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p.117.

³⁰⁸GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 37.

se pretende demonstrar. Por exemplo, o tom de voz, a firmeza, a linguagem corporal e a desenvoltura com que uma testemunha fala podem ser interpretadas de diversas maneiras, levando-se em conta o nervosismo, a condição socioeconômica, o medo, dentre outros inúmeros fatores, que também são objeto de interpretação.

Não é possível trazer para a decisão tais impressões, mesmo que as provas sejam gravadas, tratando-se de subjetivismo que não pode ser aceito em um processo democrático, por ser impossível de se fazer contraprova, ferindo, assim, a ampla defesa e o contraditório. O contraditório assegura às partes o direito de um conhecimento real e adequado de todos os atos do procedimento, de modo a se inteirarem de tudo o que possa interferir no exercício da defesa de seus direitos, implicando também na garantia de se defenderem de forma profícua, trazendo argumentos de fato e de direito aptos a influir na solução da controvérsia, utilizando-se de todos os recursos disponíveis, bem como dos meios de prova cabíveis e relevantes.

Iura entende que, “se prevalecer a tese segundo a qual o juiz tem esta capacidade de determinar a fidedignidade do depoimento pela observação da linguagem corporal e do modo de falar do depoente, o julgador que colhesse a prova oral deveria fazer tais peculiaridades constarem dos autos”³⁰⁹. Esse entendimento, com exceção das audiências gravadas, seria fator de delongas das audiências de instrução e julgamento, com a obrigatoriedade de se constarem todas as observações pessoais do juiz sobre a descrição do comportamento das testemunhas e eventuais questionamentos das partes. Ainda sobre o assunto, novamente são importantes os apontamentos de Iura:

Deveras, deve-se reconhecer que a linguagem corporal e a capacidade da testemunha de responder prontamente sem reticências são critérios de duvidosa confiabilidade e cientificidade. Para o homem simples, estar numa sala de audiências diante de juiz e advogados é um fato que escapa completamente ao seu cotidiano, de modo que o nervosismo e a dificuldade em articular as respostas às perguntas que lhe foram formuladas é uma reação perfeitamente compreensível, ainda que seja totalmente genuíno o seu depoimento. De outra banda, algumas pessoas possuem o controle emocional e a velocidade de raciocínio necessário para fornecer respostas falsas de forma rápida e calma.

A rigor, tem se questionado até mesmo a confiabilidade da análise realizada por técnicos especializados com o auxílio de polígrafos – equipamentos desenvolvidos para monitorar respostas fisiológicas do corpo humano, tais como ritmo cardíaco, pressão sanguínea, ritmo respiratório, e a temperatura corporal, e que serviriam, em tese, para atestar a validade de respostas. Segundo pesquisa realizada pelo *Office of Technology Assessment* do Congresso norte-americano, em determinadas circunstâncias extremas, o índice de acerto do polígrafo não supera 57,9%, de modo que ainda que o instrumento possa ser útil na área militar e de segurança nacional, a

³⁰⁹IURA, Alexandre Miura. *Oralidade e escrita no processo civil*. 2012. 142 f. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 121-124.

sua utilidade como prova judicial pode ser questionada.³¹⁰

Ou seja, de acordo com a análise dos dados acima expostos, nem mesmo técnicos devidamente treinados, com equipamentos apropriados, e criados com a finalidade específica de apuração da verdade da afirmação possuem grau elevado de acerto em seus resultados. Por uma razão maior, não se poderia impor ao magistrado que não recebeu algum treinamento ou contou com a ajuda de algum aparelho o dever de pressentir a verdade dos dizeres das partes ou testemunhas. Taruffo também entende que se deve excluir o entendimento de que o contato imediato do juiz com a testemunha “possa levar a uma espécie de adivinhação ou de intuição subjetiva sobre se a testemunha disse ou não disse a verdade”³¹¹ (tradução nossa).

Não se desconhece a opinião no sentido de que “a imediação não é elemento único do processo oral e não se efetiva na prática sem os outros elementos do quinteto da oralidade, mormente a concentração e a identidade física do juiz”. Esse pensamento se baseia no fato de que o juiz que vai decidir a causa deve ser o mesmo que tenha “estabelecido relação imediata com as partes, testemunhas e peritos que venham ao juízo”, já que é quem, com base em tal prova oral, “retirou suas impressões imediatas sobre o processo e seu objeto litigioso”³¹².

No entanto, conforme se afirmou, não se pode vincular imediatidade com impressões pessoais do julgador, sob pena de se descaracterizar o processo como democrático.

Não obstante todas as vantagens obtidas com a imediação, não se pode desconsiderar que raramente é realizada uma só audiência por dia pelo juiz, o que faz com que a imediatidade nem sempre seja real. Em procedimentos complexos e demorados, ou mesmo após inúmeras audiências no mesmo dia, o juiz, como qualquer outro ser humano, não é capaz de prestar a mesma atenção em todos ou em muitos detalhes importantes³¹³.

Por fim, ressalte-se que existem exceções à imediação, podendo ser citada a produção da prova testemunhal por meio de carta precatória e rogatória, afastando a colheita direta da prova pelo juiz que decidirá os pedidos e as questões.

³¹⁰IURA, Alexandre Miura. *Oralidade e escrita no processo civil*. 2012. 142 f. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 122-124.

³¹¹At any rate, it has to be excluded that the immediate contact of the trier of fact with the witness may lead to a sort of divination or of subjective intuition about whether the witness told or did not tell the truth (TARUFFO, Michele. *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation*. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. I. Valência: Universitat de València, 2008, p. 197).

³¹²OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. *O princípio da oralidade no processo civil*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011, p. 181.

³¹³FENOLL, Jordi Nieva. The disadvantages of orality. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. Valência: Universitat de València, 2008, p. 472.

3.4.2.2 Concentração

Pelo *princípio* da concentração, busca-se agrupar o máximo de atos processuais em um momento devidamente delimitado. Por meio da concentração, impõe-se o conhecimento e o julgamento dos pedidos e das questões em uma única audiência ou em poucas audiências contíguas. Para Chiovenda, “este princípio da *concentração* é a principal característica *exterior* do processo oral, e a que mais influi na abreviação das lides”³¹⁴. De acordo com citado autor:

À sua vez, ainda este princípio é necessário à aplicação dos precedentes. Efetivamente, quanto mais se acercem da decisão do juiz as atividades processuais, tanto menor é o perigo de que se lhe oblitere a impressão delas e de que o traia a memória; e tanto mais fácil será manter a identidade física passível, num longo período, de mais facilmente mudar, por morte, doença, transferência, promoção, aposentadoria.³¹⁵

Morato também entende que o elemento chamado concentração é a principal característica da oralidade, de modo que, “quanto mais próximos da decisão do juiz são os movimentos processuais, tanto menor é o perigo do desaparecimento das impressões pessoais e dos factos que a memória registra”³¹⁶. Para o autor, a concentração “consiste em apertar o feito em um período breve, reduzindo-o a uma só audiência ou a poucas audiências a curtos intervalos”³¹⁷.

Marques argumenta igualmente que a concentração é crucial para a definição de oralidade, tratando-a “como *conditio sine qua non* do sistema oral”³¹⁸. Já Sotelo afirma que “com a oralidade e o imediatismo a concentração é praticada em um único ato, diante da própria dispersão da escrita”³¹⁹. Sobre o assunto, Guedes traz importantes observações:

Manifesta-se preponderantemente de duas maneiras, reduzindo-se o número de atos processuais ou encurtando o tempo entre os atos (aspecto objetivo) ou ainda pela 'proximidade temporal entre aquilo que o juiz apreendeu com sua observação pessoal, e o momento em que deverá avaliá-lo na sentença. Esse é o elemento decisivo para a preservação das vantagens do princípio' (aspecto subjetivo). Poderá se dizer que um elemento é consequência do outro, mas é perfeitamente possível se pensar em encurtamento temporal entre atos processuais, sem ocorrência do *princípio da*

³¹⁴CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 74-75.

³¹⁵CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 66.

³¹⁶MORATO, Francisco. A oralidade. *Revista Forense*, Maio, 1938, p. 145.

³¹⁷MORATO, Francisco. A oralidade. *Revista Forense*, Maio, 1938, p. 145.

³¹⁸MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 380.

³¹⁹Con la oralidad y la intermediación se practica la concentración en un solo acto, frente a la dispersión propia de la escritura (SOTELO, José Luis Vásquez. La oralidad y en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 262).

imediatidade, o que esmaeceria o elemento subjetivo.³²⁰

Não obstante a sua importância para a caracterização da oralidade, não foi dada a devida relevância à concentração no procedimento comum regido pelo CPC de 2015. A afirmação se justifica pelo fato de terem sido previstas pelo menos três possíveis audiências, quais sejam, a audiência de conciliação, a audiência de saneamento e organização do processo e a audiência de instrução e julgamento.

Além disso, existe uma gama de atos preliminares à realização de qualquer dessas audiências, evidenciando que o curso do procedimento comum pode se alongar consideravelmente no tempo. Com efeito, a fase postulatória é feita toda por escrito, e, salvo algumas exceções, também a fase decisória.

Mesmo na audiência de instrução e julgamento, apesar de previsto, não se aplica, na prática, a inteireza da concentração, na medida em que, raramente, as razões finais orais e a sentença são apresentadas em audiência. Essa diluição do procedimento comum em algumas fases a serem praticadas em momentos esparsos enfraquece demasiadamente a concentração e, via de consequência, a própria oralidade.

Ao que se percebe, toda a doutrina citada relaciona a concentração à redução dos atos do procedimento ao menor tempo possível, buscando-se, com isso, preservar, na mente do julgador, os fatos relevantes ocorridos no curso do procedimento, de modo a não se alterarem as impressões pessoais. Por isso, novamente, faz-se necessário ressaltar que essa postura não se coaduna mais com o paradigma do Estado Democrático de Direito, adotado pela República Federativa do Brasil desde 1988, sendo pertinentes todos os apontamentos feitos quando do estudo da imediatidade (item 3.4.2.1 deste Capítulo).

Lopes entende que o devido processo legal é obedecido por meio da oralidade, evitando-se dilações indevidas e demoras indevidas³²¹. Com efeito, nesse particular, a concentração certamente é importante para a efetividade do processo e da eficiência da Jurisdição, propiciando que os atos sejam realizados de forma reunida em um único momento, acarretando a celeridade. Isso não significa que deva ser utilizada como uma forma de preservação de impressões pessoais do magistrado.

Nessa medida, propõe-se uma releitura da concentração para afastar, assim como na

³²⁰GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 63.

³²¹LOPES, María Luisa Escalada. La oralidad: de principio del procedimiento a instrumento viabilizador del (devido) processo. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. Valência: Universitat de València, 2008, p. 363.

imediação, o elemento subjetivo para a sua caracterização, sob pena de afronta ao contraditório, à ampla defesa e ao Estado Democrático de Direito.

3.4.2.3 Identidade física do juiz

O princípio da identidade física do juiz determina que o magistrado que presidiu e encerrou a instrução processual fique vinculado ao processo, de modo a se tornar obrigado a proferir a sentença. Para Silva, “de todos esses elementos, o que oferece, em tese, dificuldade na aplicação do princípio, está na chamada 'identidade física do juiz', que originalmente, correspondia na certeza de que o mesmo juiz que despachasse a inicial e instrísse o processo, fosse o autor da sentença”³²².

Parte-se da crença de que o juiz que colheu as provas tem melhores condições de julgar. Chiovenda entende que “a impressão recebida pelo juiz que assiste a um ou mais atos não se pode transfundir no outro que tenha de julgar, mas somente se lhe poderia transmitir por meio da escrita, e, em tal hipótese, o processo, que seria oral em relação ao juiz instrutor, seria escrito relativamente ao julgador”³²³.

Para Guedes, “é conceituado sinteticamente como o princípio que impõe que profira a decisão (sentença) o juiz que colheu a prova oral em audiência. [...] Este princípio é nominado por alguns doutrinadores como da *identidade do juiz na instrução* e por outros como *aquele que vincula o juiz da instrução ao ato sentencial*”³²⁴.

Não se pode deixar de consignar que Rodríguez entende que a identidade física do juiz seria, na verdade, a aplicação da imediação em sentido estrito³²⁵. Segundo o autor:

A questão é apoiada pela literalidade da Exposição de Motivos da LEC, que diferencia entre imediatismo em um sentido amplo, a presença judicial; e imediatismo em um sentido estrito, a obrigação de ditar a sentença pelos "Juizes e magistrados que presenciaram a colheita da prova em audiência". Esta última norma teria sua fundamentação jurídica correlata em diferentes preceitos, onde está disposto que somente as causas dos membros do órgão jurisdicional que assistiram à audiência ou julgamento, << mesmo depois de terem deixado aqueles para exercer suas funções no

³²²SILVA, José de Anchieta. O princípio da oralidade – pela valorização do princípio da oralidade no projeto de novo Código de Processo Civil. In: ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (Coords.). *O futuro do Processo Civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 302-303.

³²³CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 1. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 65.

³²⁴GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 68.

³²⁵RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. Aproximación de la teoría general sobre el principio de inmediateción procesal. De la comprensión de su transcendencia a la expansión del concepto. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 322.

tribunal >> (artigo 194.1 LEC), na medida em que a substituição do juiz ou de qualquer dos membros do tribunal determinaria a necessidade de repetir a audiência (artigo 200 LEC)³²⁶ (tradução nossa).

No entanto, entende-se tratarem-se de elementos distintos, de modo que a identidade física do juiz está ligada à vinculação do magistrado que ouviu a prova oral, ao dever de proferir a sentença.

A identidade física do juiz seria consectário lógico dos dois primeiros *principios*, de modo que a “oralidade e a imediatidade seriam frustaneas si os actos processuaes se desenvolvessem perante juizos diversos”³²⁷.

Parte-se, assim, de uma pressuposição de que o magistrado que concluiu a instrução processual compreende melhor o conjunto probatório colhido no decorrer do procedimento.

Por outro lado, percebe-se que paulatinamente a identidade física do juiz foi sendo enfraquecida no ordenamento pátrio, resultando na sua abolição, porque o CPC de 1939 era rígido no que se referia à identidade física do juiz, determinando que o juiz que concluísse a audiência deveria ser o mesmo que sentenciaria, mesmo nas hipóteses de transferência, promoção e aposentadoria, salvo quando a aposentadoria se desse por absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo³²⁸.

Essa situação foi abrandada no CPC de 1973, que previu que o “juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor”³²⁹.

³²⁶El interrogante viene respaldado por la literalidad de la Exposición de Motivos de la LEC, donde se diferencia entre intermediación em sentido amplio, la presencia judicial; e intermediación em sentido estricto, la obligación de dictar sentencia de <<los Jueces y Magistrados que presenciaron la práctica de las pruebas en el juicio o vista>>. Esta última norma tendría su correlativa plasmación legal en preceptos diferentes a los mencionados, donde se dispone que sólo podrán fallar las causas los integrantes del órgano jurisdiccional que hayan asistido a la vista o juicio, <<incluso aunque después hubieran dejado aquéllos de ejercer sus funciones en el tribunal>> (art. 194.1 LEC), hasta el punto que la sustitución del juzgador o de alguno de los miembros del tribunal determinaría la necesidad de repetir la vista (art. 200 LEC) (RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. Aproximación de la teoría general sobre el principio de intermediación procesal. De la comprensión de su transcendencia a la expansión del concepto. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 322).

³²⁷MORATO, Francisco. A oralidade. *Revista Forense*, Maio, 1938, p. 144.

³²⁸Dispunha o art. 120 do CPC de 1939 que:

“Art. 120. O juiz transferido, promovido ou aposentado concluirá o julgamento dos processos cuja instrução houver iniciado em audiência, salvo si o fundamento da aposentação houver sido a absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo.

O juiz substituto, que houver funcionado na instrução do processo em audiência, será o competente para julgá-lo, ainda quando o efetivo tenha reassumido o exercício.” (BRASIL. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, Seção 1, p. 24369, 13 out. 1939).

³²⁹Dispunha o art. 132 do CPC de 1973 que:

“Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar

Por fim, deve ser mencionado que o CPC de 2015 não acolheu o princípio da identidade física do juiz, sendo suprimido o correspondente ao art. 132 do CPC de 1973. Dessa maneira, com o silêncio do CPC de 2015 acerca das hipóteses que autorizam a aplicação do princípio da identidade física do juiz, entende-se que o legislador primou por sua exclusão do sistema processual civil.

Constata-se, assim, que, por opção legal (critério de política legislativa), considerou-se desnecessário estabelecer uma vinculação do juiz que finalizou a instrução com aquele que proferirá a decisão. Com todo o respeito que merecem as opiniões em contrário, e firme nas opiniões já expostas no neste Capítulo, item 3.4.2.1, entende-se que foi acertada a decisão legislativa de não mais adotar a identidade física do juiz.

Dentro de um viés democrático, que pressupõe a desvinculação de subjetivismos no momento de se decidir, não mais se justifica, a vinculação do juiz instrutor da causa com a decisão, que deverá ser baseada em critérios, provas e argumentos objetivos existentes dentro do processo, e não em opiniões pessoais não controláveis pelo contraditório. A identidade física do juiz não é um elemento essencial nos procedimentos civis, de modo que a sua falta não acarreta alguma ofensa ao devido processo legal e ao texto constitucional.

Além disso, diversas outras provas também importantes, como a pericial e a documental, são produzidas sem a presença do juiz. Não existe hierarquia entre os meios de prova, de modo que deva existir uma primazia entre qualquer delas para vincular o decisor. Dar mais valor, em abstrato, a qualquer desses elementos de prova poderia importar, mesmo que não expressa ou intensamente, ao retorno a algumas características das provas tarifárias.

Ademais, diversas decisões importantes, como as que apreciam os pedidos de tutela provisória, são baseadas em provas documentais, sem que sua apreciação vincule o juiz. Nas provas documentais ou periciais, o magistrado não participa da sua realização, o que não se torna menos importante. É de ser ressaltado também que inúmeros pedidos são decididos sem a produção de provas orais, de modo que inexistente vinculação de qualquer juiz que atuou em tais processos com a prova colhida.

3.4.2.4 Irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias

O princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias determina que os recursos interpostos contra essas decisões não suspendam o curso do procedimento, sendo

repetir as provas já produzidas. (Incluído pela Lei nº 8.637, de 31.3.1993)” (BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973).

mantida a concentração. De acordo com Guedes, de todos, “é o que tem menor aplicação, efetividade e importância”³³⁰. Para o autor, “em associação com o *princípio da concentração*, objetiva também evitar o excessivo truncamento do processo, pelas constantes interrupções ocasionadas pela interposição dos recursos que postergam a decisão”³³¹.

Para Morato, “este último requisito da irrecorribilidade das interlocutorias tende por igual a assegurar a actuação dos primeiros, impedindo que os julgamentos se dilatam, concentrando a causa e abreviando o tempo para sua decisão”³³².

No processo civil brasileiro, não existe uma exata irrecorribilidade das decisões interlocutórias, em vista de serem diversas delas passíveis de agravo de instrumento. O CPC de 2015 traz, no art. 1.015, o rol das decisões passíveis de serem impugnadas por agravo de instrumento³³³.

A irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias traz um nivelamento, no que se refere ao recurso, entre as questões preliminares e o mérito, pois quaisquer desses pontos somente seriam recorríveis após o juiz ter proferido a sentença, fazendo com que todas as matérias impugnáveis assim o sejam apenas por meio de apelação.

3.4.3 Técnica

A técnica está relacionada com a racionalidade da forma e do saber agir, de modo a se

³³⁰GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 72.

³³¹GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 73.

³³²MORATO, Francisco. A oralidade. *Revista Forense*, Maio, 1938, p. 145.

³³³Dispõe o CPC de 2015 que:

“Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I – tutelas provisórias;

II – mérito do processo;

III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV – incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V – rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI – exibição ou posse de documento ou coisa;

VII – exclusão de litisconsorte;

VIII – rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX – admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X – concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI – redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o;

XII – (VETADO);

XIII – outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015.

conseguir obter os resultados desejados. Técnica, de acordo com Gonçalves, é o “conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades”³³⁴.

Para André Lalande, segundo Gonçalves, a palavra *técnica* possui dois sentidos, quais sejam: “conjunto de procedimentos bem definidos e transmissíveis destinados a produzir certos resultados julgados úteis” e “em sentido especial [...] a palavra técnica se diz particularmente dos métodos organizados que se fundam sobre um conhecimento científico correspondente”³³⁵.

Rüdiger entende que “a técnica significa conhecimento e, como tal, é um modo de saber, uma forma de pensamento”, consistindo “no cálculo dos meios adequados à consecução de determinado fim, na sua obtenção calculada”³³⁶. De acordo com Rüdiger, a “técnica significa conhecimento operatório”³³⁷. Assim, a técnica “não seria, em essência, portanto, a atividade que intervém sobre as coisas, mas o saber sobre a forma como elas acontecem, com elas se verificam nesse processo”³³⁸.

A técnica jurídica e a sua aplicação, pelo que se vê, não se destinam a atender a caprichos ou a se tornarem obstáculo para o alcance de determinada finalidade. Pelo contrário, buscam ser uma atividade necessária para que se obtenha determinada resposta. Dessa forma, ainda segundo Gonçalves, o procedimento jurisdicional, como “técnica criada pelo ordenamento jurídico, e trabalhada pela ciência do Direito Processual”, deve “se esmerar em fornecer o melhor instrumental teórico para que o processo se torne a técnica mais idônea possível ao cumprimento de sua finalidade”³³⁹.

A técnica processual busca criar a melhor e mais eficaz estrutura para que a decisão seja proferida de forma legítima, garantindo a ampla participação das partes na defesa de seus direitos, mediante a proteção de todos os direitos e garantias processuais.

Por outro lado, não se pode desconsiderar o alerta de Habermas, no sentido de que “não só a sua aplicação, mas já a própria técnica é dominação metódica, científica, calculada e calculante (sobre a natureza e sobre o homem)”. Para Habermas, “a técnica é, em cada caso,

³³⁴GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 16.

³³⁵GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 16.

³³⁶RÜDIGER, Francisco. *Martin Heidegger e a questão da técnica*. Prospectos acerca do futuro do Homem. Porto Alegre: Sulina, 2006, p. 33 e 78.

³³⁷RÜDIGER, Francisco. *Martin Heidegger e a questão da técnica*. Prospectos acerca do futuro do Homem. Porto Alegre: Sulina, 2006, p. 29.

³³⁸RÜDIGER, Francisco. *Martin Heidegger e a questão da técnica*. Prospectos acerca do futuro do Homem. Porto Alegre: Sulina, 2006, p. 88.

³³⁹GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 28 e 147.

um projecto histórico-social; nele se projecta o que uma sociedade e os interesses nela dominantes pensam fazer com os homens e com as coisas”³⁴⁰. Ainda de acordo com o autor, , “cremos entender por <<técnica>> a disposição cientificamente racionalizada sobre processos objetivados; referimo-nos assim ao sistema em que a investigação e a técnica se encontram com a economia e a administração e são por elas retro-alimentadas”³⁴¹.

3.4.4 Oralidade como técnica

Após a análise do entendimento doutrinário relativo à oralidade, e empreendendo estudos sobre as definições de princípio e técnica, entende-se que a oralidade não se enquadra como princípio, mas como uma técnica procedimental.

A oralidade não possui uma relevância constitutiva, mesmo quando associada a outras normas, não sendo sua causa e justificação. Da mesma maneira, não se verifica, na oralidade, qualquer função interpretativa ou supletiva do sistema, nem tampouco uma função normativa própria, fundamentando, de qualquer modo, o ordenamento jurídico.

Igualmente, não se verifica, na oralidade, a orientação de resultados ou decisões em determinada direção, mesmo de maneira não conclusiva. Percebe-se também que a oralidade não desempenha um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões, notadamente, nas questões judiciais mais difíceis.

Por outro lado, dentro do procedimento, existe uma determinação de quando os atos praticados de forma oral serão obrigatórios ou mesmo permitidos, sendo estabelecidos os momentos em que será utilizada a palavra oral, a concentração dos atos, a imediatidade e a identidade física do juiz. Ou seja, trata-se de forma diretamente ligada à técnica, e não aos princípios.

Com efeito, a técnica, como conjunto de procedimentos definidos e que buscam a produção de resultados úteis, mais se compatibiliza com a oralidade. A determinação da concentração dos atos processuais é feita para momentos específicos e de acordo com a política legislativa, o que leva à conclusão de que pressupõe regras específicas para sua atuação, de modo que restaria afastada a caracterização da oralidade como princípio.

De outra feita, a imediatidade, relativizada com a oitiva de partes e testemunhas por

³⁴⁰HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução de Arthur Morão. Lisboa: Edições 70, 1958, p. 46-47.

³⁴¹HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução de Arthur Morão. Lisboa: Edições 70, 1958, p. 101.

juízos diversos daqueles que decidirão, ou mesmo seu afastamento ou substituição por depoimentos escritos, também descaracteriza a oralidade como princípio.

Além disso, como ressaltado, existem momentos exatos em que devem ser aplicadas e até mesmo suprimidas a identidade física do juiz e a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias. Caso a oralidade fosse realmente um princípio, seus *subprincípios* não poderiam ser afastados, pelo contrário, deveriam ser aplicados em sua inteireza.

Outrossim, o procedimento jurisdicional, com uma técnica criada pelo ordenamento jurídico, prevê especificamente sequência de regras e comportamentos das partes, que podem ser orais ou escritos, concentrados ou não, sempre buscando a produção de um resultado útil. Portanto, entende-se que a oralidade não é um princípio, mas uma técnica procedimental, sendo estabelecidos, dentro do procedimento, os momentos em que serão utilizadas a palavra oral e a imediatidade, bem como outros elementos correlatos, mas não essenciais, como a concentração dos atos e a identidade física do juiz.

3.4.5 Considerações finais sobre o tópico

O ordenamento jurídico, composto de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais vigentes durante determinado período e em certo território, é composto de normas que se subdividem em regras e princípios. Assim, e com base na teoria de Dworkin, as regras são aplicáveis no contexto do tudo ou nada, de modo que sua aplicação ocorrerá apenas se a hipótese de sua incidência for preenchida. Os princípios, por sua vez, não determinam os resultados, servindo para orientar a decisão.

Lado outro, a técnica seria o agrupamento de procedimentos definidos e que buscam realizar fins relevantes. A técnica está relacionada com a racionalidade da forma e do saber agir, de modo a se conseguir obter os resultados desejados.

A técnica jurídica e a sua aplicação pretendem ser uma atividade necessária para que se obtenha determinada resposta, criando a melhor e mais eficaz estrutura para que seja proferida decisão legítima, garantindo a ampla participação das partes na defesa de seus direitos, mediante a proteção de todos os direitos e garantias processuais.

Em razão disto, percebendo-se que a oralidade não apresentou função de orientação de resultados ou decisões em determinada direção, mesmo que de maneira não conclusiva, e chegando-se à constatação de que a oralidade não possui alguma função interpretativa ou supletiva do sistema, nem tampouco uma função normativa própria, fundamentando, de qualquer modo, o ordenamento jurídico, entende-se que a oralidade não seria um princípio.

Com efeito, a técnica, como conjunto de procedimentos definidos e que buscam a produção de resultados úteis, mais se compatibiliza com a oralidade, determinando quando deveria ocorrer a concentração dos atos processuais, a imediatidade, a identidade física do juiz e a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias. Caso a oralidade fosse realmente um princípio, seus *subprincípios* não poderiam ser afastados. Pelo contrário, deveriam ser aplicados em sua inteireza.

Na realidade, a oralidade não é elemento norteador da estruturação dos procedimentos na esfera civil. Essa afirmação tem por base, não só as regras que dispõem sobre a prática dos atos no curso do procedimento e da aplicação dos elementos da oralidade, como também uma constatação empírica, na medida em que raramente os sujeitos processuais dão primazia à prática oral de atos.

Portanto, entende-se que a oralidade não é um princípio, mas uma técnica procedimental, sendo estabelecidos, dentro do procedimento, os momentos em que serão utilizadas a palavra oral e a imediatidade, bem como outros elementos correlatos, mas não essenciais, como a concentração dos atos e a identidade física do juiz.

Como decorrência, à concentração dos atos, à imediatidade, à identidade física do juiz e à irrecorribilidade das decisões interlocutórias, não se pode atribuir a natureza jurídica de princípio, ou de subprincípios, razão pela qual, em diversas oportunidades, referidas expressões vieram em destaque. Seria preferível denominá-los elementos componentes da oralidade, por serem suas partes integrantes.

Tais elementos, conforme visto, devem ser relidos de acordo com o paradigma do Estado Democrático de Direito, enfatizando a possibilidade de participação e desvinculando-os de quaisquer elementos subjetivos. Portanto, concluiu-se que a imediação e a identidade física do juiz não podem ter a conotação de preservar as íntimas convicções e impressões pessoais do magistrado. Deve-se dar à imediação a acepção de contato direto do juiz com as partes, de modo a possibilitar a influência e a participação de todos os sujeitos processuais. Igualmente, a identidade física do juiz deve ser considerada apenas como uma medida de política legislativa de distribuição de trabalho.

A concentração certamente é importante para a efetividade do processo e da eficiência da Jurisdição, propiciando que os atos sejam realizados de forma reunida em um único momento, acarretando a celeridade. Isso não significa que deva ser utilizada como uma forma de preservação de impressões pessoais do magistrado.

Nessa medida, propõe-se uma releitura da concentração, assim como na imediação, para afastar o elemento subjetivo para sua caracterização, sob pena de afronta ao contraditório, à

ampla defesa e ao Estado Democrático de Direito.

3.5 Oralidade como procedimentos por audiências

O presente tópico tem a finalidade de examinar a oralidade como procedimentos por audiências. Para tanto, imperioso ressaltar os posicionamentos doutrinários sobre o que seja procedimento e audiência, trazendo maior clareza para a pesquisa.

Apenas para que se faça um paralelo e um marco na evolução do tema, expor-se-á como os procedimentos por audiência eram realizados no CPC de 1939 e no CPC de 1973, para a abordagem posterior de como esse procedimento foi adotado no CPC de 2015. Não se quer, com isso, fazer novo esboço histórico sobre o tema, mas apenas, reprise-se, demonstrar a evolução e as divergências entre as formas de adoção do procedimento por audiências.

As sessões nos tribunais terão uma abordagem mais superficial, na medida em que o foco será das audiências realizadas em primeiro grau de Jurisdição.

Ressalte-se, mais uma vez, que o foco do presente trabalho é o processo civil, embora possam ser feitas algumas referências ao processo penal e do trabalho.

3.5.1 Procedimento

A doutrina, ao longo do estudo do Direito Processual, trouxe algumas definições sobre o que seja procedimento, sendo necessário tecer alguns comentários sobre o tema, já que inúmeros conceitos são adotados pelos estudiosos do processo, pois a definição e o delineamento teórico sobre o que sejam o processo e o procedimento têm influência em toda a doutrina processual. Segundo Gonçalves, as “diferenças do quadro teórico não incidem apenas no conceito isolado de procedimento e de processo, mas alcançam temas fundamentais do Direito Processual”³⁴². Para o autor:

É necessário se ressaltar, entretanto, que essa diferença de tratamento dado aos temas decorre, fundamentalmente, da concepção que se adote sobre procedimento e sobre processo, porque é por ela que se começará a estabelecer todo um sistema de conceitos que o Direito Processual necessita para suas construções jurídicas.³⁴³

³⁴²GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 52-53.

³⁴³GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 53.

No entanto, não se pretende trazer estudos mais aprofundados sobre o assunto, nem adentrar nas várias teorias sobre a definição de processo, ressaltando-se apenas que o entendimento sobre o que seja processo já foi feito no Capítulo 2.

A expressão *procedimento* tem diversos sentidos, podendo ser empregada como sistema, metodologia, forma, mecanismo, via, estratégia, estratagema, arte, ferramenta, dispositivo, comportamento, modos, maneiras, atitude, conduta, atuação, ação, porte, proceder e ato³⁴⁴. Abbagnano define procedimento como “maneira de operar ou de agir”³⁴⁵.

Bülow influenciou a doutrina nacional e a estrangeira, trazendo um entendimento específico sobre o que seja processo e procedimento. Costa define procedimento como sendo “o modo como os atos processuais se exteriorizam e se desenvolvem, para revelar o processo (*forma dat esse rei*), servindo-lhe de instrumento”³⁴⁶.

No mesmo sentido, é o posicionamento de Cintra, Grinover e Dinamarco, segundo os quais, o procedimento é “apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível”³⁴⁷.

Ainda dentro desse entendimento, Marques afirma que “os atos que constituem o processo sucedem-se de maneira regular, e segundo a forma que a lei determina, para serem praticados e se coordenarem. A essa sucessão coordenada dos atos do processo, e à forma e à forma de cada um e do respectivo encadeamento com outros, dá-se o nome de *procedimento*”³⁴⁸. Embora Marques também entenda que é o procedimento que exterioriza o processo, chega a afirmar que o procedimento é uma sequência de atos coordenados e que buscam a composição do litígio³⁴⁹.

Os autores citados são membros da escola instrumentalista de processo e se utilizam de distinção baseada no critério teleológico, “pelo qual se atribui finalidades ao processo e se considera o procedimento delas destituído”³⁵⁰.

Em sentido oposto, Fazzalari, na Itália, seguido por Gonçalves, no Brasil, adotou uma perspectiva lógica, sem desconhecer que a doutrina da relação jurídica ainda predomina, mas

³⁴⁴PROCEDIMENTO. In: Dicionário de sinônimos online.

³⁴⁵ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 798.

³⁴⁶COSTA, José Rubens. *Tratado do processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Juarez de Oliveira, 2003, p. 6.

³⁴⁷CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 277.

³⁴⁸MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 8.

³⁴⁹MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 8-9.

³⁵⁰GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 53-54.

sem a antiga unanimidade. Segundo essa nova perspectiva, a distinção entre processo e procedimento deve ser extraída do próprio sistema jurídico, e não do critério finalístico, daí decorrendo uma nova conceituação de processo e de procedimento³⁵¹.

De acordo com Gonçalves, para a definição de processo, foi necessária a criação de uma nova definição de procedimento. Para tanto, os estudos se iniciaram a partir da definição de provimento, assim considerado como um ato do Estado dotado de imperatividade e da consideração de que o procedimento seria uma atividade que prepararia o provimento. Para o autor, o procedimento seria “uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa composta de uma sequência de norma, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento”³⁵².

Para que se obtenha esse ato imperativo do Estado, são necessárias atividades de todos os sujeitos do processo, cada um dentro da sua função específica, obedecendo a uma sequência lógica de atos previstos pela norma, de modo que o anterior seja requisito necessário do posterior. O provimento é o último ato do procedimento. Segundo esse entendimento, o procedimento não seria uma atividade composta de um único ato, sendo necessária “toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam, em conexão entre elas, regendo a sequência de seu desenvolvimento”³⁵³.

Esses atos do procedimento devem ser praticados de acordo com o previsto pela estrutura normativa, observando-se sua forma, tempo e momento, sob pena de não se validarem e prejudicarem todos os atos que lhe são subsequentes. O provimento somente atingirá sua finalidade com a correta observância da sequência de atos, de modo que a antecipação de determinados atos ou a sua prática em desconformidade com as formalidades previstas podem gerar a invalidade daqueles que lhes sucederão e do próprio provimento. Fazzalari, ao tratar do provimento, afirma que “tal ato não deve ser considerado válido e que a eficácia porventura desenvolvida poderá ser neutralizada, caso ele (o ato final) não tenha sido precedido da sequência de atos determinados pela lei”³⁵⁴. O procedimento não é uma mera agregação de normas, mas uma combinação, um entrelaçamento de regras e princípios que compõem uma

³⁵¹GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 56-57.

³⁵²GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 87.

³⁵³GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 93.

³⁵⁴FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: BOOKSELLER, 2006, p. 115.

sequência lógica. De acordo com Gonçalves:

Se o procedimento fosse considerado apenas como uma série de normas, atos e de posições subjetivas, o ato jurídico isolado considerado poderia produzir nele seus efeitos. Mas o procedimento é mais do que uma mera sequência normativa, que disciplina atos e posições subjetivas, porque faz depender a validade de cada um de sua posição na estrutura, que requer o cumprimento de seu pressuposto. O ato praticado fora dessa estrutura, sem a observância de seu pressuposto, não pode ser por ela acolhido validamente, porque não pode ser nela inserido.³⁵⁵

Ainda sobre o tema, Fazzalari afirma que:

[...] O “procedimento” se verifica quando se está de frente a uma série de normas, cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como lícita ou obrigatória), mas que enunciam como condição da sua incidência o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série, e assim por diante, até a norma reguladora de um “ato final”.³⁵⁶

Cada norma que compõe a estrutura do procedimento regula e valora um certo tipo de conduta, observando as particularidades e a complexidade dos casos que pretende abranger³⁵⁷. É necessária a verificação do órgão jurisdicional que proferirá o julgamento, as pessoas envolvidas, a natureza do litígio, a necessidade de um procedimento mais alongado e a possibilidade de sua simplificação, entre diversas outras características que devem ser observadas.

3.5.2 Audiência

Existem 21 sinônimos e cinco sentidos para a palavra audiência. A expressão pode se referir ao público do rádio, televisão, significando público, plateia, auditório, ouvintes, espectadores, telespectadores, assistência, sala, público-alvo; à ação de ouvir, no sentido de audição, escuta, ouvido, auscultação, percepção; à definição de atenção dada a alguém que fala, de recepção dada a quem deseje falar, ou seja, como recepção, entrevista, encontro, reunião; e, finalmente e na acepção que interessa ao presente estudo, à sessão em tribunal³⁵⁸.

A audiência é um ato do procedimento complexo, solene, público e, geralmente,

³⁵⁵GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 95.

³⁵⁶FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: BOOKSELLER, 2006, p. 93.

³⁵⁷FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: BOOKSELLER, 2006, p. 113-115.

³⁵⁸AUDIÊNCIA. In: Dicionário de sinônimos online.

presidido por um juiz, que tem inúmeras finalidades, as quais sofreram e sofrem modificações, de acordo com o momento histórico, jurídico, econômico e social e objetivos e ideologias vigentes. Trata-se de um ato de grande importância, principalmente, para a concretização da oralidade, que pode ser determinante para a solução final das questões debatidas.

O número e o conteúdo de cada uma das audiências é variável e depende das matérias e da política legislativa vigente em determinado momento e em certo país. Por isso, não raramente, são alterados os atos passíveis de serem apreciados em cada uma das audiências.

Atualmente, no processo civil, são realizadas possivelmente três audiências, sendo a audiência de conciliação, a de saneamento e organização do processo e a de instrução e julgamento. As audiências têm como fundamentos principais a obtenção de acordos, a eficiência da Jurisdição com a obtenção de celeridade, a colheita de provas e a solução compartilhada das questões.

Nos procedimentos regidos pela Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, estão previstas uma audiência de conciliação e outra de instrução e julgamento.

Já no processo penal, a previsão é de uma audiência de instrução e julgamento.

Nas ações movidas perante o foro trabalhista, as audiências serão unas, tratando-se do procedimento sumário (art. 582-C da Consolidação das Leis do Trabalho). Tratando-se de procedimento ordinário, poderão ser divididas em audiência de conciliação e de instrução e julgamento (arts. 849 a 852 e 860 a 867, todos da Consolidação das Leis do Trabalho, e Súmula 197 do Tribunal Superior do Trabalho).

Na medida em que o foco do presente estudo está relacionado aos litígios de natureza não penal e não trabalhista, não será feita uma abordagem profunda sobre os procedimentos que buscam a solução de pedidos regulamentados por tais ramos do Direito.

3.5.3 Audiência no Código de Processo Civil de 1939

No CPC de 1939, a audiência no chamado *processo comum*³⁵⁹ era denominada audiência de instrução e julgamento e foi devidamente regulamentada no Livro I, Título IX, pelos arts. 263 e seguintes, o que não exclui a existência de outras audiências previstas para os procedimentos especiais³⁶⁰. Referida audiência era um ato importante, não sendo possível a sua

³⁵⁹Prevê, o art. 291 do CPC de 1939, que: “art. 291. O processo ordinário regulará as ações para as quais este Código não prescreva rito especial.” (BRASIL. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, Seção 1, p. 24369, 13 out. 1939).

³⁶⁰Citem-se alguns exemplos da previsão de audiências no CPC de 1939:

“Art. 350. A ação de despejo, uma vez contestada, prosseguirá com o rito ordinário, e, se não o fôr, os autos

preterição, nem mesmo nos processos em que fosse produzida prova exclusivamente documental.

