V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

ACESSO À JUSTIÇA

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

HENRY JAVIER TRUJILLO AROCENA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174
Acesso à Justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM/Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Henry Javier Trujillo Arocena, José Querino Tavares Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-215-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Justiça. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

ACESSO À JUSTIÇA

Apresentação

En las presentaciones realizadas se puede ver análisis que recorren distintos niveles de temas dentro del concepto de acceso a la justicia. De manera general, se pueden distinguir cuatro aspectos que han motivado el trabajo de los ponentes. Un aspecto que se podría llamar "procesal" refiere a los institutos procesales disponibles dentro del Poder Judicial y dentro del sistema institucional como un todo. Básicamente, éstos refieren a diferentes tipos: los mecanismos alternativos tales como el arbitraje, conciliación y mediación; los juzgados especiales, y los institutos de acción colectiva o de público interés. Quienes expusieron sobre estos temas estaban preocupados sobre todo por la eficiencia y eficacia de estos instrumentos procesales, particularmente los primeros –la mayoría de los trabajos refirió a ellos- debido principalmente a la reciente entrada en vigencia del Código del Proceso Civil en Brasil (CPC) que ha incluido innovaciones en los procedimientos de conciliación y mediación, en busca de facilitar la entrada al sistema legal por parte, especialmente, de aquellas personas y grupos más vulnerables. Los mecanismos de autocomposición son vistos como una forma prometedora de enfrentar el crecimiento y complejidad de las demandas que enfrenta el Poder Judicial. En general, estos trabajos concluyen que estas herramientas son un avance, aunque todavía insuficientes.

Un segundo tipo lo constituyen las acciones colectivas, incluyendo acciones de masa. También aquí el CPC incluye innovaciones cuyo efecto se verá en el futuro, y también aquí quienes abordan el tema observan limitaciones en el diseño del instituto. El tercer tipo, dado por los juzgados especiales, ha sido objeto de un trabajo que también observa el funcionamiento de la Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU), encontrando que ha adoptado formas novedosas de unificación de jurisprudencia y de generación de parámetros de actuación, facilitando soluciones más próximas a las necesidades de los justiciables y también más rápidas.

Más allá de los instrumentos procesales, un trabajo tomó en cuenta el papel de las Defensorías públicas como mecanismo de acceso a la justicia, especialmente para personas más vulnerables. Se encuentra que, a pesar de la existencia de recomendaciones internacionales sobre la necesidad de este mecanismo, y de que estas fueron incorporadas en

la Constitución, la implementación de la institución es deficiente en buena medida, teniendo cobertura solo en una fracción del territorio, y con problemas de funcionamiento en muchas partes.

De hecho, los problemas de calidad del diseño y la implementación de instrumentos procesales, y de los propios organismos con funciones en el acceso a la justicia, son observados reiteradamente por los ponentes. Se señala justamente que el acceso no puede reducirse solo a la admisión en el proceso, sino que incluye también el modo de ser del proceso, la justicia del resultado y su utilidad. Los distintos trabajos sugieren que la promulgación de disposiciones legales es un paso adelante, pero notoriamente insuficiente si no es acompañada de otros procesos de cambio. Todo esto lleva a complejizar el concepto de acceso a la justicia, complejización que refleja la de la sociedad que demanda ese acceso, que según ven varios de los ponentes se ha vuelto más diferenciada y múltiple.

En este sentido, un trabajo se apoya en la teoría de los juegos para aludir a la existencia de ciertas formas de cultura legal que tienden a identificar acceso a la justicia como acceso a un litigio que, en tanto conflicto, solo puede ser resuelto por adjudicación, aplicando la fuerza del Estado. En cambio, los modelos de autocomposición presuponen la posibilidad de comportamiento cooperativo, que resulta difícil de conciliar con el paradigma imperante.

Finalmente, dos trabajos se han referido a los temas planteados por los enfoques neo constitucionalistas. Uno de ellos analiza los dilemas distributivos que se plantean frente a la actuación del Poder Judicial en el acceso a medicamentos y servicios médicos de alto costo, proponiendo la aplicación de la teoría de la justicia de Rawls como forma de decidir la asignación de recursos escasos frente a la judicialización de estas demandas. El otro trabajo explora la inobservancia de disposiciones positivas, especialmente de la audiencia preliminar, desde la perspectiva de Luigi Ferrajoli.

De hecho, el GT propuesto Acceso a la Justicia afirma cada vez más como un espacio de discusión no sólo de acceso a los tribunales como una herramienta para producir la justicia, que no pocas veces produce exactamente lo contrario, pero, sobre todo, la construcción la ciudadanía y la necesidad de aumentar las oportunidades de acceso a los sistemas de justicia. Esto sólo será efectiva como cuando el monopolio de decir lo que es correcto para migrar a una mayor comprensión de lo que es correcto y por lo tanto no sólo ellos mismos tienen que cambiar las fuentes tradicionales del derecho, tales como, en particular, la expansión de los actores inherente a la toma de decisiones y constructivo proceso de su fuente más recurrente, la ley.