Isso porque, além da oitiva das partes, dos peritos e das testemunhas, na audiência, é que ocorriam os debates e eram publicadas as sentenças³⁶¹. Como se não bastasse, o art. 286 era taxativo em determinar a designação da audiência de instrução e julgamento, inexistindo a

serão conclusos para sentença.

Parágrafo único. O juiz conhecerá, entretanto, diretamente do pedido, proferindo sentença definitiva, quando a questão de mérito fôr unicamente de direito, ou, sendo de direito e fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência.

[...]

Art. 428. À vista das informações das testemunhas e dos títulos, o agrimensor procederá às diligências necessárias à verificação do ponto de partida para a medição do perímetro dividendo ou demarcando, ou ao reconhecimento do marco primordial, rumos e vestígios que sirvam para fixar a base das operações de demarcação, do que tudo apresentará ao juiz relatório e parecer fundamentado.

Parágrafo único. Entregues pelo agrimensor o relatório e o parecer, e intimadas as partes, o juiz procederá, em audiência especial, na sede do juízo:

- a) ao exame e conferência dos títulos;
- b) à determinação do ponto de partida, fundamentando a sua decisão.

[...]

Art. 439. Findo o prazo, serão os autos conclusos ao juiz, que marcará a audiência de instrução e julgamento, na qual homologará, ou não, a divisão ou a demarcação.

Art. 454. A ação de usucapião compete ao possuidor que satisfaça os requisitos legais para aquisição de imóvel do domínio particular. O título habil para a transcrição no registro será a sentença.

[...]

Art. 456. Si nenhum interessado contestar o pedido dentro do prazo e a posse estiver devidamente justificada, o juiz, de plano, julgará procedente a ação.

Parágrafo único. Não provada a posse, ou contestada a ação, o juiz, depois de proferir o despacho saneador, marcará audiência para instrução e julgamento, seguindo o processo o curso ordinário.

§1º Si o órgão do Ministério Público ou qualquer interessado impugnar o pedido, apresentará o rol de testemunhas e requererá o interrogatório do justificando e a prova pericial.

§2º Findo o prazo de cinco(5) dias, serão os autos conclusos ao juiz, que decidirá, si não houver impugnação, ou havendo, si o justificando ou o impugnante não tiver requerido provas.

§3º Quando, porém, na petição inicial, ou na impugnação, forem requeridas provas, o juiz nomeará perito, si for o caso, e marcará audiência para instrução e julgamento, procedendo-se na conformidade do disposto no art. 685.

[...]

Art. 606 O pedido de interdição dos absolutamente incapazes constará de requerimento fundamentado, feito pela pessoa a que a lei confere tal faculdade.

Parágrafo único. Requerida a interdição pelo órgão do Ministério Público, o juiz nomeará curador à lide, nas comarcas onde não houver curador ou tutor judicial.

Art. 607. Autuada a petição, o juiz nomeará dois (2) peritos para procederem ao exame médico legal, e, em audiência previamente designada, ouvirá o interditando, o defensor e testemunhas, si houver.” (BRASIL. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, Seção 1, p. 24369, 13 out. 1939).

³⁶¹Segundo o CPC de 1939:

“Art. 270. A audiência será contínua, e só por motivo de força maior se interromperá. Não sendo possível concluir a instrução, o debate e o julgamento num só dia, o juiz, independentemente de novas intimações, marcará a continuação para dia próximo.

Art. 271. Encerrado o debate, o juiz proferirá a sentença.

Parágrafo único. Se não se julgar habilitado a decidir a causa, designará, desde logo, outra audiência, que se realizará dentro de dez (10) dias, afim da publicar a sentença.

[...]

Art. 286. A sentença considerar-se-á publicada na audiência em que fôr proferida.” (BRASIL. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, Seção 1, p. 24369, 13 out. 1939).

possibilidade de se suprimí-la³⁶². Ressalte-se que o prazo para recursos se iniciava da publicação em audiência da sentença, conforme previsto pelo art. 812³⁶³.

Aberta a audiência, o perito faria um resumo do laudo, podendo o juiz, *ex officio* ou a requerimento, pedir-lhe esclarecimentos. Finda a exposição do perito, eram colhidos, sucessivamente, os depoimentos do autor, do réu e das testemunhas. Uma curiosidade sobre a audiência de instrução e julgamento, prevista no CPC de 1939, é que somente após o término da instrução, seriam fixados os pontos controvertidos sobre os quais incidiriam os debates, conforme se infere do art. 269³⁶⁴.

Em seguida, seria disponibilizada aos advogados das partes a palavra para os debates, pelo prazo de vinte minutos para cada um, prorrogável por dez, a critério do juiz. Logo após, seria proferida sentença. Como a audiência era contínua, e somente por motivo de força maior se interromperia, seria marcada nova audiência, caso não fosse possível concluir a instrução, o debate e o julgamento em um só dia.

3.5.4 Audiências no Código de Processo Civil de 1973

3.5.4.1 Artigo 331 e a audiência de conciliação no procedimento sumário

Conforme exposto no item 3.2 deste Capítulo, o CPC de 1973 sofreu diversas reformas no decorrer da sua vigência. A Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994 e a Lei n.º 10.444, de 7 de maio de 2002, foram responsáveis por alterações significativas, no que se refere à audiência prevista no art. 331³⁶⁵, e que foi denominada de audiência preliminar. Mencionada audiência

³⁶²“Art. 296. Não sendo necessária nenhuma das providências indicadas no art. 294, o juiz, no próprio despacho saneador:

I – designará audiência de instrução e julgamento para um dos quinze (15) dias seguintes; [...]” (BRASIL. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, Seção 1, p. 24369, 13 out. 1939).

³⁶³Dispõe, o art. 812 do CPC de 1939, que: “contar-se-á da data da leitura da sentença (art. 271) o prazo para a interposição de recurso, observando-se nos demais casos o disposto no art.” (BRASIL. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, Seção 1, p. 24369, 13 out. 1939).

³⁶⁴“Art. 269. Terminada a instrução, o juiz fixará o objeto da demanda e os pontos em que se manifestou a divergência. Em seguida será dada a palavra ao procurador do autor e ao do réu e o órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de vinte minutos para cada um, prorrogável por dez, a critério do juiz. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942)” (BRASIL. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, Seção 1, p. 24369, 13 out. 1939).

³⁶⁵O art. 331 do CPC de 1973 estabelecia que: “art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

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

§2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as

foi inserida topograficamente dentro do procedimento comum ordinário, servindo “de norma subsidiária aos procedimentos especial e sumário, na dicção do art. 272, parágrafo único, do Código de Processo Civil”³⁶⁶.

A realização da audiência preliminar deveria ocorrer após a conclusão da fase postulatória, ocasião em que a controvérsia estivesse devidamente delimitada, predominando, assim como em todas as outras audiências, a prática oral de atos. A sua designação ficava condicionada à inexistência de dois fatos impeditivos, quais sejam, o direito discutido possibilitar a transação e não se tratar de julgamento antecipado da lide. Além disso, poderia ser dispensada a audiência preliminar, caso a natureza do direito não possibilitasse a transação ou ficasse evidenciada a improbabilidade da conciliação. Nas hipóteses em que o direito objeto da discussão não admitisse a transação, ou se constatada a improbabilidade da transação, o juiz deveria proferir decisão saneando o processo e analisando as provas requeridas, conforme dispunha o art. 331, §3º, do CPC de 1973.

A transação, suas características, finalidades e particularidades serão analisadas no item 3.5.5.1 deste Capítulo.

Na audiência preliminar, não se logrando êxito em conseguir transacionar, seriam fixados os pontos controvertidos pelo juiz, decididas as questões processuais pendentes e determinadas as provas que se pretendiam produzir, designando audiência de instrução e julgamento, caso fosse deferida a produção de provas em audiência, como a oitiva de partes, peritos e testemunhas.

Após a análise de uma das audiências do procedimento comum, passa-se a tecer alguns comentários sobre a audiência de conciliação prevista no art. 277 e seguintes do CPC de 1973, que é a primeira a ser designada no procedimento sumário. Mencionada audiência tem por objetivo principal a transação, e, na hipótese de não ser obtido o acordo, seria oferecida resposta escrita ou oral. Logo após, seriam decididas as questões processuais arguidas pelo réu. Na própria audiência, e em seguida ao recebimento da resposta do réu, seria aberta vista ao autor para impugnação. Dando prosseguimento, seria feito o saneamento do processo, fixando-se os pontos controvertidos e se deferindo as provas requeridas.

questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

§3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do §2º.” (BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973).

³⁶⁶GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, p. 29-57, jul./dez. 2015.

3.5.4.2 Audiência de instrução e julgamento

A audiência de instrução e julgamento é um dos tipos audiência, na qual participam juiz, auxiliares da Justiça, testemunhas, advogados e partes, com o objetivo principal de obter a prova oral, debater a causa e proferir sentença. A audiência de instrução e julgamento se caracteriza por ser uma sessão pública, com a exceção de alguns casos, solene, eventual, formal una e contínua.

A audiência de instrução e julgamento será apreciada com mais profundidade quando for analisada segundo o regramento do CPC de 2015, já que existem poucas diferenças.

Entre os atos previstos na audiência de instrução e julgamento do CPC de 1973, que foram suprimidos pelo código em vigor, está a fixação dos pontos controvertidos pelo juiz³⁶⁷, medida esta que foi realocada para o saneamento e organização do processo. Também foram feitas algumas adaptações para aperfeiçoar a redação de artigos, além de incluir preceitos que dispõem sobre as inovações tecnológicas de gravação das audiências.

3.5.5 Audiências no Código de Processo Civil de 2015

Conforme se percebe da análise dos itens 3.5.3 e 3.5.4, a quantidade e o conteúdo de cada uma das audiências previstas varia de acordo com a época e o código em vigor. Algumas características, como a publicidade, a busca pela solução pacífica dos conflitos por meio da autocomposição, a prática oral de atos pelas partes e pelo juiz são comuns em todas. Outras, todavia, como o oferecimento de defesa, a fixação de pontos controvertidos, a instrução, os debates e a sentença nem sempre se fazem presentes. É preciso que se verifiquem, em cada tempo, os valores preponderantes e a finalidade que se busca alcançar por meio das audiências.

No CPC de 2015, conforme se verifica da Exposição de Motivos, a *morosidade da Jurisdição*, o volume de ações distribuídas diuturnamente e o acervo existente, a necessidade de se legitimar constitucionalmente as decisões, a incapacidade do CPC de 1973 de gerar resultados satisfatórios e o enfraquecimento da coesão entre as normas processuais decorrentes das inúmeras reformas ocorridas inspiraram a comissão de juristas encarregados da elaboração do novo código a encontrar soluções para essas questões.

Dentro dessa perspectiva, foram previstos três tipos de audiências, quais sejam, a

³⁶⁷O art. 451 do CPC de 1973 dispõe que: “ao iniciar a instrução, o juiz, ouvidas as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova” (BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973).

audiência de conciliação ou mediação, a audiência de saneamento e organização do processo e a audiência de instrução e julgamento. De acordo com a nova sistemática adotada pelo CPC de 2015, nenhuma delas seria obrigatória, conforme se analisará nos tópicos que seguem.

3.5.5.1 Audiências de conciliação ou mediação

A autocomposição “é a forma de solução do conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio”³⁶⁸. São espécies de autocomposição, a conciliação, a submissão e a renúncia. Na primeira, uma das partes reconhece a procedência do pedido, sendo que, na segunda, abdica-se da pretensão deduzida³⁶⁹. A conciliação é uma das espécies de autocomposição, na qual o litígio é solucionado mediante concessões mútuas e se insere dentre os meios alternativos de solução dos conflitos. Trata-se, na verdade, de um negócio jurídico, no qual as partes assumem novos direitos e obrigações, evitando ou pondo fim a uma ação judicial.

De acordo com Sanz, “talvez seja por isso que o legislador também fala de 'acordo' onde há espaço para fórmulas para a resolução de conflitos envolvendo um terceiro, neste caso, o juiz”³⁷⁰ (tradução nossa).

A importância da conciliação foi devidamente ressaltada por Cappelletti e Garth:

Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral. Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. É significativo que um processo dirigido para a conciliação – ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte ‘vencedora’ e a outra ‘vencida’ – ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado”.

[...]

A conciliação é extremamente útil para muitos tipos de demandas e partes, especialmente quando consideramos a importância de restaurar relacionamentos prolongados, em vez de simplesmente julgar as partes vencedoras ou vencidas. Mas, embora a conciliação se destine, principalmente, a reduzir o congestionamento do judiciário, devemos certificar-nos de que os resultados representam verdadeiros êxitos, não apenas remédios para problemas do judiciário, que poderiam ter outras

³⁶⁸DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V. 1. 17. ed. Salvador: JusPodium, 2015, p. 165.

³⁶⁹DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V. 1. 17. ed. Salvador: JusPodium, 2015, p. 165.

³⁷⁰Tal vez por eso el legislador habla también de 'acuerdo' donde si tienen cabida fórmulas de resolución de conflictos en los que intervenga un tercero, en este caso, el juez (SANZ, María Rosa Gutierrez. La oralidad en las técnicas de gestión de conflictos utilizadas por el juez en la audiencia previa. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 396).

soluções.³⁷¹

A conciliação e a mediação são muito importantes para a pacificação social, a solução e a prevenção de litígios, de modo que sua correta utilização auxilia na redução da excessiva judicialização dos conflitos de interesses, da quantidade de recursos e de execução de sentenças. Com efeito, a estrutura da função jurisdicional não se viu capaz de atender à litigiosidade contida que se apresentou após a CRFB de 1988, tornando imprescindível a procura de soluções aptas a reduzirem o volume e a duração do tramitar dos processos. Dentro desse entendimento, cite-se o posicionamento de Tavares:

Neste quadro, afigura-se necessário suplantar a tradição brasileira de buscar soluções de conflitos somente pelo acesso aos órgãos judiciais, em que pese sua criação e funcionamento em bases constitucionais, pois a grande maioria das controvérsias entre particulares e estes e a Administração Pública têm roupagem de direitos disponíveis, ou que admitem transação, e que podem e devem ser geridas por cidadãos autolegisladores e esclarecidos de suas possibilidades de Vivência Digna.³⁷²

A solução dos conflitos pelas próprias partes deve ser vista como um exercício da própria cidadania, na medida em que são as responsáveis pela direção da decisão. Sob o assunto, Didier Jr. afirma que “o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático”³⁷³.

Tanto na conciliação, quanto na mediação, as partes são auxiliadas por um terceiro a obterem a autocomposição. Esse terceiro não tem a função de decidir, solucionando a controvérsia, mas apenas, reprise-se, ajudar os contendores a chegarem a uma solução negocial³⁷⁴. O CPC de 2015 traçou a diferença entre ambos, de acordo com a existência ou não de vínculo entre as partes e a própria atuação desse terceiro. Segundo o art. 165, §2º, do CPC, “o conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”. Por sua vez, nos termos do art. 165, §3º, do CPC:

³⁷¹CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 31-32.

³⁷²TAVARES, Fernando Horta. Mediação, processo e constituição: considerações sobre a autocomposição de conflitos no novo código de processo civil. In: FREIRA, Alexandre et al (Coords.). *Novas tendências do processo civil*. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 60.

³⁷³DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 273.

³⁷⁴DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 275.

O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.³⁷⁵

Assim, o conciliador poderá dar sugestões para a resolução da controvérsia, devendo atuar quando não houver vínculo entre as partes. Já o mediador tem a função de esclarecer aos interessados os pontos controvertidos, fazendo com que eles próprios cheguem à resolução do litígio. Sanz, ao tratar da mediação, afirma que:

A diferença básica entre mediação e conciliação consiste no grau de intervenção do terceiro na busca pelo acordo. De acordo com o exposto acima, a interferência do terceiro na conciliação é maior do que na mediação, uma vez que está envolvida e pode intervir diretamente no resultado final, através de suas propostas. Em contraste, mediação significa que o mediador não faz nenhum tipo de proposta; o acordo é inteiramente o resultado dos esforços das partes.³⁷⁶

Tavares defende que a mediação a ser adotada é a “Mediação Processualizada fundada na Autonomia da Vontade Privada Legal e Responsável”, baseada nos princípios da “Liberdade com Dignidade em Contraditório, da Isonomia, da Ampla Defesa, do Acesso e Exercício ao Direito ao Advogado e da Duração Razoável dos Procedimentos de Solução de Controvérsia”³⁷⁷. E continua:

Mediação, vista sob as vestes constitucionais e principiológicas e moldada segundo requisitos normativo-operacionais da legislação infraconstitucional, afigura-se uma

³⁷⁵Dispõem, o art. 165 e seus parágrafos que:

“Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

³⁷⁶La diferencia básica entre mediación y conciliación consiste en el grado de intervención del tercero en la búsqueda del acuerdo. Según lo hasta aquí expuesto, la injerencia del tercero en la conciliación es mayor que en la mediación, ya que se involucra y puede intervenir directamente en el resultado final, a través de sus propuestas. En cambio en la mediación se entiende que el mediador no hace ningún tipo de propuesta; el acuerdo es fruto totalmente del esfuerzo de las partes (SANZ, María Rosa Gutierrez. La oralidad en las técnicas de gestión de conflictos utilizadas por el juez en la audiencia previa. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 396).

³⁷⁷TAVARES, Fernando Horta. Mediação, processo e constituição: considerações sobre a autocomposição de conflitos no novo código de processo civil. In: FREIRA, Alexandre et al (Coords.). *Novas tendências do processo civil*. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 63.

tentativa séria de resposta à solução dos conflitos intersubjetivos sob a ótica da autonomia e responsabilidade da ação humana em uma sociedade democrática, não fechada, em que “os indivíduos são confrontados com decisões pessoais [...]”.³⁷⁸

Quando da elaboração do CPC de 2015, um dos princípios que serviu de fundamento foi o da duração razoável do procedimento, previsto no art.5º, LXXVIII, da CRFB de 1988. Com efeito, o ministro Luiz Fux, presidente da comissão de juristas encarregada da elaboração do anteprojeto do novo CPC, em mensagem ao então presidente do Senado, José Sarney, ressaltou que o problema da morosidade da Jurisdição era um dos obstáculos a serem ultrapassados:

É que; aqui e alhures não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O vaticínio tornou-se imediato: “justiça retardada é justiça denegada” e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo. Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere.³⁷⁹

Nessa medida e tendo em vista, ainda, que o sistema sempre se preocupou com estimular a autocomposição, o CPC de 2015 previu a designação de audiência de conciliação e mediação, como uma possível solução para a demora na solução dos litígios postos à apreciação do Judiciário, sendo um dos primeiros atos a serem praticados pelo juiz. A Exposição de Motivos do CPC de 2015 fez questão de mencionar expressamente a conciliação:

2) Pretendeu-se converter o processo em instrumento no **contexto social** em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a *satisfação efetiva* das partes pode dar-se de modo mais intenso a solução por elas criada e não imposta ao juiz. Como regra, deve-se realizar audiência em que, ainda antes de ser apresentada contestação, se tentará fazer com que o autor e o réu cheguem a acordo.³⁸⁰

É inquestionável que, em muitas situações, a atividade substitutiva do Estado exercida por meio das decisões jurisdicionais será obrigatória. Todavia, “a melhor sentença não tem maior valor que o mais singelo dos acordos”³⁸¹, na medida em que a autocomposição preserva

³⁷⁸TAVARES, Fernando Horta. Mediação, processo e constituição: considerações sobre a autocomposição de conflitos no novo código de processo civil. In: FREIRA, Alexandre et al (Coords.). *Novas tendências do processo civil*. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 62.

³⁷⁹BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010.

³⁸⁰BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010.

³⁸¹FERNANDES, Klicia Roxana Alves. A conciliação como forma de solução célere e eficaz das lides cíveis. *Revista da ESMARN*, Mossoró, v. 8, n. 1, p. 359-378, jan./jun. 2008, p. 362.

a autonomia privada das partes e permite uma participação democrática na solução da controvérsia. Sobre o tema, Fernandes afirma que:

Com efeito, até a prolação da sentença, os encargos são sempre uma incógnita para os litigantes. Ao passo que, realizado o acordo, cada um conhecerá desde logo suas obrigações. Ainda que se diga que a sentença de mérito põe fim à lide, ela sempre importará em alguém descontente com a solução judicial, que apenas a aceita porque a isto é obrigado. Mais ainda, possibilita situações onde todos ‘ganham’, advindo daí um sentimento de justiça, já que satisfaz a vontade das partes, fato que leva a uma maior probabilidade do cumprimento dos acordos mediados.³⁸²

Por isso, se a petição inicial preencher os requisitos essenciais (ou for emendada), e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou mediação com a citação do réu. Como a solução pacífica, e não a solução imposta dos conflitos, é uma das intenções do CPC de 2015, é permitida a realização de mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação³⁸³.

³⁸²FERNANDES, Klicia Roxana Alves. A conciliação como forma de solução célere e eficaz das lides cíveis. *Revista da ESMARN*, Mossoró, v. 8, n. 1, p. 359-378, jan./jun. 2008, p. 363.

³⁸³Prevê, o CPC de 2015, que:

“Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

[...]

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

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

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

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

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

§1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

[...]

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

§1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§4º A audiência não será realizada:

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

II - quando não se admitir a autocomposição.

§5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os

Assim como ocorre nos procedimentos que tramitam perante os Juizados Especiais, as audiências de conciliação e mediação ocorrem antes do oferecimento da defesa. Entende-se que a realização da audiência, já no início do procedimento, é medida adequada, permitindo a redução de tempo e aumentando a economia processual, já que não se faz obrigatório, o término da fase postulatória para tentar se obter uma solução consensual³⁸⁴. Ademais, evita-se um indesejado desgaste entre as partes, decorrente da *longa duração do procedimento*. Sobre o tema, já houve a oportunidade de se pronunciar:

O tempo faz com que os demandantes se acostumem com o sentimento negativo provocado pelo litígio, o que dificulta a obtenção dos acordos. Após longos meses as partes já não se importam tanto com a angústia do processo em andamento, fazendo com que barreiras psicológicas sejam criadas em detrimento da solução consensual do litígio, fazendo com que elas requeiram a decisão para o juiz.

Ao contrário, se a tentativa de conciliação é realizada logo no início, existe uma maior predisposição à solução da controvérsia. Isto porque a maioria dos litigantes individuais não pretende uma perpetuação daquela situação que na maioria das vezes lhe causa aborrecimentos, transtornos e incertezas. O risco do que poderá vir a ocorrer é fator de aflição na grande maioria dos litigantes eventuais, que preferem evitar o risco de uma decisão imposta por terceiros.³⁸⁵

Em sentido contrário, é o posicionamento de Iura:

Quanto ao escopo conciliatório, há de se reconhecer que este por si só não justificaria a previsão legal expressa de uma audiência exclusivamente para este fim. Rigorosamente, a previsão de uma audiência com propósito exclusivamente conciliatório seria inútil, pois a combinação do art. 125, inciso IV (dever do juiz em promover a conciliação) com o artigo 342 (poder do juiz de determinar o comparecimento pessoal das partes), ambos do CPC, já autorizaria o juiz a convocar as partes para tentar a conciliação.³⁸⁶

litisconsortes.

§7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

§8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

§9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

§11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

§12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

³⁸⁴GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, p. 29-57, jul./dez. 2015.

³⁸⁵GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, p. 29-57, jul./dez. 2015.

³⁸⁶IURA, Alexandre Miura. *Oralidade e escrita no processo civil*. 2012. 142 f. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 81.

Considerando-se, dentre outros motivos, “a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos”, buscando evitar a ocorrência de disparidades de orientação e práticas, além de assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça, o CNJ editou a Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010, que “dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências”³⁸⁷.

Referida resolução atribui ao CNJ a organização de programa “com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação”³⁸⁸. Para tanto, buscou-se desenvolver ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos para servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias, buscando a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos.

Além disso, estabeleceu-se que, nas Escolas de Magistratura, seja previsto módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento, entendendo-se que as atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos sejam consideradas, nas promoções e remoções de magistrados, pelo critério do merecimento. Isso porque a postura do juiz é fundamental na obtenção de autocomposições, de modo que deve orientar as partes, não com uma posição impositiva e de superioridade, mas baseada em um comportamento que faça com que as partes depositem confiança em suas palavras.

Também incumbiu ao CNJ a criação de um Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, visando a interligar os cadastros dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, de modo a estabelecer parâmetros de remuneração de mediadores. Cabe, igualmente, ao CNJ, monitorar a instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, o seu adequado funcionamento e a avaliação da capacitação e treinamento dos mediadores/conciliadores³⁸⁹.

³⁸⁷CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

³⁸⁸Art. 4º da Resolução n.º 125 do CNJ: “Art. 4º. Compete ao Conselho Nacional de Justiça organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.).

³⁸⁹A Resolução n.º 125 do CNJ prevê que:

A Resolução n.º 125 do CNJ também prevê a necessidade de capacitação básica dos conciliadores e mediadores, tendo como objetivo “transmitir informações teóricas gerais sobre a conciliação e a mediação, bem como vivência prática para aquisição do mínimo de conhecimento que torne o corpo discente apto ao exercício da conciliação e da mediação judicial”³⁹⁰.

O art. 8º da citada resolução determina que os tribunais criem Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), para a realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores³⁹¹.

“Art. 6º Para desenvolvimento dessa rede, caberá ao CNJ:

I – estabelecer diretrizes para implementação da política pública de tratamento adequado de conflitos a serem observadas pelos Tribunais;

II – desenvolver parâmetro curricular e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos para servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias, nos termos do art. 167, §1º, do Novo Código de Processo Civil;

III – providenciar que as atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos sejam consideradas nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento

IV – regulamentar, em código de ética, a atuação dos conciliadores, mediadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias;

V – buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, bem como que, nas Escolas de Magistratura, haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento;

VI – estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios;

VII – realizar gestão junto às empresas, públicas e privadas, bem como junto às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade;

VIII – atuar junto aos entes públicos e grandes litigantes de modo a estimular a autocomposição.

VIII – atuar junto aos entes públicos de modo a estimular a conciliação, em especial nas demandas que envolvam matérias sedimentadas pela jurisprudência;

IX – criar Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores visando interligar os cadastros dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, nos termos do art. 167 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 12, § 1º, da Lei de Mediação;

X – criar Sistema de Mediação e Conciliação Digital ou a distância para atuação pré-processual de conflitos e, havendo adesão formal de cada Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, para atuação em demandas em curso, nos termos do art. 334, § 7º, do Novo Código de Processo Civil e do art. 46 da Lei de Mediação;

XI – criar parâmetros de remuneração de mediadores, nos termos do art. 169 do Novo Código de Processo Civil;

XII – monitorar, inclusive por meio do Departamento de Pesquisas Judiciárias, a instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, o seu adequado funcionamento, a avaliação da capacitação e treinamento dos mediadores/conciliadores, orientando e dando apoio às localidades que estiverem enfrentando dificuldades na efetivação da política judiciária nacional instituída por esta Resolução.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências).

³⁹⁰Anexo I da Resolução nº 125 do CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências).

³⁹¹Art. 8º da Resolução nº 125 do CNJ: “Art. 8º Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a

Verifica-se que o CNJ vem realmente exercendo seu papel, demonstrando preocupação e empenho na solução consensual dos litígios.

O CPC de 2015 sancionou multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado, caso a parte não compareça injustificadamente, considerando esse ato como atentatório à dignidade da Justiça.

Dada a importância atribuída à conciliação, a audiência não será realizada, se ambas as partes manifestarem expressamente desinteresse na composição consensual. Nessa hipótese, na petição inicial, o autor deverá indicar expressamente o seu desinteresse na autocomposição, sendo que o réu deverá fazê-lo, por petição apresentada com dez dias de antecedência, contados da data da audiência. Nos casos de litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

Trata-se de medida salutar, uma vez que a predisposição de apenas uma das partes à autocomposição pode ser um primeiro passo para que os litigantes encontrem uma solução negociada do litígio. Muitas vezes, divergências que inicialmente pareciam insuperáveis, após um diálogo entre as partes, podem ser convertidas em um acordo. Após falarem suas razões e ouvirem conselhos de outrem, aquele que inicialmente parecia irredutível pode refletir melhor e concordar com o ofertado pelo outro litigante.

O simples fato de conversar com a parte contrária é fator de grande importância no convencimento e na atenuação dos impedimentos existentes ao acordo. Raiva, mágoa, tristeza ou desentendimento podem ser ultrapassados e perdoados, fazendo com que as partes não queiram mais prosseguir com aquela ação.

Existe uma relação entre conflito propriamente dito e percepção desse mesmo conflito. A maneira como os litigantes percebem o conflito, os objetivos e as intenções do outro determinará não somente a intensidade da desavença, mas também a possibilidade de se obter uma autocomposição³⁹². A audiência de conciliação é o *locus* propício para que essa comunicação aconteça, elucidando as percepções da outra parte, possibilitando a obtenção de empatia e de concretização de acordos bem estruturados.

O tema foi muito bem exposto por Sanz:

É, em suma, encorajar e ajudar as partes a perceber, aproveitar e fortalecer suas capacidades intrínsecas de autoconfiança e empatia.

Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências).

³⁹²SANZ, María Rosa Gutierrez. La oralidad en las técnicas de gestión de conflictos utilizadas por el juez en la audiencia previa. In: CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. Valência: Universitat de València, 2008, p. 398-399.

[...]

A relação entre conflito e percepção é fundamental. O modo como as partes percebem o conflito, os objetivos, as intenções e as razões do outro determinará a intensidade do conflito. Assim, em muitos casos, a regulação do conflito tem a ver com o esclarecimento das percepções e compreensão do outro sujeito.

O conflito é a percepção da contradição, em ambas as cooperações, que aparece como o outro lado da moeda, é a percepção da identidade, portanto, a contradição e a identidade aparecem, assim como complementares.

Conflitos em si podem não ser bons ou ruins, o que determina seu sentido positivo ou negativo é o caminho para resolvê-los³⁹³ (tradução nossa).

No entanto, o que foi dito tem utilidade nos litígios individuais, ou *de varejo*, não tendo a mesma aplicação quando se tratarem de demandas envolvendo litígios de massa, ou de alta intensidade, na medida em que, muitas vezes, a Jurisdição é utilizada, como já ressaltado, de forma estratégica. Deve-se levar em consideração que, nos litígios de massa, as autocomposições devem ser previamente autorizadas por órgãos internos e hierarquicamente superiores aos prepostos, o que torna inócua qualquer tentativa de solução consensual.

Por outro lado, quando o pedido tiver relação com direitos que não admitam a autocomposição, também pode ser dispensada a conciliação. Com acerto, Didier Jr. alerta que não se deve confundir não admitir conciliação com indisponibilidade do direito. Existem direitos indisponíveis, como o direito a perceber alimentos, do qual se pode acordar o valor, e aqueles discutidos em ações civis públicas, que podem ser objeto de termos de ajustamento de conduta, nos termos do art. 5º, §5º, da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985³⁹⁴.

De acordo com Didier Jr., são raras as hipóteses em que é proibida a autocomposição, dentre as quais, cita os litígios envolvendo as pessoas jurídicas de direito público³⁹⁵. Com efeito, o Poder Público possui restrita margem para a realização de acordos, sendo exigida a prévia autorização legislativa.

De fato, o princípio da legalidade subordina todos os agentes públicos ao ordenamento jurídico, de modo que Administração Pública não possui a faculdade de praticar atos em

³⁹³Se trata, en suma, de alentar y ayudar a las partes a realizar, aprovechar, y fortalecer sus capacidades intrínsecas para la autoconfianza y la empatía.

[...]

Es fundamental la relación entre conflicto y percepción. La forma en que los involucrados perciben el conflicto, los objetivos, las intenciones y los motivos del otro, determinarán la intensidad del mismo. Así en muchos casos, la regulación del conflicto tiene que ver con la clarificación de las percepciones y comprensión del otro sujeto.

El conflicto es la percepción de la contradicción, en tanto la cooperación, que aparece como la otra cara de la moneda, es la percepción de la identidad, por tanto contradicción e identidad aparecen así como complementarias. Los conflictos en sí mismos pueden no ser ni buenos ni malos, lo que determina su sentido positivo o negativo es la forma de resolverlos (SANZ, María Rosa Gutierrez. La oralidad en las técnicas de gestión de conflictos utilizadas por el juez en la audiencia previa. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 398-399).

³⁹⁴DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V. 1. 17. ed. Salvador: JusPodium, 2015, p. 625.

³⁹⁵DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V. 1. 17. ed. Salvador: JusPodium, 2015, p. 625.

desconformidade com a lei. O agente, atuando na condição de administrador público, deve refletir a vontade estatal expressa por meio do ordenamento jurídico, sob pena de sua conduta não se legitimar. Carvalho Filho afirma que “o princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita”³⁹⁶.

O princípio da legalidade, decorrente do Estado de Direito, é a contraposição ao Estado de polícia, impondo que qualquer ação estatal deva ter expresso embasamento no ordenamento jurídico. Seu campo de ação é bem menor que o do particular, já que este último pode fazer tudo que a lei não proíbe.

Além disso, tratando-se de atos administrativos, existe a presunção de legitimidade e legalidade, de modo que os atos administrativos trazem a presunção de que foram editados em conformidade com as normas componentes do ordenamento jurídico. Sobre essa característica, Carvalho Filho leciona que “o fundamento precípua, no entanto, reside na circunstância de que se cuida de atos emanados de agentes detentores de parcela do Poder Público, imbuídos, como é natural, do objetivo de alcançar o interesse público que lhes compete proteger”³⁹⁷.

Por outro lado, o princípio da supremacia do interesse público impõe que os atos sejam praticados em benefício da coletividade, de modo que, mesmo agindo com um objetivo diretamente relacionado ao Estado, a finalidade última é o interesse geral, sob pena de desvio de finalidade³⁹⁸. Segundo Baptista:

A atividade administrativa, adequada ao modelo de Estado Democrático de Direito, é a pautada pela busca da satisfação dos interesses públicos conforme a vontade da coletividade e alcançada mediante práticas democráticas e de acordo com os fins do Estado constitucionalmente definidos, em especial os que asseguram direitos e garantias fundamentais.³⁹⁹

Dentro desse raciocínio e tendo em vista a indisponibilidade do interesse público, o administrador está impossibilitado de transacionar sem lei que o autorize. Percebe-se, pois, que não se trata de um direito disponível ou indisponível, mas de não se admitir autocomposição com a Fazenda Pública sem autorização legal. Nessa medida, são desnecessárias as audiências

³⁹⁶CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 16.

³⁹⁷CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 106.

³⁹⁸CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 25.

³⁹⁹BAPTISTA, Isabelle. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma análise à luz dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. *Revista TCEMG*, Belo Horizonte, p. 55-71, jan./mar. 2013, p. 58.

de conciliação ou mediação nas ações que o Estado é parte, em virtude da impossibilidade da autocomposição.

Por outro lado, a Advocacia-Geral da União atentou para a possibilidade de transações em processos judiciais em que a União é parte. Consta do Manual de Conciliação da Procuradoria-Geral Federal, que:

A política de conciliação contribui positivamente para a imagem institucional das autarquias e fundações públicas federais representadas e para a imagem do próprio órgão de execução da PGF, o que facilita o contato com o Poder Judiciário, melhora o relacionamento institucional e torna as manifestações jurídicas mais convincentes. Ademais, a busca da conciliação traduz uma mudança de mentalidade da própria advocacia pública, abdicando-se a uma postura litigante em prol de uma atuação estratégica e de uma posição de respeito ao Direito, à legalidade e à cidadania.⁴⁰⁰

Os regramentos básicos utilizados pela Advocacia-Geral da União (AGU) são a Lei Complementar n.º 73, de 1993, a Lei n.º 9.469, de 1997, e a Portaria AGU 109, de 2007. Segundo essas normas, o Advogado-Geral da União (AGU), diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área alusiva ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive judiciais.

Para tanto, serão fixados valores, por meio de regulamento, dando autonomia ao AGU para transacionar, de modo que, se o litígio envolver valores superiores aos fixados nesse regulamento, a transação dependerá de prévia e expressa autorização do AGU e do ministro de Estado a cuja área de competência estiver vinculado o assunto, ou, ainda, do presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização dos dirigentes⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de Conciliação da Procuradoria-Geral Federal*. 2012, p. 7.

⁴⁰¹Estabelece o art. 4º, VI, da Lei Complementar n.º 73, de 1993, que:

“Art. 4º – São atribuições do Advogado-Geral da União:

[...]

VI – desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente” (BRASIL. Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 Fev. 1993).

Dispõe a Lei n.º: 9.469, de 1997, que:

“Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.

§1º Poderão ser criadas câmaras especializadas, compostas por servidores públicos ou empregados públicos efetivos, com o objetivo de analisar e formular propostas de acordos ou transações.

O mesmo se diga em relação às empresas públicas e autarquias federais, na medida em que o Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, o Procurador-Geral do Banco Central do Brasil e os dirigentes das empresas públicas federais poderão autorizar, diretamente ou mediante delegação, a realização de acordos para prevenir ou terminar, judicial ou extrajudicialmente, litígio que envolver valores inferiores aos fixados em regulamento⁴⁰².

Segundo o Manual de Conciliação da Procuradoria-Geral Federal, “o sucesso na realização de acordos depende da atuação pessoal do Procurador, que deve ter conhecimento da matéria e agir com segurança, transparência e tranquilidade”. Consta do aludido que:

A escolha dos casos pelo critério fático ou controversia jurídica é uma decisão estratégica, a qual dependerá da análise do Procurador em cada caso. A discricionariedade no exame da questão é maior em ações que envolvam exclusivamente a discussão quanto à matéria fática, hipótese na qual a celebração do acordo depende de uma avaliação subjetiva do caso concreto, das provas e das circunstâncias aplicáveis. Em questões que envolvam controversia acerca de tese jurídica, a celebração de acordo deve observar as hipóteses taxativamente previstas na legislação aplicável.⁴⁰³

Não é possível celebrar um acordo, prevendo que o pagamento prescindirá de Requisição de Pequeno Valor (RPV) ou de precatório, não sendo possível transigir em relação

§2º – Revogado.

§3º Regulamento disporá sobre a forma de composição das câmaras de que trata o § 1o, que deverão ter como integrante pelo menos um membro efetivo da Advocacia-Geral da União ou, no caso das empresas públicas, um assistente jurídico ou ocupante de função equivalente.

§4º Quando o litígio envolver valores superiores aos fixados em regulamento, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização dos dirigentes de que trata o caput.

§5º Na transação ou acordo celebrado diretamente pela parte ou por intermédio de procurador para extinguir ou encerrar processo judicial, inclusive os casos de extensão administrativa de pagamentos postulados em juízo, as partes poderão definir a responsabilidade de cada uma pelo pagamento dos honorários dos respectivos advogados.” (BRASIL. Lei 9.469, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 Jul. 1997).

⁴⁰²Segundo a Lei n.º 9.469, de 1997:

“Art. 2º O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, o Procurador-Geral do Banco Central do Brasil e os dirigentes das empresas públicas federais mencionadas no caput do art. 1o poderão autorizar, diretamente ou mediante delegação, a realização de acordos para prevenir ou terminar, judicial ou extrajudicialmente, litígio que envolver valores inferiores aos fixados em regulamento.” (BRASIL. Lei 9.469, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 Jul. 1997).

⁴⁰³ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de Conciliação da Procuradoria-Geral Federal*. 2012, p. 11.

ao procedimento previsto no art. 100 da CRFB. Cumpre ressaltar, ainda, que a conciliação prevista na Portaria AGU n.º 109, de 2007, não exclui outras hipóteses de composição previstas na legislação especial.

Elogiável a postura da União, no que se refere às transações, na medida em que a consensualidade, quando envolve um ente público, deve ser relida e reestruturada, estando, a Administração Pública, mais do que autorizada e aparelhada a resolver os litígios em que é parte sem intervenção do Judiciário, tendo o poder/dever de atuar para opinar e solucionar seus conflitos, em uma conduta típica de sua atividade de gestão.

Entende-se que deve ser protegido o interesse público. No entanto, essa expressão não pode ser utilizada como óbice à realização de acordos. A abertura para a solução consensual de litígios faz parte da boa administração das receitas públicas, contribuindo sobremaneira para a economia e para uma gestão eficiente. Ademais, deve-se ter em mente o Estado como um todo, considerando-se também a função jurisdicional, pois, com a celebração de acordos, o número de ações existentes diminuiria, possibilitando que as verbas públicas fossem empregadas em outros setores, criando uma melhor estrutura, aprimorando a capacitação de servidores e magistrados, otimizando, assim, o exercício da Jurisdição.

As autorizações genéricas para a celebração de transação dependem da existência de normas editadas pelos entes federativos, em face da autonomia federativa prevista no art. 18 da CRFB⁴⁰⁴. Dentro da perspectiva em enfoque, o Estado de Minas Gerais, no mês de abril de 2016, oficiou ao presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, informando sobre a não utilidade da designação das audiências de conciliação, tendo em vista a “indisponibilidade do interesse público envolvido nas lides”, o que impossibilita a obtenção de transação⁴⁰⁵.

Como exemplo de autorizações legislativas genéricas, cite-se o art. 10 da Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, bem como o art. 8º da Lei n.º 12.153, de 22 de dezembro de 2009, que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴O art. 18 da CRFB/88 prevê que: “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988).

⁴⁰⁵Ofício de Gabinete da AGE-MG n.º 174/16, de abril de 2016, dirigido ao Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

⁴⁰⁶Dispõe o art. 10 da Lei n. 10.259, de 2001, que:

“Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.

Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.” (BRASIL. Lei n. 10.259, de 10 de julho de 2001. Dispõe sobre

Por outro lado, apenas após a decisão do juiz, é que a audiência pode ser considerada cancelada, iniciando-se o prazo da contestação. Assim, não sendo obtida a autocomposição, o réu poderá oferecer contestação por petição no prazo de 15 dias. O início do prazo, nos termos do art. 335, incisos I, II e III, do CPC de 2015, variará de acordo a postura adotada pelas partes. Por isso, o prazo para apresentar defesa será contado de acordo com a data da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer das partes não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição. O prazo também poderá ter início a partir do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu quando ocorrer a hipótese do art. 334, §4º, I, do CPC de 2015.

3.5.5.2 Audiências de saneamento e organização do processo

Decorrido o prazo para contestação, o juiz deverá adotar alguma das providências preliminares constantes do Capítulo IX do CPC de 2015, saneando o processo. O juiz deverá, inicialmente, verificar se o réu apresentou contestação e se incidiram os efeitos da revelia. Se o réu apresentar defesa e alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 337 ou algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 15 dias, permitindo-lhe, o juiz, a produção de prova. Caso o juiz perceba a existência de irregularidades ou de vícios sanáveis, determinará sua correção em prazo nunca superior a 30 dias. Cumpridas as providências preliminares ou não havendo necessidade delas, o juiz proferirá julgamento conforme o estado do processo, observando o que dispõe o Capítulo X do CPC de 2015.

Na fase do julgamento conforme o estado do processo, o juiz deverá proferir sentença, caso se trate de alguma das hipóteses previstas nos arts. 485 e 487, II e III, do CPC de 2015, decisão esta que poderá dizer respeito a apenas parcela do processo, caso em que será impugnável por agravo de instrumento, conforme dicção do art. 354, do mesmo CPC.

Por sua vez, não sendo o caso de aplicação do art. 354 do CPC, o juiz analisará se sucedeu-se uma das hipóteses de julgamento antecipado, o que ocorrerá quando não houver necessidade de produção de outras provas, ou quando o réu for revel e não houver requerimento

a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 Jul. 2001).

Estabelece o art. 8 da Lei n. 12.153, de 2009, que:

“Art. 8º. Os representantes judiciais dos réus presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação.” (BRASIL. Lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 Dez. 2009).

de prova. Deverá constatar também se não se trata de um dos casos de julgamento antecipado parcial do mérito, na forma do art. 356 do CPC de 2015.

O saneamento e a organização do processo deverão ser feitos pelo juiz quando não ocorrer nenhuma das hipóteses do Capítulo X do CPC. Segundo Didier Jr., “esta é uma das mais importantes decisões proferidas pelo órgão jurisdicional. A boa organização do processo interfere diretamente na duração razoável do processo e na proteção ao contraditório”⁴⁰⁷.

O saneamento do processo tem por objeto “a detecção de defeitos processuais que obstruam o avanço procedimental em direção ao exame do mérito, ou seja, almeja ‘desimpedir o caminho para instrução da causa’”⁴⁰⁸. É importante ser destacado que o dever de sanear o processo “não ocorre em momentos estáticos, mas durante todo o curso do procedimento, já que é possível, desde a petição inicial até a sentença, verificar a existência de vícios e irregularidades aptas a atraírem a sanção de nulidade, determinando as providências necessárias para a sua correção”⁴⁰⁹.

Sobre o tema, Guedes entende que:

Esses *impedimentos no caminho da instrução* ou *impurezas e obstáculos* são defeitos que podem ser detectados em todo o curso procedimental, conquanto o controle da sanidade do processo obedeça a duas formas, uma *difusa* (começada com o controle da petição inicial) e outra *concentrada*, na fase saneadora.⁴¹⁰

Na decisão de saneamento do processo, nos termos do art. 357 do CPC de 2015, o juiz deverá resolver as questões processuais pendentes, se houver; delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373 do CPC; delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; e, por fim, designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

Ocorre que a correta aplicação da técnica de saneamento do processo nem sempre acontece, na medida em que as questões processuais são relegadas até mesmo para o momento da prolação da sentença de mérito, o que acarreta na prática de atos processuais inúteis e na demora da prolação da sentença. Na verdade, a solução de questões processuais é medida que

⁴⁰⁷DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V. 1. 17. ed. Salvador: JusPodium, 2015, p. 691.

⁴⁰⁸GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 106.

⁴⁰⁹GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, p. 29-57, jul./dez. 2015.

⁴¹⁰GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 106.

contribui para a economia processual, fazendo com que um processo que não seria apto a uma decisão de mérito, em razão de seus vícios ou irregularidades, seja extinto antecipadamente.

Todavia, o juiz deverá, se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes. Apesar do art. 357, §3º, do CPC de 2015 dizer expressamente que, para a marcação da audiência, a causa deverá apresentar complexidade, nada impede que seja designada referida audiência em ações que envolvam matérias não complexas.

A decisão que designar ou não a audiência de saneamento e organização do processo, por óbvio, deverá ser devidamente fundamentada, expondo-se as razões pela qual ocorreu ou não a marcação desse ato. Frise-se, por oportuno, que a designação ou não dessa audiência não tem por base a aplicação da oralidade, mas a otimização da participação, na medida em que, antes da decisão, as partes terão ampla possibilidade de debaterem sobre as questões processuais pendentes, as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória e os meios de prova a serem admitidos.

Na ocasião da audiência de saneamento e organização do processo, as partes poderão ter a oportunidade de integrar ou esclarecer suas alegações. A fixação das questões⁴¹¹ e a determinação das provas devem ser feitas de forma participada e policêntrica, antecedida de debates com as partes e seus procuradores.

Para Brêtas, a decisão jurisdicional “deverá ser o resultado lógico da atividade procedimental desenvolvida em torno das questões discutidas e dos argumentos produzidos em contraditório pelas partes em todas as fases do processo, porquanto são elas, as partes contraditórias, que suportarão seus efeitos”⁴¹².

A contribuição para fixação da controvérsia influi diretamente na fase probatória, já que, em regra, apenas os fatos pertinentes e relevantes precisam ser provados, sendo desnecessária a prova dos fatos notórios, os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária e aqueles admitidos, no processo, como incontroversos, conforme preceitua, o art. 374 do CPC de 2015.

A ampla discussão com a apresentação direta dos argumentos pelas partes e seus

⁴¹¹Sobre a conceituação de questões, cite-se o posicionamento de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias: “pois bem, tomando-se por base a doutrina de Carnelutti, *ponto* é o fundamento da pretensão ou da defesa que surge indubitado ou incontroverso no processo. Quando as partes estabelecem discussão (controvérsia) em torno do *ponto*, este se converte em *questão*. Logo, para Carnelutti, *questão* é todo *ponto controverso ou duvidoso* – de fato, de direito processual ou de direito material – que desponta no processo, objeto da discussão das partes e da decisão que será proferida.” (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 174).

⁴¹²BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 173-174.

procuradores perante o juiz e a outra parte, além da correta fixação dos pontos controvertidos, delimita o âmbito do que precisa ser provado, enriquecendo o debate e aumentando os fundamentos da decisão que deferir ou não determinado meio de prova, reduzindo, via de consequência, o número de recursos. De fato,

A preparação eficaz da fase postulatória é imprescindível para um bom desenvolvimento da fase probatória, não sendo possível mais que os sujeitos processuais se preocupem com a discussão do caso apenas no momento da apresentação da petição inicial e defesa, no caso das partes, e da sentença, no caso dos juízes.⁴¹³

Na decisão de saneamento e organização, devem ser corrigidas as irregularidades existentes, preparando o processo para a fase probatória, em nítida economia processual com a concentração dos atos processuais em um único momento, e da economia de tempo, já que os atos processuais seriam praticados em uma só data. Essa organização também possibilitaria às partes a preparação eficaz para os demais atos do procedimento, resguardando-as de surpresas sobre o estágio da cognição e sobre o que deveria ser por elas provado⁴¹⁴. Segundo Nunes:

Impedir-se-ia a prática recorrente, de as partes, até a audiência de instrução, não possuírem a menor ideia do que o juiz reputa relevante para a formação da decisão, e de juntarem tudo aquilo que **imaginam** que poderia ser levado em consideração (BAUR, 1966, p.18), **mas num campo de total incerteza**.⁴¹⁵

Chiovenda já afirmava que:

E ainda nas questões meramente jurídicas, e nas em que a matéria de fato resulta inteiramente de documentos, a discussão oral, entendida, não como declamação acadêmica, senão como a concisa oposição de razões, pode conduzir a uma definição por certo mais pronta e provavelmente melhor do que a amadurecida na mente do juiz com a orientação, apenas, dos escritos. A maior rapidez, a maior facilidade de entender-se reciprocamente, a seleção que a defesa falada opera naturalmente nas razões e argumentos, dando a perceber a eficácia dos bons e a inanidade dos maus, a genuinidade da impressão de quem ouve, explicam a importância que o debate oral oferece nas relações pública e privadas da vida moderna.⁴¹⁶

Dentro do processo democrático, os sujeitos interdependentes devem praticar atos

⁴¹³GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, p. 29-57, jul./dez. 2015.

⁴¹⁴GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, p. 29-57, jul./dez. 2015.

⁴¹⁵NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 119.

⁴¹⁶CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 63.

contributivos para a construção da decisão, observando-se, é claro, a sua função específica naquele processo. “É pela participação que se legitima a conduta dos agentes de Estado que implementam o quanto deliberado nas instâncias próprias. Quer isso dizer que a atuação do Estado, para ser legítima, há de decorrer das deliberações democráticas”⁴¹⁷.

Nessa perspectiva, não se aceita mais a procura solitária da aplicação do direito, de modo que a legitimidade da decisão jurisdicional deve ser proferida após o amplo debate, envolvendo todos os fatos e normas aplicáveis à espécie. Araújo afirma que:

O espaço de diálogo criado pelo processo decorre de uma estrutura metodológica normativamente construída que, ao mesmo tempo em que viabiliza o embate discursivo-argumentativo das partes, em simétrica paridade, é apta a afastar subjetivismo ou ideologia do agente público decisor, ou o denominado prudente arbítrio do juiz.⁴¹⁸

Nessa linha de raciocínio, bem leciona, Nunes:

A decisão não pode mais ser vista como expressão da vontade do decisor e sua fundamentação ser vislumbrada como mecanismo formal de legitimação de um entendimento que este possuía antes mesmo da discussão endoprocessual, mas deve buscar legitimidade **na tomada de consideração dos aspectos relevantes e racionais** suscitados por todos os participantes, informando razões (na fundamentação) que sejam convincentes para todos os interessados no espaço público, e aplicar a normatividade existente sem inovações solitárias e voluntarísticas.

[...]

O ambiente propício para tal espaço público é o processo sob o enfoque participativo e policêntrico, que impediria a legitimação de linhas anti-sociais e neoliberais, ao quebrar o privilégio cognitivo dos agentes estatais e ao impor a estes a devida fundamentação racional de argumentos produzidos e construídos endoprocessualmente, e não pré-fixados pelos ideais (de bem viver ou estratégicos) por estes *criados*.⁴¹⁹

No mesmo sentido, obtempera, Nery Júnior:

A aplicação desse preceito independe da natureza da questão – se de ordem privada ou de ordem pública –, que pode ser de direito material ou de direito processual, e essa obrigação do juiz de dar oportunidade às partes nas circunstâncias expressas no CPC fr. 16 é uma “exigência de lealdade processual [boa-fé do Poder Judiciário] e um elemento do devido processo”.⁴²⁰

⁴¹⁷CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB*, Lisboa, ano 2, n. 9, out./dez. 2012, p. 9298.

⁴¹⁸ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha; O processo constitucional como elemento de proteção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Belo Horizonte, ano 20, n.80 out./dez. 2012, p. 79.

⁴¹⁹NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 237-238.

⁴²⁰NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 229.

O juiz deve dar ampla interpretação e aplicabilidade às normas que dispõem sobre os direitos e garantias fundamentais, durante todas as fases do procedimento, e não somente quando for sentenciar⁴²¹. Segundo Gonçalves, a “decisão não se qualifica como justa apenas pelo critério da rapidez, e se a justiça não se apresenta no processo não poderá se apresentar, também, na sentença”⁴²².

Cunha entende da mesma forma:

O contraditório não é necessário apenas para a prolação da sentença de mérito. Ele deve ser observado ao longo de todo o procedimento, relativamente a todas as questões, sejam de rito ou de mérito. Ao longo de todo o procedimento as questões a serem enfrentadas. Para examinar e decidir sobre cada uma delas, deve o juiz instaurar o contraditório prévio.⁴²³

O debate entre os sujeitos processuais é medida que contribui para a celeridade dos procedimentos, evitando-se retrocessos ocasionados por deficiências nas postulações das partes, por necessidades de esclarecimentos e pelo dever de consultar sobre todas as matérias a serem decididas pelo juiz, conforme se infere dos artigos 9º, 10, 139, 317, 321, 485, §1º, todos do CPC de 2015⁴²⁴.

⁴²¹GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, p. 29-57, jul./dez. 2015.

⁴²²GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 107.

⁴²³CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB*, Lisboa, ano 2, n. 9, out./dez. 2012, p. 9309.

⁴²⁴Citem-se os artigos 9º, 10, 139, III, 317, 485, §1º, todos do CPC de 2015:

“Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I – à tutela provisória de urgência;

II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III – à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

[...]

VIII – determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

IX – determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.

Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

Sobre o dever de esclarecimento, Theodoro Júnior et al entendem que:

O dever de esclarecimento possui claramente um duplo sentido vetorial: de um lado, permite ao magistrado esclarecer fatos e situações jurídicas, dentro das regras do máximo aproveitamento e da primazia do mérito (art. 4º); do outro, viabiliza às partes a potencialidade de obter do magistrado decisões que sejam fruto do debate em contraditório, desprovidas de dúvidas e obscuridades.⁴²⁵

O debate sobre todos os possíveis fundamentos da decisão é medida que protege as partes de uma decisão baseada em fatos e fundamentos jurídicos, sobre os quais não tiveram conhecimento e, via de consequência, a oportunidade de se manifestar. Nery Júnior discorre que essa proibição decorre “diretamente da cláusula do *devido processo*, que integra o princípio do *due process of Law* (CF 5º LIV), e do princípio do contraditório (CF 5º LV), a proteção das partes contra a *decisão surpresa*”⁴²⁶. Segundo o autor:

A proibição de haver *decisão surpresa* no processo, decorrência da garantia instituída pelo princípio constitucional do contraditório, enseja ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele, seja a requerimento da parte ou interessado, seja *ex officio*. Trata-se da proibição da sentença de “terceira via”.⁴²⁷

No mesmo sentido, leciona, Theodoro Júnior:

Desse modo, o contraditório moderno constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em “solitária onipotência” aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes.⁴²⁸

Ainda sob o aspecto da celeridade, Iura afirma que dados estatísticos demonstram uma

I – indeferir a petição inicial;

II – o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III – por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

[...]

§1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

⁴²⁵THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 105.

⁴²⁶NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 221.

⁴²⁷NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 222.

⁴²⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD*, v. 2, n. 1, p. 64-71, já./jun. 2010.

relação direta entre a duração razoável do procedimento e a adequada preparação para o debate realizada na audiência preliminar. Segundo o referido autor:

Deveras, dados estatísticos recolhidos na Bavária em 1972 apontam a existência de uma relação direta entre a duração do processo e a preparação adequada para a audiência preliminar (*früher erste Termin*). Verificou-se que, quando o juiz preparou o processo de forma mais intensa para a audiência preliminar nos moldes do Modelo de Stuttgart, com a presença das partes, havendo prévio estabelecimento das diretivas a serem tomadas quanto à produção da prova (§272 da ZPO), em 25% dos casos o procedimento em primeira instância durou menos de três meses e em 58% a duração ficou entre três e seis meses. Já nos casos em que não houve preparação alguma para a audiência preliminar, estes percentuais ficaram reduzidos a 2% e 12% respectivamente.

Além disso, não se pode perder de vista que a eficiência do sistema judicial alemão não pode ser explicada apenas com base na valorização da audiência preliminar, sem considerar, por exemplo, o elevado rigor do processo seletivo de novos juízes – recrutando-se profissionais com habilidades técnicas muito acima da média –, o elevado nível dos profissionais da área jurídica em geral – fruto de um sistema de educação superior de alto padrão – e o elevado número de juízes *per capita*.⁴²⁹

Embora esses sejam dados estatísticos provenientes de outro local e colhidos em outra data, servem de parâmetro para demonstrar a utilidade da realização do prévio debate, resultando em um bom aproveitamento do procedimento. Com efeito, para ser importado o modelo para a realidade brasileira, deve-se levar em consideração também o número de processos em cada Vara ou Seção Judiciária, os recursos materiais e, principalmente, os recursos humanos, notadamente, o número de magistrados por habitante e o total de processos por magistrados.

Não se olvide que prevalecem, nos litígios, um conflito de interesses não cooperativos, manifesto na litigância estratégica das partes. Todavia, “em uma perspectiva democrática, é necessária não somente a atividade cooperativa de todos os sujeitos processuais, mas também o reconhecimento da mútua responsabilidade, fixando-se o âmbito de atuação de cada um, e possibilitando a discussão ampla de todas as questões”⁴³⁰. É preciso que os operadores do Direito reconheçam que a alteração legislativa deve vir acompanhada de uma mudança de mentalidade, de modo que todos os sujeitos processuais assumam efetivamente seu papel de colaboradores para a construção da decisão. “Todos os sujeitos processuais devem assumir a postura de transformar o processo em uma comunidade de trabalho, responsabilizando-se tanto

⁴²⁹IURA, Alexandre Miura. *Oralidade e escrita no processo civil*. 2012. 142 f. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 83-84.

⁴³⁰GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, p. 29-57, jul./dez. 2015.

pelo seu sucesso como pelo seu insucesso”⁴³¹.

Esclareça-se, ainda, que essa postura cooperativa não deve ser confundida com uma visão romântica de solidariedade e de simples colaboração, mas como decorrência do contraditório como influência e não surpresa, conforme bem exposto por Theodoro Júnior et al:

A cooperação também não se trata nem mesmo de uma visão romântica que induziria a crença de que as pessoas no processo querem, por vínculos de *solidariedade*, chegar ao resultado mais correto para o ordenamento jurídico. Esta utópica solidariedade processual não existe (nem nunca existiu): as partes querem ganhar e o juiz quer dar vazão à sua pesada carga de trabalho. O problema são os custos desta atividade não cooperativa em um sistema sobrecarregado e de alta litigiosidade – não apenas numérica, mas de diversidade de litígios.⁴³²

Percebe-se que o CPC de 2015 não pretende fixar a centralidade do processo no juiz ou nas partes. Pelo contrário, “é um código de todos os sujeitos processuais, é, portanto, **policêntrico**”⁴³³. Cite-se novamente o entendimento de Theodoro Júnior et al:

Não é mais possível reduzir o processo a uma relação jurídica vista como um mecanismo no qual o Estado-juiz implementa sua posição de superioridade de modo que o debate processual é relegado a segundo plano. Essa visão olvida que o processo deve ser desgarrar dessa concepção de mecanismo de dominação e deve ser percebido em perspectiva democrática e garantidora de direitos fundamentais, permitindo, de um lado, uma blindagem (limite) às atividades equivocadas das partes, advogados e juízes e, de outro, garantindo a participação e influência de todos os envolvidos e de seus argumentos nas decisões por ele (processo) formadas. O processo deve garantir a implementação dos direitos especialmente fundamentais.⁴³⁴

Devidamente saneado e mais organizado, o processo estará em melhores condições de se tornar efetivo, na medida em que a correta delimitação da controvérsia permite que a atividade probatória seja exata, demonstrando-se o que é necessário, evitando-se, assim, a falta de evidências ou a produção indevida de provas. Tanto a falta, quanto a desnecessidade da prova são prejudiciais ao direito das partes. A primeira porque impedirá o reconhecimento de um direito, e a segunda por fazer com que o procedimento se alongue indevidamente.

Além disso, um conhecimento exato da controvérsia permite a formulação de acordos estruturados e bem pensados, e não impostos e manifestamente desvantajosos, ocasionados pela

⁴³¹GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, p. 29-57, jul./dez. 2015.

⁴³²THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 89.

⁴³³THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 107.

⁴³⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 109.

confusão fática e jurídica existente no processo.

3.5.5.3 Audiências de instrução e julgamento

Como ressaltado, a audiência de instrução e julgamento é uma das audiências da qual participam, juiz, auxiliares da Justiça, testemunhas, advogados e partes, com o objetivo principal de se obter a prova oral, debater a causa e proferir sentença. “A audiência é *ato processual complexo*, integrado por uma sucessão de atos coordenados, interdependentes entre si, e sujeitos ao preenchimento de requisitos formais próprios”⁴³⁵.

Na medida em que o art. 5º, LX, e o art. 93, IX, da CRFB, preveem que todos os julgamentos dos órgãos do Judiciário serão públicos, com a ressalva da proteção da preservação do direito à intimidade do interessado ou do interesse público, as audiências devem ser acessíveis a toda a população, possibilitando amplo controle social dos atos praticados no âmbito da Jurisdição⁴³⁶.

A audiência de instrução e julgamento é eventual, já que nem sempre deverá ser realizada, podendo ser dispensada nos casos de julgamento antecipado da lide ou quando não existirem provas a serem produzidas. Também tem como característica a formalidade, na medida em que encontra uma forma expressa em lei, prevendo uma sequência de atos a serem observados pelas partes e pelo juiz.

Na audiência de instrução e julgamento, estão previstas cinco espécies de atos, quais sejam, os atos preparatórios, os atos de tentativa de conciliação das partes, os atos instrutórios, os debates orais e, por fim, o ato de julgar.

Os atos preparatórios consistem na abertura da audiência pelo juiz e no pregão de partes, advogados, peritos e testemunhas, conforme dispõe o art. 358 do CPC de 2015. Trata-se de ato singelo, mas cuja falta poderá levar à nulidade do ato por ofensa ao contraditório e à ampla defesa, na medida em que os participantes devem saber o momento em que se iniciará a audiência, para, assim, defenderem oralmente seus direitos.

A outra medida tomada pelo juiz é uma nova tentativa de conciliação das partes. Se

⁴³⁵DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V. 2. 17. ed. Salvador: JusPodium, 2015, p. 27.

⁴³⁶O art. 5º, LX, da CRFB/88 estabelece que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988).

O art. 93, IX, da CRFB/88 prevê que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988).

ocorrer, homologa-se o acordo, e o processo é finalizado.

Embora o CPC de 2015 tenha suprimido a fixação das questões na audiência de instrução e julgamento, entende-se, na esteira do posicionamento de Didier Jr., que esse ato poderá ser realizado novamente pelo juiz antes da colheita da prova⁴³⁷, pois, após a decisão de organização e saneamento do processo, poderão ter surgido fatos novos que alterem a necessidade de se produzirem outras provas em audiência, ou mesmo a abrangência do que deverá ser provado. Com efeito, a produção de prova pericial ou documental suplementar poderá restringir ou até mesmo afastar por completo a necessidade da prova testemunhal.

Em seguida, procede-se à produção de provas orais, com os depoimentos pessoais das partes e inquirição de peritos e testemunhas.

Finda a instrução, o juiz dará a palavra aos advogados do autor e do réu, bem como ao Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, sucessivamente, pelo prazo de vinte minutos para cada um, prorrogável por dez minutos, a critério do juiz. Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por razões finais escritas, que serão apresentadas pelo autor e pelo réu, bem como pelo Ministério Público, em prazos sucessivos de 15 dias⁴³⁸.

As alegações finais orais ou os memoriais escritos consistem na última manifestação das partes e do Ministério Público antes da prolação da sentença. O seu conteúdo é amplo, podendo as partes e o Ministério Público argumentarem sobre todo o ocorrido no curso do procedimento, embora o tecnicamente correto seja fazer um silogismo entre as provas colhidas na audiência com os fundamentos fáticos e jurídicos trazidos na fase postulatória. Daí, sustenta-se que as alegações finais apenas serão facultadas quando forem produzidas provas em audiência, sejam documentais, testemunhais ou periciais.

Logo em seguida, o juiz proferirá sentença⁴³⁹, que é o pronunciamento jurisdicional

⁴³⁷DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V. 2. 17. ed. Salvador: JusPodium, 2015, p. 29.

⁴³⁸O Código de Processo Civil de 2015 prevê que:

“Art. 364. Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e do réu, bem como ao membro do Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez) minutos, a critério do juiz.

§1º Havendo litisconsorte ou terceiro interveniente, o prazo, que formará com o da prorrogação um só todo, dividir-se-á entre os do mesmo grupo, se não convencionarem de modo diverso.

§2º Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por razões finais escritas, que serão apresentadas pelo autor e pelo réu, bem como pelo Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, em prazos sucessivos de 15 (quinze) dias, assegurada vista dos autos.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

⁴³⁹Dispõe, o Código de Processo Civil de 2015, que:

“Art. 366. Encerrado o debate ou oferecidas as razões finais, o juiz proferirá sentença em audiência ou no prazo de 30 (trinta) dias.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

decisório, por meio do qual, o juiz, analisando ou não o mérito da causa, encerra uma etapa do procedimento em primeiro grau de Jurisdição. De acordo com Didier Jr., Braga e Oliveira, “a sentença é o pronunciamento do juízo singular que, com fundamento no art. 485 ou no art. 489 do CPC, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum ou extingue a execução”⁴⁴⁰. O art. 485 dispõe sobre as hipóteses em que o mérito não é resolvido, enquanto o art. 487 prevê os casos em que o é.

Embora o tecnicamente correto seja que o juiz decida em audiência, verifica-se que, na prática, os juízes, via de regra, utilizam-se da faculdade prevista no art. 366 do CPC de 2015, proferindo as sentenças por escrito.

Por fim, o servidor público presente na audiência, sob o comando do juiz, registrará todo o ocorrido, bem como requerimentos das partes, despachos, decisões e sentenças proferidas no ato, conforme preceitua o art. 367 do CPC de 2015. Frise-se que a audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, faculdade esta que também poderá ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.

3.5.5.4 Sessões nos tribunais

O termo sessão, como sinônimo de reunião, encontro ou assembleia não deixa de abranger as audiências. No entanto, no linguajar técnico-jurídico, enquanto, no primeiro grau de Jurisdição, ocorrem as audiências, perante os tribunais, acontecem as sessões. A audiência não deixa de ser uma sessão, só que com características diversas daquelas realizadas perante os tribunais.

As sessões perante os tribunais também são consideradas atos complexos, solenes e públicos. Ocorre que, nestas, o ato é presidido por um desembargador ou um ministro e possui reduzidas atividades comparadas com as praticadas em audiência. Com efeito, a manifestação das partes é representada pelas sustentações orais, e a dos julgadores, pela leitura e publicação dos votos componentes dos acórdãos.

A sustentação oral pelos advogados das partes, defensores públicos e membros do Ministério Público será feita na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, pelo prazo improrrogável de 15 minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal, nas hipóteses

⁴⁴⁰DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. V. 3. 15. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 305.

de recurso de apelação, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, embargos de divergência, ação rescisória, mandado de segurança, reclamação e agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência. Também poderá haver a sustentação oral no incidente de resolução de demandas repetitivas⁴⁴¹.

O procurador que desejar proferir sustentação oral poderá requerer, até o início da sessão, que o processo seja julgado em primeiro lugar, sem prejuízo das preferências legais, conforme prevê o art. 937, §2º, do CPC de 2015. Nos processos de competência originária, caberá sustentação oral no agravo interno interposto contra decisão de relator que o extinga (art. 937, §3º, do CPC de 2015).

Finalmente, estabelece o art. 937, §4º, do CPC de 2015 que é permitido ao advogado com domicílio profissional em cidade diversa daquela onde está sediado o tribunal realizar sustentação oral por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que o requeira até o dia anterior ao da sessão.

A sustentação oral é corolário da ampla defesa perante os tribunais. Mediante a sustentação oral, a parte, por meio de seu advogado ou defensor público, e o Ministério Público podem expor suas razões perante os novos julgadores, trazendo argumentos aptos a modificarem os julgados proferidos pelo juízo de primeira instância. Outrossim, podem tentar convencer nos casos de competência originária.

⁴⁴¹Estabelece, o Código de Processo Civil de 2015, que:

“Art. 937. Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente, ao recorrido e, nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões, nas seguintes hipóteses, nos termos da parte final do caput do art. 1.021:

I – no recurso de apelação;

II – no recurso ordinário;

III – no recurso especial;

IV – no recurso extraordinário;

V – nos embargos de divergência;

VI – na ação rescisória, no mandado de segurança e na reclamação;

VII – (VETADO);

VIII – no agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência.

IX – em outras hipóteses previstas em lei ou no regimento interno do tribunal.

§1º A sustentação oral no incidente de resolução de demandas repetitivas observará o disposto no art. 984, no que couber.

§2º O procurador que desejar proferir sustentação oral poderá requerer, até o início da sessão, que o processo seja julgado em primeiro lugar, sem prejuízo das preferências legais.

§3º Nos processos de competência originária previstos no inciso VI, caberá sustentação oral no agravo interno interposto contra decisão de relator que o extinga.

§4º É permitido ao advogado com domicílio profissional em cidade diversa daquela onde está sediado o tribunal realizar sustentação oral por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que o requeira até o dia anterior ao da sessão.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

Por outro lado e em regra, a decisão proferida pelos órgãos jurisdicionais colegiados recebem o nome de acórdão, com a ressalva daquelas proferidas monocraticamente⁴⁴². Trata-se de uma decisão diferente daquela proferida pelo juízo de primeiro grau de Jurisdição, na medida em que esta é elaborada por apenas uma pessoa, enquanto o acórdão é composto, em um de seus elementos, pelo entendimento de três ou mais julgadores⁴⁴³. Cada um desses julgadores manifestará seu posicionamento por meio de seu voto, esses votos compõem o acórdão⁴⁴⁴.

Os votos⁴⁴⁵ deveriam ser praticados unicamente de forma verbal, embora os pudessem

⁴⁴²Ressalvada a possibilidade contida nos artigos 932 e 1.011 do CPC, em que o relator pode decidir monocraticamente, senão vejamos:

“Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

III – não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

IV – negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V – depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

Art. 1.011. Recebido o recurso de apelação no tribunal e distribuído imediatamente, o relator:

I – decidi-lo-á monocraticamente apenas nas hipóteses do art. 932, incisos III a V;

[...]” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

⁴⁴³Art. 942 do CPC de 2015: “quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

⁴⁴⁴Art. 941 do CPC de 2015: “proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

⁴⁴⁵De acordo com o regimento interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

“Art. 107. Concluída a sustentação oral, o presidente tomará os votos do relator, do revisor e dos vogais, na ordem decrescente de antiguidade.

§1º O desembargador que não houver assistido ao relatório poderá abster-se de votar, ou pedir adiamento do julgamento e vista dos autos, o que não impede que votem aqueles que se sentirem habilitados.

§2º O desembargador que pedir adiamento do julgamento restituirá os autos no prazo de dez dias contados da data em que o receber, salvo se declarar sua inclusão na próxima sessão.

§3º Na sessão em que prosseguir o julgamento adiado, o voto proferido anteriormente será computado e registrado na papeleta e na ata, ainda que ausente o desembargador que o tenha proferido, fato que não impedirá o prosseguimento.

Art. 108. As questões preliminares serão julgadas antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquelas.

Art. 109. Rejeitada a preliminar, ou se com ela for compatível a apreciação do mérito, seguir-se-ão a discussão e o julgamento da matéria principal, com o pronunciamento dos julgadores, inclusive o vencido.

Art. 110. Salvo disposição em contrário, as deliberações serão tomadas por maioria de votos.

§1º Nas câmaras cíveis e criminais, o presidente votará se integrar a turma de julgamento e nas hipóteses em que a câmara decide com a participação de todos os seus membros.

ser trazidos por escrito⁴⁴⁶. Todavia, o grande volume de processos julgados diariamente não permite que os componentes dos órgãos colegiados consigam memorizar todas as decisões a serem proferidas, razão pela qual, embora a regra seja proferir os votos oralmente, normalmente as decisões são quase que todas proferidas por escrito e lidas em sessão de julgamento.

3.6 Efetividade e eficiência

A efetividade do processo é um dos temas mais inquietantes e constantes no estudo contemporâneo. Diversos problemas são levantados, apresentando-se soluções que, nem sempre, são as mais satisfatórias. A legislação burocratizada, a *morosidade do Judiciário*, o volume de processos existentes e diuturnamente distribuídos, a atecnia dos operadores do Direito e a falta de estrutura, são alguns desses problemas.

O procedimento, como uma estrutura técnica de extrema complexidade e destinada à formação de um provimento, deve ter os olhos sempre na efetividade e na eficiência. Para que se fale da efetividade do processo, é necessário, primeiramente, fazer uma distinção entre efetividade do processo e eficiência da Jurisdição. Esta última se divide em eficiência qualitativa e quantitativa.

Não existe um consenso doutrinário e jurisprudencial sobre esses conceitos, de modo que, para tentar fazer uma distinção entre ambos, buscou-se não só doutrina relacionada ao Direito Processual, mas também doutrina relativa ao Direito Administrativo. Isso se fez necessário, porque, segundo bem exposto por Gonçalves, o “conceito de procedimento mudou, acompanhando o desenvolvimento da realidade normativa, do Direito positivo, e não foi por

§2º Nos grupos de câmaras criminais, o presidente votará sempre.

§3º No Órgão Especial, o presidente votará nos termos do que dispõe o inciso IV do art. 26 deste regimento.

§4º Os desembargadores membros do Órgão Especial, ocupantes de cargo de direção, votarão nas ações diretas de inconstitucionalidade, nos incidentes de inconstitucionalidade, nas dúvidas de competência e em matéria legislativa e administrativa.

§5º Em julgamento de mandado de segurança, de ação rescisória, de embargos infringentes e de agravo interno, havendo empate, prevalecerá, respectivamente, o ato da autoridade impetrada, a decisão rescindenda, a decisão embargada e a decisão agravada.

§6º Em julgamento criminal, havendo empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao acusado.

Art. 111. Sempre que o objeto da decisão puder ser decomposto em questões ou parcelas distintas, cada uma será votada separadamente, para se evitar dispersão de votos ou soma de votos sobre teses diferentes, observado, no que couber, o disposto no art. 109 deste regimento.

Art. 112. Quando, na votação de questão global indecomponível, ou de questões ou parcelas distintas, se formarem duas opiniões, sem que nenhuma alcance a maioria exigida, ressalvados casos de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, prevalecerá a média dos votos ou o voto médio.

Art. 113. Se os votos de todos os julgadores forem divergentes quanto à conclusão, o presidente, cindindo o julgamento em partes, submeterá toda a matéria a nova apreciação.

Art. 114. Os julgadores poderão modificar o voto até a proclamação do resultado final.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Resolução do Tribunal Pleno n.º 0003, de 26 de julho de 2012*. Regimento Interno).

⁴⁴⁶COSTA, José Rubens. *Tratado do processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Juarez de Oliveira, 2003, p. 27.

acaso que as maiores contribuições, para sua alteração, vieram do campo do Direito Administrativo, que iria se inspirar justamente no modelo de processo, buscado nos domínios do Direito Processual”⁴⁴⁷.

3.6.1 Efetividade

A efetividade não pode ser conceituada apenas quando se “logra realizar materialmente as conseqüências que lhe foram formalmente imputadas” e com o “mero confronto entre o decidido e o concretamente obtido”⁴⁴⁸. Dentro desse raciocínio, oportunas as lições de Calmon de Passos, segundo o qual, “a conclusão que se tira do que foi exposto é a de que, ao predicarmos a efetividade como valiosa por si mesma, deixamos de nos preocupar com a qualidade ou valor do decidido, dando prevalência à concreção do que foi decidido, pouco importando sua bondade ou valia”⁴⁴⁹.

Não basta para a efetividade apenas a concreção, pela decisão jurisdicional, daquilo que foi pedido em juízo, sendo necessário o respeito aos direitos e às garantias fundamentais no curso do procedimento. Sem a observância do devido processo legal, a efetividade estaria mascarada, conforme afirmado por referido autor:

Se por efetividade traduzirmos a pura e simples solução do conflito, logrando-se a pacificação social (péssimo modo de dizer, pois em verdade o que há é a sujeição do vencido mediante a chamada violência simbólica, não necessariamente seu convencimento, que pacificaria), pouco importando a que preço e com quais conseqüências essa efetividade está maculada em sua origem e em sua destinação.

[...]

Destarte, por mais que se pretenda mascarar, a efetividade é algo de todo dependente do que precede a decisão, vale dizer, da cognição e da certificação que a antecederam.⁴⁵⁰

Com base nesses fundamentos, entende-se que a efetividade está ligada à satisfação de direito material discutida no processo e ao respeito ao devido processo legal, consoante será analisado neste tópico.

Conforme exposto no Capítulo 2, item 2.4.1, o paradigma jurídico vigente desde a

⁴⁴⁷GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 56.

⁴⁴⁸CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo*. Salvador: JusPodium, 2013, p. 30.

⁴⁴⁹CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo*. Salvador: JusPodium, 2013, p. 32.

⁴⁵⁰CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo*. Salvador: JusPodium, 2013, p. 35.

CRFB de 1988, é o democrático de direito, por força de seu art. 1º, podendo ser caracterizado, conforme as precisas lições de Canotilho, como sendo “o Estado limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo. O direito é o *direito interno* do Estado; o poder democrático é o *poder do povo* que reside no território do Estado ou pertence ao Estado”⁴⁵¹.

Como decorrência, a dimensão participativa oportunizada pelo processo constitucional deve ser otimizada em todas as funções do Estado, de modo que os direitos fundamentais sejam realmente implementados. Nessa medida, no paradigma democrático de direito, deve ser realçado o processo como garantia de participação, fazendo com que as partes sejam autoras/destinatárias dos provimentos estatais. No Estado Democrático de Direito, a produção e a aplicação dos direitos atribuídas aos agentes públicos devidamente investidos para essas finalidades somente se fazem possíveis pela observância dos procedimentos previamente definidos no ordenamento jurídico, sendo, outra forma, inconstitucional. Segundo Brêtas:

[...] O Estado só pode agir, se e quando chamado a exercer a função jurisdicional, dentro de uma estrutura metodológica construída normativamente (devido processo legal), de modo a garantir a adequada participação dos destinatários na formação do seu ato decisório imperativo. Com essa metodologia, afasta-se qualquer subjetivismo ou ideologia do agente público decisor (juiz), sem espaço para discricionariedade [...].⁴⁵²

Por sua vez, o procedimento, segundo Gonçalves, “é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento”. Já o provimento, ainda de acordo com o mesmo autor, “é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional”⁴⁵³.

Com efeito, o provimento estatal somente poderá ser proferido após o término daquela fase do procedimento em contraditório, o qual deverá ser regido por diversos direitos e garantias fundamentais. Essa estrutura normativa é composta por inúmeras normas que asseguram ao povo o acesso à Jurisdição, o juízo natural, a isonomia, o contraditório, a ampla defesa, nela incluídos a defesa técnica patrocinada por advogado ou defensor público e o direito ao recurso,

⁴⁵¹CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 231.

⁴⁵²BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 43.