Montevidéu

Prof. Dr. Henry Trujillo - UDELAR

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG/PUCPR

O CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA E A INOBSERVÂNCIA DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

THE PRINCIPIALIST CONSTITUTIONALISM AND FAILURE TO COMPLY WITH THE PRELIMINARY HEARING IN THE CIVIL PROCEDURE CODE 1973

Michelle Fernanda Martins [1]
Diógenes Vicente Hassan Ribeiro [2]

Resumo

O presente artigo pretende abordar a razão de algumas decisões judiciais não respeitarem as normas positivadas, que possuem fundamento na Constituição, enfocando, especialmente, o instituto da audiência preliminar trazido por uma reforma legislativa no ano de 2002 ao antigo diploma processual civil (CPC/1973), que teria seu fundamento constitucional estipulado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal (acesso à justiça). O artigo analisa o acesso à justiça e a audiência preliminar como sendo representativos do constitucionalismo juspositivista defendido por Luigi Ferrajoli. Questionam-se ainda quais serão as consequências da audiência de conciliação trazidas pelo novo diploma processual civil (NCPC/2015).

Palavras-chave: Audiência preliminar, Acesso à justiça, Juspositivismo

Abstract/Resumen/Résumé

This article seeks to address why some judicial decisions do not meet positive standards, which have foundation in the Constitution, focusing especially the institution of preliminary court hearing brought by a legislative reform in 2002 the old civil procedural law (CPC /1973), which would have his constitutional grounds stipulated in article 5, XXXV, of the Federal Constitution (access to justice). The article analyzes the access to justice and the preliminary court hearing as representative of juspositivism constitutionalism defended by Luigi Ferrajoli. It also asks what will be the conciliation hearing of the consequences brought by the new civil procedural law

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Preliminary court hearing, Acess to justice, Juspositivism

[1] Mestranda em Direito e Sociedade pelo Unilasalle, Advogada; michifm@gmail.com. Bolsista CAPES.

[2] Professor permanente do PPGD Direito e Sociedade UNILASALLE/Canoas/RS. Mestre e Doutor em Direito, Desembargador do TJRS; diogenes.ribeiro@unilasalle.edu.br

1 – Introdução

Embora o século XX tenha sido marcado pelo positivismo jurídico, que defendia a supremacia da lei, assim como, no século XXI, haja o reconhecimento da supremacia da Constituição, no movimento denominado "jusconstitucionalismo", continuam-se verificando aplicações da lei que não respeitam as normas positivadas.

Algumas vezes, ocorre a inaplicabilidade destas normas positivadas, ainda que estas estejam previstas ou tenham seu fundamento estipulado na Constituição Federal, lei superior que subordina todas as demais, no modelo jurídico brasileiro.

Assim sendo, mostra-se intrigante saber qual a razão desta não aplicabilidade das normas positivadas constitucionalmente e/ou infraconstitucionalmente. Para elucidar esta questão, pretende-se pesquisar e analisar a não aplicabilidade pelos órgãos julgadores da audiência preliminar prevista no antigo Código de Processo Civil (CPC/1973), no artigo 331[1], introduzida/renovada por uma reforma legislativa no ano de 2002, embora esta seja uma norma cogente (de disposição obrigatória), e possua fundamento constitucional no artigo 5º, inciso XXXV[2], da Constituição Federal, onde é assegurado o acesso à justiça[3].

Pretende-se ainda abordar esta questão, da não aplicabilidade das normas positivadas, em conformidade à teoria de Luigi Ferrajoli, quando analisa o garantismo e divide as novas concepções de direito em "constitucionalismo jusnaturalista/principialista" e "constitucionalismo juspositivista"[4]. Esta abordagem é devido ao acesso à justiça ser um direito fundamental garantido pela Constituição e acreditar-se, a princípio, que a não aplicabilidade da audiência preliminar violaria este direito.

Por fim, pretende-se contrapor a audiência preliminar do antigo CPC/1973 (Lei 5.869/73) com a audiência de conciliação prevista na no novo CPC (Lei 13.105/2015), verificando quais seriam as novas perspectivas no tema do acesso à justiça.

---

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

[2]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:
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[3]Este dispositivo constitucional inclusive é utilizado como fundamento pelo CNJ, na Resolução n 125, quando estabelece as políticas de mediação e conciliação.

[4]Entende-se a concepção do constitucionalismo juspositivista como mais adequada, já que preconiza o respeito das normas positivadas em conformidade com as normas constitucionais, atendendo assim ao constitucionalismo rígido, sem alargar a margem de interpretação do julgador.

2 – Positivismo Jurídico e o Juscontitucionalismo

O positivismo jurídico foi a ideologia democrática dominante no ocidente durante o século XX, significando uma ruptura com o direito natural (PERELMAN, 1998, p. 91). Importante destacar que este positivismo jurídico representou uma conquista, já que respaldou a legalidade, através de processos de codificação e surgimento de textos constitucionais, trazendo o modelo de Estado de Direito (BARBOSA, 2013, p. 262).

Contudo, com o advento da Segunda Guerra Mundial, verifica-se o enfraquecimento do positivismo jurídico, já que muitas das atrocidades, como, por exemplo, a execução dos judeus, eram cometidas em nome da "lei", conforme vemos no julgamento de Adolf Eichmann, em Jerusalém, onde este defende, em seu julgamento, que estaria tão somente "cumprindo ordens", "cumprindo seu dever" e "obedecendo a lei" (ARENDT, 2014, p. 152).