⁴⁵³GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 87.

a razoável duração do procedimento, a publicidade e a fundamentação das decisões. Nesse sentido:

A mais importante das garantias processuais constitucionais é o devido processo legal, que, sob interpretação lógico-sistemática das normas do art. 5º, incisos II, XXXV, XXXVII, LII, LIV, LV e LXXVIII, do art. 93, incisos IX e X, e dos arts. 133 e 134, todos da Constituição Federal, deve ser compreendido como um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis ostentados pelas pessoas nas suas relações com o Estado, quais sejam: *a)*- direito ao amplo acesso à jurisdição, prestada pelo Estado dentro de um lapso temporal razoável; *b)*- garantia do juízo natural; *c)*- garantia do contraditório; *d)*- garantia de plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluído, também, o direito da parte à produção da prova e à presença do advogado ou defensor público; *e)*- garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais com base no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); *f)*- garantia do processo sem dilações indevidas.⁴⁵⁴

De nada adianta a previsão de uma gama de direitos e garantias, se juntamente como o devido processo legal, são constantemente violados. A Jurisdição exercida com a observância e respeito ao devido processo constitucional e com a ampla participação de todos os interessados permite o restabelecimento dos direitos fundamentais violados, assegurando não apenas as liberdades individuais, mas também os direitos sociais e as prestações ativas devidas pelo Estado, fazendo com que realmente o processo se torne efetivo.

Assim, para que o processo possa ser considerado efetivo, deve-se observar o devido processo legal, sob pena da decisão não se legitimar constitucionalmente.

O outro aspecto relacionado à efetividade diz respeito à satisfação do direito material discutido pelas partes. Não pode ser esquecido pelo processualista que as pessoas do povo, quando invocam o Judiciário, por meio da propositura de ações, buscam a solução dos seus conflitos de interesse, com o cumprimento das obrigações previstas nas leis que preveem os direitos materiais. O que interessa à parte é o bem da vida, garantido pelo ordenamento jurídico.

Quando se fala em efetividade, é necessário buscar também a melhor maneira para que se possa adimplir a obrigação. Por isso, o procedimento jurisdicional “deve se esmerar em fornecer o melhor instrumental teórico para que o processo se torne a técnica mais idônea possível ao cumprimento de sua finalidade”⁴⁵⁵.

Tratando do assunto, Barbosa Moreira entendeu que, para se atingir a efetividade, é necessário que o processo disponha de instrumentos de tutela adequados e utilizáveis, de modo a oportunizar a reconstrução dos fatos relevantes, correspondendo, tanto quanto possível, à

⁴⁵⁴BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 93.

⁴⁵⁵GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 147.

realidade e possibilitando um resultado que assegure o gozo pleno da utilidade garantida pelo ordenamento jurídico⁴⁵⁶. Já Didier Jr. entende que efetivo “é o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente”⁴⁵⁷. O processo efetivo, para os citados autores, é aquele que consiga, por meio das técnicas utilizadas, possibilitar a fruição do direito material objeto daquele debate.

Finalmente, deve-se ressaltar o acesso à Jurisdição como garantia diretamente relacionada à efetividade do processo. Sem que se propicie que as pessoas tenham conhecimento dos seus direitos e obrigações, e sem que possam devidamente ingressar em juízo, sendo representados por profissionais qualificados, não é possível que as lesões e ameaças aos seus direitos sejam bem defendidas.

Isso porque a educação de qualidade, na qual as pessoas sejam orientadas, dentre outros aspectos dos seus direitos básicos, possibilita que se tenha um conhecimento daquilo que pode ser resguardado com a propositura de uma ação. Trata-se de um direito social previsto no art. 6º da CRFB, ao qual se deve dar ampla proteção.

Aliados à educação, devem ser criados meios que permitam que a população tenha seus direitos defendidos por profissionais devidamente qualificados. Nessa medida, a Defensoria Pública é uma instituição essencial à construção de uma sociedade democrática, incumbindo-lhe a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, conforme art. 134 da CRFB.

Pode-se, então, concluir o presente tópico afirmando que, somente é possível falar em efetividade do processo, dentro de uma visão democrática, se for obedecido o devido processo legal, propiciando proteção dos direitos fundamentais, de modo a possibilitar o amplo debate e a participação concreta na formação dos provimentos judiciais, assegurando à parte a fruição do direito material objeto daquele debate.

3.6.2 Eficiência

Segundo o art. 37, *caput*, da CRFB, a “administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também,

⁴⁵⁶BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 197-198.

⁴⁵⁷DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V. 1. 17. ed. Salvador: JusPodium, 2015, p. 103.

ao seguinte [...]”⁴⁵⁸.

A divisão das funções do Estado, erroneamente definida como separação dos Poderes, diz respeito à ordenação, organização e estruturação do poder político do Estado exercido em nome do povo. “É importante perceber que o fundamento da concepção jurídica do Estado reside no seu reconhecimento como unidade, do que decorre, em consequência, a doutrina da indivisibilidade do poder estatal”⁴⁵⁹.

Nessa medida, como o poder do Estado é uno, foi criada uma técnica de distribuição das suas complexas e inerentes atividades, possibilitando uma melhor eficácia com a especialização, bem como um limite com o controle recíproco, pretendendo-se, assim, que seus titulares não o exerçam de forma abusiva e ilegal, lembrando sempre que “o exercício das funções públicas vem sempre acompanhado de uma responsabilidade correspondente”⁴⁶⁰.

Segundo Brêtas:

Em princípio, como vislumbra Carré de Malberg, o poder do Estado é uno e as funções decorrentes do exercício desse poder são as formas pelas quais a atividade dominante do Estado se manifesta sobre as pessoas, obviamente, ressaltamos, com intransigente fidelidade às normas jurídicas (princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais) que compõem o ordenamento jurídico do mesmo Estado, informado pelos princípios do Estado de Direito e da democracia, pontos sobre os quais dedicamos atenção ao final deste capítulo.⁴⁶¹

Conclusão lógica da inexistência de ressalva expressa no texto constitucional seria a de que o princípio da eficiência deve ser aplicado a todas as funções jurídicas do Estado, notadamente, na função jurisdicional. Como se não bastasse, o texto constitucional faz expressa menção a *qualquer dos Poderes*, o que reforça a sua aplicação ao Judiciário.

Ao se pensar em eficiência, a primeira ideia que surge é o exercício da Jurisdição de maneira rápida. “Prestigia-se uma celeridade a qualquer custo e em frontal ofensa aos direitos e garantias fundamentais”⁴⁶².

Embora se queira um processo mais rápido, é necessário, em determinadas situações, sopesar as consequências graves de uma decisão apressada, quando ajudaria o juiz, que estivesse em dúvida, determinar o esclarecimento de determinadas matérias que

⁴⁵⁸BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988.

⁴⁵⁹BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 18.

⁴⁶⁰BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 17.

⁴⁶¹BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 17.

⁴⁶²GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, p. 29-57, jul./dez. 2015.

lhe causem transtorno pela sua ambigüidade ou contradição.⁴⁶³

No entanto, a “eficiência pode ser analisada sob dois enfoques, quais sejam, o quantitativo e o qualitativo. A eficiência quantitativa tem como enfoque a velocidade dos procedimentos e a redução dos custos, não se preocupando com a qualidade dos provimentos”⁴⁶⁴. “De modo contrário, a eficiência qualitativa se preocupa com qualidade das decisões, o que implica na observância e adoção do processo democrático, com todas as normas que lhe são inerentes”⁴⁶⁵. Nesse particular, e como se verá posteriormente, a eficiência qualitativa tem estreita ligação com a efetividade do processo.

Theodoro Júnior, Nunes e Bahia sustentam que:

Infelizmente, em face de inúmeros fatores, o sistema processual brasileiro costuma trabalhar com a eficiência quantitativa, impondo mesmo uma visão neoliberal de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial dos entendimentos pelos tribunais, mesmo que isto ocorra antes de um exaustivo debate em torno dos casos, com a finalidade de aumentar a estatística de casos “resolvidos”.⁴⁶⁶

É inquestionável e notória a demora na prolação de decisões no âmbito da Jurisdição, fazendo com que vários dos direitos não sejam concretizados, frustrando diversos anseios das partes e da sociedade como um todo. “A demora na solução dos litígios impõe que as partes enfrentem não somente o conflito entre si, mas também passem a conviver em descontentamento com o próprio sistema jurisdicional”⁴⁶⁷.

Não se pode esquecer que a decisão final do procedimento deve ser proferida em tempo razoável. A *duração razoável do processo* é um dos temas que mais intriga os estudiosos do Direito e não pode ser considerada apenas como uma soma aritmética de prazos processuais.

Contudo, não é possível a fixação de prazos rígidos para o término dos processos, devendo ser analisado cada caso concreto, e levando-se em consideração diversos fatores tais como as condições pessoais e comportamento das partes e seus procuradores, a complexidade da causa, bem como a atuação do órgão judicial. Com efeito, cada um dos conflitos de interesses submetidos à apreciação do judiciário

⁴⁶³FREITAS, Gustavo Martins de. O princípio da colaboração no processo civil brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 931, jan. 2006.

⁴⁶⁴GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, p. 29-57, jul./dez. 2015.

⁴⁶⁵GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, p. 29-57, jul./dez. 2015.

⁴⁶⁶THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Coelho; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação do direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil Law e o common Law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, n. 189, p. 9-52, nov. 2010, p. 21-23.

⁴⁶⁷GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, p. 29-57, jul./dez. 2015.

possui uma particularidade, de modo que não é possível que todas as ações tenham tramitação igual e a solução no mesmo prazo.⁴⁶⁸

O grande número de partes e procuradores, acarretando a dificuldade de fazer integrar a lide, um grande número de réus, é fator que contribui para que os prazos sejam estendidos. A complexidade fática, fazendo com que grande número de documentos sejam juntados ou ouvidas diversas testemunhas, muitas das quais em comarcas distintas, além da necessidade da produção de prova pericial, contribuem para o alongamento do curso do procedimento.

Além disso, casos em que a parte é beneficiária da assistência judiciária gratuita causam o atraso na produção de diversas provas, notadamente, a pericial, ante a dificuldade de se encontrarem peritos que aceitem o *munus* sem receber ou recebendo parcos honorários do Estado. Cite-se também, como fator de delonga na solução da controvérsia, o comportamento das partes e seus procuradores, que nem sempre atuam com boa-fé.

A deficiência técnica também é fator que compromete muito a celeridade, sendo um erro não se preocupar com esse aspecto. “Nenhum processualista que preze a sua ciência tem o direito de desinteressar-se pura e simplesmente das questões técnicas”⁴⁶⁹. Procuradores, nem sempre bem preparados e conhecedores do Direito, prejudicam o curso do procedimento, postulando em juízo de forma incompleta, obscura e confusa, trazendo dificuldade na compreensão.

Da mesma forma, deficiências no que dizem respeito ao ônus da prova contribuem para o dispêndio desnecessário de tempo e energia, não só pela sua realização indevida, como pelos recursos decorrentes do seu indeferimento.

O mesmo se diga em relação ao órgão jurisdicional, na medida em que o manejo, com maior destreza, dos dispositivos que o código prevê, como a aplicação do art. 354, implicaria na extinção de inúmeros processos, contribuindo para desobstruir os canais judiciais⁴⁷⁰. Nesse sentido, é o pensamento de Barbosa Moreira:

O emprego de melhor técnica reteria muitas iniciais no filtro do despacho liminar, e poria termo à marcha de muitos pleitos sem necessidade de audiência de instrução e julgamento – num e noutro caso, com cristalino lucro do ponto de vista da efetividade. Esta, vale insistir, sofre danos múltiplos, toda vez que a vida de um processo se estende mais que o necessário: a lamentar não há só o gasto supérfluo de tempo e energias que a procrastinação do desfecho, já por si, representa, mas igualmente as repercussões desfavoráveis sobre a restante atividade do órgão judicial: onerado com essa carga pode, quiçá não tenha a juiz condições de dirigir com mão mais firme e operosa

⁴⁶⁸GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, p. 29-57, jul./dez. 2015.

⁴⁶⁹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Efetividade do processo e técnica processual*. p. 205.

⁴⁷⁰BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Efetividade do processo e técnica processual*. p. 202.

algum outro feito em que, por exemplo, seria oportuna a iniciativa probatória oficial, para melhor esclarecimento dos fatos relevantes.⁴⁷¹

Aliás, a boa estruturação dos atos jurisdicionais decisórios em capítulos⁴⁷², observando-se a clareza e a precisão⁴⁷³, além de todos os elementos constantes do art. 489 do CPC de 2015, contribuem para a efetividade normativa do ordenamento jurídico. O exercício de qualquer das funções do Estado só será legítimo quando houver possibilidade de participação de todos aqueles que puderem vir a ser afetados, direta ou indiretamente, pelos efeitos de um comando estatal. Nesse particular, e como já exposto, a eficácia do processo, consubstanciada na boa qualidade da decisão, confunde-se com a eficiência qualitativa.

A técnica, ao contrário do afirmado por alguns processualistas, não é fator que contribui para o atraso do exercício da Jurisdição⁴⁷⁴. Pelo contrário, é fator auxiliar na sua eficiência, já que a observância da técnica constitui fator de segurança e excelência.

A técnica jurídica e a sua aplicação não se destinam a atender caprichos ou a se tornar obstáculo para o alcance de determinada finalidade. A técnica processual foi desenvolvida e aperfeiçoada com base na ciência processual, e busca ser o melhor instrumento para a proteção e garantia dos direitos.⁴⁷⁵

Barbosa Moreira já advertia que:

Neste ensejo, todavia, o que acima de tudo importa é denunciar a falsa idéia da oposição entre o empenho de efetividade e a convivência com a boa técnica. Os exemplos figurados, que se poderiam multiplicar *ad infinitum*, demonstram que efetividade e técnica não são valores contrastantes ou incompatíveis, que dêem origem

⁴⁷¹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Efetividade do processo e técnica processual*. p. 202.

⁴⁷²“Capítulos da decisão são as divisões dos pronunciamentos jurisdicionais em tópicos, estabelecendo uma conexão entre as questões apreciadas na fundamentação e estabelecidas na conclusão. [...] Os capítulos da decisão se referem a todos os pontos controvertidos, fáticos e jurídicos, apreciados na fundamentação e decididos no dispositivo, abrangendo as questões preliminares e de mérito. [...] Os capítulos da sentença são associados à existência de vários objetos autônomos e que serão objeto de decisões também autônomas. Tais pedidos poderiam ser formulados em ações diversas e que seriam também decididos em pronunciamentos jurisdicionais distintos.” (GHEDINI NETO, Armando. Técnica estrutural dos atos jurisdicionais decisórios. In BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias, SOARES, Carlos Henrique (Coords.) *Técnica processual*, Belo Horizonte: Del Rey, 2015. Cap. X, p. 260-261).

⁴⁷³“Clara é a decisão compreensível, fácil de ser entendida e insuscetível de interpretações ambíguas. [...] A falta de clareza torna a decisão obscura e ininteligível, por isso, ineficaz. A precisão se refere à certeza e a delimitação. O pronunciamento judicial decisório deve trazer certeza, na medida em que nele são resolvidas as controvérsias, devendo ficar nitidamente delimitados os direitos e obrigações correlatas, não podendo haver dúvida. A precisão se refere aos limites do pedido.” (GHEDINI NETO, Armando. Técnica estrutural dos atos jurisdicionais decisórios. In BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias, SOARES, Carlos Henrique (Coords.) *Técnica processual*, Belo Horizonte: Del Rey, 2015. Cap. X, p. 262).

⁴⁷⁴BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 100.

⁴⁷⁵GHEDINI NETO, Armando. Técnica estrutural dos atos jurisdicionais decisórios. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Coords.). *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. Cap. X, p. 257.

a preocupações reciprocamente excludentes, senão, ao contrário, valores complementares, ambos os quais reclamam a nossa mais cuidadosa atenção. Demonstram também que a técnica bem aplicada pode construir instrumento precioso a serviço da própria efetividade.⁴⁷⁶

O desconhecimento do ônus da prova também é fator preocupante na postura do julgador, na medida em que são indeferidas provas úteis, ou deferidas provas completamente desnecessárias, sem contar as decisões recursais anulando, em razão disso, sentenças perfeitas tecnicamente.

Não pode ser desconhecido o volume de processos diuturnamente distribuídos, bem como aqueles já existentes. Peleja Júnior afirmou que “fruto da ineficiência estatal para a implementação desses ‘novos direitos’, multiplicaram-se as demandas para sua concretização”⁴⁷⁷.

Após a Constituição da República de 1988, com a previsão de inúmeros direitos fundamentais, o Judiciário passou a ser utilizado como compensador da inatividade das demais funções do Estado, acarretando aumento do volume dos processos existentes e dos diuturnamente distribuídos. Isto porque, quando qualquer das funções do Estado não atua corretamente ocorre uma tentativa de se reestabelecer o equilíbrio.⁴⁷⁸

Feitas essas averiguações, é possível concluir, primeiramente, que a demora na prolação das decisões não é uma mazela atribuída exclusivamente ao Judiciário, embora este tenha grande parcela de culpa. Em segundo lugar, não se pode colocar a *rápida solução do litígio* como valor principal dentro do processo. Por fim, entende-se como correta a afirmação de Peleja Júnior, no sentido de que a “fixação abstrata de prazos máximos, segundo o tipo de procedimento seria solução fácil e aparentemente prática, mas uma falácia que sequer levaria em conta a complexidade das situações que se põem dia a dia para o julgador”⁴⁷⁹.

A “aceleração na prolação das decisões que implique na diminuição das garantias constitucionais pode acarretar em uma decisão rápida, porém ilegítima. Tutela efetiva é aquela prestada em tempo razoável, mas que também garanta, de forma concreta, a defesa dos direitos dos litigantes”⁴⁸⁰. Outrossim, oportunos os ensinamentos de Di Pietro, no sentido de que “a

⁴⁷⁶BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 206.

⁴⁷⁷PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 267.

⁴⁷⁸GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, p. 29-57, jul./dez. 2015.

⁴⁷⁹PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 272.

⁴⁸⁰GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, p. 29-57, jul./dez. 2015.

eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito”⁴⁸¹.

Destarte, e como conclusão do presente tópico, oportunas as lições de Barbosa Moreira, no sentido de que não se pode cair na tentação de arvorar a efetividade em valor absoluto:

Nada importaria senão tornar mais efetivo o processo, e nenhum preço seria excessivo para garantir o acesso a tal meta. É esquecer que no direito, como na vida, a suma sabedoria reside em conciliar, tanto quanto possível, solicitações contraditórias, inspiradas em interesses opostos e igualmente valioso, de forma que as satisfações de um deles não implique o sacrifício total de outro.⁴⁸²

Segundo mencionado autor, “nem o valor celeridade deve primar, pura e simplesmente sobre o valor verdade, nem este sobrepor-se, em quaisquer circunstâncias, àquele”⁴⁸³.

3.7 Contribuição da oralidade para a eficiência e para a efetividade

A oralidade e a escritura são apenas parte de um complexo sistema que abrange inúmeros outros aspectos, tais como fatores econômicos, estruturais e normativos, de modo que a eficiência não pode ser atribuída a qualquer deles de forma isolada, conforme bem exposto por Lara: “a Oralidade, inteligentemente pensada e efetivamente implementada, é apenas uma pequena parte de um sistema complexo de administração moderna da justiça”⁴⁸⁴ (tradução nossa). Segundo o autor:

Os códigos, por serem obsoletos, são inoperantes e devem ser reformados e a administração da justiça é ruim, deficiente, às vezes até contrária aos interesses políticos e sociais da Nação. Isso merece, então, uma reforma integral que inclua e compreenda não apenas a reforma legislativa simples e isolada que muitas vezes é apressadamente e demagógicamente executada, mas também uma reforma orgânica e política funcional de natureza integral, como teremos que concluir mais tarde (tradução nossa).⁴⁸⁵

⁴⁸¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.76.

⁴⁸²BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 200.

⁴⁸³BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 201.

⁴⁸⁴La oralidad, inteligentemente pensada y eficazmente implementada es sólo un pequeño engrane de un complejo sistema de una moderna administración de justicia (LARA, Cipriano Gomes. *La oralidad en el proceso civil mexicano*. Ponencia presentada en el XII Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Tampico, Sep. 1989).

⁴⁸⁵Los Códigos, por obsoletos, son inoperantes y deben ser reformados y la administración de justicia es mala, deficiente, a veces inclusive contraria a los intereses políticos y sociales de la Nación. Ello amerita pues, una reforma integral que incluya y comprenda no sólo la mera y aislada reforma legislativa que con frecuencia es realizada precipitada y demagógicamente, sino también una reforma orgánica y política funcional de carácter integral, como habremos de concluirlo más adelante (LARA, Cipriano Gomes. *La oralidad en el proceso civil mexicano*. Ponencia presentada en el XII Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Tampico, Sep. 1989, p. 178).

Na contemporaneidade, em que os ordenamentos jurídicos estão sofrendo uma grande influência dos aspectos econômicos globais, existe uma notória preocupação com a eficiência e com a eficácia, sendo, sem sombra de dúvidas, um dos mais importantes aspectos a serem analisados, já que diretamente relacionado com o mercado e sua franca competitividade. Nesse sentido, é o pensamento de Taruffo:

Nestes tempos, por outro lado, o que precisamos são menos mitos e mais eficiência. Entre as muitas razões que justificam, há uma especialmente importante que aumentará a sua relevância a curto prazo: num mundo globalizado e globalizante, com toda uma série de fenômenos econômicos, financeiros e jurídicos extremamente complexos que estão a criar uma rede transnacional ou relações supranacionais, a eficiência talvez seja o valor mais importante. Mais especificamente, a eficiência dos sistemas jurídicos, e especialmente a eficiência das decisões judiciais, está adquirindo uma importância fundamental no mercado e na competição entre jurisdições⁴⁸⁶ (tradução nossa).

Navarro entende que “um dos principais fatores de eficiência no processo civil reside na oralidade”⁴⁸⁷ (tradução nossa), associando a eficiência não somente à prática oral dos atos procedimentais, como também à aplicação da imediação, da concentração e da publicidade⁴⁸⁸. Além disso, sustenta a sumarização de alguns procedimentos, com a eliminação de alguns atos; a redução dos prazos em determinados casos; a imposição de maiores requisitos para admissão da ação, reduzindo, já no início, aquelas ações que tenham menores expectativas de viabilidade; o maior controle dos pressupostos processuais; o fomento de soluções autocompositivas; a possibilidade de se aproveitar um só pronunciamento jurisdicional para a resolução de vários processos; a existência de condicionantes para a admissibilidade de determinados recursos, com a finalidade de se favorecer injustamente o demandado que se utiliza deles com escasso ou inexistente fundamento; e a imposição de sanções pela má-fé processual⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶En los tiempos que corren, por otro lado, lo que necesitamos son menos mitos y más eficiencia. Entre las numerosas razones que lo justifican, existe una especialmente importante que va a incrementar su relevancia a corto plazo: en un mundo globalizado y globalizante, con toda una serie de fenómenos económicos, financieros y jurídicos de extrema complejidad que están creando una red transnacional o supranacional de relaciones, la eficiencia es quizás el valor más importante. Más concretamente, la eficiencia de los sistemas jurídicos, y en especial la eficiencia de las resoluciones judiciales, está adquiriendo una importancia cardinal en el mercado y en la competencia entre jurisdicciones (TARUFFO, Michele. *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation*. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. I. València: Universitat de València, 2008, p. 205).

⁴⁸⁷Uno de los principales factores de eficiencia en el proceso civil radica en la oralidad (NAVARRO, José Bonet. Principales factores de eficiencia en el proceso civil más allá de la oralidad. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 291).

⁴⁸⁸NAVARRO, José Bonet. Principales factores de eficiencia en el proceso civil más allá de la oralidad. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 291.

⁴⁸⁹NAVARRO, José Bonet. Principales factores de eficiencia en el proceso civil más allá de la oralidad. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València:

Para que um processo oral seja eficaz e eficiente, torna-se necessário que a matéria jurídica e fática não seja dotada de grande complexidade, pois, em razão da necessidade de se apreciarem, quando da decisão, todos os argumentos das partes, um procedimento oral, em ações em que são trazidas variadas questões fáticas e jurídicas, faria com que o tempo e a qualidade das decisões ficassem prejudicados. Com efeito, a “fundamentação é o elemento da decisão em que o julgador vai analisar as questões e justificar racionalmente, através de uma exposição das razões de fato e de direito, o motivo do acolhimento ou não da pretensão”⁴⁹⁰.

A fundamentação permite às partes a constatação do êxito ou não dos argumentos por elas trazidos, não podendo ser ignorada a conexão entre o princípio do contraditório e a obrigação de efetivamente motivar as decisões jurisdicionais. Nessa medida, o contraditório, como direito das partes terem suas alegações e provas consideradas pelo juiz no momento de proferir decisão, obriga que o juiz aprecie todos os argumentos trazidos. Theodoro Júnior e Nunes afirmam que:

Dessa forma o contraditório tem três faces importantes, quais sejam: a) ter informações durante todo o processo sobre as atividades dos sujeitos processuais; b) ter possibilidade de manifestação sobre todas as questões de fato ou de direito e, c) o direito de ter suas considerações, alegações e provas consideradas pelo juiz no momento de proferir decisão (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009).⁴⁹¹

Apesar do contraditório, por si só, já obrigar a análise de todos os argumentos trazidos, o art. 489, §1º, IV, CPC, previu específica e claramente referida exigência⁴⁹². Portanto, é necessária a exposição dos fundamentos sobre as razões trazidas durante o debate processual,

Universitat de València, 2008, p. 293-301.

⁴⁹⁰GHEDINI NETO, Armando. Técnica estrutural dos atos jurisdicionais decisórios. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias, SOARES, Carlos Henrique (Coords.). *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. Cap. X, p. 265.

⁴⁹¹CERQUEIRA, Vinicius Nascimento. O antagonismo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o princípio do contraditório e a garantia de fundamentação das decisões. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3309, jul. 2012.

⁴⁹²“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - **não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;**

[...]” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015, grifo nosso).

sob pena de falta de técnica e frontal violação ao princípio do contraditório e da obrigatoriedade de motivação das decisões. Sobre o tema, Cappelletti entende que:

No que diz respeito aos *argumentos jurídicos* (teórico-legais: interpretação de regras, negócios, documentos, etc.), não parece menos duvidoso que, sem negar em alguns casos a oportunidade de debate oral e especialmente a discussão oral entre juiz e advogados, normalmente é uma elaboração escrita muito mais séria e muito mais útil, que permite a parte, e até mesmo ao seu defensor, e ao próprio juiz, uma elaboração mais serena e cuidadosa; permite a consulta aprofundada de trabalhos científicos e de coleções práticas e jurisprudenciais, garantias contra as superficialidades da retórica e da improvisação, contra o esquecimento, contra as desigualdades perniciosas derivadas do grau diverso de habilidade e velocidade das partes opostas e da desigualdade dos respectivos defensores, etc.⁴⁹³ (tradução nossa).

Retornando ao tema central do capítulo, ações que trazem em seu bojo pretensões de alta complexidade fariam com que os debates e as decisões fossem mais demoradas, necessitando maior tempo dos sujeitos processuais. Ademais, a dificuldade das matérias discutidas exigiria um maior esforço e uma mais acurada fundamentação, o que também levaria mais tempo. Além disso, a utilização da escritura, nesses casos, poderia acarretar uma decisão mais bem fundamentada, detalhada, completa e abrangendo todos assuntos do litígio. Dentro desse raciocínio, a oralidade seria de grande valia em ações de menor complexidade, devendo-se levar em consideração que o valor atribuído à causa não implica necessariamente na pouca ou inexistente complexidade das matérias fáticas e jurídicas objeto do litígio⁴⁹⁴. O sistema alemão, por exemplo, preocupa-se com a complexidade da causa para a adoção da oralidade.

Uma preparação por escrito, ao que tudo indica, é bastante importante e eficiente, possibilitando tanto às partes, quanto ao juiz, prepararem-se para o debate, apresentando os argumentos e as provas de forma mais completa, detalhada e envolvendo todos assuntos relevantes. Nessa medida, a escrita é mais eficiente para uma preparação mais detalhada.

Não se pode desconsiderar que diversas provas, como as documentais, devem ser apresentadas por escrito, sendo raros os procedimentos em que não se exija o mínimo de

⁴⁹³Con respecto a las *argumentaciones jurídicas* (teórico-jurídicas: interpretación de las normas, de los negocios, de los documentos, etc.), parece no menos dudoso que, sin negar en algún caso la oportunidad del debate oral y sobre todo del coloquio oral entre juez y abogados, normalmente es mucho más seria y mucho más útil la elaboración escrita, que permite a la parte, y hasta a su defensor, y al juez mismo, una más serena y meditada elaboración; permite la consulta profunda de obras científicas y de colecciones prácticas y jurisprudenciales, garantiza contra las superficialidades de la retórica y de la improvisación, contra los olvidos, contra las perniciosas desigualdades derivadas del diverso grado de habilidad y de rapidez de las partes contrapuestas y de los respectivos defensores, etc. (CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 88).

⁴⁹⁴Para a Lei n.º 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais, a complexidade diz respeito ao valor atribuído à causa, e a algumas matérias expressamente enumeradas, bem como às provas cabíveis, segundo art. 3º e art. 35.

documentalidade para o seu próprio início. Além disso, se a sentença não é proferida imediatamente após a colheita da prova testemunhal, e os debates orais feitos em audiência, a prova oral é transformada em escrita com a documentação do que foi falado. O mesmo se diga em relação à apreciação do recurso de apelação, já que os desembargadores se aterão ao documentado. Também não se pode desconsiderar que, para a averiguação da própria legitimidade das partes, torna-se imperiosa a juntada de documentos comprobatórios, além da própria demonstração das alegações com o direito invocado. De acordo com Taruffo, “além disso, quase todos os meios de prova atípicos, admitidos na maioria dos sistemas processuais, são, na verdade, escritos”⁴⁹⁵.

Por outro lado, o sucessivo debate oral permite um aprofundamento das discussões tanto das questões fáticas, quanto jurídicas, trazidas pelas partes. Sob esse aspecto, a oralidade parece ser um modo extremamente válido para afastar o perigo das decisões surpresa e colocar os interessados em condições de atuarem eficazmente durante o desenvolvimento do procedimento e sobre o êxito do julgamento. Nesse sentido, é o entendimento Nicolo Trocker, citado por Nunes:

O sucessivo debate oral permite um aprofundamento das discussões tanto dos aspectos de fato quanto dos aspectos de direito da controvérsia. Parece assim um modo extremamente válido para afastar o perigo das “decisões surpresa” e colocar os interessados em condições de atuar eficazmente sobre o desenvolvimento e sobre o êxito do julgamento [...].⁴⁹⁶

Decisões surpresa são aquelas baseadas em fundamentos fáticos ou de direito que não tenham sido antecipadamente discutidos pelas partes, violando o contraditório e o art. 489, §1º, IV, do CPC. “Estimula-se, assim, o debate sobre todos os fundamentos possíveis da decisão, sendo defeso ao julgador reduzir o direito dos litigantes de exteriorizar sua opinião nos autos”⁴⁹⁷.

De acordo com Nunes:

A proibição de decisão surpresa impõe ao juiz o dever de discutir com as partes alegações de fato e de direito, evitando a obtenção de decisões decorrentes dos próprios convencimentos solitários do magistrado não submetidos à necessária discussão preventiva acerca dos elementos alegados, dos meios probatórios deduzidos

⁴⁹⁵ Además, casi todos los medios *atípicos* de prueba, que se admiten en la mayoría de sistemas procesales, son, de hecho, papeles escritos (TARUFFO, Michele. *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation*. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura em un proceso civil eficiente*. V. I. Valência: Universitat de València, 2008, p. 212).

⁴⁹⁶ NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 122-123.

⁴⁹⁷ GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, p. 29-57, jul./dez. 2015.

e das atividades desenvolvidas pelas partes ou por ele próprio.⁴⁹⁸

No mesmo sentido, leciona, Theodoro Júnior:

Desse modo, o contraditório moderno constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em “solitária onipotência” aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes.⁴⁹⁹

A discussão prévia entre os sujeitos do processo é de “suma importância para a celeridade dos procedimentos, evitando-se retrocessos ocasionados por deficiências nas postulações das partes, por necessidades de esclarecimentos, bem como por ser imperioso o pronunciamento das partes sobre determinada matéria a ser decidida pelo juiz”⁵⁰⁰. Com efeito, existe a obrigação do magistrado de “indicar eventuais deficiências ou imprecisões nas postulações das partes, permitindo-lhes que as supram ou as aperfeiçoem”⁵⁰¹.

Nos sistemas processuais, existe uma tendência normativa de criar, e doutrinária de incentivar, uma fase anterior à produção probatória, que tem a função de solucionar as questões processuais pendentes, fixar os pontos controvertidos sobre os quais a atividade probatória deverá ser exercida, além de delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito. A fixação da controvérsia “influi diretamente na fase probatória já que, em regra, apenas os fatos pertinentes e relevantes precisam ser provados, sendo desnecessária a prova dos fatos notórios, os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, e aqueles admitidos, no processo, como incontroversos”⁵⁰². Sobre o tema, já se teve a oportunidade de se manifestar:

A preparação eficaz da fase postulatória é imprescindível para um bom desenvolvimento da fase probatória, não sendo possível mais que os sujeitos processuais se preocupem com a discussão do caso apenas no momento da apresentação da petição inicial e defesa, no caso das partes, e da sentença, no caso dos juízes.⁵⁰³

⁴⁹⁸NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 229.

⁴⁹⁹THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD*, v. 2, n. 1, p. 64-71, já./jun. 2010, p. 16.

⁵⁰⁰GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, p. 29-57, jul./dez. 2015.

⁵⁰¹GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, p. 29-57, jul./dez. 2015.

⁵⁰²GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, p. 29-57, jul./dez. 2015.

⁵⁰³GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, p. 29-57, jul./dez. 2015.

Essa fase, para que fosse mais célere, deveria ser realizada de forma oral, segundo Taruffo:

Nos sistemas modernos de avaliação civil, há uma série de disposições que tratam da preparação do processo em um estágio anterior à prática dos testes. Tais provisões não podem ser analisadas aqui em detalhes, mas atender a alguns exemplos pode ser útil para entender que a oralidade e a escrita podem desempenhar papéis diferentes neste momento do processo.

[...]

Em poucas palavras, todo o necessário para concluir o caso ou para esclarecer, simplificar e determinar os pontos factuais e legais em que há controvérsia deve ser realizado na audiência preliminar. Neste momento, tudo é oral, isto é, tudo é realizado através do debate e da argumentação verbal das partes, com participação ativa do juiz. Em uma visão de tal importância, a oralidade desempenha um papel fundamental, e é um fator de eficiência indispensável e substancial: se todas as atividades realizadas na audiência fossem realizadas através de ordens escritas, seria necessário muito tempo. A eficiência do sistema foi comprovada na prática, uma vez que existem dados estatísticos que mostram uma redução drástica na duração dos processos civis em Espanha. No que diz respeito a este sistema, vale mencionar também o julgamento verbal, que é aplicado em casos simples, em que a velocidade é especialmente importante: em uma audiência oral, todas as atividades necessárias são realizadas, incluindo a prática de o teste, e a audiência termina com uma sentença final⁵⁰⁴ (tradução nossa).

Nesse particular, entende-se que:

A ampla discussão com a apresentação direta dos argumentos pelas partes e seus procuradores perante o juiz e a outra parte, além da correta fixação dos pontos controversos, delimita o âmbito do que precisa ser provado, enriquecendo o debate e aumentando os fundamentos da decisão que deferir ou não determinado meio de prova, reduzindo, via de consequência, o número de recursos.⁵⁰⁵

Normalmente, associa-se a oralidade à celeridade, como se a prática oral dos atos fosse

⁵⁰⁴En los sistemas modernos de enjuiciamiento civil, existe una gama de disposiciones que tratan la preparación del proceso en una fase anterior a la práctica de las pruebas. Tales disposiciones no pueden analizarse aquí en detalle, pero atender a algunos ejemplos puede ser útil para comprender que la oralidad y la escritura pueden desempeñar papeles distintos en este momento del proceso.

[...]

En pocas palabras, debe efectuarse en la audiencia previa todo lo que sea necesario bien para dar fin inmediato a la causa o para esclarecer, simplificar y determinar los extremos de hecho y de derecho en los que haya controversia. En ese momento, todo es oral, esto es, todo se lleva a cabo mediante el debate y la argumentación verbal de las partes, con una participación activa del juez. En una vista de tanta importancia, la oralidad cumple un papel fundamental, y resulta un factor de eficiencia indispensable y sustancial: si todas las actividades que se ejecutan en la audiencia se llevasen a cabo mediante escritos y órdenes, se requeriría un gran volumen de tiempo. La eficiencia del sistema se ha comprobado en la práctica, puesto que existen datos estadísticos que muestran una reducción drástica de la duración de los procesos civiles en España. En lo que se refiere a este sistema, vale la pena mencionar también el *juicio verbal*, que se aplica en casos simples en los que la velocidad resulta especialmente importante: en una vista oral se llevan a cabo todas las actividades requeridas, incluyendo la práctica de la prueba, y la vista concluye con una sentencia final (TARUFFO, Michele. *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation*. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura em un proceso civil eficiente*. V. I. Valência: Universitat de València, 2008, p. 209-210).

⁵⁰⁵GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, p. 29-57, jul./dez. 2015.

a solução para a demora do procedimento. A oralidade necessita, muitas vezes, da simplificação dos atos processuais. No entanto, ao que se percebe, não basta uma forma simplificada de se praticarem atos processuais, sendo necessário ponderar esse princípio com o volume de processos existentes, bem como com as demais garantias processuais, notadamente, o contraditório.

Com efeito, mesmo nas ações propostas perante os juizados especiais, cujo procedimento se orienta pela oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade, não é possível atingir, na atualidade, seu objetivo de propiciar um exercício célere da Jurisdição⁵⁰⁶. Embora a intenção do legislador tenha sido elogiável, a quantidade de processos existentes, além daqueles diuturnamente distribuídos, faz com que os objetivos iniciais restem descaracterizados.

Nem sempre se praticam atos orais, notadamente, em ações ajuizadas em face de grandes grupos econômicos, em que as defesas são padronizadas, não sendo adotado ou mesmo estimulado o debate. Por outro lado, como são muitas as ações, as audiências são designadas para datas distantes, o que faz com que a duração razoável do procedimento seja relegada a segundo plano.

Por sua vez, o contraste entre o processo escrito e o processo oral não deve, no entanto, ser entendido em sentido absoluto. Conforme observado, nenhum processo é apenas escrito ou oral. Na presença de momentos escritos e momentos orais, a oralidade se torna o princípio inspirador no processo quando se combina com outros dois princípios fundamentais: o do imediatismo e da concentração.

O modelo oral de processo, embora possa contribuir de forma considerável para a eficácia do exercício da Jurisdição, nem sempre consegue contribuir para a eficiência do processo, pois o modelo oral parece ser eficiente em termos de tempo, na medida em que exige a concentração da prática dos atos processuais, evitando-se atrasos e perda de tempo. Com efeito, após a colheita da prova, é necessária a discussão final do caso de forma oral e perante o julgador, sendo proferida decisão logo em seguida, assim como afirmado por Lara: “isto é, levado à sua máxima expressão nos será apresentado naqueles tipos de processos nos quais todos os atos processuais em uma audiência estão esgotados”⁵⁰⁷ (tradução nossa).

⁵⁰⁶Art. 2º da Lei n.º 9.099, de 1995: “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.” (BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 set. 1995).

⁵⁰⁷Es decir, llevada a su máxima expresión se nos presentará en aquéllos tipos de procesos en los cuales se agotan todos los actos procesales en una audiencia (LARA, Cipriano Gomes. *La oralidad en el proceso civil mexicano*. Ponencia presentada en el XII Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Tampico, Sep. 1989, p. 3).

Contudo, isso não significa necessariamente que esse sistema funcione bem na prática, garantindo a observância do devido processo e satisfazendo corretamente a pretensão da parte. Como ressaltado, nem sempre alegações e decisões orais conseguem abordar, na profundidade adequada, as questões objeto do processo. Deste modo, não se pode afirmar, em termos de eficiência e efetividade, que seja melhor ou pior a utilização da oralidade ou da escritura. Cada uma dessas formas de praticar atos processuais pode ser eficiente e eficaz para alguns determinados propósitos e totalmente descabidos para outros, de modo que se torna apropriado afirmar que o sistema depende de combinações entre ambos, predominando, em determinados tipos de ação, ora a oralidade, ora a escritura. Nesse sentido, afirma, Cappelletti, que “o problema da oralidade e da escrita é frequentemente indicado como um problema de predominância ou coordenação, não de exclusão total”⁵⁰⁸ (tradução nossa).

Verifica-se que não é possível afirmar que a oralidade sempre contribuirá para a otimização do processo, e que a utilização da escritura trará resultados ruins. Nesse sentido, bem expôs, Guedes:

Contudo, na busca de um *procedimento justo*, por exemplo, não se pode impor a *audiência*, a todo custo, em todos os procedimentos. Aliás, o reiterado malogro de tentativas de implementação de procedimentos que prestigiavam as audiências fez acentuar a descrença neste ato processual, seja como meio de instrução, seja como local de decisão dos feitos.

[...]

Não se trata, neste ponto, de opor, genericamente, vantagens e desvantagens de um ou de outro modo procedimental, em que esteja ou não presente a audiência, em que se privilegie ou não a oralidade. Afigura-se de maior utilidade identificar uma certa espécie de direitos, e, por conseguinte, um bom número de pretensões que, pelas suas características intrínsecas, afeiçoam-se à cognição e ao deslinde em procedimentos marcados pela oralidade. Seja como *princípio da oralidade*, vista esta em seus princípios consecutórios, ou como a oralidade que privilegia a audiência ou uma seqüência de audiências.⁵⁰⁹

Entende-se que, em um processo democrático, deve ser observado o devido processo legal, propiciando a satisfação concreta da pretensão dentro de um prazo razoável. Processo célere, desvinculado da proteção dos direitos e das garantias fundamentais, está diretamente ligado ao neoliberalismo processual, e não a um processo democrático.

Em tempos de neoliberalismo processual, no qual se dá maior ênfase ao congestionamento do Judiciário e à velocidade em que as decisões são proferidas, entende-se

⁵⁰⁸El problema de la oralidad y de la escritura se indica con frecuencia como un problema de predominio o de coordinación, no de total exclusión (CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 77-78).

⁵⁰⁹GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 139-140.

que a utilização da oralidade, seja como princípio, seja como procedimento por audiências, resta bastante prejudicada.

A prioridade do sistema e dos órgãos envolvidos com o exercício da Jurisdição é uniformização e rapidez com que as decisões são proferidas. Institutos como a súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas buscam assegurar ao mercado uma segurança no padrão decisório. Nesse sentido, Marcellino Júnior e Rosa afirmam que **“a reforma econômica requer um bom funcionamento do Judiciário o qual deve interpretar e aplicar as leis e normas de forma previsível e eficiente”**⁵¹⁰.

De nada adiantaria a adoção da oralidade ou mesmo da escritura, se o pedido já tem um desfecho previamente determinado. Os temas apresentados em juízo, em sua grande maioria, referem-se a *demandas de massa*, sendo que a minoria se refere aos litígios *de varejo*, o que faz com que o efetivo debate tenha seu âmbito reduzido. Como bem ressaltado por Nunes, não é respeitada uma *“efetividade normativa* do sistema, da qual o contraditório, como garantia de influência, constitui uma das principais manifestações”, de modo que o debate fica inviabilizando, mas adequado à perspectiva neoliberal da produtividade⁵¹¹.

Por outro lado, tanto a oralidade, quanto a escritura, quando mal utilizadas e empregadas sem a análise técnica e crítica da organização estatal, são impossíveis de atingir a efetividade e a eficiência. Isso porque, “caso se adotem modelos prevalentemente orais, deve-se assegurar que o debate processual não seja superficial e que a colheita de provas não seja demasiadamente afastada do momento decisório”, e que, “caso se adotem modelos prevalentemente escritos, deve-se impedir que a redução das argumentações por escrito promova um andamento procedimental extremamente lento a ponto de impedir que o processo termine em tempo razoável”⁵¹².

Destarte, para que a oralidade e a escritura possam contribuir para a efetividade do processo e para a eficiência da Jurisdição, é necessária uma gestão dos processos dentro da unidade jurisdicional pelo juiz. Com efeito, a gestão deverá ser feita no âmbito de determinado processo e dentro da unidade jurisdicional como um todo.

Para tanto, deverá, o magistrado, fazer uma análise prévia dos processos, identificando aqueles que porventura possam atingir seus fins da melhor maneira, respeitando-se o devido

⁵¹⁰MARCELLINO JÚNIOR, Júlio César; ROSA, Alexandre Morais da. *O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 20.

⁵¹¹NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 171.

⁵¹²NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 240-241.

processo legal e garantindo-se uma satisfação normativa. A gestão cartorária é um dos grandes desafios cotidianos do magistrado, que tem que lidar não apenas com as questões fáticas e jurídicas que lhe são submetidas a julgamento, mas também com o fluxo de processos dentro de sua Vara/Seção Judiciária/Unidade Jurisdicional. A boa gestão faz com que o trabalho se desenvolva de maneira mais produtiva, otimizando os recursos humanos, financeiros, materiais, entre outros.

Por meio de uma boa administração cartorária, é possível encontrar soluções para problemas que não existiam antes. Para tanto, o magistrado/gestor deverá conhecer e analisar os problemas a enfrentar e os recursos disponíveis, fixando as metas a alcançar por meio de um planejamento.

Dentro dos processos, o magistrado, por meio das técnicas previstas pelo ordenamento jurídico, deverá buscar formas de sanear e organizar o processo, garantindo o respeito ao devido processo legal, satisfazendo-se a pretensão de direito material dentro de um prazo razoável.

4 VIÉS COGNITIVO E ORALIDADE

O subjetivismo e a busca de mecanismos para afastá-lo têm sido um tema constante nos debates entre os estudiosos do Direito, sendo necessário fazer um estudo sobre a influência de fatores subconscientes na tomada de decisões e que, muitas vezes, são desconhecidos até mesmo pelo próprio decisor. Juízes, advogados, médicos, engenheiros, ou seja, todos os seres humanos têm a propensão em acreditar que seus comportamentos são integralmente conscientes.

A mente humana, no momento de tomar decisões, aplica lógicas, estatísticas ou heurísticas. Todavia, esses processos mentais não foram tratados como iguais, no sentido de reconhecer que, para cada tipo particular de problema, existe um processo mental específico. Acreditava-se que a lógica e a estatística estavam ligadas às decisões racionais, e as heurísticas às intuições propensas a erros⁵¹³.

A tomada de decisão, embora se acredite que seja geralmente racional, lógica e consciente, muitas vezes, é fundada em reações de uma parte do cérebro humano, que trabalha no nível do inconsciente e que se baseia em esquemas simplificadores. Os juízos realizados diuturnamente são fruto do trabalho do cérebro no nível do consciente e do inconsciente, de modo que o último exerce grande influência no primeiro, não sendo fácil, na maioria das vezes, distinguir entre um e outro⁵¹⁴.

Com efeito, diversos acontecimentos não percebidos conscientemente são assimilados de modo subliminar. Segundo Mlodinow, “a palavra 'subliminar' vem do latim e significa 'abaixo do limite'. Os psicólogos a empregam para se referir ao que está abaixo do limite da consciência”⁵¹⁵. O autor afirma que os comportamentos automáticos não são perceptíveis pela interação entre o consciente e o inconsciente⁵¹⁶.

A enorme gama de informações a que se é submetido diuturnamente acarreta na criação de *gatilhos de memória* pelo cérebro, fazendo com que certas situações, cheiros, sons, imagens e emoções, entre outros fatores, sejam preponderantemente responsáveis pela tomada de decisões que se pensa ser consciente. Essa alegação é aplicada a todas as pessoas, inclusive ao juiz, no momento de decidir, apesar do jurista a rejeitar, sustentando uma suposta racionalidade

⁵¹³GIGERENZER, Gerd; GAISSMAIER, Wolfgang. Heuristic Decision Making. *Annu. Rev. Psychol.*, v. 62, p. 451-482, 2011, p. 452.

⁵¹⁴GIGERENZER, Gerd; GAISSMAIER, Wolfgang. Heuristic Decision Making. *Annu. Rev. Psychol.*, v. 62, p. 451-482, 2011, p. 452.

⁵¹⁵MLODINOW, Leonard. *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas*. Tradução de Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 9.

⁵¹⁶MLODINOW, Leonard. *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas*. Tradução de Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 9.

decisória universal.

Aceitar que diversos comportamentos simples e cotidianos são, de certa forma, automáticos e baseados no subconsciente não é tarefa que desperta maiores questionamentos. Dirigir um veículo e parar automaticamente no sinal vermelho, dar um nó na gravata ou andar de bicicleta podem ser consideradas condutas até mesmos involuntárias, não demandando maiores questionamentos.

A grande pergunta é até que ponto o subconsciente afeta na tomada de grandes decisões e tem o potencial de influir na vida de outras pessoas, mesmo quando se acredita que essas escolhas são racionais⁵¹⁷. Mlodinow afirma que “o comportamento humano é produto de um interminável fluxo de percepções, sentimentos e pensamentos, tanto no plano consciente quanto no inconsciente. A noção de que não estamos cientes da causa de boa parte do nosso comportamento pode ser difícil de aceitar”⁵¹⁸.

O cérebro tem seu funcionamento combinando informações conscientes e inconscientes, o que o torna mais complexo e diferente de um computador que processa dados de forma objetiva, levando Mlodinow à afirmação de que “as verdadeiras razões por trás de nossos juízos, sentimentos e atitudes podem nos surpreender”⁵¹⁹. Ainda segundo o autor, o inconsciente é um “legado da evolução crucial para nossa sobrevivência como espécie”⁵²⁰.

A anuência a essa afirmação sempre encontrou opositores, sendo mais aceita nos dias atuais. No entanto, no mundo jurídico, é difícil sustentar que boa parte das decisões são baseadas em dados inconscientes e desconhecidos dos julgadores. Nesse particular, Wojciechowski e Moraes da Rosa, após afirmarem que a tradição jurídica ainda se baseia em um modelo de racionalidade, em que a decisão é fruto de um silogismo perfeito, sustentam com precisão que, “hoje, impossível pensar uma teoria da decisão judicial que não se socorra do vasto conhecimento produzido na área das ciências cognitivas, sobretudo pelos pesquisadores das teorias do processo dual”⁵²¹.

Dentro desse raciocínio, é preciso perceber que o estudo das formas de comunicação e seu caráter transformativo está diretamente relacionado à construção e à mitigação do viés

⁵¹⁷MLODINOW, Leonard. *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas*. Tradução de Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 20.

⁵¹⁸MLODINOW, Leonard. *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas*. Tradução de Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 23.

⁵¹⁹MLODINOW, Leonard. *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas*. Tradução de Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 29-30.

⁵²⁰MLODINOW, Leonard. *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas*. Tradução de Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 24.

⁵²¹WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Vieses da justiça*. Como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 16-17.

cognitivo, estando a oralidade inserida dentro desse processo. Como ressaltado, a oralidade se consubstancia por meio da audiência, ocasião em que serão produzidos os atos procedimentais, com oportunidade para as partes e seus procuradores manifestarem-se verbalmente, de forma imediata, ao juiz, e também por via da entrevista das partes com os magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, para exporem suas razões de forma oral.

Ocorre que, para a boa expressão do pensamento por meio da oralidade, é necessário que a mensagem seja repassada de forma inteligível, sob pena de nada adiantar. Na prática, a tradição jurídica está bem afastada da realização de atos de forma oral, já que nem sempre os operadores do Direito se utilizam da palavra falada, preferindo, sempre que possível, recorrerem a escritos. Com efeito, como já ressaltado, é necessário que todos os sujeitos do processo sejam preparados para exporem suas razões de forma tecnicamente correta, afastando a ideia de que a oralidade se resume a dizer palavras a esmo, sem o conhecimento daquilo que se deve transmitir.

A mensagem transmitida por meio da fala, usualmente, é mais bem compreendida do que pela forma escrita, mesmo que os interlocutores sejam conhecedores da linguagem técnico-jurídica. Pensamentos e argumentos complexos constantes dos arrazoados das partes, muitas vezes, podem ser simplificados para possibilitar uma melhor assimilação da ideia, potencializando a capacidade de convencimento.

Nessa medida, tanto nas audiências e sessões de julgamento, quanto nas entrevistas dos magistrados com os demais sujeitos do processo, é imperioso saber detectar e saber se proteger dos diversos vieses cognitivos. Nenhuma conduta é de menor importância, já que tudo aquilo que é praticado pessoalmente e feito de forma oral pode acionar algum *gatilho de memória* e propiciar o aparecimento de heurísticas e de vieses cognitivos.

É importante perceber que a oralidade, enquanto forma de se realizarem atos do procedimento, é elemento integrante da oralidade como princípio e da oralidade como procedimento por audiências. Também não se pode esquecer que a oralidade enquanto forma de se realizarem atos do procedimento é a maneira como a oralidade é expressada e percebida pelos sujeitos do processo.

No presente capítulo, analisar-se-á se os vieses cognitivos, baseados em motivos que até mesmo o decisor desconhece, podem levar a desvios lógico-sistemáticos nas decisões, e se existem mecanismos para mitigá-los. Pretende-se salientar que, embora os esquemas mentais utilizados sejam úteis em inúmeros casos, podem surgir desvios cognitivos e que afetam erroneamente os operadores do Direito. Pretende-se averiguar também se existe uma relação entre a técnica da oralidade e o viés cognitivo e examinar, por outro lado, se a oralidade pode

contribuir para o desviesamento (*debiasing*).

Para tanto, serão expostos os dois sistemas de pensar, com a caracterização da heurística do pensamento e do viés cognitivo, para, posteriormente, proceder a uma exposição de alguns tipos desses vieses, correlacionando-os com a oralidade. Também será feita uma breve explanação de como o viés cognitivo tem relação com o neoliberalismo processual.

4.1 Dois sistemas de pensar

Segundo Kahneman, o modo de tomar decisões pode estar baseado em dois sistemas, sendo que o primeiro deles, o Sistema 1, é o responsável pelo pensamento rápido e intuitivo, e o Sistema 2, pelo pensamento lento, cauteloso, deliberado e, em alguns casos, preguiçoso⁵²². O Sistema 1 trabalha de forma automática e rápida, “com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção”, baseado em um conhecimento acessível sem vontade e esforço. Já o Sistema 2 se destina às atividades mentais mais complexas, que são, muitas vezes, “associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração”, exigindo mais atenção e sendo “interrompidas quando a atenção é desviada”⁵²³.

O Sistema 2, embora tenha alguma capacidade de alterar o funcionamento do Sistema 1, no que diz respeito à atenção e à memória, possui uma quantidade reduzida de energia para manter a concentração, conservando-se usualmente em um estado de pouco esforço⁵²⁴. Além disso, o Sistema 2 atua como um adaptador de tarefa, podendo “programar a memória para obedecer a uma instrução que passa por cima de reações habituais”⁵²⁵.

Mlodinow ressalta a situação de forma clara:

Nós PERCEBEMOS, lembramos nossas experiências, fazemos julgamentos e agimos – mas em todas essas atitudes somos influenciados por fatores dos quais não temos consciência. A verdade é que nossa mente inconsciente está ativa, é independente e tem um propósito. Essa mente pode estar oculta, mas seus efeitos são muito visíveis, pois têm um papel crítico na formação da maneira como nossa mente consciente vivencia e responde ao mundo.⁵²⁶

⁵²²KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva. 2012, p. 22 e 64.

⁵²³KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva. 2012, p. 29-31.

⁵²⁴KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva. 2012, p. 32-33.

⁵²⁵KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva. 2012, p. 49.

⁵²⁶MLODINOW, Leonard. *Subliminar*: como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução de Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 38.

Como exemplo do Sistema 1, no âmbito jurídico, pode-se citar a pergunta sobre qual seria o prazo para apelar de uma sentença, conhecimento esse comum à grande maioria dos profissionais que militam na prática forense. No que se refere ao Sistema 2, pode-se exemplificar com a necessidade de elaboração de uma defesa envolvendo vários argumentos jurídicos e diversos fatos complexos.

Não se pode desconsiderar que a forma como se pensa conduz a um gasto de energia mental, e que o consumo de glicose pelo sistema nervoso é maior do que em outros órgãos do corpo humano. Por isso, quando a pessoa está concentrada na resolução de um problema difícil e que exige um maior raciocínio e autocontrole, seu nível de glicose no sangue cai. Em outra medida, experiências repetidas, situações fáceis de serem resolvidas, sensações de verdade e de familiaridade, além de palavras repetidas, geram um conforto cognitivo e um menor gasto de energia mental⁵²⁷.

Palavras, situações, pessoas e emoções vividas trazem uma sensação de familiaridade e comodidade a quem está decidindo, de modo a exigirem menor atividade mental e tendência à manutenção desse conforto. Por isso, é necessário que o julgador seja retirado dessa tranquilidade mental, para que possa decidir sem estar influenciado pelo subconsciente, mas respaldado pelos fatos e argumentos apresentados.

Essa impressão de familiaridade é produzida pelo Sistema 1 e serve de base para que o Sistema 2 entenda pela veracidade ou falsidade de uma afirmação, já que é responsável por facilitar o funcionamento das decisões⁵²⁸. Assim, é preciso afastar a ilusão mental de que se está sempre decidindo racionalmente, e não guiado por pré-compreensões inconscientes.

Sobre a ilusão mental, Kahneman afirma que “a palavra ilusão traz à mente ilusões visuais, porque estamos todos familiarizados com imagens que enganam. Mas a visão não é o único domínio das ilusões; a memória também é suscetível a elas, assim como o pensamento, de um modo mais geral”⁵²⁹.

Além disso, é necessário ressaltar que a inteligência do ser humano está relacionada à capacidade de raciocinar, à possibilidade de encontrar conhecimento relevante na memória e à aptidão de concentrar e prestar a atenção em momentos decisivos. A memória, por sua vez, é um atributo do Sistema 1. Mais uma vez, retornando ao gasto de energia, o ser humano conta

⁵²⁷KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 57 e 79-80.

⁵²⁸KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 82.

⁵²⁹KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 79.

com a opção de reduzir a velocidade de busca na memória para também reduzir o gasto de energia, fazendo com que o Sistema 1 atue de forma preponderante. Por sua vez, quando o nível de checagem e busca deliberadas é mais intenso, ativa-se o Sistema 2, aumentando-se o consumo de glicogênio⁵³⁰.

Existe uma constante e reiterada interação entre essas duas formas de pensar, de modo a se retroalimentarem. Com efeito, o Sistema 1 fornece diversas recomendações para o Sistema 2, que, se endossadas, essas emoções, preconceitos e impressões se tornam crenças e ações voluntárias. Quando inexitem dificuldades nas situações vivenciadas, o Sistema 2 usualmente aceita as orientações do Sistema 1. No entanto, aumentando o nível de dificuldade, o Sistema 1 conta com a ajuda do Sistema 2. Verifica-se daí uma eficiência do pensamento, diminuindo o esforço e melhorando o desempenho⁵³¹.

Em situações novas e inesperadas, o Sistema 1, de forma inconsciente e automática, e sem levar em consideração a qualidade e a quantidade de informações, tenta elaborar uma solução para tais acontecimentos, preparando a pessoa para o que pode ocorrer. Dessarte, quando o julgador admite que uma conclusão é verdadeira, baseada exclusivamente no Sistema 1, ocorre uma propensão a acreditar nos argumentos que a sustentam⁵³².

O grande problema surge quando o Sistema 1 influi indevidamente no Sistema 2 na tomada de decisões, endossando intuições, o que ocorre quando é necessário maior raciocínio, mas sobrevém uma simplificação do pensamento baseado em pré-compreensões e preconceitos. Isso acontece quando o decisor não verificou se a resposta estava correta, de modo que o seu Sistema 2 endossou uma resposta intuitiva que poderia ter sido rechaçada com um raciocínio maior⁵³³.

Referida operação ocorre por estar, o Sistema 2, ocupado, e também por ser preguiçoso, fazendo com que sejam endossadas muitas crenças intuitivas do Sistema 1, o que não implica em considerar que o Sistema 2 não seja capaz de uma aproximação mais sistemática e cuidadosa da evidência⁵³⁴.

Isso não quer dizer que o julgador não possa ter entendimentos anteriores, baseados em

⁵³⁰KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 61.

⁵³¹KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 33-34.

⁵³²KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 60, 67 e 112.

⁵³³KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 59.

⁵³⁴KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 59 e 112.

estudos reiterados e com base em dados colhidos na prática diuturna. Entende-se que o condenável é a tomada de decisão baseada unicamente nessas pré-compreensões e preconceitos e sem uma análise mais acurada dos fatos e argumentos jurídicos trazidos.

Muita simpatia, ou antipatia, decorre do Sistema 1, de modo que certas predileções devem ser objeto de análise, sob pena de um julgamento viciado. De acordo com Kahneman, “nem todas são ilusões visuais. Há ilusões de pensamento, que chamamos de *ilusões cognitivas*”⁵³⁵. Nessa medida, tendo em vista as influências recíprocas entre as formas de pensar, existe a possibilidade real do Sistema 1 simplificar a situação e influir no raciocínio esperado do Sistema 2, fazendo com que, apesar de se sustentar que a solução é racional, na verdade, seria fruto de automatismos.

Como o monitoramento contínuo é impossível, devido à vagareza do Sistema 2 para encontrar soluções rotineiras, cujo papel é muito bem desempenhado pelo Sistema 1, entende-se correto o entendimento de Kahneman, segundo o qual, “o melhor que podemos fazer é um acordo: aprender a reconhecer situações em que os enganos são prováveis e se esforçar mais para evitar enganos significativos quando há muita coisa em jogo”⁵³⁶.

No âmbito do processo, é fundamental a atuação de ambas as formas de pensar. Isso porque não são todas as atividades dos operadores do Direito que demandam grande esforço mental, sendo possível e até comum que diversos atos sejam praticados com base em automatismo, sem que isso esteja incorreto. A juntada de um substabelecimento pelo advogado ou o deferimento de um pedido de vista pelo juiz são atividades deveras simples e que não necessitam de um afínco maior para a sua realização.

Por sua vez, quando o advogado ou defensor público formulam uma defesa, ou o magistrado decide uma tutela de urgência, regularmente, empregam um esforço mental maior, já que existem diversas informações a serem apreciadas, fazendo com que o Sistema 2, pela seletividade e precisão com que funciona, seja acionado.

Não poderia ser de outra forma, na medida em que o Sistema 2, pelo maior dispêndio de energia e maior demora, não seria suficiente para atender à resolução de todos os atos a serem praticados no curso do procedimento, sendo necessária, por imperioso, a utilização constante do Sistema 1.

Outrossim, deve ser considerado que, com uma maior especialização em determinada

⁵³⁵KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 37.

⁵³⁶KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 39.

tarifa, ocorrerá um automatismo em seu desempenho, fazendo com que o cérebro despenda menos energia. Uma atividade que inicialmente se enquadraria no Sistema 2, com a sua reiterada realização, poderá migrar para o Sistema 1, mesmo que apresente também certo grau de dificuldade. Nesse sentido, Kahneman afirma que, “à medida que você se especializa numa tarefa, a demanda de energia diminui. Estudos do cérebro revelam que o padrão de atividade associado com uma ação muda à medida que a habilidade aumenta, com menos regiões do cérebro envolvidas”⁵³⁷.

São claras as situações em que advogados especializados em determinados assuntos e juízes lotados em Varas com competência determinada exercem suas atividades com mais desenvoltura, técnica e aptidão que seus demais colegas de trabalho. Um profissional que lida apenas com questões ambientais por vários anos, certamente, gastará menos energia, tempo e esforço mental do que a grande maioria dos operadores do Direito. Para esse profissional, não serão mais necessários os raciocínios elaborados, já que foram realizados anteriormente e passaram a ser feitos de forma quase automática.

Além do mais, não se pode esquecer que grande parte dos operadores do direito possuem, além do conhecimento jurídico, vivência prática, possuindo uma gama de informações sobre situações que rotineiramente ocorrem, cujos resultados são praticamente os mesmos, fazendo com que as manifestações e as decisões sejam baseadas nesse conhecimento. Essa cognição empírica, embora não possa ser desprezada, já que importante no desenvolvimento rotineiro de suas funções, não pode ser considerada como absoluta, sob pena de se afrontarem o contraditório e a ampla defesa. Aliás, o fato de uma situação ocorrer rotineiramente não implica necessariamente que todos os fatos semelhantes tenham a mesma causa e consequência.

Também é preciso lembrar que as opiniões pessoais sobre teses jurídicas, teorias e argumentos expostas em reiteradas manifestações e decisões, obtidas após estudos, não implicam, como se quer generalizar, em subjetivismo e contaminação cognitiva condenável, mas em escolhas legítimas.

Dando continuidade à análise das duas formas de pensar, verificou-se que o Sistema 1 é o responsável por inúmeras decisões que são tomadas independente da vontade da pessoa, sequer conhecendo as alternativas ou as ambiguidades existentes, já que se trata de um sistema crédulo e tendente a acreditar. O Sistema 1 é o responsável em obter soluções para as situações presentes, com base em informações que possui, consciente e inconscientemente, mas não

⁵³⁷KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 48.

considerando dados que não detém⁵³⁸.

As dúvidas são afetas ao Sistema 2. O Sistema 1 fornece as inúmeras impressões que são responsáveis pelas escolhas, partindo de uma interpretação subconsciente do que acontece com e em torno da pessoa, tornando-se a base de inúmeros julgamentos intuitivos e rápidos. Por sua vez, ao Sistema 2 incumbe vigiar e conter pensamentos e ações propostas pelo Sistema 1, suprimindo ou referendando tais sugestões⁵³⁹.

Ou seja, uma das funções principais do Sistema 2 é exercer fiscalização e monitoramento dos pensamentos e atitudes sugeridos pelo Sistema 1, o que, como já ressaltado, exige um maior dispêndio de energia, tornando essa função cansativa e penosa. Sobre o tema, Kahneman afirma que:

O que os psicólogos realmente acreditam é que todos nós vivemos grande parte de nossas vidas guiados pelas impressões do Sistema 1 — e muitas vezes não sabemos a origem dessas impressões. Como você sabe que uma afirmação é verdadeira? Se ela está ligada fortemente por lógica ou associação a outras crenças ou preferências que você possui, ou vem de uma fonte em que você confia e de que gosta, você vai ter uma sensação de conforto cognitivo. O problema é que pode haver outras causas para sua sensação de conforto — incluindo a qualidade da tipologia e o ritmo atraente da prosa — e não existe um jeito simples de você rastrear as sensações até a fonte.

[...]

As pessoas podem superar alguns dos fatores superficiais que produzem ilusões de veracidade quando fortemente motivadas a assim fazer. Na maioria das ocasiões, porém, o preguiçoso Sistema 2 adotará as sugestões do Sistema 1 e seguirá em frente.⁵⁴⁰

Outra constatação importante é a do papel do humor e do conforto cognitivo na tomada de decisões e na ativação do Sistema 1 ou do Sistema 2. Segundo as pesquisas de Kahneman, o bom humor, a intuição, a criatividade e a confiança estão diretamente relacionados ao Sistema 1. Por sua vez, o mau humor, a tristeza, a desconfiança e o esforço ampliado pertencem ao campo de atuação do Sistema 2⁵⁴¹.

Percebe-se, portanto, que, quando se está desconfortável e infeliz, ativa-se uma área mais racional do pensamento, afastando o lado intuitivo e criativo. A vantagem disso é a menor propensão a cometer erros lógicos. Essa constatação tem um sentido biológico, já que o bom humor indica que a situação está se desenvolvendo dentro da normalidade, não existindo

⁵³⁸KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 57, 76, 105-106 e 111.

⁵³⁹KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 57, 76 e 105-106.

⁵⁴⁰KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 84-85.

⁵⁴¹KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 90-91.

problema com que se preocupar. Em sentido oposto, o mau humor assinala que a situação pode não estar muito bem, sendo necessária maior vigilância, preocupação e raciocínio⁵⁴².

Assim, pode-se afirmar que o Sistema 1 tem como características agir de modo automático, rápido, com pouco esforço, e sem discernimento voluntário, provocando o surgimento de impressões, sentimentos e inclinações. Ademais, é o responsável por gerar uma “sensação de conforto cognitivo com ilusões de veracidade, sentimentos prazerosos e vigilância reduzida”, suprimindo dúvidas e menosprezando ambiguidades, fazendo com que a pessoa se torne predisposta a acreditar na informação recebida, produzindo avaliações limitadas⁵⁴³.

Destarte, o desempenho desses dois procedimentos mentais de forma simultânea atua por meio das heurísticas e dos vieses de cognição e demonstram a existência do problema da influência de fatores externos ao âmbito jurídico na tomada de decisão⁵⁴⁴.

4.2 Heurística

A palavra heurística “é de origem grega e significa 'servir para achar ou descobrir'”⁵⁴⁵ (tradução nossa). As heurísticas são artifícios mentais empregados na resolução de questões, baseadas em apenas parte da informação, propiciando rapidez e facilidade no julgamento, o que acarreta, muitas vezes, perda de precisão e erros sistêmicos. A insuficiência de informações ou conhecimento sobre o assunto obrigam à utilização das heurísticas. Trata-se de uma operação necessária ao próprio desenvolvimento das relações sociais, na medida em que nem todas as decisões são tão importantes, ao ponto de exigirem maior gasto de tempo e esforço. Assim, a mente humana, muitas vezes, de forma inconsciente, seleciona os atalhos na tomada de decisão, ponderando a precisão e o esforço⁵⁴⁶.

Heurística, para Kahneman, é “um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis. A palavra vem da mesma raiz que *heureka*”⁵⁴⁷. Por sua vez, Gigerenzer e Gaissmaier definem heurística como

⁵⁴²KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 90-91.

⁵⁴³KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 136.

⁵⁴⁴NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 47.

⁵⁴⁵The term heuristic is of Greek origin and means, “serving to find out or discover.” (GIGERENZER, Gerd; GAISSMAIER, Wolfgang. Heuristic Decision Making. *Annu. Rev. Psychol.*, v. 62, p. 451-482, 2011, p. 454).

⁵⁴⁶GIGERENZER, Gerd; GAISSMAIER, Wolfgang. Heuristic Decision Making. *Annu. Rev. Psychol.*, v. 62, p. 451-482, 2011, p. 454 e 457.

⁵⁴⁷KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de

sendo “uma estratégia que ignora parte das informações, com o objetivo de tomar decisões mais rápidas, singelas e/ou precisas do que métodos mais complexos”⁵⁴⁸ (tradução nossa).

A heurística está ligada à ideia de substituição, porque, quando não se consegue encontrar respostas para perguntas mais elaboradas e difíceis, estrategicamente, a mente faz uma troca por problemas mais fáceis de serem solucionados, fazendo crer que se encontrou a resposta. Nessa medida, existem duas perguntas, sendo a primeira delas a mais difícil que se pretende responder, e a segunda, a pergunta heurística, que é aquela mais simples que se responde no lugar da pergunta alvo⁵⁴⁹.

As respostas heurísticas encontradas para as perguntas difíceis usualmente são endossadas pelo Sistema 2 sem uma análise mais detida. Tal fenômeno ocorre de forma inconsciente e intuitiva, fazendo com que a pessoa sequer perceba que a pergunta alvo era complexa⁵⁵⁰. Esse atalho cognitivo ou procedimento de simplificação mental é o responsável por propiciar a resolução de questões complexas de forma mais rápida e apropriada⁵⁵¹.

As respostas decorrentes da heurística surgem em razão da limitação de conhecimentos e motivações e pela necessidade de alocação dos reduzidos recursos cognitivos, fazendo com que as decisões sejam tomadas sem que todos os aspectos relevantes sejam considerados. Com efeito, a mente humana atua de forma reduzida na organização das informações, não sendo apta a reagir a todos os estímulos diários que lhe são expostos, concentrando esforços naquilo que importa e desprezando aquilo que não interessa⁵⁵².

De acordo com Costa, “trata-se de formas disfuncionais de processar a informação, que afetam o raciocínio lógico-abstrato e que acontecem de forma previsível em circunstâncias particulares em todos os países e culturas”⁵⁵³. Prossegue dizendo que “não se trata de desvirtuamento do pensamento provocado por emoções como medo, afeição e ódio: são erros

Janeiro: Objetiva, 2012, p. 127.

⁵⁴⁸A heuristic is a strategy that ignores part of the information, with the goal of making decisions more quickly, frugally, and/or accurately than more complex methods. (GIGERENZER, Gerd; GAISSMAIER, Wolfgang. Heuristic Decision Making. *Annu. Rev. Psychol.*, v. 62, p. 451-482, 2011, p. 454).

⁵⁴⁹KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva. 2012, p. 127.

⁵⁵⁰KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva. 2012, p. 129.

⁵⁵¹COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. 2016. 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 44.

⁵⁵²COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. 2016. 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 44-45.

⁵⁵³COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. 2016. 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 46.

sistemáticos na opinião de pessoas normais, que ocorrem no projeto do mecanismo cognitivo”⁵⁵⁴.

E, nesse contexto, embora se acredite que as ferramentas mentais, notadamente, a lógica, a estatística e a heurística, sejam adequadas para cada tipo particular de problema, de modo que regras de lógica e estatística estejam ligadas ao raciocínio racional, e as heurísticas, ligadas a irracionalidades e intuições propensas a erros, descobriu-se que desvios dos princípios lógicos ou estatísticos rotineiramente eram influenciados por heurísticas cognitivas, levando à constatação da existência de uma racionalidade limitada⁵⁵⁵.

De acordo com Gigerenzer e Gaissmaier, “o modelo clássico de racionalidade requer conhecimento de todas as alternativas, suas consequências e probabilidades, e um mundo previsível sem surpresas. Estas condições, no entanto, raramente são encontradas quando da análise dos problemas pelos indivíduos e organizações”⁵⁵⁶ (tradução nossa).

No entanto, é preciso descrever as situações em que as espécies de heurísticas são empregadas, bem como estabelecer quando é possível confiar em dada heurística em substituição a um raciocínio mais complexo no momento de fazer julgamentos. Nem toda decisão é importante ao ponto de justificar demasiado gasto de tempo e energia mental, sendo necessária a ponderação entre perda de precisão e ganho de tempo. Também é preciso reconhecer que limitações de capacidade e conhecimento impedem agir de forma integralmente racional, o que leva a confiar na heurística. Por isso, é necessário apresentar algumas espécies de heurísticas, distinguindo as interferências no lugar das preferências⁵⁵⁷.

Em outra medida, para evitar a sobrecarga mental decorrente da tentativa de resolução de problemas difíceis ou em pouco tempo, costuma-se dividir a questão em diversos passos fáceis e obtendo soluções intermediárias, de modo que, se uma resposta razoável para uma pergunta difícil não é prontamente encontrada, a mente solucionará uma pergunta mais fácil a ela relacionada, sem que a pessoa, muitas vezes, sequer perceba que não respondeu à pergunta

⁵⁵⁴COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério*: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 47.

⁵⁵⁵GIGERENZER, Gerd; GAISSMAIER, Wolfgang. Heuristic Decision Making. *Annu. Rev. Psychol.*, v. 62, p. 451-482, 2011, p.452.

⁵⁵⁶As Simon (1979, p. 500) stressed in his Nobel Memorial Lecture, the classical model of rationality requires knowledge of all the relevant alternatives, their consequences and probabilities, and a predictable world without surprises. These conditions, however, are rarely met for the problems that individuals and organizations face (GIGERENZER, Gerd; GAISSMAIER, Wolfgang. Heuristic Decision Making. *Annu. Rev. Psychol.*, v. 62, p. 451-482, 2011, p. 452).

⁵⁵⁷GIGERENZER, Gerd; GAISSMAIER, Wolfgang. Heuristic Decision Making. *Annu. Rev. Psychol.*, v. 62, p. 451-482, 2011, p.453-454.

originariamente feita⁵⁵⁸.

A heurística pode ocorrer como uma ilusão visual, e não como uma interpretação errada da questão. Também pode-se afirmar sobre a existência de uma heurística do afeto, por meio da qual, as simpatias e antipatias de alguma pessoa tornam-se determinantes para suas crenças acerca do mundo, influenciando, inclusive, nos argumentos que serão passíveis de convencer. Nesse particular, o “Sistema 2 age mais como um defensor para as emoções do Sistema 1 do que como um crítico dessas emoções – ele mais endossa que impõe”⁵⁵⁹.

Inúmeras decisões são tomadas com base em convicções relacionadas à probabilidade de eventos incertos e na forma de probabilidades subjetivas, alicerçadas em princípios heurísticos responsáveis pela redução da complexidade da atividade cerebral, responsáveis por avaliar probabilidades⁵⁶⁰. De acordo com Kahneman, a “avaliação subjetiva de probabilidade assemelha-se à avaliação subjetiva de quantidades físicas como distância ou tamanho. Esses julgamentos estão todos baseados em dados de validade limitada, que são processados de acordo com as regras heurísticas”⁵⁶¹.

As simpatias, antipatias e afinidades pessoais podem ser determinantes para as crenças e ações de determinada pessoa, de modo que a convicção, no momento de decidir, é maior quando presentes emoções. Além disso, frequentemente, decide-se com base na frequência segundo a qual os dados vêm à mente, de acordo com a facilidade com que similaridades surgem, consequência da limitada capacidade de se concentrar e empreender maior esforço mental ao mesmo tempo⁵⁶².

Também pode ocorrer que uma única informação fornecida, dentre outras, seja suficiente para que seja alcançada a solução, baseada apenas no seu peso e na comparação entre as diversas informações. Nesse ponto, pode-se ignorar mais ou menos informações para se chegar à resposta pretendida⁵⁶³. Em outra medida, o processo de elaboração mental de uma decisão pode ser alterado conforme o quadro apresentado, de modo que a análise conjunta de fatores tende a ser diversa daquela decisão baseada apenas em uma visão isolada desses mesmos

⁵⁵⁸KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 50-51, 126 e 129.

⁵⁵⁹KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva. 2012, p. 134.

⁵⁶⁰KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva. 2012, p. 524.

⁵⁶¹KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva. 2012, p. 524.

⁵⁶²KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva. 2012, p. 133 e 165-166.

⁵⁶³GIGERENZER, Gerd; GAISSMAIER, Wolfgang. Heuristic Decision Making. *Annu. Rev. Psychol.*, v. 62, p. 451-482, 2011, p. 455.

fatores⁵⁶⁴.

Percebe-se que as heurísticas podem produzir desvios no julgamento, decorrentes de tendências que nem sempre se percebem. Por isso, não se pode perder de vista que, apesar dos benefícios cotidianos que podem trazer, no tratamento e na valoração das heurísticas, deve ser levada em consideração a possibilidade real de que podem ocorrer inúmeros erros no julgamento.

Se aqueles responsáveis por postularem e decidirem aprenderem a reconhecer e controlar a utilização de tais heurísticas e vieses, existe uma probabilidade de aumento da qualidade e da racionalidade das postulações e das decisões.

4.3 Viés cognitivo

Os vieses são os erros sistemáticos ocorridos de forma previsível e em casos específicos, baseados em preconceitos, tendências, predileções, predisposições, orientações, entre outros. Consagrou-se a palavra viés como tradução de *bias*, utilizada pela Estatística e pela Psicologia Cognitiva para designar tais inclinações cognitivas⁵⁶⁵.

As descobertas de Kahneman foram lastreadas em estudos na área de Psicologia, realizados nas últimas décadas, e tiveram como um dos pontos principais a ideia de que a mente é susceptível a erros sistemáticos, sendo documentados vieses de pensamento em tarefas variadas. Esses estudos foram citados por diversos outros autores das mais variadas áreas do conhecimento científico, rendendo a Kahneman o Prêmio Nobel de Economia em 2002⁵⁶⁶.

Vieses cognitivos são erros e tendências no processamento de informações que influenciam as compreensões do mundo, resultantes dos desejos, preconceitos e expectativas das pessoas, bem como da autopercepção e da necessidade de adequação pessoal⁵⁶⁷. Segundo Dierle, Lud e Pedron:

Tais vieses de cognição são fenômenos da (ir)racionalidade humana, estudados pelos psicólogos cognitivos e comportamentais, e representam os desvios cognitivos decorrentes de equívocos em simplificações (heurísticas) realizadas pela mente humana diante de questões que necessitariam de um raciocínio complexo para serem

⁵⁶⁴KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva. 2012, p. 450-452.

⁵⁶⁵KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 10.

⁵⁶⁶KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva. 2012, p. 11-19.