Desta forma, na experiência do constitucionalismo do século XX, no pós-guerra, surgiu o "constitucionalismo jurídico" ou "jusconstitucionalismo", o que significa um sistema jurídico e/ou uma teoria de direito baseado em Constituições rígidas. Isso significa que há uma lei superior à lei ordinária, ou seja, a lei ordinária encontra-se subordinada à lei superior, já que há *"um conjunto de limites e vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas supraordenadas"*(FERRAJOLI, 2012, p. 14,17). Significa também que a Constituição só poderá ser modificada através de um processo dificultoso e solene[5].

Enquanto o positivismo jurídico trouxe o "ser", o "Estado Legal de Direito" ou "Estado legislativo de Direito", privado de Constituição ou dotado de Constituição flexível, o constitucionalismo trouxe o "dever ser", o "Estado Constitucional de Direito" (FERRAJOLI, 2012, p. 17), dotado de Constituições rígidas, que impõe uma série de limites e vínculos as outras leis.

A título apenas de esclarecimento, para evitar problemas terminológicos, destaca-se também que, no pós-guerra, surgiu o "constitucionalismo político", que significa: (a) separação de poderes e (b) direitos fundamentais, aspectos comuns das diferentes concepções de constitucionalismo e Constituição (FERRAJOLI, 2012, p. 13-15).

[5]No caso brasileiro, só é possível que esta modificação da Constituição ocorra após votação em cada Casa do Congresso nacional, em dois turnos, e for aprovado por três quintos dos membros (artigo 60, §2º, CF). No entanto, é vedada a modificação das cláusulas pétreas (artigo 60, §4º, CF).

Quanto ao constitucionalismo jurídico, Luigi Ferrajoli destaca que existem duas maneiras de ver o constitucionalismo atual: **(a) o neoconstitucionalismo** – que significaria superação do modelo positivista e o **(b) juspositivismo** – que significaria a complementação e a expansão do conteúdo do positivismo (FERRAJOLI, 2012, p. 13). Por isto, este autor formula as ideias de "constitucionalismo principialista/jusnaturalista" e "constitucionalismo positivista" para explicar estas duas correntes, razão pela qual passa-se a analisar esta ideia no próximo ponto do presente trabalho.

3 – Constitucionalismo Garantista e Constitucionalismo Principialista

3.1. Constitucionalismo Principialista/Jusnaturalista

O constitucionalismo principialista significaria uma superação do positivismo jurídico. No entanto, os defensores desta corrente não se dizem antipositivistas, mas sim "não positivistas" ou "pós-positivistas". Estes autores[6] defendem que grande parte das normas constitucionais são princípios de caráter ético-político, como a igualdade, a dignidade das pessoas e os direitos fundamentais e, portanto, direito e moral estariam conectados. O constitucionalismo principialista rompe com o principal traço característico do positivismo jurídico, que é a separação de direito e moral (FERRAJOLI, 2012, p. 17-20).

Outro traço característico do constitucionalismo principialista é adoção de uma distinção forte, qualitativa e estrutural entre princípios e regras, sendo os primeiros objeto de ponderação, enquanto as segundas são aplicadas pelo exercício da subsunção (FERRAJOLI, 2012, p. 17, 20).

Do mesmo modo, vêem as normas constitucionais como princípios e, portanto, estas também podem ser objeto de ponderação, se mostrando necessária a teoria da argumentação e as práticas argumentativas. Desta forma, a concepção do direito seria confiada, sobretudo, a interpretação dos juízes (FERRAJOLI, 2012, p.20-21). Assim sendo, o constitucionalismo principialista/jusnaturalista se caracterizaria pelos seguintes aspectos:

> (a) pelo ataque ao positivismo jurídico e à tese de separação de direito e moral;
> (b) pelo papel central associado à argumentação a partir da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios, entre eles em virtual conflito, que são objetos de ponderação, e não de subsunção; e

[6]Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky e Manuel Atienza

> (c) pela consequente concepção de direito "como uma prática jurídica", confiada, sobretudo, à atividade dos juízes (FERRAJOLI, 2012, p. 21)

Em contraposição ao constitucionalismo principialista, há o constitucionalismo garantista, que será explicado a partir de agora.

3.2. Constitucionalismo Garantista/Juspositivista

O constitucionalismo garantista ou constitucionalismo juspositivista, por sua vez, é um reforço do positivismo jurídico. Os direitos fundamentais foram colocados nas Constituições e, portanto, foram positivados (FERRAJOLI, 2012, p. 22-23).

Com o constitucionalismo garantista, há uma submissão da produção normativa não só a regras formais, como também há regras substanciais. O positivismo não é mais o "ser", mas também o "dever ser". Isto é, a legalidade não é mais condicionante, mas também condicionada para a sua própria validade, estando sujeita ao direito e ao controle de constitucionalidade (FERRAJOLI, 2012, p. 22-24).

O constitucionalismo juspositivista passa a ser visto através de três significados:

(a) modelo de direito: há a positivação dos princípios que devem orientar toda a produção normativa. Forma-se um sistema de limites e vínculos impostos pelas Constituições rígidas a todos os poderes e que devem ser garantidos pelo modelo constitucional (FERRAJOLI, 2012, p. 24);

(b) teoria de direito: há divergência entre o "ser" e o "dever ser". O constitucionalismo garantista se caracteriza pela diferença de validade e vigência, pois admite a existência de normas vigentes porque em conformidade com as normas procedimentais de sua formação e inválidas porque incompatíveis com as normas substanciais sobre a sua produção[7]. Desta forma, procura evitar lacunas e antinomias (FERRAJOLI, 2012, p. 24);

(c) teoria e filosofia política: consiste na teoria da democracia substancial, além da formal. Articula-se sobre quatro classes de direito: políticos, civis, de liberdade e sociais. Estas quatro classes de direito não só são valores objetivos, como são conquistas históricas, resultados das lutas e revoluções de muitas gerações (FERRAJOLI, 2012, p. 25).