⁵⁶⁷CLEMENTS, Cory S. Perception and Persuasion in Legal Argumentation: Using Informal Fallacies and Cognitive Biases to Win the War of Words. *BYU Law Review* 319, issue 2, article 9, p. 319-362, 2013, p. 334.

respondidas. Tais simplificações (heurísticas do pensamento) são um atalho cognitivo de que se vale a mente para facilitar uma série de atividades do dia-a-dia, inclusive no tocante à tomada de decisão.⁵⁶⁸

Vieses cognitivos são as disposições de tirar conclusões de determinadas informações baseadas em preconceitos, tendências e conhecimentos prévios, em virtude dos atalhos mentais utilizados, o que pode levar a decisões irracionais, distorcidas e ilógicas. Entretanto, não se pode desconsiderar que se trata de um comportamento mental mais evoluído, já que decorrente de um processo de adequação do ser humano às novas situações surgidas, exigindo que se obtenham respostas mais rápidas.

Theodoro Júnior et al definem os vieses cognitivos como sendo “deturpações de julgamento a que qualquer decisor está submetido por inúmeros fatores, como a incerteza ínsita ao julgamento e a exiguidade de tempo”⁵⁶⁹.

Da mesma forma, Freitas, ao tecer comentários sobre os desvios cognitivos, afirma que:

Essencial, pois, ter em conta que o intérprete, desvelado pela ciência, aparece como aquele que, quando enviesado, mesmo de boa-fé, está propenso a confirmar as suas crenças iniciais; alguém que decide antes de ter plena consciência da decisão; alguém que pode ser influenciado, ostensiva ou subliminarmente, pelo contágio social; alguém que, se não tomar precauções, tende a ser obnubilado pela miopia temporal e a formar estereótipos de maneira incessante; enfim alguém que, pelo só fato de ser humano, tem parcela de seu cérebro programada automaticamente para simplificar e reduzir ambiguidades, com o sacrifício da complexidade de juízos e escolhas.⁵⁷⁰

4.4 Espécies de viés cognitivo

No eixo teórico democrático, a Jurisdição deve ser exercida com observância e respeito ao devido processo constitucional e à ampla participação de todos os interessados, permitindo o restabelecimento dos direitos fundamentais violados, assegurando não apenas as liberdades individuais, mas também os direitos sociais e as prestações ativas devidas pelo Estado.

As partes deverão ter a ampla possibilidade de participarem na formação da decisão, já que, em uma sociedade que se pretenda democrática, deve ser realçado o processo como garantia de participação, tornando as pessoas do povo autoras/destinatárias das decisões. A contribuição para a formação das decisões judiciais está diretamente relacionada com a

⁵⁶⁸NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 36.

⁵⁶⁹THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 467.

⁵⁷⁰FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da AJURIS*, v. 40, n. 130, jun. 2013, p. 224.

democratização da sociedade, sendo imprescindível que as partes sejam ouvidas em condições de poderem influenciar efetivamente, trazendo argumentos relevantes e produzindo as provas necessárias.

Como decorrência, as decisões devem se basear em fundamentos fáticos e jurídicos, de modo que os vieses cognitivos devem ser inicialmente detectados para, em seguida, serem afastados, sob pena da decisão não se legitimar constitucionalmente. A decisão jurisdicional deverá ter por base apenas os elementos constantes do procedimento, afastando-se os fatores externos e as motivações implícitas contidas na mente do julgador. Ocorre que influências que não deveriam ser preponderantes no momento de decidir, oriundas de preconceitos, ideologias, preferências, e que são causadoras do viés cognitivo, podem afetar de modo subconsciente os decisores.

Por outro lado, alguns profissionais sabem muito bem utilizar as armas da persuasão quando da formulação de seus pedidos, utilizando-se de palavras estratégicas para desencadear sentimentos, emoções e reações favoráveis ao seu interesse. Essas pessoas sabem se beneficiar das tendências e das reações mecânicas e inconscientes dos julgadores, criando um ambiente propício para que seu pedido seja apreciado de forma mais favorável.

Nessa medida, o estudo do viés cognitivo é importante não somente para mitigá-lo no momento de se decidir, como também para impedir que seja utilizado abusivamente para convencer. Entende-se que o primeiro passo consiste em saber detectar o viés cognitivo, para, posteriormente, conseguir criar mecanismos aptos a diminuir as indevidas e antidemocráticas influências.

Diversos vieses cognitivos foram analisados e registrados, sendo que o presente trabalho se restringirá àqueles considerados mais importantes para o processo democrático. Com efeito e sem a pretensão de esgotar o tema, serão analisados o viés de ancoragem, o viés de confirmação, o viés de *status quo*, o viés de trancamento, o viés de retrospectiva, o viés de aversão à perda e o viés da correlação ilusória.

4.4.1 Viés de ancoragem e ajustamento

O viés de ancoragem está relacionado com a fixação de pontos de partida, de parâmetros, servindo de referência e sugestões para a tomada de decisões. Segundo Kahneman, o viés de ancoragem “acontece quando as pessoas consideram um valor particular para uma quantidade desconhecida antes de estimar essa quantidade. O que ocorre é um dos resultados mais confiáveis e robustos da psicologia experimental: a estimativa fica perto do número que as

peças consideram [...]”⁵⁷¹.

Qualquer número informado para a solução de um problema de estimativa, mesmo que fornecido de forma aleatória, instigará um efeito de ancoragem. Desse modo, a resposta dada será próxima ao número inicialmente disponibilizado, mesmo que não tenha relação alguma com a solução correta⁵⁷². Ou seja, as âncoras “afetam o julgamento mudando o padrão de referência que as pessoas usam quando fazem julgamentos numéricos”⁵⁷³.

Kahneman cita como exemplo a pergunta sobre a idade de Gandhi. Se fosse questionado se ele tinha mais do que 114 anos quando morreu, a resposta seria com uma estimativa muito mais elevada da idade da morte, do que na hipótese da pergunta de ancoragem se referir à morte com 35 anos⁵⁷⁴.

Após o fornecimento do número de ancoragem, o cérebro inicia um mecanismo de ajustamento, o que nem sempre ocorre de forma suficiente, já que, não raras vezes, desconhecem-se os argumentos suficientes para afastar o indivíduo das âncoras⁵⁷⁵. De acordo com Kahneman, “o ajuste é uma atividade deliberada e consciente, mas na maioria dos casos de ancoragem não há experiência subjetiva correspondente”⁵⁷⁶.

Por outro lado, a ancoragem pode se dar de diversas maneiras, sendo acionada por meio de ações auditivas, gestuais, visuais ou táteis, todas aptas a induzir a uma atuação ou resposta. Segundo Rosa:

A evocação de uma situação manifesta-se em efeitos no corpo, na atenção e na memória, mesmo que não nos demos conta (gatilho inconsciente). O mecanismo da ancoragem se dá a todo o momento, não só quando falamos, mas também quando gesticulamos, ouvimos, sentimos ou vemos algo.⁵⁷⁷

Em muitas situações, âncoras podem ser confiáveis por transmitirem informações relevantes sobre o que se pretende mensurar. Todavia, o preocupante é que julgamentos podem

⁵⁷¹KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 152-153.

⁵⁷²KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 153; EPLEY, Nicholas; GILOVICH, Thomas. The Anchoring-and-Adjustment Heuristic. Why the Adjustments Are Insufficient. *Psychological Science*, v. 17, n. 4, p. 311-318, 2006, p. 311.

⁵⁷³Anchors affect judgment changing the standard of reference that people use when making numeric judgments (GUTHRIE, Chris, RACHLINSKI, Jeffrey J., WISTRICH, Andrew J. Inside de Judicial Mind. *Cornell Law Faculty Publications*, v. 86, paper 814, p. 777-830, 2001, p. 788).

⁵⁷⁴KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 153.

⁵⁷⁵KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 154.

⁵⁷⁶KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 155.

⁵⁷⁷ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 213.

ser influenciados por âncoras que não fornecem informações relacionadas diretamente ao valor real do objeto avaliado⁵⁷⁸.

Essas âncoras podem ser selecionadas diretamente pela pessoa que pretende responder a uma questão, mesmo sabendo que não correspondem ao valor correto, apenas para poder estabelecer a resposta. Trata-se de uma hipótese de heurística responsável pela simplificação da função julgadora, já que é substituído um valor que rapidamente se ajusta no lugar de uma avaliação mais abrangente⁵⁷⁹. Também pode ocorrer que se seja induzido a fixar um valor como mecanismo de ancoragem em uma negociação.

Os pensamentos e as atitudes são manipuláveis pelas situações do momento, de modo que, por mais que não se queira aceitar, os artifícios psicológicos responsáveis pela ancoragem fazem com que se fique muito mais sugestionável do que se acredita ser. Isso faz com que diversas pessoas, nem sempre bem-intencionadas, utilizem-se da ancoragem para obter vantagens, sendo oportuno saber os mecanismos de resistência, os chamados “argumentos contra a âncora”. Para tanto, é necessário que os envolvidos foquem sua atenção e tentem encontrar na memória argumentos em sentido contrário ao que se pretende fixar como âncora⁵⁸⁰.

No âmbito do processo, não raramente, são formulados pedidos de reparação por danos morais em um patamar maior do que aqueles usualmente pedidos para casos semelhantes, sem que se apresente qualquer fundamento que justifique o aumento exagerado. A atribuição de valor elevado, embora ceda a rejeição, sugere que o dano sofrido tenha sido demasiado e pode acarretar o aumento do valor da reparação, alterando a percepção subjetiva sobre o assunto. O referido pedido pode criar uma ancoragem, de modo que, mesmo não sendo acolhido na totalidade, é capaz de servir de âncora para o valor arbitrado.

Rosa cita como exemplo a ordem de marcação das audiências, segundo o qual, “se são pautados casos graves para o início e acontece condenação, fixa-se a âncora, muitas vezes, para análise do caso subsequente, com a tendência de considerar um caso menor como de bagatela”⁵⁸¹.

Não se olvide que os fatos apresentados naquele processo podem alterar o que usualmente costuma-se fixar a título de danos morais. Todavia, a experiência, a prática, os

⁵⁷⁸GUTHRIE, Chris, RACHLINSKI, Jeffrey J., WISTRICH, Andrew J. Inside de Judicial Mind. *Cornell Law Faculty Publications*, v. 86, paper 814, p. 777-830, 2001, p. 788.

⁵⁷⁹EPLEY, Nicholas, GILOVICH, Thomas. The Anchoring-and-Adjustment Heuristic. Why the Adjustments Are Insufficient. *Psychological Science*, v. 17, n. 4, p. 311-318, 2006, p. 312.

⁵⁸⁰KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 160-163.

⁵⁸¹ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 214.

argumentos e as provas podem reduzir o viés de ancoragem, já que o julgador pode ter analisado outros pedidos semelhantes, possuindo um padrão já estabelecido, fazendo com que não ocorra a pretendida ancoragem.

Nesse particular, a prática oral de atos pode ter efeito potencializador dos efeitos da ancoragem. Com efeito, quando a parte, pessoalmente ou por meio de seu representante, expressa a sua dor apta a gerar o dano moral, pedindo determinado valor, é possível que seja estabelecida uma âncora.

É certo que inúmeros eventos já trazem ínsita a obrigação ou não de reparar os danos, o que não impede que se evidencie que aquele padrão não se aplica ao caso em análise⁵⁸². No entanto, existem situações em que realmente deve ser demonstrada a existência dos danos, bem como o valor a ser arbitrado. Nelas, a ancoragem é perigosa, já que pode ser criado um vínculo psicológico com o valor inicialmente exposto.

Isso porque a forma como é exposta uma situação e as decorrências daí provenientes, notadamente, quando banhadas de sentimentalismo e indignação, podem fazer com que o julgador e a outra parte sejam mais propensos a acreditarem que realmente estão presentes o dano e o dever de indenizar⁵⁸³.

A prática oral de atos compreende não somente o teor das palavras, mas também tudo aquilo que passa ao redor dos interlocutores, possibilitando-lhes a consciência e a percepção do que se pretende transmitir ou esconder, de modo que aparência física e a externalização de sofrimento podem influenciar, criando uma esfera de compensação da dor e sofrimento maior do que a simples fotografia e as alegações no papel.

Por outro lado, a ordem de formulação dos pedidos pode também levar a uma ancoragem, porque, se o primeiro valor pleiteado for o maior, elevará a estimativa do que se poderia obter com os demais, mesmo que não tenham uma relação direta.

Ainda no que se refere aos procedimentos no âmbito privado, as ofertas iniciais dos acordos podem produzir âncoras, acarretando uma influência subconsciente no valor proposto pelo seu adversário, desde, é claro, que não seja absurdo. Trata-se de uma estratégia baseada no viés de ancoragem e que, inúmeras vezes, produz os efeitos pretendidos por quem a utiliza. Ocorre que, se a primeira oferta é exageradamente desproporcional ao que se pretende, a utilização da ancoragem pode não surtir efeitos desejados, conforme expõe, Cialdini:

⁵⁸²Conforme REsp 786239, Ag 1295732, REsp 1087487, REsp 299532, Ag 1410645, REsp 631204, REsp 608918, REsp 1020936.

⁵⁸³ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 213.

Pesquisas realizadas na Universidade Bar-Ilan em Israel sobre a técnica de rejeição seguida de recuo mostram que, se o primeiro conjunto de exigências é extremo a ponto de parecer absurdo, a tática falha (Schwarzswald, Raz e Zvibel, 1979). Nesses casos, quem fez o pedido extremo inicial é visto como um negociador agindo de má-fé. Qualquer recuo subsequente àquela posição inicial irreal não é considerado uma concessão genuína e, portanto, não é retribuído. O negociador realmente hábil, então, é aquele cuja posição inicial é exagerada apenas o suficiente para permitir uma série de pequenas concessões recíprocas e contrapropostas que irá gerar uma oferta final desejável pelo oponente (Thompson, 1990).⁵⁸⁴

Além do mais, nos acordos, a regra da reciprocidade pode ser bastante vantajosa, já que é uma tendência natural tentar-se retribuir o que outra pessoa ofereceu. Segundo Cialdini, “em virtude da regra da reciprocidade, somos *obrigados* a retribuir no futuro os favores, presentes, convites e itens semelhantes”⁵⁸⁵. Por isso, a estratégia de ceder um pouco nos acordos para depois pedir pode ser proveitosa e render uma retribuição desigual e favorável. No entanto, caso percebida alguma má intenção, o proponente do acordo não terá mais a reciprocidade a seu favor⁵⁸⁶.

Com efeito, profissionais que conhecem devidamente essa técnica não acreditam no valor desproporcionalmente elevado. E o pior, pode ser inculcado, no outro litigante, que se trata de uma tentativa inútil de majorar o dano e aproveitar-se da situação. Por isso, entende-se que o correto, nesses casos, é efetivamente aumentar o valor, mas de forma proporcional e compatível com a reparação pretendida, de modo que os recuos decorrentes das negociações não pareçam irrealistas, que não mereçam ser retribuídos.

Portanto, é importante que os sujeitos processuais se atentem para o estudo do viés cognitivo, de modo a buscar captar as mensagens e as estratégias que uma das partes está tentando se utilizar. Nessa medida, identificando o viés, todos estarão mais aptos a analisar os argumentos e enxergar as provas com maior clareza e objetividade. Entende-se que réplicas às afirmações proferidas em audiência são mais eficazes para afastar qualquer fixação de parâmetro do que os arrazoados escritos, já que estes últimos não são banhados das emoções trazidas na audiência.

Além disso, após detectar a pretensa utilização da ancoragem, o magistrado e a parte contrária podem trabalhar no sentido de obterem um comprometimento com a autoimagem

⁵⁸⁴CIALDINI, Robert B. *As armas da persuasão*. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2012, p. 52-53.

⁵⁸⁵CIALDINI, Robert B. *As armas da persuasão*. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2012, p. 30.

⁵⁸⁶CIALDINI, Robert B. *As armas da persuasão*. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2012, p. 30, 45 e 63.

daquele que fez a alegação. Desse modo, quem fez determinada alegação buscará coerência entre suas alegações e pedidos com as condutas anteriormente praticadas⁵⁸⁷.

Como exemplo, cite-se a demonstração, pelo *ex adverso*, por meio de imagens obtidas em redes sociais, de que a parte que se diz profundamente abalada e chorosa em audiência estava se divertindo em bares e restaurantes. A busca pela coerência pode, inclusive, mudar a postura da parte na própria audiência, de modo que ela, inconscientemente, sinta-se incapaz de demonstrar qualquer tristeza e pleitear valor elevado a título de danos morais.

O viés de ancoragem, em certas situações, pode servir para influenciar na oitiva de determinada pessoa como informante, não a dispensando simplesmente. Estabelece, o art. 447, §4º, do CPC de 2015, que, “sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas”.

Por exemplo, pode-se fazer um pedido de oitiva de uma testemunha, sob a alegação de ser fundamental para demonstração dos fatos, descobrindo-se que é impedida ou suspeita. Sabedor do indeferimento, a parte pode pedir sua oitiva como informante, mesmo quando não seria estritamente a hipótese. A intenção verdadeira é a colheita do depoimento como informante, mas estrategicamente foi postulada a sua oitiva como testemunha, de modo que o deferimento do segundo pedido pode ser visto como uma forma de concessão pelo indeferimento do primeiro.

É preciso que tanto o magistrado, quanto os demais participantes da audiência tenham ciência dessa tática, de modo a evitar que não sejam escutadas indevidamente determinadas pessoas, o que certamente poderá alterar o rumo da decisão. A prática oral da contradita e do ato de decidir precisam ser feitos com atenção ao viés da ancoragem, de modo a conseguirem fugir dos seus efeitos persuasivos.

Essa atitude, aliada aos argumentos e às provas juntadas, certamente contribuirá para a mitigação da ancoragem.

Também pode ocorrer que os efeitos da ancoragem sejam produzidos, não por um ajuste insuficiente, mas pela maior acessibilidade das informações trazidas pelas âncoras, bem como pela necessidade inconsciente de confirmá-las. Além disso, em diversos casos, os ajustes tendem a ser insuficientes, porque as pessoas param de querer encontrar a resposta correta assim que acreditam ter atingido um valor mais próximo⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷CIALDINI, Robert B. *As armas da persuasão*. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2012, p. 83-87.

⁵⁸⁸EPLEY, Nicholas, GILOVICH, Thomas. The Anchoring-and-Adjustment Heuristic. Why the Adjustments Are Insufficient. *Psychological Science*, v. 17, n. 4, p. 311-318, 2006, p. 312.

A ancoragem não se refere apenas aos números, já que seu emprego pode influenciar julgamentos e sensações, em razão de impressões ou perspectivas⁵⁸⁹. Como exemplo, Kahneman cita a pergunta: “você está sentindo agora uma ligeira dormência em sua perna esquerda?”. Referida pergunta “sempre leva um bom número de pessoas a informar que sua perna esquerda de fato parece um pouco estranha”⁵⁹⁰.

No âmbito jurídico, Nunes, Lud e Pedron exemplificam pelo contato do julgador com as provas ilícitas:

É conveniente ressaltar que a heurística de ancoragem acontece também com elementos não numéricos, capazes de moldar a interpretação de um caso. Isso acontece, por exemplo, quando há contato de juízes ou jurados com provas ilícitas. Peer e Gamliel, em seu artigo, relacionam a inabilidade de se ignorar provas ilícitas com o fenômeno dos vieses de cognição. Argumentam que quando provas ilícitas, (evidências inadmissíveis) são apresentadas em julgamentos com júri, muitos estudos demonstram que, em que pese os juízes instruírem o júri para que ignorem ou para que não considerem tais provas, a inabilidade dos jurados para não considerá-las é notável.

As decorrências dessa inabilidade para desconsiderar provas ilícitas certamente têm maior repercussão no processo penal, especialmente nos casos que, por sua natureza, são de competência para julgamento por um júri popular, formado por cidadãos com pouco ou nenhum conhecimento jurídico (art. 74, §1º, Código de Processo Penal).

Inobstante, é relevante considerar que juízes de carreira também podem ser afetados pela inabilidade de ignorar provas ilícitas. Peer e Gamliel apontam que um experimento demonstrou que juízes experientes sofrem da mesma inabilidade em desconsiderar provas ilícitas, tal como inexperientes membros de um júri.

No estudo em questão, um grupo de juízes e um grupo de jurados foram convidados a ler sobre um caso que envolvia a confiabilidade de um produto incluindo (ou não incluindo) material enviesante, e foram instruídos (ou não) a desconsiderar a prova ilícita/inadmissível. Os veredictos de ambos os grupos dependeram fortemente do fato de o material inadmissível estar ou não incluído entre as evidências, mas as decisões não eram alteradas se a evidência era considerada inadmissível.⁵⁹¹

Entende-se que algumas ponderações devem ser feitas, pois não se olvide que o viés de ancoragem é capaz de afetar todas as pessoas, inclusive, profissionais experientes. Ocorre que a situação não se aplica em igual medida para juízes e jurados. Certamente, a ancoragem gerada pelas provas ilícitas afeta mais fortemente os jurados, devido à desnecessidade de conhecimento técnico-jurídico para fazer parte do Conselho de Sentença e pela prescindibilidade da fundamentação das decisões, conforme prevê expressamente, o art. 5º, XXXVIII, *b*, da CRFB,

⁵⁸⁹EPLEY, Nicholas; GILOVICH, Thomas. The Anchoring-and-Adjustment Heuristic. Why the Adjustments Are Insufficient. *Psychological Science*, v. 17, n. 4, p. 311-318, 2006, p. 311.

⁵⁹⁰KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 156.

⁵⁹¹NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 110-111.

e arts. 436, 485 e 487 do CPP⁵⁹².

O conhecimento jurídico permite discernir entre aquilo que é autorizado e o que é proibido pelas normas. Nessa medida, a falta dessa instrução permite que os jurados deixem de se ater à proibição da produção e utilização das provas ilícitas, sendo mais suscetíveis a elas. Em outra medida, o julgamento sigiloso e, como consequência, sem fundamentação, deixa de impedir que as provas ilícitas sejam consideradas. Além disso, como no procedimento dos crimes dolosos contra a vida, afetos ao Tribunal do Júri, os debates são feitos oralmente e com um grau de sentimentalismo e apoio emocional grandes, a potencialidade de se convencer da importância daquela prova, mesmo que ilícita, é maior.

Quanto aos magistrados de carreira, o dever constitucional de fundamentar os provimentos jurisdicionais decisórios protege não somente os operadores do Direito em geral, mas pessoas do povo contra as provas ilícitas, na medida em que o decisor deverá justificar, com base no ordenamento jurídico e nos elementos constantes do procedimento, o acolhimento dos argumentos produzidos, com a consequente procedência ou não do pedido⁵⁹³.

⁵⁹²“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988).

“Art. 436. O serviço do júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade.

[...]

Art. 485. Não havendo dúvida a ser esclarecida, o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida a votação.

§ 1º Na falta de sala especial, o juiz presidente determinará que o público se retire, permanecendo somente as pessoas mencionadas no caput deste artigo.

[...]

Art. 487. Para assegurar o sigilo do voto, o oficial de justiça recolherá em urnas separadas as cédulas correspondentes aos votos e as não utilizadas.” (BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 Out. 1941).

⁵⁹³“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988).

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

Já o art. 5º, LVI, da CRFB, o art. 369 do CPC e o art. 157 do CPP são expressos em prever a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos⁵⁹⁴.

Portanto, é possível concluir que as normas acima citadas são aptas, se aplicadas devidamente, a mitigar, em grande medida, os efeitos do viés de ancoragem, já que, apesar da possível afetação gerada pelas provas ilícitas, o magistrado não poderá fundamentar sua decisão em uma prova ilícita, sob pena de ser aplicada a sanção de nulidade. Como apenas as provas lícitas poderão ser consideradas na fundamentação, a ancoragem terá seu efeito reduzido.

O maior perigo ocorrerá quando o acervo probatório não for contundente ou restar caracterizada a dubiedade e divergência entre as provas, circunstância que poderá fazer com que o efeito de ancoragem tenha uma influência maior na decisão.

Sob outra perspectiva, a tentativa de se valer de provas ilícitas pode desencadear um efeito contrário ao esperado, pois pretender se utilizar de evidências proibidas pode incutir nos julgadores a impressão de que a parte está tentando se valer de elementos ilícitos por não ter razão. Inconscientemente, poderá ser criada uma sensação de que todo o comportamento da parte se amolda à ilicitude da prova que pretendeu produzir.

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

⁵⁹⁴“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988).

Art. 369 do Código de Processo Civil: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

Art. 157 do Código de Processo Penal: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” (BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 Out. 1941).

4.4.2 Viés de confirmação

O viés de confirmação se caracteriza pela propensão a acreditar em informações relacionadas a pré-compreensões e preconceitos. Trata-se de uma forma tendenciosa de decidir, já que faz com que as pessoas assimilem determinada afirmação de forma seletiva e de acordo com suas suposições e opiniões pessoais. Segundo Peer e Gamliel, “se as pessoas têm um preconceito ou uma hipótese sobre um certo problema, eles tendem a favorecer informações que correspondam às suas crenças prévias, desconsiderando as evidências em sentido contrário”⁵⁹⁵ (tradução nossa).

De acordo com Costa, o viés de confirmação consiste em um processo mental que se caracteriza “pela tendência do sujeito a filtrar uma informação que recebe, de maneira que, de forma inconsciente, busca e supervaloriza as provas e os argumentos que confirmam sua própria posição inicial e ignora e não valora as provas e argumentos que não respaldam essa posição”⁵⁹⁶.

Trata-se de um processo subconsciente de compreender determinada informação “de uma maneira que confirme alguma de nossas concepções iniciais ou hipóteses”⁵⁹⁷. Por meio do viés de confirmação, o cérebro, de maneira inconsciente e involuntária, torna-se tendencioso a captar seletivamente as mensagens transmitidas, atendo-se ao que coincide com as opiniões, ideologias e sentimentos da pessoa, afastando os dados em sentido contrário.

Essa filtragem das informações serve para confirmar o ponto de vista inicial, mesmo que também existam dados relevantes em sentido contrário, o que demonstra claramente que se trata de um raciocínio ilógico e viciado. Aranguren bem expõe acerca do assunto:

Os vieses podem ocorrer na coleta, interpretação ou recuperação de informações. Alguns psicólogos usam o viés de confirmação de denominação para desvios sistemáticos em qualquer um desses três processos, enquanto outros restringem-se aos passos para a coleta Seletividade da evidência, usando o termo viés de assimilação para interpretações preconceituosas. Em muitas situações de raciocínio, as pessoas rejeitam o viés de confirmação e teste de hipóteses para obter informações reais. Os preconceitos aparecem, especialmente nos aspectos que são emocionalmente importantes (como relações pessoais ou sociais) e estabelecem as crenças que moldam as expectativas da pessoa (NICKERSON, 1998). Vieses na pesquisa, interpretação e/ou armazenamento têm sido utilizados para explicar a perseverança das crenças (As crenças em certas pessoas permanecem intactas mesmo quando a evidência dessas foi

⁵⁹⁵If people have a preconception or hypothesis about a given issue, they tend to favor information that corresponds with their prior beliefs and disregard evidence pointing to the contrary (PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and Biases in Judicial Decisions. *Court Review*, v. 49, p. 114-118, 2013, p. 114-115).

⁵⁹⁶COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. 2016. 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 114-115.

⁵⁹⁷COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. 2016. 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 114-115.

provado que as crenças são falsas) e a polarização da atitude (um desacordo é mais polarizada, mesmo quando diferentes partes são expostas aos mesmos testes)⁵⁹⁸ (tradução nossa).

Segundo Rosa, “a cognição e o comportamento humano estão fortemente vinculados, razão pela qual será necessário (re)organizar mentalmente e justificar a coerência interna. Informações novas podem confirmar ou não as nossas premissas”⁵⁹⁹. A compatibilização da cognição judicial imparcial com a dissonância cognitiva é um dos grandes desafios do processo.

Como ressaltado por Aranguren, nem sempre esse viés se faz presente, já que, em inúmeros casos, as pessoas rechaçam seus preconceitos para dar atenção a novos fundamentos. Essa, inclusive, deve ser uma das grandes características dos magistrados, na medida em que devem decidir com base exclusivamente nos elementos constantes dos autos, sem se deixar influenciar por suas ideologias, preconceitos e posições pessoais⁶⁰⁰. Assim, no âmbito do processo, é imprescindível detectar a existência de qualquer predileção na decisão para que possa ser feito um trabalho de desenviesamento. Para tanto, é preciso que advogados, defensores públicos e promotores de justiça possam trazer argumentos jurídicos convincentes, além das provas necessárias a demonstrarem o *factum probandum*.

Importante perceber que existem normas que estabelecem requisitos formais e materiais, além de outras balizas, para que as decisões sejam proferidas, de modo que é possível restringir a influência do viés de confirmação. Como exemplo, cite-se o princípio da congruência entre a sentença e o pedido e o dever de enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Segundo o princípio da congruência, o juiz “decidirá o mérito nos limites propostos

⁵⁹⁸Los sesgos pueden ocurrir en la reunión, interpretación o recuperación de información. Algunos psicólogos utilizan la denominación sesgo de confirmación para las desviaciones sistemáticas en cualquiera de estos tres procesos, mientras que otros la restringen a los pasos para la recolección selectiva de la evidencia, utilizando el término sesgo de asimilación para las interpretaciones sesgadas. En muchas situaciones de razonamiento, las personas rechazan el sesgo de confirmación y las pruebas de hipótesis para la obtención de una información real. Los sesgos aparecen, en especial, en los aspectos que son emocionalmente importantes (tales como la salud personal o las relaciones sociales) y para establecer las creencias que dan forma a las expectativas de la persona (NICKERSON, 1998). Los sesgos en la búsqueda, interpretación y/o de almacenamiento de información han sido utilizados para explicar la perseverancia de creencias (las creencias en determinadas personas permanecen intactas aun cuando la evidencia de estas creencias haya sido probada como falsa) y la polarización de la actitud (un desacuerdo es más polarizado, aun cuando las diferentes partes estén expuestas a las mismas pruebas) (ARANGUREN, Arturo Muñoz. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones juris-diccionales: el factor humano. Una aproximación. *InDret – Revista para el Análisis Del Derecho*, Barcelona, v. 2, p. 2-39, abr. 2011, p. 8-9).

⁵⁹⁹ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 201.

⁶⁰⁰ARANGUREN, Arturo Muñoz. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones juris-diccionales: el factor humano. Una aproximación. *InDret – Revista para el Análisis Del Derecho*, Barcelona, v. 2, p. 2-39, abr. 2011, p. 8-9.

pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”⁶⁰¹. Assim, o magistrado deverá sentenciar conforme os pedidos formulados pelo autor e após a oitiva do réu, não podendo decidir deferindo medida diferente da pretendida (julgamento *ultra petita*), condenando em quantia maior que a pedida (julgamento *extra petita*) ou se omitindo na apreciação de algum pedido (julgamento *citra petita*).

Em outra medida, apesar do contraditório, por si só, já obrigar à análise de todos os argumentos trazidos, o art. 489, §1º, IV, CPC previu específica e claramente referida exigência⁶⁰². Portanto, é necessária a exposição dos fundamentos sobre as razões trazidas durante o debate processual, sob pena de falta de técnica e frontal violação ao princípio do contraditório e da obrigatoriedade de motivação das decisões.

Extrai-se das normas acima citadas, que o juiz, no momento de apreciar os pedidos, está vinculado aos fatos e aos pedidos formulados, devendo, de um lado, apreciar todos os pedidos e argumentos, e, de outro, apenas eles. Como decorrência, a tendência do julgador de filtrar uma informação que recebe, buscando e dando mais valor às provas e aos argumentos que confirmam sua própria posição inicial, ignorando e não valorando as provas e argumentos, resta mitigada.

Cediço que a propensão em acreditar em informações relacionadas a pré-compreensões e preconceitos sempre existirá, e que as armas da persuasão sempre terão o potencial de influenciar os operadores do Direito. Ocorre que a congruência entre o pedido e a decisão, e a obrigação de fundamentar e apreciar todos os argumentos podem fazer com que o julgador, após ser convencido, modifique seu entendimento sobre determinado assunto. Por sua vez, se determinada impressão pessoal do julgador não corresponder a algum dos argumentos deduzidos, não poderá ser utilizado para fundamentar uma decisão.

⁶⁰¹Dispõe o art. 141 do Código de Processo Civil de 2015: “O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

⁶⁰²“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - **não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;**

[...]” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015, grifo nosso).

Assim, as regras citadas serão aptas a limitar o âmbito da decisão, de modo que fatores externos às deduções das partes terão menos interferência, já que não poderão ser considerados. A técnica correta não permite que preconceitos do magistrado possam alterar o exposto pelas partes ou incluir fatos novos não alegados. Assim, mesmo que não seja possível afastar por completo e sempre as pré-compreensões, as regras citadas poderão conter, em alguma medida, a sua influência subjetiva.

Também é preciso lembrar que as opiniões pessoais sobre teses jurídicas, teorias e argumentos expostas em reiteradas decisões, obtidas após estudos, não implicam, como se quer generalizar, em subjetivismo e contaminação cognitiva condenável, mas em escolhas legítimas.

É preciso ter em mente que os magistrados vivem em sociedade e são afetados incessantemente por diversas informações, estímulos e emoções, fazendo com que criem, assim como qualquer outra pessoa, opiniões sobre os mais variados aspectos.

Também é necessário reconhecer que certas escolhas são inevitavelmente indissociáveis de determinado grau de subjetivismo. Quando alguém está estudando as diversas teorias do processo, por exemplo, certamente, terá uma propensão em adotar aquela que entenda ser a mais correta tecnicamente. Embora diversas delas sejam convincentes, certamente, a escolha sobre uma delas deverá ser feita, já que existem pontos de divergência.

O mesmo se diga em relação ao julgamento. Certas decisões necessariamente estarão conectadas com determinado grau de subjetivismo. O maior rigorismo ou não na manutenção de uma prisão provisória vai muito das características, relações pessoais ou sociais, crenças e dos pontos de vista do julgador, sem que qualquer delas esteja em desconformidade com o ordenamento jurídico. É impossível retirar todo o subjetivismo de qualquer pessoa, inclusive, do juiz. O que não pode acontecer é que esse subjetivismo seja uma medida exagerada e desarrazoada.

Inúmeras vezes, as opiniões pessoais são trazidas inconscientemente para o processo, influenciando sobremaneira nos rumos da decisão. Nesses casos, incumbe às partes, por meio de seus advogados e defensores, demonstrarem que aquele preconceito não é aplicável à hipótese em discussão. Inexiste opinião pessoal que resista a um acervo probatório contundente.

Ademais, deve-se considerar que, existindo dubiedade no acervo probatório, existe uma tendência natural e inconsciente de serem mantidas as predileções dos magistrados, já que inexistem evidências que o façam pensar em sentido oposto.

Igualmente, é importante tecer comentários sobre a influência da decisão proferida na tutela provisória na decisão final de mérito. De acordo com Nunes, Lud e Pedron:

Na maior parte das vezes, a decisão liminar de tutela provisória, seja de urgência, seja da evidência (arts. 294 e ss. do CPC/2015), é prolatada com base em uma análise perfunctória dos elementos trazidos aos autos, ainda desprovida de contraditório dinâmico.

Observa-se a influência do viés de confirmação quando o magistrado se vincula à decisão liminar proferida, analisando todas as demais provas e evidências do processo sob o prisma da conclusão jurídica adotada inicialmente, atribuindo maior ou menor representatividade às provas conforme contribuam para sua ratificação, inabilitando o princípio da imparcialidade.⁶⁰³

Entende-se, assim, que, quando for proferida decisão antecipatória do juízo de mérito, com base nas provas trazidas exclusivamente pelo autor, incumbe ao réu demonstrar a existência dos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos desse direito, além de produzir provas contundentes em sentido contrário.

Como na decisão da tutela provisória, o magistrado já examinou os argumentos, os pedidos e as provas, convencendo-se da probabilidade do direito, existe a possibilidade de valorizar as provas e os argumentos que confirmam sua própria posição inicial, o que não quer dizer que os demais elementos constantes do processo necessariamente serão ignorados e não valorados. Além disso, pode parecer ilógico para os operadores do Direito que, ao final do curso do procedimento, e sem que tenha sido trazido ao processo qualquer prova em sentido contrário, a decisão seja modificada, sentenciando-se em outra direção.

O mesmo se diga em relação ao indeferimento dessa medida. Não se olvide que é da essência da tutela provisória, a possibilidade de sua modificação, o que não se está negando em momento algum. Também não se pretende excluir a existência do viés de confirmação ou dever do magistrado de analisar novamente o processo no momento de sentenciar, o que poderia fazer com que a decisão que concedeu a tutela provisória fosse modificada.

No entanto, também não é possível deixar de comentar que, se não forem trazidos novos elementos de convicção, buscando fazer um trabalho de *debiasing*, será difícil a modificação da decisão. As pessoas, em geral, raramente conseguem perceber o próprio enviesamento, razão pela qual as partes, por meio de seus procuradores, têm a importante função de demonstrar que aquela decisão não mais encontra seus fundamentos diante das provas e dos argumentos apresentados, fazendo com que seja desconstruído eventual viés cognitivo.

Nesse particular, o comparecimento da parte, por meio de seu procurador, aos gabinetes dos magistrados pode contribuir para a mitigação do viés cognitivo, na medida em que a exposição pessoal dos fatos pode auxiliar na melhor compreensão daquilo que quer transmitir

⁶⁰³NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 89-90.

e alterar, o que nem sempre é obtido por meio da escritura.

A oralidade também exerce um papel delicado na construção e desconstrução do viés de confirmação, contribuindo para a assimilação de forma seletiva e tendenciosa das afirmações, baseadas em pré-compreensões e preconceitos.

Certas características e posturas pessoais demonstradas perante os sujeitos processuais podem, de forma inconsciente, remeter a esteriótipos que nem sempre correspondem à realidade. O tratamento da presunção de veracidade dos atos praticados por servidores públicos é considerado com maior força, dependendo das próprias experiências pessoais de cada um. Alguém, por exemplo, que já foi multado indevidamente, tentou conversar com o agente público e não obteve êxito certamente considerará os depoimentos de tais agentes com menor credibilidade que aquele que não sofreu tais abusos.

Assim, a oralidade, por meio da oitiva das demais testemunhas, serve de ferramenta imprescindível para mitigar o viés de confirmação, de modo que o julgador e as partes possam perceber os dizeres que confirmam ou não as concepções anteriores. O devido conhecimento dos fatos narrados naquela ação permite que as partes, de forma técnica, formulem perguntas capazes de extrair das testemunhas informações que permitam o afastamento das supostas pré-compreensões. A condução correta dos depoimentos é capaz de modificar todo um suposto direcionamento da interpretação dos fatos.

Em outra medida, é oportuno ressaltar que a exposição oral é mais eficaz para afastar o compromisso de coerência com a decisão ou arrazoados anteriores, mediante a demonstração de que o acervo probatório sofreu significativa alteração. Mais eficaz do que a afirmação de que o juiz ou o advogado errou, é a demonstração de que o equívoco seria aceitável naquela situação, devido aos elementos existentes, e que os novos fatos, argumentos e provas impõem um entendimento diverso.

Além disso, apelar para a autoimagem também é valioso para a desconstrução do viés de trancamento. Isso porque alegar, oralmente, que aquele sujeito processual é transigente, aberto ao diálogo e suscetível de rever seus argumentos anteriores pode criar um compromisso subconsciente com aquelas afirmações, fazendo com que ele, pelo menos, pense na possibilidade de uma reanálise⁶⁰⁴.

Como defesa, é preciso ficar atento a tais condutas, evitando tornar-se automática e irrefletidamente coerente, fazendo com que escolhas e decisões ruins sejam tomadas. A própria exposição oral pelos advogados, membros do Ministério Público ou da Defensoria Pública são

⁶⁰⁴CIALDINI, Robert B. *As armas da persuasão*. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2012, p. 83-87.

fundamentais para fazer essa distinção, demonstrando ao magistrado que aquela compreensão não se aplica ao caso.

4.4.3 Viés de *status quo*

Segundo Dierle, Lud e Pedron, o viés do *status quo* seria a “tendência de manter uma situação pré-definida em razão de entender que para se modificar o *status quo* seria necessário despender tempo e energia”⁶⁰⁵.

Freitas definiu o viés do *status quo* como sendo a “predisposição de manter as escolhas feitas, ainda que disfuncionais, anacrônicas e obsoletas”, sendo citado como exemplo a resignação do intérprete em manter certa orientação jurisprudencial, mesmo quando “o precedente não reencontre os pressupostos de sua consolidação”. Para Freitas, trata-se de um viés peculiar daqueles que recusam alterações necessárias⁶⁰⁶.

Nunes, Lud e Pedron afirmam que “os tomadores de decisão, diante da necessidade de analisar e decidir entre situações alternativas, tendem a manter a posição já consolidada”⁶⁰⁷.

O viés do *status quo* também é estudado por Samuelson e Zeckhauser, que chegam a defini-lo como sendo a tendência para a manutenção das escolhas anteriores, mesmo quando apresentadas outras alternativas. Para os autores, uma explicação óbvia seria a de que as mesmas decisões são decorrência de situações semelhantes, sendo replicadas, as escolhas anteriores na decisão seguinte, mantendo-se o *status quo*. Assim, a racionalidade exigiria que fossem tomadas as mesmas decisões. No entanto, uma interpretação mais substancial seria no sentido de que a decisão seguinte não seria independente, já que a escolha inicial afetaria as decisões subsequentes⁶⁰⁸.

Segundo Samuelson e Zeckhauser, algumas explicações para o viés do *status quo* são o custo da transição e a incerteza na definição da decisão. Outro fator que contribuiu para o comprometimento psicológico com a decisão anterior diz respeito ao investimento de tempo e esforço. Assim, quanto maior a dedicação da pessoa naquela decisão, empreendendo estudo

⁶⁰⁵NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 65.

⁶⁰⁶FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da AJURIS*, v. 40, n. 130, jun. 2013, p. 234-235.

⁶⁰⁷NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 115.

⁶⁰⁸SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. *Journal of Risk and Uncertainty*, Boston: Kluwer Academic Publishers, v. 1, p. 7-59, 1988, p. 34 e 47.

mais acurado e maior concentração, mais difícil será convencê-lo de que a mudança é possível e até mesmo necessária⁶⁰⁹.

O arrependimento também é um fator importante para a manutenção do *status quo*, uma vez que as pessoas se arrependem menos com as consequências de uma inação ou manutenção de decisão anterior do que com novas ações e posicionamentos, acreditando-se que, se algo foi bom e produtivo anteriormente, certamente o será agora⁶¹⁰.

No processo democrático, as pessoas do povo devem ter ampla possibilidade de participação no desenvolvimento do procedimento, a fim de que, em igualdade de condições, possam influenciar em todos os elementos e discussões sobre quaisquer questões de fato e de direito que surjam nas diversas etapas do itinerário procedimental e que despontem como potencialmente importantes para a decisão jurisdicional a ser obtida ao seu final. Além disso, a correta interpretação do contraditório impõe ao juiz que leve em consideração, no momento de decidir, os argumentos, teses e provas trazidas pelas partes, evidenciando a nítida possibilidade de influência.

No entanto, não é possível que o magistrado altere, a todo momento, o seu posicionamento, sob pena de insegurança jurídica e de se ferir o princípio da igualdade.

Da mesma forma, não é possível que sejam ignoradas as orientações jurisprudenciais já consolidadas, o que é rotulado por Brêtas como “manicômio jurisprudencial”:

Os acórdãos gerados pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal desconhecem sumariamente a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, atentando contra a ordem constitucional, a estabilidade do direito e a segurança jurídica.⁶¹¹

Wambier também faz críticas sobre essa situação:

Quando um dos tribunais superiores profere uma decisão, espera-se que, justamente em virtude da missão que lhes foi atribuída pela Constituição Federal (LGL 1988\3), *daquela decisão se extraia verdadeiro modelo de atuação*, para os próprios tribunais e para todos os demais órgãos do Judiciário, de modo que, mesmo que ainda não sumulado um determinado entendimento, sirva, aquela decisão judicial, como parâmetro para os julgamentos futuros.⁶¹²

⁶⁰⁹SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. *Journal of Risk and Uncertainty*, Boston: Kluwer Academic Publishers, v. 1, p. 7-59, 1988, p. 34 e 37-38.

⁶¹⁰SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. *Journal of Risk and Uncertainty*, Boston: Kluwer Academic Publishers, v. 1, p. 7-59, 1988, p. 38-39.

⁶¹¹BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 184.

⁶¹²WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: Civil Law e Common Law. *Revista de Processo*, v. 172, p. 121, jun. 2009, p. 14.

Espera-se, com a uniformização jurisprudencial, que seja alcançada uma sedimentação da interpretação de determinado assunto, sendo o Superior Tribunal de Justiça a corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, seguindo os princípios constitucionais e a garantia e defesa do Estado de Direito.

Além disso, muitos argumentos sob as mais variadas teses foram anteriormente analisados pelo magistrado, não sendo necessário, a cada nova ação, revisar os argumentos já conhecidos e repensar o tema, sob pena de inutilidade e de ser completamente contraprodutivo. Aliás, os entendimentos jurídicos dos juízes sobre determinado assunto são obtidos após pesquisas e não se baseiam em meras opiniões pessoais seguidas de achismos.

Deve ser ressaltado que o posicionamento jurídico manifesto por meio de determinado padrão decisório não deve ser modificado casuisticamente e a todo tempo, o que poderia gerar insegurança jurídica e surpresa aos operadores do Direito, devendo ocorrer como corolário de novos argumentos substanciais das partes e após muita pesquisa.

Do mesmo modo que não se deseja divergências nos tribunais sobre a mesma questão, não é adequado que os magistrados, surpreendentemente, mudem de posição.

Não se questiona que o viés do *status quo* possa ter influência subconsciente nos magistrados, já que posicionamentos anteriores podem ser mantidos, quando na verdade, já deveriam ter sido modificados. O que se sustenta é que não podem ser aplicados, desordenada e indistintamente, os princípios psicológicos do *status quo* ao processo, uma vez que nem todo padrão decisório se caracteriza como contaminação cognitiva, com a decorrente ilegitimidade do provimento jurisdicional decisório.

As ações em massa, cujo montante vem se avolumando assombrosamente, exigem uma padronização, de modo a permitir não apenas uma maior previsibilidade decisória, como também agilizar a solução final.

Para tanto, é preciso organização, de modo que haja identificação precisa de qual é a orientação do tribunal em julgados qualificados (precedentes), inclusive em termos de alteração/superação do precedente; a padronização das informações, divulgando-as para todos os operadores do Direito, por meio de comunicações eletrônicas (fórum virtual e e-mail) e ferramentas de busca disponíveis no site do tribunal; a qualificação da apresentação das informações na pesquisa de jurisprudência; e a expedição de ofícios (malote digital), dando ampla publicidade.

Nessas ações em massa, não se aplicaria a oralidade em grande proporção, já que raramente é produzida prova testemunhal ou feita entrevista dos advogados com os juízes. A escritura é empregada em larga escala, restringindo-se os atos processuais, quase que em sua

totalidade, às petições e decisões por escrito.

No entanto, nas ações individuais, ou *de varejo*, a questão fática pode e deve ser reanalisada quando surgirem novos elementos capazes de modificar o decidido. Como decorrência, todo o esforço e tempo despendido na realização de uma decisão pode, e deve, ser refeito quando surgirem evidências que demonstrem que o suporte fático que a embasou não mais existe ou foi alterado. Mais uma vez, é imperioso ressaltar que a entrevista pessoal das partes e seus procuradores com o magistrado, as sustentações orais e a prova oral são instrumentos valiosos na árdua tarefa de produzir uma alteração do entendimento.

Com efeito, o teor das respostas, aliado ao comportamento das partes e da própria testemunha, durante o ato, pode ser decisivo para a formação ou alteração do convencimento, já que a formulação da convicção ocorre não apenas dentro da consciência, mas também dentro do subconsciente, não desaparecendo somente com a leitura de argumentos em sentido contrário.

No processo, os atos orais, o raciocínio e as respostas devem ser realizados mais rapidamente, não podendo serem relegados para momentos posteriores, como na hipótese de trazerem um argumento oral para contrapor à contradita de uma testemunha ou outros argumentos da parte contrária.

Novamente, em acordos, a prática oral pode servir tanto para construir, quanto para mitigar o viés do *status quo*. Fazer afirmações de que a parte contrária é muito boa de negócios, sendo conhecido pela transigência, pode fazer com que ela tenha condutas compatíveis com aquela afirmação, sendo induzida a agir para proteger essa suposta característica. Além disso, dizer para uma testemunha que ela é muito correta e que todos a conhecem naquela comunidade pela seriedade pode fazer com que ela crie uma certa barreira mental às suas eventuais mentiras. Frise-se que a tendência a ser coerente aumenta com a idade, de modo que pessoas idosas são mais propensas a serem vítimas dessa tática.

É preciso estar atento aos elogios gratuitos, principalmente, quando feitos de forma oral, já que recebidos diretamente pela pessoa, sob pena de ser imposto um ajuste desfavorável. Tais armas da persuasão aplicam-se quase que exclusivamente em ações individuais, ou *de varejo*, sendo quase inócuas em ações de massa, em que um determinado grupo econômico sequer fica sabendo se alguém o elogiou em audiência.

4.4.4 Viés de trancamento

Segundo Nunes, Lud e Pedron, o viés de trancamento consiste na “tendência de se filiar

a uma escolha anterior ainda que tenha sido tomada sem uma cognição plena da questão, pelo motivo de se sentir pressionado pelo tempo ou quantidade de trabalho”⁶¹³. Cialdini afirma que “depois que fazemos uma opção ou tomamos uma posição, deparamos com pressões pessoais e interpessoais exigindo que nos comportemos de acordo com esse compromisso”⁶¹⁴.

O viés de trancamento, de acordo com Nunes, Lud e Pedron, “está associado diretamente ao viés de confirmação”, fazendo com que o magistrado tenha uma tendência na manutenção de uma decisão passada em razão de ter investido tempo e pesquisa. Assim, “apesar de o julgador não estar adstrito à decisão liminar proferida, aquela causa uma sistematização cognitiva capaz de influenciar o pronunciamento final”⁶¹⁵.

Lynch entende que os magistrados, assim como todas as pessoas, possuem preconceitos e pré-compreensões cognitivas, sendo utilizados atalhos como auxílio nos momentos de incerteza e pressão do tempo peculiar ao tramitar do procedimento judicial. O viés de trancamento faz com que um tomador de decisão, embora não impedido, crie um bloqueio para alterar a decisão anteriormente proferida, justificando inconscientemente a alocação inicial de esforço e tempo⁶¹⁶.

Certamente, o juiz deverá confiar naquilo que decidiu anteriormente, já que compulsou os argumentos e as provas trazidas para proferir uma decisão com seriedade e precisão. A responsabilidade com que é feita a primeira análise dos pedidos realmente faz com que o magistrado acredite que decidiu corretamente, existindo uma tendência na manutenção dos fundamentos. Conforme ressaltado, o juiz deve analisar novamente as alegações das partes, no momento de decidir, o que poderia fazer com que a deliberação anterior fosse modificada, não excluindo o ônus das partes de trazerem novos elementos de convicção e de desenvolverem um trabalho de *debiasing*.

Segundo Lynch, o juiz enfrentará pressões internas e externas e deverá justificar porque permitiu que um dano ocorresse, já que, ao final, entendeu que realmente deveria tê-lo impedido com sua decisão. Trata-se de um desejo inconsciente de demonstrar racionalidade da decisão para si mesmo e para os outros. Nessa medida, ocorrerá uma menor possibilidade de que o juiz

⁶¹³NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 65.

⁶¹⁴CIALDINI, Robert B. *As armas da persuasão*. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2012, p. 67.

⁶¹⁵NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 91-92.

⁶¹⁶LYNCH, Kevin J. The lock-in effect of preliminary injunctions. *Florida Law Review – University of Denver Sturm College of Law*, v. 66, p. 779-821, 2014, p. 781 e 784.

mude o seu entendimento. Não se trata de algo que os juízes façam voluntariamente, mas de forma sistêmica como resultados do viés de trancamento⁶¹⁷. O juiz, após despender tempo e esforço no convencimento sobre determinado assunto e na elaboração de uma decisão liminar, ficaria mais sugestível a não modificá-la, mesmo que surjam novos elementos capazes de alterá-la ou depois de maior reflexão, do que nas hipóteses de nunca ter decidido a questão⁶¹⁸.

No entanto, a pesquisa de Lynch deve ser trazida com ressalvas para a realidade brasileira, uma vez que o sistema jurídico nacional possui muitas diferenças em relação ao norte-americano. A obrigatoriedade de se fundamentarem as decisões não é aplicada da mesma maneira nos dois sistemas. Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro determina que todos os argumentos sejam devidamente analisados, fazendo com que o viés de trancamento seja aplicado com as devidas ponderações, conforme já exposto quando da análise do viés de confirmação.

Ademais, diversamente do que ocorre no Brasil, os magistrados norte-americanos são, em sua grande maioria, eleitos e devem agradar seus eleitores, fazendo com que haja interesse na manutenção do entendimento anterior, também como uma forma de demonstrar segurança e coerência. Nessa medida, apesar da possibilidade da existência do viés de trancamento, entende-se que a vitaliciedade garantida aos juízes brasileiros os protege das pressões externas e da sua manutenção no cargo pela população.

Em outra medida, Lynch apresenta soluções para afastar ou reduzir os efeitos do viés de trancamento, dentre as quais, a existência de um segundo tomador de decisões⁶¹⁹.

Considerando que o viés de trancamento é gerado pelo suposto desejo do juiz de manter a decisão anterior, foi sugerida a introdução, no curso do procedimento, de outro juiz como responsável pela decisão final de mérito. Essa medida foi rechaçada, devido à sua insuficiência, sob o argumento de que “até mesmo a mais sutil das conexões psicológicas pode minar a capacidade de separar os tomadores de decisão para curar o efeito de aprisionamento”⁶²⁰ (tradução nossa).

Com efeito, a simples introdução de um segundo tomador de decisões pode ser insuficiente, se não houver separação psicológica entre eles, já que existe uma conexão entre as

⁶¹⁷LYNCH, Kevin J. The lock-in effect of preliminary injunctions. *Florida Law Review* – University of Denver Sturm College of Law, v. 66, p. 779-821, 2014, p. 782-783 e 786.

⁶¹⁸LYNCH, Kevin J. The lock-in effect of preliminary injunctions. *Florida Law Review* – University of Denver Sturm College of Law, v. 66, p. 779-821, 2014, p. 783-784.

⁶¹⁹LYNCH, Kevin J. The lock-in effect of preliminary injunctions. *Florida Law Review* – University of Denver Sturm College of Law, v. 66, p. 779-821, 2014, p. 789-792.

⁶²⁰Even the subtlest of psychological connections” can undermine the ability of separate decision makers to cure the lock-in effect (LYNCH, Kevin J. The lock-in effect of preliminary injunctions. *Florida Law Review* – University of Denver Sturm College of Law, v. 66, p. 779-821, 2014, p. 789-792).

peessoas quando compartilham qualquer tipo de semelhança, como, por exemplo, serem da mesma cidade, trabalharem na mesma instituição ou praticarem o mesmo esporte. Por isso, o segundo juiz poderia também ser afetado pela decisão anterior, como se fosse sua⁶²¹.

Se essa conexão fosse tão forte como sustentada por Lynch, não existiriam divergências jurisprudenciais no país nem entre os integrantes das câmaras julgadoras ou dos tribunais, já que todos estariam, de certa maneira, vinculados psicologicamente uns com os outros. Não se está sustentando que ela não exista, mas apenas ponderando a intensidade da sua força e vinculação.

Segundo Rosa:

O mesmo acontecimento da vida pode ganhar diferentes colorações teóricas, também pelo efeito da dissonância cognitiva (5.7.4). Tanto é assim que em julgamentos colegiados, excluída a má-fé, julgadores divergem, a partir das mesmas provas, sobre a configuração ou não da conduta (23.3; 25.13). É comum o voto divergente dizer que o fato (não) está provado, enquanto outros votam no sentido contrário. Normalmente afirma-se que algum deles não utilizou corretamente o método.⁶²²

Por outro lado, inexistem barreiras à reiteração de provimentos antecipatórios de mérito, de modo que a parte, por seu procurador, poderia, assim que transferida a direção do processo para outro magistrado, reiterar o seu pedido, criando nova *contaminação cognitiva*. Nunca se chegaria a uma decisão sem pré-vinculação, já que as partes não deixariam.

A solução para eventual existência do viés do trancamento está na existência do recurso, que submete à colegialidade corretiva a possibilidade do reexame e a consequente alteração da decisão. Trata-se da medida mais adequada e eficiente, já que o órgão jurisdicional revisor pode sempre modificar decisões incompatíveis com o ordenamento jurídico.

Lynch também afirma que “um estudo similar encontrou evidências de que o viés cognitivo afeta advogados, resultando em prolongamento dos litígios devido a vieses baseados na intuição, no efeito de enquadramento, no viés de confirmação”⁶²³. De fato, o advogado, o defensor público ou o membro do Ministério Público pode ficar vinculado à sua tese jurídica, mesmo que sejam apresentados fundamentos contundentes no provimento jurisdicional. Além disso, mesmo sendo apresentadas provas em sentido contrário, aquele profissional pode recorrer,

⁶²¹LYNCH, Kevin J. The lock-in effect of preliminary injunctions. *Florida Law Review* – University of Denver Sturm College of Law, v. 66, p. 779-821, 2014, p. 789-792.

⁶²²ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 137.

⁶²³A similar study found evidence of cognitive bias affecting lawyers, resulting in protracted litigation due to biases based on intuition, the framing effect, the confirmation bias (LYNCH, Kevin J. The lock-in effect of preliminary injunctions. *Florida Law Review* – University of Denver Sturm College of Law, v. 66, p. 779-821, 2014, p. 792).

desconsiderando todo o teor da fundamentação, já que estará vinculado à sua percepção inicial sobre aquele litígio.

Não se olvide que, em muitas oportunidades, os advogados, na árdua defesa de seus constituintes e com a intenção de desempenharem de forma fiel as obrigações de seu mandato, sentem-se no dever de recorrer para a obtenção dos melhores resultados. Ocorre que, em alguns casos, notadamente, naqueles em que já existe posicionamento jurídico consolidado pelos tribunais, ou mesmo quando seu constituinte não tem razão, o recurso se tornaria inócuo.

Sem questionar o direito ao recurso, a aceitação do pronunciamento judicial naquele caso poderia contribuir para a rápida solução do litígio, como auxílio ao descongestionamento do Judiciário, pois a análise da decisão e a desvinculação ao viés de trancamento poderiam fazer com que outras etapas do procedimento, como a produção probatória e a fase recursal, fossem evitadas.

Além disso, a aceitação da autocomposição também seria considerada como uma opção viável. Aliás, essa percepção contribuiria para melhor defesa dos interesses de seu cliente, na medida em que o acordo poderia evitar uma solução desfavorável, ou, pelo menos, não tão favorável como se imaginava inicialmente.

Por fim, também é importante ressaltar o volume de processos como fator agravante do viés de trancamento. Segundo Nunes, Lud e Pedron, o volume de processos sob a responsabilidade de cada juiz e a pressão por resultados são fatores que geram angústia e fazem com que seja muito difícil o exercício da Jurisdição em harmonia com o ordenamento jurídico⁶²⁴.

Ainda de acordo com Nunes, Lud e Pedron:

E o problema da hiperjudicialização, sem infraestrutura capaz de diluir o volume de trabalho, afeta diretamente a instância cognitiva do julgador, que se vê incumbido do dever de julgar e dar fluência a uma infinidade de processos, que se multiplicam a cada dia.

A pressão para julgar a que está acometido o julgador influi em sua forma de decidir por meio, exatamente, do *lock-in effect*, ou viés de trancamento, em associação com o já explanado viés de confirmação (*confirmation bias*).⁶²⁵

É fato que o volume de processos, associado à falta de estrutura, exerce pressão sobre o julgador. Realmente, é fator de angústia e preocupação, a necessidade de compatibilizar a

⁶²⁴NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 93-94.

⁶²⁵NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 97.

razoável duração do procedimento com o volume de processos existentes e diuturnamente distribuídos e a falta de recursos humanos para analisar todos os pedidos. Com razão, a sociedade e os operadores do Direito cada vez mais cobram um Judiciário eficaz, esperando que as questões submetidas sejam apreciadas em um prazo razoável e de forma eficiente.

Todavia, isso não implica necessariamente que será feita apenas uma análise liminar, de modo que o destino daquele pedido estará definitivamente resolvido naquele instante. Certamente, o magistrado decidirá influenciado pelo que já apreciou anteriormente, já que o fez de forma comprometida e séria. Isso não quer dizer que o tempo e a pressão farão com que todas aquelas decisões sejam confirmadas na sentença ou no acórdão.

Sustentar esse posicionamento seria menosprezar o devido processo legal, sobretudo, o contraditório e a ampla defesa. Não é possível o desenvolvimento de qualquer paradigma jurídico desconfiando do ordenamento jurídico e de todos os operadores do Direito. Situações de trancamento certamente podem ocorrer, mas o processo constitucional possui garantias para a sua mitigação.

Consoante o que vem sendo sustentado ao longo do presente capítulo, a parte, por meio de novos argumentos e provas, poderá convencer o juiz de que a situação fática e jurídica que serviu de base para a decisão que apreciou o pedido de tutela provisória não é aquela e não subsiste, ou que novas provas evidenciam que a decisão deverá ser alterada. Trata-se de um trabalho essencial para a mitigação do viés de trancamento.

Percebe-se, por sua vez, que o viés de trancamento pode ser construído e mitigado também pela oralidade. Com efeito, as partes podem tentar induzir o julgador a se vincular inconscientemente a uma decisão anterior, buscando que desconsidere as novas evidências e novos argumentos. Por meio da utilização da palavra nas audiências, sessões de julgamento perante os tribunais ou entrevistas nos gabinetes dos magistrados, pode-se apelar para a coerência e para julgados anteriormente proferidos, de modo que o julgador seja levado a manter o posicionamento anterior⁶²⁶.

A correta articulação das palavras na presença do magistrado é inquestionável para se transmitir uma ideia essencial e para convencer à manutenção de um posicionamento que lhe é conveniente.

Olhando por outro lado, também nas audiências, sessões de julgamento perante os tribunais ou entrevistas nos gabinetes dos magistrados, pode-se demonstrar com mais clareza que aquela decisão não mais encontra seus fundamentos diante das evidências apresentadas,

⁶²⁶CIALDINI, Robert B. *As armas da persuasão*. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2012, p. 83-87.

fazendo com que seja mitigado eventual viés de trancamento.

Como ressaltado, os argumentos trazidos e as provas produzidas, no caso em audiência, são a maneira adequada para a demonstração de que a decisão merece alteração. O acervo probatório constitui barreira intransponível para o viés de trancamento, de modo que os fatos alegados recebem novos contornos, afastando a validade dos fundamentos anteriormente apresentados e até então corretos e legítimos.

As declarações orais das partes e das testemunhas podem determinar o rumo da decisão, de modo que a atenção ao que foi dito e a percepção de se ter alcançado ou não aquilo que se pretendia provar são imprescindíveis para obter a solução mais favorável. Entende-se que tal constatação, aliada à fácil verificação do seu próprio enviesamento, é característica deveras importante dos procuradores, de forma a conseguirem, rapidamente, uma maleabilidade da estratégia.

Apesar da declaração oral desaparecer assim que proferida, e de existirem várias informações a serem assimiladas, fazendo que a compreensão dependa da capacidade de memorização e da complexidade da ideia que se pretenda transmitir, a impressão gerada pode fixar no subconsciente uma tendência de entendimento, sendo necessária uma rápida quebra da forma como a informação foi absorvida⁶²⁷.

Ou seja, as partes, por meio dos seus procuradores, quando cientes da existência do viés de trancamento, podem ser convencidas em audiência de que sua pretensão não será acolhida e de que o mais conveniente é a mudança de estratégia, passando a considerar a possibilidade real de se entabular um acordo. Após a oitiva de determinada testemunha, o patrono da parte pode constatar que o acervo probatório ou os argumentos do seu *ex adverso* conduzem a um insucesso do pretendido, podendo ser traçada uma nova tática.

Finalizando o viés de trancamento, é imperioso ressaltar que, por meio da oralidade, as partes podem demonstrar para o juiz que a decisão proferida na liminar não foi correta, apontando as provas e argumentos que fariam com que fosse modificada. Por isso, as razões finais orais e as sustentações orais são tão importantes, já que, de forma direta e incisiva, evidenciam os motivos da alteração, mitigando o viés de trancamento.

⁶²⁷ONG, Walter J. *Oralidad y escritura*. Tecnología de la palabra. Traducción de Angélica Scherp. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 71; MLODINOW, Leonard. *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas*. Tradução de Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 23.

4.4.5 Viés de retrospectiva

A análise de acontecimentos pretéritos, por ser realizada com mais calma e após discussão com outras pessoas e a realização de pesquisa mais acurada, afigura ser uma atividade mais fácil do que a ponderação desse mesmo fato no momento em que está ocorrendo. Fatos que aparentemente são simples e evidentes quando analisados posteriormente podem não ser tão singelos e claros quando estão ocorrendo⁶²⁸. A memória e a preparação psicológica e emocional variam em cada pessoa, de modo que aquele fato certamente geraria reação e resposta diversa para cada um.

De acordo com Nunes, Lud e Pedron, “o viés de retrospectiva está relacionado à predisposição das pessoas à avaliação da maior previsibilidade de ocorrência de eventos ou resultados, de forma retroativa, quando estes eventos ou resultados já são conhecidos”⁶²⁹.

Julgamentos posteriores fazem com que as pessoas avaliem o evento como sendo mais previsível do que realmente é, já que não podem desconsiderar a informação de que ele ocorreu⁶³⁰. Nesses casos, o indivíduo, inconscientemente, projeta o conhecimento do resultado no passado, sendo difícil julgar o ocorrido com abstração do resultado⁶³¹.

Peer e Gamliel exemplificam o viés de retrospectiva com o exemplo do médico acusado de negligência por não ter detectado um tumor minúsculo em uma radiografia de tórax precoce. Esse tumor ficou maior e o paciente morreu. O médico foi condenado, depois de outro radiologista ter testemunhado que o tumor poderia ter sido detectado na primeira radiografia. Verifica-se que o segundo radiologista, sabendo da existência do tumor, teve vantagem em relação ao primeiro médico⁶³².

Talvez a pergunta principal não é se seria detectável, mas se o tumor era de fácil ou difícil constatação. Isso porque a argumentação no sentido da dificuldade de se descobrir, devido ao tamanho ou a localização específica, é fator que seria imprescindível para a condenação ou não.

⁶²⁸ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 218-219.

⁶²⁹NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 99.

⁶³⁰PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and Biases in Judicial Decisions. *Court Review*, v. 49, p. 114-118, 2013, p. 115.

⁶³¹ARANGUREN, Arturo Muñoz. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones juris-diccionales: el factor humano. Una aproximación. *InDret – Revista para el Análisis Del Derecho*, Barcelona, v. 2, p. 2-39, abr. 2011, p. 6.

⁶³²PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and Biases in Judicial Decisions. *Court Review*, v. 49, p. 114-118, 2013, p. 115.

Segundo Rosa, “a capacidade de os jogadores/julgadores articularem o tempo, a cronologia e a sequência das informações, pode gerar conclusões diversas. Mas sabemos, de antemão, que explicar depois é mais fácil cognitivamente”⁶³³. Para o mesmo autor, “o modo como o argumento será construído fará diferença no mapa cognitivo do processo [...]”⁶³⁴.

De acordo com Aranguren:

Apesar de ser um erro facilmente compreensível e reconhecível, numerosos estudos demonstraram que é extremamente difícil de fazer julgamentos sobre o que aconteceu abstraindo inteiramente o resultado, de modo que, como veremos, a maioria das medidas propostas para combater o efeito que eles alcançam é, na melhor das hipóteses, atenuá-lo parcialmente, mas nunca eliminá-lo completamente⁶³⁵ (tradução nossa).

Como exposto por Aranguren, o fundamental seria tentar atenuar os efeitos do viés de retrospectiva, já que não é simples eliminá-lo totalmente. Por isso, a argumentação jurídica e a produção pertinente de provas é fundamental para o afastamento, ou pelo menos redução, da contaminação cognitiva.

Com efeito, dentro de uma participação e policentrismo processual, as partes devem ter ampla possibilidade de influírem no resultado da decisão que lhes é diretamente relacionada. A profusa discussão, por escrito ou oralmente, é, em grande parte, responsável pelo grau de aproveitamento dos dados constantes do procedimento. Aliás, “o modo como o argumento será construído fará a diferença no mapa cognitivo do processo [...]”⁶³⁶.

Aspecto necessário de ser analisado diz respeito aos depoimentos prestados pelas partes e testemunhas, pois relatar o que foi presenciado ou vivido na audiência de instrução e julgamento, por ser feito posteriormente ao ocorrido e após possível análise e ponderação, pode levar a uma indução errônea do ocorrido.

Em regra, a testemunha depõe em juízo sobre o que presenciou. O art. 459 do CPC de 2015 é no sentido de que as perguntas serão formuladas pelas partes, não admitindo, o juiz,

⁶³³ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 218.

⁶³⁴ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 219.

⁶³⁵A pesar de tratarse de un error fácilmente explicable y reconocible, numerosos estudios han demostrado que resulta extraordinariamente difícil realizar juicios sobre lo acontecido abstrayéndose por completo del resultado, de manera que, como veremos, la mayoría de las medidas que se han propuesto para contrarrestar su efecto únicamente consiguen, en el mejor de los casos, mitigarlo parcialmente, pero nunca eliminarlo por completo (ARANGUREN, Arturo Muñoz. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones juris-diccionales: el factor humano. Una aproximación. *InDret – Revista para el Análisis Del Derecho*, Barcelona, v. 2, p. 2-39, abr. 2011, p. 6).

⁶³⁶ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 219.

aquelas que não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória⁶³⁷. Assim, a testemunha deve prestar suas declarações de forma oral sobre os fatos relevantes para a solução da controvérsia, não podendo emitir opiniões pessoais. Por exemplo, quem presencia um acidente de trânsito, já sabedor do resultado, certamente ressaltará uma maior previsibilidade da sua ocorrência e as condutas necessárias à sua prevenção.

Por isso, os sujeitos processuais devem estar bem atentos ao que está sendo falado pela testemunha, de modo a separar o que foi objetivamente presenciado daquilo que ela, após um juízo de valor, entende que aconteceu. Como a testemunha pode ter analisado a situação presenciada, ou mesmo discutido o fato com outras pessoas, pode ocorrer de se posicionar sobre a correção ou não do comportamento gerador da controvérsia.

O mesmo pode ser dito em relação à análise das respostas dadas pelas partes ao juiz, advogados, membros do Ministério Público e defensores públicos. Como frisado, a análise da situação vivida pela parte e da forma de se evitarem danos são muito mais fáceis de serem feitas após terem ocorrido do que no momento dos fatos. É preciso que os sujeitos processuais tentem, por mais que seja difícil, promoverem um desviesamento no momento de formularem perguntas.

4.4.6 Viés de aversão à perda

O viés de aversão à perda foi estudado por Kahneman, segundo o qual, “quando diretamente comparadas ou ponderadas em relação umas às outras, as perdas assomam como maiores do que os ganhos”. Essa desigualdade ocorre por fatores históricos evolucionários, já que existe uma tendência em tratar ameaças com mais urgência do que as oportunidades, o que possibilita uma maior probabilidade de sobrevivência e reprodução⁶³⁸.

Kahneman tratou do viés de aversão à perda quando da análise da teoria da perspectiva e a sua contraposição à teoria da utilidade. Para a teoria da utilidade, “a utilidade de um ganho é aferida comparando-se as utilidades de dois estados de riqueza”, não sendo esperadas e nem estudadas, por não importarem a distinção entre ganhos e perdas. Já na teoria da perspectiva, ganhos e perdas são avaliados com base em um ponto de referência⁶³⁹.

⁶³⁷Dispõe o art. 459 do Código de Processo Civil de 2015 (Lei n.º: 13.105, de 2015): “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida”.

⁶³⁸KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 351.

⁶³⁹KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de

Cotidianamente, são apresentadas diversas situações para as pessoas, nas quais são apresentadas opções que geram chances de ganhos ou riscos de perda, de modo que a reação às perdas é maior do que a atuação aos ganhos. Embora a aversão à perda exista, varia de pessoa para pessoa e também depende da situação vivenciada⁶⁴⁰. De acordo com Kahneman, “os Humanos descritos pela teoria da perspectiva são guiados pelo impacto emocional imediato de ganhos e perdas, não por perspectivas de longo prazo de riqueza e utilidade global”⁶⁴¹. Aliás, o arrependimento e a decepção são sensações verdadeiras e são antecipadas por quem decidirá, influenciando concretamente na escolha⁶⁴².

Segundo Nunes, Lud e Pedron, o viés de aversão à perda aplicado no âmbito do processo pode ser caracterizado quando integrantes dos órgãos colegiados julgadores deixam de manifestar entendimento diverso, com temor de que seu voto seja minoritário, ou *derrotado*, ocasionando uma desvalorização daquele julgador perante os demais:

O viés de aversão à perda está amplamente relacionado a uma perspectiva de representatividade social e à forma como o agente é visto por seus pares. Representa um temor de que os demais membros de um grupo enxerguem o agente negativamente, dependendo de seu sucesso ou insucesso em suas atividades.

No âmbito jurídico, o viés de aversão à perda pode ser caracterizado como uma tendência de que evitemos estabelecer uma divergência de entendimento em razão de uma aversão à hipótese de que saíamos derrotados.

O viés de aversão à perda representa uma explicação para o fato de que componentes de uma turma julgadora, às vezes, deixem de manifestar uma dissonância interpretativa pelo receio de que seu voto seja minoritário dentre os decisores, o que representaria uma suposta desvalorização de sua posição naquele grupo.⁶⁴³

No mesmo sentido, é o posicionamento de Cardoso e Horta, conforme citado por Nunes, Lud e Pedron:

Em decisões polêmicas, que envolvem questões politicamente delicadas, a depender das audiências que desejem agradar, juízes podem interpretar o Direito no sentido esperado por um grupo específico, para melhorar a sua reputação. Seja para granjear apoio dos colegas magistrados, seja para impressionar tribunais superiores para os quais eventualmente podem ser promovidos, seja para acenar para um movimento social ou grupo de pressão com o qual possui laços fortes; ou ainda, para fortalecer sua influência no meio acadêmico, ou ganhar ampla publicidade na imprensa, a busca por aprovação pode ser um importante componente a guiar o comportamento

Janeiro: Objetiva, 2012. p. 347 e 350.

⁶⁴⁰KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 352.

⁶⁴¹KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 357.

⁶⁴²KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 358.

⁶⁴³NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 121.

estratégico judicial. Nesse sentido, é plausível supor que uma antiga prática, da qual se queixam advogados, e se valem membros do Ministério Público, seja mesmo efetiva em influenciar resultados judiciais: o uso intensivo da mídia como forma de pressão sobre o magistrado em casos rumorosos.

A influência do contexto social se manifesta também no próprio ambiente de trabalho. Muitos tribunais se organizam em colegiados, em que as decisões são tomadas por maioria dos votos dos juízes que os integram. Cientistas políticos há muito vêm apontando que juízes geralmente agem estrategicamente para se esquivar de derrotas certas no colegiado, e evitam divergir dos demais integrantes da turma, salvo quando decidem alguma questão que lhes é particularmente cara do ponto de vista ideológico.⁶⁴⁴

Percebe-se, no entanto, que, em decisões polêmicas, que envolvem questões politicamente delicadas, existem inúmeras dissidências manifestas em votos divergentes, evidenciando que o embate interpretativo ocorreu e que cada julgador firmou seu posicionamento em determinado sentido. Consta-se que são reiterados os embates de posicionamentos jurídicos manifestos em decisões não unânimes. Os votos contidos nas decisões dos tribunais são responsáveis e proferidos por magistrados vitalícios que não têm algum interesse na demanda, sob pena de sequer poderem fazer parte do julgamento.

Além disso, os votos, embora proferidos de forma oral, são quase sempre trazidos por escrito, de modo que a análise mais detida já foi feita. Sentindo que os argumentos contidos na fundamentação do voto não são suficientes, o julgador pode perfeitamente pedir vista para melhorar seus argumentos.

Aliás, os pedidos de vista, nos casos de julgamentos estendidos, em que os desembargadores ou ministros que não participaram do julgamento entendem por bem compulsar detidamente os argumentos e as provas antes de proferirem o voto, demonstram a sua despreocupação em agradar os demais componentes do órgão julgador.

Da mesma forma, juízes, desembargadores ou ministros não são, em hipótese alguma, derrotados com o resultado do julgamento, já que a sua função se restringe a aplicar o ordenamento jurídico de forma imparcial aos fatos que lhe são submetidos à apreciação. A eventual reforma da decisão ou discordância dos seus pares não é fator que de qualquer forma interferirá na reputação do magistrado.

Igualmente, não se espera que o juiz seja subserviente ao posicionamento do tribunal. Pelo contrário, o magistrado de primeiro grau de Jurisdição é muito mais valorizado pela segurança e presteza com que decide, do que pela eventual concordância com posicionamentos dos desembargadores, mesmo porque, em inúmeras hipóteses, não existem uniformidades de

⁶⁴⁴NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 122-123.

entendimento sobre todos os assuntos tratados.

Não se olvide que algum magistrado possa não se sentir confortável em decidir contra a maioria em determinado caso. No entanto, as garantias dos membros do Judiciário, tais como a vitaliciedade, a irredutibilidade dos vencimentos e a inamovibilidade existem justamente para que a decisão possa ser proferida de forma imparcial e protegida contra indevidas pressões, inclusive psicológicas, o que autoriza a afirmação de que os juízes, desembargadores ou ministros não são derrotados com o resultado do julgamento, constituindo, tal situação, uma minúscula exceção ao que usualmente ocorre, não podendo situação ser tratada como regra.

Outro ponto que merece atenção diz respeito aos acordos celebrados. As descobertas de Kahneman revelam que as partes preferem garantir menor valor nos ajustes do que arriscarem um valor maior a ser deferido na sentença, ressalvada a hipótese de já existir algum valor previamente fixado pelo viés de ancoragem, o que não raro ocorre.

O viés de aversão à perda também pode ser criado e mitigado por meio de atuação estratégica de uma das partes, que, na presença da outra e por meio da exposição oral de seus argumentos, pode convencê-la de que as perdas com a continuidade do procedimento podem ser maiores do que o eventual resultado final favorável.

É necessário que o acordo seja estruturado e não imposto ou persuadido. Ocorre que diversos profissionais, bem como litigantes habituais, sabem dessa possibilidade e se utilizam da estratégia de trabalhar com o risco de perda, manifesto na possibilidade do pedido não ser acolhido, bem como no fator tempo, como ativo que causa insegurança e angústia à parte contrária. As afirmações no sentido de que, se a parte não aceitar o acordo, será obrigada a esperar longo período para receber, trabalhando indevidamente a demora do exercício da Jurisdição e causando-lhes perdas momentâneas, é bem comum.

Por conseguinte, todos os sujeitos processuais devem ficar bem atentos para identificar e interpretar a mensagem que querem transmitir ou esconder, promovendo um autodesenviesamento apto a ultrapassar o que está sendo dissimulado. Conhecer a fundo o conteúdo dos argumentos e as provas da parte contrária, trazendo segurança no momento de negociar com seu *ex adverso*, é fundamental para não se deixar contaminar por artifícios de persuasão. Além disso, saber a condição econômica da parte contrária, bem como o tempo necessário para que o pedido seja julgado, é imprescindível para a celebração de um acordo bem estruturado.

Já foi ressaltado que alguns argumentos podem incutir no inconsciente da parte contrária a sensação de perda iminente com a não realização da conduta pretendida. Como exposto, litigantes habituais sabem dessa possibilidade e se utilizam da estratégia de trabalhar com o

risco de perda, manifesto na possibilidade do pedido não ser acolhido, bem como no fator tempo, como ativo que causa insegurança e angústia à parte contrária. Além disso, costuma-se ponderar nas tratativas que acordos manifestamente desfavoráveis são opções melhores do que aguardar um longo período para receber, já que sabidamente existe uma demora no exercício da Jurisdição.

Em outra medida, como se pode compreender a mesma situação de variadas formas, dependendo do contexto, a ordem em que é feita a exposição ou a ordem de formulação da pergunta podem influir na decisão a ser tomada, porque “o modo como o argumento será construído fará a diferença no mapa cognitivo do processo, [...]”⁶⁴⁵.

No exemplo da citada proposta de acordo, a parte poderá falar: 1 – o senhor poderá aceitar o acordo e levantar o valor do depósito em cinco dias, não tendo que esperar por longos anos para receber; 2 – o senhor poderá aceitar ou não o acordo, sendo que, nesta última hipótese, deverá esperar pela sentença, que fixará valor certamente maior do que o ofertado, sendo preciso apenas que se aguarde por determinado período. Ter em mente essa possibilidade de reenquadramento da mesma situação poderá contribuir para a mitigação do viés de aversão à perda.