[7]Um bom exemplo disto é a Lei 11.705/08 (Lei Seca) que, logo que foi instituída, reformou o artigo 277, §3º, do CTB e determinou a penalização de quem se recusasse a realizar o teste do bafômetro, assim violando o dispositivo constitucional que assegura ao indivíduo o direito de não produzir prova contra si (artigo 5º, LVII e LXIII, CF). Embora a lei estivesse vigente, era inválida, pois não respeitava norma substancial disposta na Constituição, razão pela qual foi modificada posteriormente.

Nestas três concepções, o constitucionalismo é *"um projeto normativo que exige ser realizado através da construção, mediante políticas e leis de atuação, de idôneas garantias e de instituições de garantia"* (FERRAJOLI, 2012, p. 25). Conforme refere Luigi Ferrajoli, *"o garantismo é a outra face do constitucionalismo"* (FERRAJOLI, 2012, P. 25).

3.3. Conclusão: distinções entre o constitucionalismo principialista e o constitucionalismo juspositivista

Portanto, as principais distinções entre o constitucionalismo principialista e o constitucionalismo juspositivista:

(a) a separação ou não entre direito e moral: para os constitucionalistas principialistas, o ordenamento jurídico satisfaz um "mínimo ético" ou "princípios de justiça" e, portanto, direito e moral estariam conectados. Para os juspositivistas, a positivação dos princípios-éticos como normas constitucionais reforça o positivismo e estabelece a distinção entre direito e moral (FERRAJOLI, 2012, p. 27-33);

(b) a concepção sobre regras e princípios e a centralidade conferida à sua distinção qualitativa: para os principialistas, os princípios são objetivos políticos, valores morais e direitos fundamentais. Enquanto as regras estão adstritas aos casos, os princípios se respeitam, se pesam e se ponderam (FERRAJOLI, 2012, p. 35). Para Luigi Ferrajoli[8], defensor do constitucionalismo juspositivista, esta distinção não é boa o suficiente, pois quando há a violação de um princípio, ele se comporta como regra, assim como, muitas vezes, os princípios se comportam como regras. Afirma ainda que, nas regras, também pode ocorrer uma indeterminação/generalidade/ponderabilidade (FERRAJOLI, 2012, p. 37-38). Além disso, Luigi Ferrajoli destaca que há um aspecto ainda mais perverso da abordagem antipositivista e principialista das Constituições, que seria a ideia de que as normas constitucionais não são rigidamente vinculantes, mas princípios, pois isto desenvolve uma "jurisprudência inventiva", trazendo princípios que não estão escritos na Constituição, como, por exemplo, o "princípio da paternidade responsável" ou o "princípio da situação excepecional" (FERRAJOLI, 2012, p. 44-45);

[8]Este autor cria uma nova conceituação, dividindo os princípios da seguinte forma: **(a) princípios diretivos:** valores ou diretivas de caráter político. Seriam normas "marginais" e correspondem a expectativas genéricas e indeterminadas; **(b) princípios reguladores:** são princípios inderrogáveis. São os limites e vínculos (proibição de lesão e obrigação de prestação). São expectativas específicas e determinadas; **(c) direitos sociais:** estão no meio termo. São reguladores no SE (se serão implementados), mas imperativos no QUANDO e no COMO (FERRAJOLI, 2012, p. 47-48).

(c) o papel da ponderação, em oposição à subsunção, na prática jurisprudencial: para os principialistas, os princípios são objeto de ponderação, enquanto, para os juspositivistas, os princípios são objeto de aplicação, sendo que o que é ponderado são as "circunstâncias do caso" e não os "princípios", os quais se encontram em uma relação de sinergia (FERRAJOLI, 2012, 45, 52).

Por fim, a ideia de que os princípios constitucionais são objeto de ponderação ao invés de aplicação ou de que estes poderiam ser ponderados por princípios morais elaborados pelos juízes gera um perigo para a independência da jurisdição e para a sua legitimidade política. Se há uma sustentação de que os juízes não devem se limitar a interpretar as normas de direito positivo, mas estão habilitados a criá-las, mostra-se violada a separação dos Poderes, o que poderia significar um argumento a favor da investidura política no Judiciário ou a sua colocação como dependente do Executivo, o que seria arriscado (FERRAJOLI, 2012, p. 45-46).

Desta forma, verifica-se um enfraquecimento do caráter vinculante das normas cognitivas, assim como do caráter cognitivo da jurisdição, o que facilitaria o ativismo judicial e/ou a discricionariedade judiciária (FERRAJOLI, 2012, p. 45). Luigi Ferrajoli destaca ainda que não podemos negar, desconsiderar ou subestimar o papel da discricionariedade judiciária, o qual é inquestionável, de modo que o autor destaca que existem três espaços fisiológicos e que não podem ser suprimidos da discricionariedade judiciária:**(a) poder de qualificação jurídica** – interpretação da lei; **(b) poder de verificação factual** – valoração das provas; **(c) poder equitativo de conotação dos fatos verificados** – espaços de compreensão e ponderação das condutas irregulares e irrepetíveis de cada fato (FERRAJOLI, 2012, p. 45-47). Oportuno ressaltar que o autor refere que não critica a ponderação em si na atividade de produção do direito, mas *"à excessiva ampliação deste papel na atuação legislativa e na interpretação judicial das normas constitucionais"* (FERRAJOLI, 2012, p. 47).

Entendidos os conceitos de constitucionalismo principialista e constitucionalismo juspositivista, assim como as suas distinções e suas possíveis consequências/perigos, entende-se necessário entender o instituto da audiência preliminar e como a sua não aplicação poderia representar o não respeito ao constitucionalismo juspositivista e uma incidência do constitucionalismo principialista, já que é desrespeitado direito fundamental do indivíduo estipulado na Constituição (acesso à justiça – art. 5º, inciso XXXV, CF) e estipulado no Código de Processo Civil de 1973 (art. 331, CPC/1973), mediante uma excessiva ampliação na atuação do papel interpretativo jurisprudencial, se tornando direito apenas aquilo que os tribunais dizem que é direito.

4 – A audiência preliminar no processo civil e o acesso à justiça

A Lei 8.952/94 alterou a redação do artigo 331 do Código de Processo Civil de 1973, introduzindo a audiência de conciliação, procurando assim resgatar a tentativa conciliatória de tradição luso-brasileira (CORDEIRO, 1999, p. 29).

A redação do artigo 331 prevista pela Lei 8.952/94 preconizava que se a causa não comportasse julgamento antecipado da lide ou não fosse causa de extinção do processo, assim como se a demanda versasse sobre direitos disponíveis, o juiz designaria a audiência de conciliação. Esta audiência ocorreria no prazo máximo de 30 (trinta) dias, sendo que deveriam comparecer as partes ou os seus procuradores, habilitados a transigir[9].

Se fosse possível obter a conciliação, esta seria reduzida a termo e remetida ao juiz para homologação da sentença. Não sendo possível obter um acordo, o magistrado deveria fixar os pontos controvertidos, decidir questões processuais pendentes e determinar provas a serem produzidas. O julgador deveria também designar audiência de instrução.

Posteriormente, o artigo foi modificado pela Lei 10.444/02, quando foi alterada a redação do *caput*[10] e introduzido um novo parágrafo (§3º)[11], que passou a designar a audiência de conciliação para audiência preliminar.

A redação do *caput* alterou a expressão antiga "direitos disponíveis" para "direitos que admitam a transação", procurando assim uma maior clareza. O parágrafo 3º, por sua vez, trouxe duas excludentes para a dispensa da audiência preliminar, que seriam: (a) se o direito não admitir a transação; (b) se as circunstâncias da causa evidenciarem ser impossível obter a conciliação.

---

[9] Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de 30 (trinta) dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.". (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)
§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)
§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

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

[11] § 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

A sistemática, portanto, continuou a mesma. O que foi modificado foi a denominação do instituto - que virou audiência preliminar - e a introdução de uma nova excludente para a sua dispensa - quando as circunstâncias mostrassem ser inviável a obtenção da conciliação -.

Contudo, essa nova excludente gerou uma certa desordem, pois alguns doutrinadores e julgadores compreenderam que a audiência preliminar seria sempre facultativa, embora o texto legal assim não dispusesse. O *caput* do artigo 331 estabelece, com clareza, que *"o juiz designará a audiência preliminar"*. As únicas hipóteses em que a audiência preliminar é dispensável é nas excludentes estipuladas no parágrafo terceiro e que consistem em: (a) quando envolver direitos que não admitem a transação; (b) quando for improvável a obtenção da conciliação. Ao ler o texto legal do Código de Processo Civil de 1973, portanto, não se verifica qualquer hipótese em que o julgador pode, por livre e espontânea vontade, decidir não realizar a audiência preliminar.

Deve-se ressaltar ainda que a audiência preliminar não servia somente para realizar a conciliação entre as partes, mas também para sanear o processo, resolvendo questões pendentes e dando seguimento ao processo.

Porém, alguns doutrinadores e magistrados ampliaram a margem de interpretação, referindo que a audiência preliminar era facultativa em qualquer caso. A exemplo de doutrinadores, pode-se citar Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, que referem que a audiência preliminar é uma faculdade do magistrado (MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 332).

Para argumentar esta facultatividade da audiência preliminar, os autores citam o julgamento do REsp. 790.090/RR (1ª Turma do STJ). Todavia, lendo-se o inteiro teor do acórdão, verifica-se que, naquela situação, a audiência preliminar foi dispensada, pois estavam em discussão direitos insuscetíveis de transação, enquadrando-se assim na excludente do parágrafo terceiro. A decisão do REsp. 790.090/RR, em nenhum momento, cita ser a audiência preliminar dispensável em qualquer caso. Apenas refere que, naquela situação, poderia o instituto ser dispensado.

Outros autores, como Sérgio Bermudes, defende ser a audiência preliminar obrigatória. Porém, o autor refere que, se a causa versar sobre direitos que não admitem transação ou ser improvável a obtenção de conciliação, existiria uma exceção, podendo o julgador dispensá-la (BERMUDES, 2010, p. 195).