4.4.7 Viés da correlação ilusória

Segundo Rosa, o viés da correlação ilusória ocorre quando é atribuída determinada característica com base em apenas parte da informação, fazendo com que atributos específicos sirvam de base para uma contaminação cognitiva inconsciente⁶⁴⁶. Nela, o agente, com base em alguma informação, rotula toda uma situação ou atributo pessoal.

Traços bons ou ruins de uma categoria profissional, local de residência, idade, entre outros, são estendidos, de forma inconsciente, a todos aqueles que apresentam tais semelhanças⁶⁴⁷. O depoimento de um policial, por exemplo, é considerado válido até prova em contrário⁶⁴⁸. Já o depoimento de alguém condenado por tráfico ou estupro teria menos valor.

Para Rosa, “a ficha de antecedentes ou condenações anteriores, Boletins de Ocorrência

⁶⁴⁵ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 69 e 219.

⁶⁴⁶ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 213.

⁶⁴⁷ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 216.

⁶⁴⁸ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 216.

registrados, enfim, qualquer elemento alheio à imputação, tanto positivo, como negativo, pode contaminar e operar na lógica da correlação ilusória, principalmente para sustentar a consonância cognitiva”⁶⁴⁹.

O efeito oposto também ocorre, já que a opinião de especialistas que parecem autoridade em determinado assunto é capaz de gerar diretrizes irrefletidamente aceitas pelas pessoas. Segundo Cialdini:

Consideremos, por exemplo, a regra de atalho que diz: “Se um especialista disse isso, deve ser verdade”. Como veremos no Capítulo 6, existe uma tendência perturbadora em nossa sociedade de aceitar cegamente as afirmações e diretrizes de indivíduos que parecem ser autoridades em determinado assunto. Ou seja, em vez de raciocinar sobre os argumentos do especialista e nos convenceremos (ou não), com frequência ignoramos os argumentos e nos deixamos levar apenas pelo fato de se tratar de um “expert”.⁶⁵⁰

Nessa medida, não podem ser aceitos irrefletidamente os pensamentos de um doutrinador conceituado, de um bom advogado ou de um magistrado de tribunal superior. Tais opiniões devem, por óbvio, serem refletidas à luz do ordenamento jurídico, demais autores jurídicos e decisores.

Novamente, é importante ressaltar o papel dos advogados, defensores públicos e promotores de justiça, no sentido de trazerem para o processo argumentos jurídicos convincentes, além das provas necessárias a demonstrarem o *factum probandum*. A esses profissionais, incumbe estabelecer o liame técnico-jurídico entre os interesses defendidos com o julgador, sendo também responsáveis por afastar os vieses cognitivos. Com efeito, “o que poderia ser uma mera opinião pessoal em ambientes privados, no contexto de processos judiciais ganha contornos complexos”, já que a vida, a liberdade, a propriedade e toda uma gama de direitos estão sendo objeto de análise⁶⁵¹.

Ademais, no processo constitucional, apenas uma característica pessoal não é suficiente para toda uma contaminação, na medida em que o conjunto probatório contundente afasta a irradiação daquela qualidade. No exemplo citado, a existência de um apontamento na certidão de antecedentes criminais, embora possa induzir a uma vida pregressa, não pode ser utilizada como fundamento único para a condenação. É preciso que o acervo probatório indique que os

⁶⁴⁹ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 216.

⁶⁵⁰CIALDINI, Robert B. *As armas da persuasão*. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2012, p. 19.

⁶⁵¹ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 221.

fatos imputados ocorreram como narrado na denúncia.

A oralidade exerce considerável influência no viés da correlação ilusória, contribuindo para que o agente, com base em alguma informação, rotule toda uma situação ou atributo pessoal. O comportamento da parte e seus procuradores durante as audiências, sessões de julgamento e entrevistas pessoais com os magistrados podem iniciar o direcionamento de um convencimento.

A contradição da testemunha, em pequena parte do seu depoimento, ou a falta de segurança no momento de responder as perguntas podem fazer com que os sujeitos processuais percam a credibilidade nas suas declarações, mesmo que a maioria de suas alegações estejam em conformidade com os fatos. Mesmo que a contradição ou a dúvida sejam mínimas, o viés da correlação ilusória pode ter sido gerado e comprometer os rumos do acordo ou da decisão.

Como exposto ao longo do presente estudo, a comunicação oral proporciona o desenvolvimento de um aspecto mais comunitário e cooperativo, permitindo uma maior interação entre os sujeitos do processo. A prática oral de atos processuais, se corretamente utilizada, é bem mais eficaz para o convencimento das partes, magistrados, membros do Ministério Público e advogados.

Ocorre que, da mesma forma que se comunica com mais facilidade, também existe a possibilidade de serem desenvolvidos vieses, já que não só palavras, mas também os demais sentidos influem decisivamente no convencimento, sendo necessária uma atenção especial.

É preciso a plena capacitação de todos para perceber o melhor momento de se praticar determinado ato oralmente ou esperar para fazê-lo de forma escrita. Segundo Rosa, “deve-se avaliar se é o momento tático adequado para que a palavra entre de maneira justa. Talvez seja o caso de peticionar, ao invés de requerer a palavra, dado que as chances de obter uma decisão favorável com o julgador fadigado e/ou com baixa taxa de glicose são menores”⁶⁵².

4.5 O neoliberalismo processual e a sua influência no viés cognitivo

Conforme ressaltado no Capítulo 2, item 2.6, o neoliberalismo busca a criação e a ampla aceitação de um modelo processual que não apresente qualquer risco para os interesses econômicos e políticos do mercado, sem apresentar condições para uma perspectiva de implementação e proteção dos direitos fundamentais. A não interferência do Judiciário nos negócios jurídicos celebrados entre pessoas supostamente iguais em direitos e obrigações, e a

⁶⁵²ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 234.

celeridade na resolução dos conflitos de interesse que lhe são submetidos são aspectos do neoliberalismo que têm relação direta com o viés cognitivo.

Nessa toada, o mercado tenta inculcar na mente de todos os operadores do Direito a necessidade de se perseguir um julgamento célere e que não cause prejuízos ao mercado. A defesa da propriedade privada, do contrato e do lucro são colocadas como valores quase supremos e que possibilitam o afastamento inclusive do direito fundamental de participar, em contraditório, da solução das controvérsias.

A eficiência da Jurisdição é colocada como valor preponderante à eficiência normativa do processo, sendo essa prevalência difundida e amplamente defendida por todos os operadores do Direito.

Por outro lado, a uniformidade decisional é fator de segurança para o mercado, na medida em que já se pode contar com o resultado de determinado litígio submetido à apreciação do Judiciário.

Nesse particular, o viés de trancamento tem relação direta com o neoliberalismo processual. Isso porque pode ocorrer do magistrado não concordar com a tese jurídica definida em um julgamento repetitivo, em uma nítida tendência a manter uma decisão passada, em razão de ter investido tempo e pesquisa, continuando a decidir contra o precedente, o que acarretaria uma demora indevida no exercício da Jurisdição.

O mesmo se diga em relação às partes e seus procuradores, que, desconsiderando os julgamentos repetitivos que fixam o entendimento sobre certa matéria, conforme arts. 489, §1º, IV, 1.036, 1.040, todos do CPC de 2015, insistem em propor e contestar ações contendo tais pedidos⁶⁵³. Trata-se de situação que contribui para o congestionamento do Judiciário.

⁶⁵³“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

Art. 1.036 do Código de Processo Civil de 2015: “Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

“Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I – o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II – o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III – os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

Infelizmente, para muitos, os números são mais importantes do que a correção normativa e a efetividade do processo. O processo dentro de uma ótica democrática deve propiciar uma ampla participação dos envolvidos e ser solucionado em um prazo razoável, e não julgado o mais rápido possível, como se o único valor a ser preservado fosse a celeridade⁶⁵⁴.

Por isso, são importantes os alertas de Nunes, no sentido de que não se pode preconizar o “discurso de produtividade industrial e de rapidez na prolação das decisões” e da predisposição do Judiciário em julgar teses jurídicas no lugar dos casos concretos⁶⁵⁵. Essas afirmações devem ser devidamente consideradas pelos operadores do Direito em geral, notadamente, no momento de julgar e de se cobrar julgamento rápido.

É inquestionável que o volume de processos existentes e diuturnamente distribuídos é fator de preocupação no meio jurídico, o que impõe enorme pressão a todos os operadores do Direito. Aos magistrados, porque têm o dever constitucional de decidir dentro de um prazo razoável, e aos advogados, defensores públicos e advogados do Estado, porque seu constituinte constantemente exerce cobrança por resultados e por sua atuação incisiva e apta em fazer o procedimento tramitar de forma ágil.

O mito da celeridade é colocado como um significado quase absoluto, incutindo no subconsciente dos operadores do Direito que se trata de um valor que deve ser alcançado a qualquer custo, sem qualquer preocupação com o aspecto participativo e de correção normativa⁶⁵⁶.

Trata-se de um fenômeno que atinge não somente os conflitos de interesse massificados, na medida em que os litígios individuais ou *de varejo* entram no amontoado de processos existentes, não permitindo uma devida análise. Com efeito, os litígios individuais não possuem a mesma padronização postulatória e decisória, devendo serem analisados com mais atenção, o que demanda mais tempo.

Enquanto não se conseguir obter a separação entre ambos tipos de litígio, com a criação de Varas ou, pelo menos, mecanismos que permitam analisar cada um com observância de suas peculiaridades, será difícil realmente se obter uma democratização do processo. Com efeito, as

IV – se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015).

⁶⁵⁴NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 165.

⁶⁵⁵NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 210.

⁶⁵⁶NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 163.

particularidades dos litígios individuais, muitas vezes, exigem uma análise mais acurada e uma dilação probatória mais intensa, de modo que o tempo na solução da controvérsia será delongado.

O subconsciente do julgador, nesse particular, deverá ser trabalhado de modo a não fazer com que o magistrado se sinta coibido a decidir da forma mais rápida possível. O mesmo se diga em relação às partes e seus procuradores.

É preciso que tanto os advogados, procuradores do Estado e membros do Ministério Público, quanto os magistrados consigam se desvincular do discurso da produtividade e da rapidez máxima, como únicos valores a serem alcançados, e passem mais a olhar para os princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

A percepção de que o neoliberalismo está dentro da mente de todos os operadores do Direito e de que corrompeu diversas normas democráticas é um primeiro passo para afastar as distorções. Em segundo lugar, como ressaltado, é preciso criar mecanismos que permitam a separação das ações massificadas das *de varejo*, dando o tratamento adequado a cada uma delas, inclusive, com Varas especializadas.

5 CONCLUSÃO

As considerações feitas no decorrer do presente estudo buscaram averiguar a compatibilidade dos conceitos tradicionais de oralidade com o Estado Democrático de Direito, além de estudar os vieses cognitivos. Também pretendeu-se analisar em que medida a oralidade teria influência na criação e na mitigação do viés cognitivo. Para tanto, também se fez necessária uma análise do paradigma adotado na contemporaneidade pelo Estado Brasileiro.

O ordenamento jurídico, composto de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais vigentes durante determinado período e em certo território, representa uma demonstração de soberania e do poder político de um Estado.

No eixo teórico democrático, foi incumbida à Jurisdição a função precípua de pronunciar o direito, aplicando o ordenamento jurídico, após devidamente provocada, mediante a regência do devido processo constitucional, protegendo das ameaças e restabelecendo os direitos violados, notadamente, os direitos fundamentais, assegurando não apenas as liberdades individuais, mas também os direitos sociais e as prestações ativas devidas pelo Estado.

O processo constitucional, como um direito/garantia constitucional, proporciona uma fiscalização ampla e irrestrita, com um consequente controle de todos os atos estatais, além de um coeso modelo de proteção dos direitos fundamentais, permitindo que qualquer pessoa forneça críticas aos atos emanados do Estado, de modo a propiciar a correção de aporias normativas e do sistema como um todo. Nessa medida, o provimento jurisdicional decisório somente será legítimo, se aplicado em consonância com o ordenamento jurídico e após a análise das provas e dos argumentos apresentados em contraditório, livre de influências indevidas, notadamente, os vieses cognitivos.

Demonstrou-se, com base nos ensinamentos de Chiovenda, Ong e Cappelletti, as vantagens e desvantagens da aplicação da oralidade e da escritura, sendo ressaltado que o fracasso dos excessos é inevitável, de modo que nem a oralidade nem a escritura podem ser sustentadas e aplicadas de forma absoluta. A verdade é que não existe incompatibilidade, mas um liame integrativo e de complementariedade entre a oralidade e a escritura, na medida em que ambas, devidamente associadas, contribuem sobremaneira para o pleno exercício do contraditório, ampla defesa, publicidade, razoável duração do procedimento, policentrismo processual, efetividade e eficiência, entre diversos outros direitos e garantias fundamentais.

O procedimento escrito, apesar de mais burocratizado, propicia um exame mais acurado da prova e dos argumentos trazidos pelas partes, otimizando, dessa maneira, os princípios da ampla defesa, do contraditório e da fundamentação racional das decisões. Já a oralidade está

mais afinada com a celeridade da tramitação do procedimento, desde que realmente aplicada, a concentração dos atos, notadamente, a exposição oral das razões finais e a prolação da sentença, fazendo com que inúmeros atos sejam praticados na mesma oportunidade ou em curto espaço de tempo.

Aspecto importante se refere à demonstração de que a oralidade, enquanto forma de se realizarem atos do procedimento, é elemento integrante tanto da oralidade como princípio, quanto da oralidade como procedimento por audiências, e que, qualquer que seja o conceito utilizado, a oralidade preponderantemente será praticada em audiências, sessões de julgamento ou entrevistas pessoais das partes e seus procuradores com os magistrados.

Analisando o primeiro objetivo proposto, chegou-se à conclusão de que inexistente compatibilidade dos conceitos tradicionais de oralidade com o paradigma democrático de direito, vigente desde a CRFB de 1988. Isso porque, conforme exposto, a oralidade não pode ser considerada como princípio, entendendo-se que somente a prática oral de atos, juntamente à imediação, é que são elementos da oralidade. Essa constatação decorreu do entendimento de que a identidade física do juiz, a concentração e a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias não fazem mais parte do eixo central da oralidade e não estão mais vinculadas ao paradigma democrático adotado pelo Estado Brasileiro, sendo prescindível e até mesmo incompatível, dentro da opção escolhida. Caso a oralidade fosse realmente um princípio, seus *subprincípios* não poderiam ser afastados. Pelo contrário, deveriam ser aplicados em sua inteireza.

Nessa medida, constatou-se que não pode mais ser aceita a imediação como pressuposto de uma vinculação ao aproveitamento das impressões pessoais do magistrado colhidas durante a audiência, já que a técnica processual exige, no ato de decidir, que o juiz apresente critérios objetivos, visíveis, além de definidos e delimitados pelo ordenamento jurídico, e não a partir de critérios pessoais e não submetidos ao contraditório. Não é possível trazer para a decisão as impressões pessoais do juiz, tratando-se de subjetivismo que não pode ser aceito em um processo democrático, por ser impossível de se fazer contraprova, ferindo, assim, a ampla defesa e o contraditório.

Além disso, percebeu-se que a oralidade não possui uma relevância constitutiva, mesmo quando associada a outras normas, não sendo sua causa e justificção, e não se verificando na oralidade qualquer função interpretativa ou supletiva do sistema, nem tampouco uma função normativa própria, fundamentando, de qualquer modo, o ordenamento jurídico. Por isso, entendeu-se que a oralidade não seria um princípio, mas uma técnica procedimental, sendo estabelecidos, dentro do procedimento, os momentos em que serão utilizadas a palavra *oral* e a

imediatidade, bem como outros elementos correlatos, mas não essenciais, como a concentração dos atos e a identidade física do juiz.

Também foi feita uma análise da oralidade como procedimento por audiências, dando-se ênfase ao CPC de 2015. Após uma análise do CPC de 2015, foi possível concluir que não se trata, a rigor, de um procedimento oral, mas escrito, sendo impostas, em algumas ocasiões e de forma facultativa, a discussão e a produção oral de atos, o que, não raramente, foi distorcido pelo praxismo forense. Com efeito, o fato de alguns atos serem praticados de forma oral não altera a natureza escrita do processo. Além disso, a estrutura burocratizante e a necessidade de documentação dos atos também contribuem para que a oralidade seja desnaturada.

Ainda foi feita uma análise da contribuição da oralidade para a eficiência da Jurisdição e para a efetividade do processo. Para tanto, considerou-se que somente é possível falar em efetividade do processo, dentro de uma visão democrática, se for obedecido o devido processo legal, propiciando uma proteção dos direitos fundamentais, de modo a possibilitar o amplo debate e a participação concreta na formação dos provimentos judiciais, assegurando à parte a fruição do direito material objeto daquele debate.

Ademais, ressaltou-se a efetividade do acesso à Jurisdição como garantia diretamente relacionada à efetividade do processo. Sem que se propicie que as pessoas tenham conhecimentos dos seus direitos e obrigações, e sem que possam devidamente ingressar em juízo, sendo representadas por profissionais qualificados, não é possível que as lesões e ameaças aos seus direitos sejam bem defendidas.

No que se refere à eficiência da Jurisdição, ante a inexistência de ressalva expressa no texto constitucional, entendeu-se que referido princípio deve ser aplicado a todas as funções jurídicas do Estado, notadamente, à função Jurisdicional.

Finalmente, analisou-se como a oralidade é importante para a eficiência da Jurisdição e para a efetividade do processo, sendo ressaltada a influência dos aspectos econômicos globais nos paradigmas jurídicos. Entendeu-se que, em um processo democrático, deve ser observado o devido processo legal, propiciando a satisfação concreta da pretensão dentro de um prazo razoável. Processo célere, desvinculado da proteção dos direitos e das garantias fundamentais, está diretamente ligado ao neoliberalismo processual e não a um processo democrático.

A medida da influência das espécies de viés cognitivo na tomada de decisões, bem como a forma de criação e da redução de seus efeitos perniciosos, consistiram no segundo objetivo. Com base na teoria dos dois sistemas de pensar de Kahneman, que originaram as concepções de heurística e viés cognitivo, foi analisada a influência de fatores subconscientes na tomada de decisões e que, muitas vezes, são desconhecidos até mesmo pelos próprios operadores do

Direito, salientando-se que, embora os esquemas mentais utilizados sejam úteis em inúmeros casos, podem ocorrer desvios cognitivos e que afetam erroneamente os sujeitos processuais.

Constatou-se que o modo de tomar decisões do ser humano pode estar baseado em dois sistemas, dos quais o primeiro, o Sistema 1, atua de forma automática e é o responsável pelo pensamento rápido e intuitivo, enquanto o Sistema 2, por se destinar às atividades mentais mais complexas, relaciona-se com o pensamento lento, cauteloso e deliberado.

As heurísticas foram analisadas e definidas como artifícios mentais empregados na resolução de questões, baseadas em apenas parte da informação, propiciando rapidez e facilidade no julgamento, o que acarreta, muitas vezes, perda de precisão e erros sistêmicos. Já os vieses foram considerados como sendo erros sistemáticos ocorridos de forma previsível e em casos específicos, baseados em preconceitos, tendências, predileções, predisposição, orientações, dentre outros.

Diversos vieses cognitivos foram analisados, dentre os quais, o viés de ancoragem, o viés de confirmação, o viés de *status quo*, o viés de trancamento, o viés de retrospectiva, o viés de aversão à perda e o viés da correlação ilusória.

Descobriu-se que as decisões dos operadores do Direito podem sofrer influência de fatores subconscientes. Juízes, advogados, médicos, engenheiros, ou seja, todos os seres humanos têm a propensão em acreditar que seus comportamentos são integralmente conscientes, desconhecendo os perniciosos efeitos que os vieses cognitivos podem originar.

Sustentou-se que as partes deverão ter a ampla possibilidade de participarem na formação da decisão, já que, no paradigma democrático de direito, deve ser realçado o processo como garantia de participação, tornando as pessoas do povo autoras/destinatárias das decisões. A contribuição para a formação das decisões judiciais está diretamente relacionada à democratização da sociedade, sendo imprescindível que as partes sejam ouvidas em condições de poderem influenciar efetivamente, trazendo argumentos relevantes e produzindo as provas pertinentes, de modo que os vieses cognitivos constituem antidemocráticas influências.

Foi ressaltada a importância do papel dos advogados, defensores públicos e promotores de justiça, no sentido de trazerem para o processo argumentos jurídicos convincentes, além das provas necessárias a demonstrarem o *factum probandum*. A esses profissionais, incumbe estabelecer o liame técnico-jurídico entre os interesses defendidos com o julgador, sendo também responsáveis por auxiliar no trabalho de *debiasing*. Com efeito, a parte, por meio de novos argumentos e provas, poderá convencer o juiz de que a situação fática não é aquela ou de que novas provas evidenciam que a decisão deverá ser alterada.

Concluiu-se que a tomada de decisão, embora se acredite que seja geralmente racional,

lógica e consciente, muitas vezes, é fundada em reações de uma parte do cérebro que trabalha no nível do inconsciente e que se baseia em esquemas simplificadores. Também se concluiu que as influências geradas pelos vieses cognitivos não são compatíveis com o Estado Democrático de Direito, já que não são submetidas ao debate em contraditório, excluindo-se a possibilidade de aplicação da teoria normativa da participação e a ampla participação das partes na formação da decisão.

Por fim, como objetivo principal, constatou-se que a oralidade é importante para a construção do viés cognitivo e para o *debiasing*. Com efeito, foi ressaltado que o estudo das formas de comunicação e o seu caráter transformativo está diretamente relacionado à construção e à desconstrução do viés cognitivo, estando, a oralidade, inserida dentro desse processo. A oralidade se consubstancia por meio da audiência, ocasião em que serão produzidos os atos procedimentais, com oportunidade para as partes e seus procuradores manifestarem-se verbalmente, de forma imediata, ao juiz, e também por via da entrevista das partes com os magistrados nas salas e gabinetes de trabalho para exporem suas razões de forma oral.

Concluiu-se que a mensagem transmitida por meio da fala, usualmente, é mais bem compreendida do que pela forma escrita, mesmo que os interlocutores sejam conhecedores da linguagem técnico-jurídica. Pensamentos e argumentos complexos constantes dos arrazoados das partes, muitas vezes, podem ser simplificados para possibilitarem uma melhor assimilação da ideia, potencializando a capacidade de convencimento.

Nessa medida, tanto nas audiências e sessões de julgamento, quanto nas entrevistas dos magistrados com os demais sujeitos processuais, é imperioso saber detectar e saber se proteger dos diversos vieses cognitivos. Nenhuma conduta é de somenos importância, já que tudo aquilo que é praticado pessoalmente e feito de forma oral pode acionar algum *gatilho de memória* e propiciar o aparecimento de heurísticas e de vieses cognitivos.

Isso não quer dizer que os argumentos e demais evidências não possam mitigar tais vieses, mas apenas que a convicção do julgador e dos demais sujeitos processuais pode começar a se formar, dependendo da atitude tomada. Igualmente, é preciso ressaltar que as espécies de viés cognitivo não são aplicadas da mesma maneira para todos os sujeitos processuais, de modo que alguns têm mais influência nos julgadores, outros nas partes e seus procuradores.

Demonstrou-se que a comunicação oral proporciona o desenvolvimento de um aspecto mais comunitário e cooperativo, permitindo uma maior interação entre os sujeitos do processo. A prática oral de atos processuais, se corretamente utilizada, é bem mais eficaz para o convencimento das partes, magistrados, membros do Ministério Público e advogados. Em outra medida, também criam-se vieses mais facilmente, já que não só palavras, mas também os

demais sentidos influem decisivamente no convencimento, sendo necessária uma atenção especial.

Como o ato oral é usualmente praticado quando estão presentes todos os sujeitos do processo, a potencialidade de se convencer da existência dos fundamentos fáticos é maior, se bem explorada. De toda forma, conforme analisado, no curso do presente estudo, a forma oral de se praticarem atos no curso do procedimento, característica fundamental da oralidade, seja oralidade como técnica ou como procedimentos por audiência, é intensificadora da criação e da mitigação do viés cognitivo.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ABBOUD, Georges. *O Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de Conciliação da Procuradoria-Geral Federal*. 2012. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/10058710>. Acesso em: 10 abr. 2018.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. O processo constitucional como elemento de proteção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, out./dez. 2012.
- ARANGUREN, Arturo Muñoz. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *InDret – Revista para el Análisis Del Derecho*, Barcelona, v. 2, p. 2-39, abr. 2011. Disponível em: <http://www.pelayo-abogados.com/pdf/arturo/La_influencia_de_los_sesgos_cognitivos_en_las%20decisiones_jurisdiccionales-el_factor_humano.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2018.
- ARENDDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.
- AUDIÊNCIA. In: Dicionário de sinônimos online. Disponível em: <<https://www.sinonimos.com.br/audiencia/>>. Acesso em: 15 set. 2018.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BAPTISTA, Isabelle. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma análise à luz dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. *Revista TCEMG*, Belo Horizonte, p. 55-71, jan./mar. 2013. Disponível em: <<http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1768.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2018.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional*. Aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Regimes Políticos*. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Efetividade do processo e técnica processual*. Disponível em:

<<http://ablj.org.br/revistas/revista7/revista7%20JOSE%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20-%20Efetividade%20do%20Processo%20e%20tecnica%20processual.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O processo civil brasileiro e o procedimento por audiências*. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista8/revista8%20%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20-%20O%20Processo%20Civil%20brasileiro%20e%20o%20Procedimento%20por%20Audi%C3%Aancias.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BRASIL. Anexo ao Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, Seção 1, p. 24411, 13 out. 1939. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 24 Fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 Out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 14 jul. 2018.

BRASIL. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, Seção 1, p. 24369, 13 out. 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no

processo Commercial. *Coleção de Leis do Império do Brasil* - 1850, v. 1, pt. II, p. 271. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-737-25-novembro-1850-560162-norma-pe.html>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

BRASIL. Decreto n. 763, de 19 de setembro de 1890. Manda observar no processo das causas cíveis em geral o regulamento n. 737 de 25 de novembro de 1850, com algumas exceções e outras providências. *Coleção de Leis do Brasil* - 1890, v. fasc. IX, p. 2401. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-763-19-setembro-1890-516349-norma-pe.html>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 Fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccIVIL_03/leis/LCP/Lcp73.htm>. Acesso em: 14 jul. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 Dez. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 14 jul. 2018.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.259, de 10 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 Jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 14 jul. 2018.

BRASIL. Lei 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 Jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 15 set. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 Jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccIVIL_03/leis/L9469.htm>. Acesso em: 14 jul. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis

e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

BRASIL. Senado Federal. Exposição de motivos. In: BRASIL. Senado Federal. *Código de Processo Civil de 1973: histórico da lei*. V. I, t. I. Brasília: Senado Federal, 1974. Cap. II, p. 8-32. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil201974.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 7. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 20 Jun. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1205>>. Acesso em: 24 Jul. 2018.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias et al. *Estudo sistemático do NCPC com as Alterações Introduzidas pela Lei n.º: 13.256, de 4/2/2016*. 3. ed. Belo Horizonte: D' Placido, 2016.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Manual de processo civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo*. Salvador: JusPodium, 2013.

CAMPOS, Celso Ribeiro; CARDOSO, Marcelo José Ranieri. A Teoria dos Jogos e a Mente Brilhante de John Nash. *Prometeica - Revista de Filosofia y Ciencias*, año IV, n. 10, verano 2015. Disponível em: <<https://prometeica.com/ojs/index.php/prometeica/article/view/103/html>>. Acesso em 13.8.2018.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972.

CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual do princípio da oralidade. Tradução de Daniel Ustárroz. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 21, p. 255-260, mar.

2002. Disponível em <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/72376/40941>>. Acesso em: 26 out. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CERQUEIRA, Vinicius Nascimento. O antagonismo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o princípio do contraditório e a garantia de fundamentação das decisões. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3309, jul. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22229/o-antagonismo-da-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal-com-o-principio-do-contraditorio-e-a-garantia-de-fundamentacao-das-decisoes#ixzz2ebUvKU3d>>. Acesso em: 11 set. 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.1. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.3. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CIALDINI, Robert B. *As armas da persuasão*. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CLEMENTS, Cory S. Perception and Persuasion in Legal Argumentation: Using Informal Fallacies and Cognitive Biases to Win the War of Words. *BYU Law Review* 319, issue 2, article 9, p. 319-362, 2013. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=2715&context=lawreview>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2016: ano-base 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 Maiores Litigantes*. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/100-maiores-litigantes-justica-cnj.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. 2016. 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

COSTA, José Rubens. *Tratado do processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Juarez de Oliveira, 2003.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB*, Lisboa, ano 2, n. 9, out./dez. 2012. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_09_09293_09327.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2014.

DAMAŠKA, Mirjan. *The Common Law/Civil Law Divide: Residual Truth of a Misleading Distinction*. In: International Association of Procedural Law, Toronto Conference, 2009.

DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DEL NEGRI, Andre. *Teoria da constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A oralidade no processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. V. 3. 15. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V. 1. 17. ed. Salvador: JusPodium, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V. 2. 17. ed. Salvador: JusPodium, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DOMÉNECH, Fereric Adán. Problemática judicial de la documentación de las actuaciones procesales orales. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. Valência: Universitat de València, 2008. p. 41-59.

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

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EPLEY, Nicholas, GILOVICH, Thomas. The Anchoring-and-Adjustment Heuristic. Why the Adjustments Are Insufficient. *Psychological Science*, v. 17, n. 4, p. 311-318, 2006. Disponível em: <https://www.psychologicalscience.org/pdf/onlyhuman/anchor_adjustment.pdf?q=perspective-taking-as-egocentric-anchoring-and-adj>. Acesso em: 17 jul. 2018.

ESPANHA. Código de Procedimiento Civil. Disponível em: <<https://www.refworld.org/pdfid/3db920e6a.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

ESPAÑA. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, n. 7, 8 ene. 2000. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2018.

ESSER, Josef. *Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução do Alemão por Eduardo Valenti Piol. Barcelona: Bosh, 1961.

FAVARETTO, Isolde. *Comportamento processual das partes como meio de prova*. Porto Alegre: Acadêmica, 1993.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: BOOKSELLER, 2006.

FENOLL, Jordi Nieva. The disadvantages of orality. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura em un proceso civil eficiente*. V. II. Valência: Universitat de Valência, 2008. p. 471-473.

FERNANDES, Klicia Roxana Alves. A conciliação como forma de solução célere e eficaz das lides cíveis. *Revista da ESMARN*, Mossoró, v. 8, n. 1, p. 359-378, jan./jun. 2008.

Disponível em:

<http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/41/32>. Acesso em: 9 jul. 2014.

FREITAS, Gustavo Martins de. O princípio da colaboração no processo civil brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 931, jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7850/o-principio-da-colaboracao-no-processo-civil-brasileiro>>. Acesso em: 11 set. 2013.

FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar como os automatismos mentais. *Revista da AJURIS*, v. 40, n. 130, jun. 2013.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 143, p. 191-210, jul./set. 1999. Disponível em:

<<http://files.integradodireito.webnode.com.br/200000022-b0868b1805/OS%20PRINCIPIOS%20JUR%20C3%8DDICOS%20DO%20ESTADO%20DEMOCR%20C3%81TICODE%20DIREITO.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, p. 29-57, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19959/14299>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

GHEDINI NETO, Armando. Técnica estrutural dos atos jurisdicionais decisórios. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias, SOARES, Carlos Henrique (Coords.). *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. Cap. X, p. 255-277.

GIGERENZER, Gerd; GAISSMAIER, Wolfgang. Heuristic Decision Making. *Annu. Rev. Psychol.*, v. 62, p. 451-482, 2011. Disponível em:

<<https://faculty.washington.edu/jmiyamot/p466/pprs/gigerenzer%20heuristic%20decis%20ma>

king.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2018.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUILLÉN, Víctor Fairén. El proceso oral y eficaz ante el milenar Tribunal de las Aguas de Valencia. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. I. Valência: Universitat de València, 2008. p. 23-39.

GUTHRIE, Chris, RACHLINSKI, Jeffrey J., WISTRICH, Andrew J. Inside de Judicial Mind. *Cornell Law Faculty Publications*, v. 86, paper 814, p. 777-830, 2001. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=facpub>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução de Arthur Morão. Lisboa: Edições 70, 1958.

HIRATA, Alessandro. O polêmico processualista Alfredo Buzaid. *Carta Forense*, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-polemico-processualista-alfredo-buzaid/12580>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

IURA, Alexandre Miura. *Oralidade e escrita no processo civil*. 2012. 142 f. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06062013-133608/pt-br.php>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

JUCÁ, Romero. *Projeto de Lei do Senado n.º 774, de 2015*. Acrescenta o art. 67-A à Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, para dispor sobre a devolução das prestações pagas em caso de desfazimento do contrato de promessa de compra e venda de imóveis. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124367>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Debates, 2006.

LARA, Cipriano Gomes. *La oralidad en el proceso civil mexicano*. Ponencia presentada en el XII Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Tampico, Sep. 1989. Disponível em: <<http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/viewFile/286/pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LOPES, Julio. *Projeto de Lei n.º 9.327, de 13 de dezembro de 2017*. Dispõe sobre a emissão de duplicata sob a forma escritural. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2166092>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

LOPES, María Luisa Escalada. La oralidad: de principio del procedimiento a instrumento viabilizador del (debido) proceso. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. Valência: Universitat de València, 2008. p. 359-363.

LYNCH, Kevin J. The lock-in effect of preliminary injunctions. *Florida Law Review* – University of Denver Sturm College of Law, v. 66, p. 779-821, 2014. Disponível em: <<http://www.floridalawreview.com/wp-content/uploads/9-Lynch.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Técnica de argumentação oral em audiência. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias, SOARES, Carlos Henrique (Coords.). *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. Cap IX, p. 207-253.

MAGALHÃES, Joseli Lima. Jurisdição e Processo em Giuseppe Chiovenda. In: Encontro Nacional do CONPEDI, 19, 2010, Fortaleza. *Anais...* [eletrônico] Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 7578-7597. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3501.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

MARCELLINO JÚNIOR, Júlio César; ROSA, Alexandre Morais da. *O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1974. X

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1974.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Direito Processual Romano*. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.ajuferjes.org.br/PDF/011DireitoProcessualRomano.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Síntese da Evolução Histórico-Científica do Processo*. 2006. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/mendroni1.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Resolução do Tribunal Pleno n.º. 0003, de 26 de julho de 2012*. Regimento Interno. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/regimento_interno/Resolucao-Tribunal-Pleno-0003-2012-RI.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

MLODINOW, Leonard. *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas*. Tradução de Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

MORATO, Francisco. A oralidade. *Revista Forense*, Maio, 1938.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NAVARRO, José Bonet. Principales factores de eficiencia en el proceso civil más allá de la oralidad. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura em un proceso civil eficiente*. V. II. Valência: Universitat de València, 2008. p. 291-315.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Antônio José Avelãs. *O neoliberalismo não é compatível com a democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

NUNES, Antônio José Avelãs. *Os sistemas econômicos. Gênese e evolução do capitalismo*. Coimbra: Serviços de Acção social da Universidade de Coimbra, 2006.

NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105/2015. Salvador: Jus Podium, 2018.

NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador: JusPODIVM, 2018.

NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. *O princípio da oralidade no processo civil*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

ONG, Walter J. *Oralidad y escritura*. Tecnologia de la palabra. Traducción de Angélica Scherp. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

PEDRON, Flávio Quinaud. A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construtiva do direito. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n. 47, p. 127-137, out./dez. 2009. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/114956/proposta_ronald_dworkin_pedron.pdf>.

Acesso em: 30 ago. 2018.

PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and Biases in Judicial Decisions. *Court Review*, v. 49, p. 114-118, 2013. Disponível em: <<http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

PEIXOTO, Ravi. A Fazenda Pública e a audiência de conciliação no novo CPC. *Revista Consultor Jurídico*, 07 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-07/ravi-peixoto-fazenda-audiencia-conciliacao-cpc#_ftn2>. Acesso em: 09 abr. 2018.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009.

PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Rio de Janeiro : Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

PROCEDIMENTO. In: Dicionário de sinônimos online. Disponível em: <<https://www.sinonimos.com.br/procedimento/>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezado. *Aproximación de la teoría general sobre el principio de inmediación procesal*. De la comprensión de su transcendencia a la expansión del concepto. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. Valência: Universitat de València, 2008. p. 317-327.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

RÜDIGER, Francisco. *Martin Heidegger e a questão da técnica*. Prospectos acerca do futuro do Homem. Porto Alegre: Sulina, 2006.

SAFATLE, Vladimir. *O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo*. São Paulo: Cosac Naif, 2015.

SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. *Journal of Risk and Uncertainty*, Boston: Kluwer Academic Publishers, v. 1, p. 7-59, 1988. Disponível em: <<https://sites.hks.harvard.edu/fs/rzeckhau/status%20quo%20bias.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

SÁNCHEZ, Ricardo Juan. El juicio verbal español: principales problemas para su desarrollo concentrado. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. Valência: Universitat de València, 2008. p. 317-327.

SANZ, María Rosa Gutierrez. La oralidad en las técnicas de gestión de conflictos utilizadas por el juez en la audiencia previa. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. Valência: Universitat de València, 2008. p. 395-403.

SARTINI, Brígida Alexandre et al. *Uma Introdução a Teoria dos Jogos*. II Bienal da SBM - Universidade Federal da Bahia, 25 a 29 out. 2004. Disponível em: <<https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>>. Acesso: 13 ago. 2018.

SILVA, José de Anchieta. O princípio da oralidade – pela valorização do princípio da oralidade no projeto de novo Código de Processo Civil. In: ROSSI, Fernando; RAMOS, Glaucio Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (Coords.). *O futuro do Processo Civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 297-309.

SILVA, Natanael Lud Santos e. *Os vieses de cognição e o processo jurisdicional democrático: um estudo sobre a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. 2018. 137 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

SOTELO, José Luis Vásquez. La oralidad y en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la pruebla. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. Valência: Universitat de València, 2008. p. 257-277.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Comissão de juristas entrega anteprojeto do novo CPC ao presidente do Senado*. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2223164/comissao-de-juristas-entrega-anteprojeto-do-novo-cpc-ao-presidente-do-senado>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Ministro Luiz Fux é empossado presidente da comissão do novo CPC*. 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/1970950/ministro-luiz-fux-e-empossado-presidente-da-comissao-do-novo-cpc>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

TARUFFO, Michele. Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura em un proceso civil eficiente*. V. I. Valência: Universitat de València, 2008. p. 185-203.

TAVARES, Fernando Horta. Mediação, processo e constituição: considerações sobre a autocomposição de conflitos no novo código de processo civil. In: FREIRA, Alexandre et al (Coords.). *Novas tendências do processo civil*. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 57-74.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Coelho; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação do direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil Law e o common Law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, n. 189, p. 9-52, nov. 2010. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/220033924_Breves_consideracoes_da_politizacao_do_judiciario_e_do_panorama_de_aplicacao_no_direito_brasileiro_-_Analise_da_convergencia_entre_o_civil_law_e_o_common_law_e_dos_problemas_da_padronizacao_decisoria>. Acesso em: 30 ago. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Coelho; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigiosidade em massa e repercussão geral no Recurso Extraordinário. *Revista de Processo – REPRO*, São Paulo, ano 34, n.177, p. 9-46, nov. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD*, v. 2, n. 1, p. 64-71, já./jun. 2010. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776/0>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

VIRGÍLIO, Renata Espíndola. *Processo jurisdicional democrático: desenvolvimento e fundamentos de um novo modelo de processo civil à luz do Estado Constitucional como meio de legitimação das decisões do Poder Judiciário*. 2013. 208 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13378/1/2013_RenataEspindolaVirgilio.pdf>. Acesso em: 11 set. 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: Civil Law e Common Law. *Revista de Processo*, v. 172, p. 121, jun. 2009. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_como_objetivos_do_direito_civil.pdf>. Acesso: 25 jul. 2018.

WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). *Weber: Sociologia*. 5. ed. São Paulo: Ática, 1991. (Coleção Grandes Cientistas Sociais) Cap. 4, p. 128-141. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/291528/mod_resource/content/1/Weber%20Os%20tr%C3%AAAs%20tipos%20de%20domina%C3%A7%C3%A3o%20leg%C3%ADtima.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2018.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Vieses da justiça. Como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.