Possivelmente, esta desordem ocorre em razão do valor subjetivo que se encontra no texto legal, quando refere a "improbabilidade", sem especificar o que seria esta

improbabilidade. Contudo, o valor subjetivo do texto legal não autoriza a dispensa da audiência preliminar em qualquer hipótese.

Todavia, embora obrigatória a realização de audiência preliminar, conforme disposto no artigo 331 do CPC, o que se verifica é que alguns julgadores entenderam que a realização desta audiência seria facultativa. A título de exemplo, ao pesquisar no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, local onde a pesquisa está sendo desenvolvida, com as palavras chaves "audiência preliminar" e "não obrigatoriedade", sem delimitar marco temporal, encontram-se cinco decisões: Agravo de Instrumento nº 70019133883, Agravo de Instrumento nº 70019560226, Apelação nº 70038531653, Apelação Cível nº 599345253 e Agravo de Instrumento nº 599134251.

As decisões proferidas quanto à audiência preliminar no Agravo de Instrumento nº 70019133883, Agravo de Instrumento nº 70019560226 e Apelação nº 70038531653 são decisões monocráticas, onde o julgador relata que a designação da audiência preliminar não é obrigatória, podendo o magistrado analisar a conveniência da designação da audiência, podendo dispensá-la se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável a conciliação. Todavia, ao analisar o inteiro teor destas decisões, não são citadas quais seriam estas circunstâncias que evidenciavam a impossibilidade da conciliação. Nestes julgados, tão somente são citadas outras decisões[12] que embasariam esse entendimento.

A decisão proferida quanto à audiência preliminar na Apelação Cível 599345253 julgou que a decisão de primeiro grau estava correta, pois o julgador de primeiro grau tinha decidido pelo julgamento antecipado da lide. Embora este procedimento esteja correto, conforme afirmado pelos artigos 329, 330 e 331 do Código de Processo Civil de 1973, que dispõe que ocorrerá a audiência preliminar se não for caso de extinção do processo ou de julgamento antecipado da lide, é importante destacar o argumento levantado pelo julgador nesta decisão.

O julgador refere que a audiência preliminar é facultativa, sustentando que, se as partes desejassem a conciliação, poderiam ter requisitado a realização da audiência, assim como homologado acordo extrajudicial. Com todo respeito ao argumento trazido pelo decisor, verifica-se que este não tem qualquer amparo legal. Além disso, não fosse a intenção do legislador que o juiz promovesse a conciliação entre as partes, assim não estaria estipulado no artigo 331 do Código de Processo Civil de 1973. O que se verifica, no texto legal, é uma clara

[12] Apelação Cível 70013374889, Apelação Cível 70012763173, Apelação Cível 70010628931, Apelação Cível 7001055147

tentativa de estabelecer uma postura mais conciliatória no processo, por meio do juiz, ao invés da tradicional animosidade entre as partes.

Quanto ao Agravo de Instrumento 599134251, não há inteiro teor no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não sendo possível analisá-lo neste momento.

Estes resultados quanto aos julgados são somente iniciais, sendo necessária uma pesquisa muito mais ampla[13] para que se extraiam conclusões a respeito do tema (aplicabilidade da audiência preliminar). No entanto, objetivando não tornar o trabalho muito exaustivo, alguns apontamentos iniciais acerca destas decisões serão feitos.

É possível constatar que, assim que é elaborada uma nova legislação ou feita uma reforma nesta legislação, a sua incorporação no sistema jurídico sofre uma certa resistência, em especial, pelo Poder Judiciário, como é o caso da aplicabilidade obrigatória da audiência preliminar e da tentativa de conciliação entre as partes.

Do mesmo modo, verifica-se que, em alguns casos, os julgadores não respeitam os dispositivos legais, talvez pela subjetividade do texto legal; porém, isto estende a margem de interpretação e termina por gerar decisões em contraposição ao estipulado em lei, o que poderia caracterizar o constitucionalismo principialista acima descrito, já que o direito passa a ser *"o que os tribunais dizem o que é"* e não o que está estipulado legal ou constitucionalmente. No caso analisado, quando os juízes decidem sobre a obrigatoriedade ou facultatividade da audiência preliminar, sem respeitar o texto legal, acabam por alargar a margem de interpretação indevidamente.

Essa não observância ao texto legal é não somente quanto ao estipulado no artigo 331 do Código de Processo Civil de 1973, mas também em relação a previsão constitucional do artigo 5º, inciso XXX[14], que estipula o direito de acesso à justiça, assim também não sendo observado o "constitucionalismo juspositivista" pelos tribunais, que se entende como a posição mais adequada, por pregar o respeito às normas constitucionais.

Na clássica obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, são estipuladas três ondas para caracterizar o acesso à justiça. A primeira onda diria respeito à assistência jurídica aos pobres, a segunda onda se referiria à representação correta dos interesses difusos e a terceira onda seria uma busca a efetividade dos direitos, ou seja, uma reforma interna no processo na busca da efetiva tutela jurisdicional (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, P. 31-73).

[13] O objetivo é, a princípio, analisar decisões do STJ, do TJRS e do TJSP, quanto à aplicabilidade da audiência preliminar, ao longo da pesquisa. Escolhe-se o STJ por ser um tribunal superior, o TJRS por ser o local onde a pesquisa está sendo realizada e o TJSP em razão do elevado número de processos que deve julgar.

[14] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

A conciliação estaria enquadrada na terceira onda, pois busca uma efetiva tutela jurisdicional, procurando diminuir o elevado número de processos no Poder Judiciário, assim como oferecer as partes a possibilidade delas construírem a solução de seus problemas, através de concessões mútuas, dando uma maior dinamicidade ao direito.

Conforme Napoleão Nunes Maia Filho, a audiência preliminar tinha como objetivo a composição entre as partes, referindo que a conciliação sempre foi um anseio dos estudiosos do processo e dos magistrados, por representar *"a forma ideal de composição de litígios"* (MAIA FILHO, p. 125). Humberto Theodoro Junior refere que a audiência de conciliação, introduzida pela Lei 8.952/94, já procurava a autocomposição de litígios (THEODORO JUNIOR, 2012, p. 429).

A audiência preliminar objetivava a pacificação das partes e a promoção da conciliação, através de concessões mútuas, assim como objetivava a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva e, consequentemente, a efetivação do acesso à justiça. Como consequência disto, o instituto procurava também tornar o processo mais célere e menos oneroso para a parte desfavorecida, assim como reduzir a sobrecarga processual.

Ainda que se possa alegar que a imposição da audiência preliminar e/ou audiência de conciliação violasse o acesso à justiça, por impor à parte algo que não deseja (conciliar) e poder tornar o processo mais lento, entende-se que esta argumentação não se sustenta, pois, ao estabelecer uma audiência inicial com este objetivo (conciliar), é dado as partes a oportunidade de dialogarem, assim como também é dado a oportunidade de estas dialogarem conjuntamente ao julgador. Este diálogo permitirá dar andamento ao processo da forma que for mais adequada, conforme os interesses das partes, quase como um exame preliminar. A relação processual se mostrar célere e rápida de nada adianta, se a prestação jurisdicional não for bem prestada.

Assim sendo, entende-se que a inobservância da audiência preliminar seria uma caracterização do constitucionalismo principialista, o que seria perigoso, pois o direito vira aquilo que os tribunais dizem que é direito, sem observância aos preceitos constitucionais, em especial, sem observância ao acesso à justiça.

No entanto, deve-se ressaltar que este é um apontamento apenas inicial que demanda maiores reflexões e pesquisas. Porém, estas observações iniciais trazem indagações acerca da audiência de conciliação, instituída pelo novo diploma processual civil publicado no ano de 2015 (NCPC/2015), ponto que passa a ser analisado abaixo.

5 - A audiência de conciliação no Novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC/2015)

No ano de 2015, foi publicado um novo Código de Processo Civil (NCPC/2015), o qual iniciou a vigorar no presente ano (2016). Um dos grandes enfoques do novo Código de Processo Civil é a instituição da audiência de conciliação, sendo destacada no Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015.

No Anteprojeto, destaca-se que a intenção da audiência de conciliação é alcançar uma maior efetividade na satisfação das partes, a qual se acredita que seja possível, pois a solução do conflito seria criada pelas próprias partes.

Verifica-se, portanto, que novamente se tenta instituir a composição entre as partes, objetivo que já era buscado desde a Lei 8.952/94, de modo que se questiona quais seriam as diferenças trazidas pela audiência de conciliação do novo Código de Processo Civil (NCPC/2015).

No novo CPC, há um desmembramento da audiência de conciliação e da audiência preliminar. Esta encontra-se prevista no artigo 357, §3º[15], sendo realizada na fase de saneamento do processo, só devendo ser realizada quando existir complexidade em matéria de fato ou de direito. Aquela é instituída no artigo 334 do diploma processual e deve ser designada com antecedência mínima de 30 (trinta) dias[16].

Além disso, no parágrafo 2º, há a menção a possibilidade de existir mais de uma sessão destinada à conciliação ou mediação, caso isso se mostre necessário, com o único requisito de que esta designação não exceda a dois meses da data da primeira sessão de mediação ou conciliação.

O parágrafo oitavo[17] do artigo 334 do Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015) estabelece ainda que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu é considerado ato atentatório da dignidade da justiça, podendo inclusive ser sancionado com multa que será revertida em favor do Estado.

---

[15] § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

[16] 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

[17] 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.

É possível vislumbrar que as regulamentações trazidas pelo NCPC/2015, no que tange à audiência de conciliação, são mais impositivas, procurando garantir efetivamente a observância do instituto e, por consequência, do acesso à justiça.

Porém, pergunta-se se estas medidas serão efetivas, já que se suspeita que há uma resistência do Poder Judiciário em aplicar novas legislações logo que estas são introduzidas no ordenamento jurídico. Questiona-se também se não haverá uma resistência dos atores jurídicos e das partes, que poderão indicar o seu desinteresse na tentativa conciliatória (artigo 334, §4º, do novo CPC).

Pensa-se que essa nova tentativa legislativa é válida e objetiva a efetivação do acesso à justiça. Desta forma, acredita-se que é necessário estar atento e analisar como se procederá na interpretação judicial acerca desta nova "audiência de conciliação", para verificar os seus resultados.

6 - Considerações Finais

Conforme se analisou ao longo de todo este trabalho, é possível perceber que, embora seja reconhecida a importância do respeito à lei (na ideia de direito positivo) e à Constituição, na ideia de jusconstitucionalismo (constitucionalismo garantista), é possível considerar que, em alguns entendimentos proferidos em decisões judiciais, há um desrespeito pela norma positivada, seja infraconstitucional seja constitucional. Verifica-se que é possível ocorrer um desrespeito a norma infraconstitucionalmente positivada, ainda que esta tenha seu fundamento estipulado na Constituição.

Dessa forma, tem-se como objetivo investigar qual a motivação desta não aplicação das disposições legais, infraconstitucionais ou constitucionais. Suspeita-se que uma das razões desta não aplicação seria o fato destas disposições serem normas/disposições legais recentes e que, portanto, sofreriam resistência, pelo Poder Judiciário, para serem incorporadas ao sistema do direito. Para analisar esta questão, examina-se o instituto da audiência preliminar, que foi introduzido no diploma processual civil por uma reforma legislativa em 2002, e que objetivava fomentar a conciliação entre as partes, assim reduzindo o grande número de processos que o Poder Judiciário possuía e tornar a prestação jurisdicional mais efetiva.

Ainda, verificamos que a audiência preliminar pode encontrar o seu fundamento no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, já que, na concepção de Cappelletti e Garth,

tal procedimento atenderia a "terceira" onda do acesso à justiça, que estabelece que se deve procurar uma reforma interna no processo na busca da efetiva tutela jurisdicional.

Além disso, quando se estabelece no artigo 331 do Código de Processo Civil, que a audiência preliminar é obrigatória e os julgadores deixam de realizá-la, considerando a facultativa, há uma clara violação do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, à medida que não se leva ao Poder Judiciário a apreciação de lesão ao direito da forma que previsto legalmente. Por consequência, há a violação do acesso à justiça.

Embora estas alterações legais tenham se mostrado necessárias, por problemas apresentados pelo Poder Judiciário (sobrecarga de processos e, por consequência, sua morosidade), a medida não se mostrou satisfatória.

Esta resistência mostrou-se tão forte que, no novo diploma processual civil, que foi publicado em 2015 e iniciou a vigorar em 2016, foi instituída uma nova audiência de conciliação entre as partes, onde se deverá buscar a composição amigável entre as partes, sendo inclusive estipulado multa a parte que não comparecer neste ato.

Contudo, face as suspeitas da resistência à aplicação de novas legislações, resta aguardar e verificar se o instituto será cumprido e a conciliação das partes será buscada. No caso do novo diploma processual civil, se mostra ainda mais necessário realizar a pesquisa e ficar atento, pois, além da resistência do órgão julgador, suspeita-se que poderá haver uma resistência das partes e seus procuradores ao novo instituto.

No entanto, como dito acima, estas considerações são iniciais, sendo que é necessário desenvolver uma pesquisa e um trabalho muito mais extensos, para ver se as assertivas aqui trazidas realmente se confirmam ou se poderá se chegar a novas conclusões.

Referências Bibliográficas:

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BARBOSA, Paulo Roberto Fonseca. O garantismo como mecanismo de negação do simbolismo constitucional ante o advento do neoconstitucionalismo brasileiro. In: COELHO NETO, Ubirajara (Org.) **Temas de Direito Constitucional: Estudos em homenagem ao Prof. Carlos Rebelo Júnior.** Aracaju: EVOCATI, 2013.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 5.869,** de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 13.105,** de 29 de novembro de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 790.090/RR.** Recorrente: Estado de Roraima. Recorrido: Maria de Nazaré dos Santos Magalhães e Outros. Relator: Tasso Denise Arruda. Brasília, 02 de agosto de 2007. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento 70019133883.** Agravante: Pedro Minuzzi Uberti. Agravado: Imigrante – Comercio de Aparas Ltda. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Rio Grande do Sul, 08 de maio de 2007. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento 70019560226.** Agravante: Pedro Minuzzi Uberti. Agravado: Starseg – Comercio e Representações de Comercio de Segurança. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Rio Grande do Sul, 08 de maio de 2007. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento 599134251.** Agravante: Gagifresa Industria Metalúrgica Ltda. Agravado: Cooperativa Vinícola Aurora. Relator: Osvaldo Stefanello. Rio Grande do Sul, 05 de agosto de 1999. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 70038531653.** Apelante: João Ademir Caetano de Oliveira. Apelado: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Rio Grande do Sul, 23 de março de 2011. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 599345253.** Apelante/Apelado: Banco Bradesco S.A.. Apelado/Apelante: Flavio de Lima Pereira. Relator: Carlos Rafael dos Santos Junior. Rio Grande do Sul, 19 de outubro de 1999. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

BERMUDES, Sérgio. **A reforma do código de processo civil.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPPELLETTI**,** Mauro,GARTH**,** Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CORDEIRO, Maria de Fátima Rodrigues Travassos. **Audiência preliminar no procedimento comum ordinário.** Porto Alegre: Síntese, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **A audiência preliminar e a sequência do processo**. Disponível em: http://www.trf5.gov.br/documento/?arquivo=A+audi%EAncia+preliminar+e+a+sequ%EAncia+do+processo.pdf&tipo=p10/ Acesso em: 04 nov 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO; Daniel. **Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica.** Tradução de Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 1998.