



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE
ASSIS

PATRICIA MARTINEZ DOMINGUES

**A DESCONSTRUÇÃO DA CULTURA DO LITÍGIO A PARTIR DO
AFASTAMENTO DA MENTALIDADE ADVERSARIAL SOBRE A
REALIDADE CONFLITIVA**

Uberlândia/MG

2017

PATRICIA MARTINEZ DOMINGUES

**A DESCONSTRUÇÃO DA CULTURA DO LITÍGIO A PARTIR DO
AFASTAMENTO DA MENTALIDADE ADVERSARIAL SOBRE A
REALIDADE CONFLITIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis da
Universidade Federal de Uberlândia, como requisito
para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Daniela de Melo Crosara.

Uberlândia/MG

2017

PATRÍCIA MARTINEZ DOMINGUES

**A DESCONSTRUÇÃO DA CULTURA DO LITÍGIO A PARTIR DO
AFASTAMENTO DA MENTALIDADE ADVERSARIAL SOBRE A
REALIDADE CONFLITIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis da
Universidade Federal de Uberlândia, como requisito
para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Banca de Avaliação:

**Prof. Dra. Daniela de Melo Crosara -
UFU Orientadora**

**Prof. Lincoln Rodrigues de Faria -
UFU Membro**

**Uberlândia/MG, 01 de dezembro
de 2017**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 O CONFLITO E SUAS VIAS DE RESOLUÇÃO.....	9
1.1 UM OLHAR PANORÂMICO DO CONFLITO	9
1.2 MEIOS DE RESTAURAÇÃO DA PAZ SOCIAL.....	15
1.2.1 Autotutela	20
1.2.2 Meios autocompositivos.....	22
1.2.3 Meios heterocompositivos	29
2 A CONSTRUÇÃO DA CULTURA DO LITÍGIO	31
2.1 JURISDIÇÃO ESTATAL.....	32
2.2 O PROTAGONISMO E O DECLÍNO DO PODER JUDICIÁRIO.....	40
2.3 A BUSCA PELO ACESSO À JUSTIÇA	51
3 A ASPIRAÇÃO POR UMA CULTURA NÃO ADVERSARIAL DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS	67
3.1 TÉCNICAS DE AUTOCOMPOSIÇÃO BILATERAL	70
3.1.1 Negociação	70
3.1.2 Conciliação	72
3.1.3 Mediação.....	76
3.2 A IMPLEMENTAÇÃO NORMATIVA DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO PELO PODER PÚBLICO EM ESTÍMULO À CONSENSUALIDADE	82
3.3 ARBITRAGEM	87
3.4 A DESCONSTRUÇÃO DA CULTURA DO LITÍGIO.....	102
CONSIDERAÇÕES FINAIS	109
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	112

RESUMO: Este trabalho possui como objetivo compreender, a partir de pesquisas doutrinárias, as diversas nuances da cultura do litígio vigente em território nacional, bem como visualizar os possíveis caminhos para uma postura não adversarial na resolução das controvérsias, que são inerentes às relações humanas. Inicialmente, analisa-se o conflito como algo natural à organização dos indivíduos em sociedade, e aborda-se os meios existentes de pacificação social. No segundo capítulo, trata-se da cultura da litigância enraizada no Brasil, a partir da análise técnica da jurisdição, e subsequente abordagem acerca do Poder Judiciário como instituição que alcançou o ápice de legitimidade com a Constituição Cidadã de 1988, o que paradoxalmente também contribuiu para o seu declínio, em um contexto de crise estrutural dos Poderes estatais. O capítulo ainda abrange a discussão sobre o acesso à justiça, no sentido mais contemporâneo do termo. A última parte da pesquisa discorre sobre a aspiração por uma cultura não adversarial de resolução das controvérsias, por meio do estudo das técnicas de autocomposição bilateral e da arbitragem, além de se analisar a tentativa do poder público de incentivo à utilização dos meios consensuais de pacificação das contendas. Por fim, expõe-se propostas para a desconstrução da cultura do litígio, expressando-se a necessidade da mudança paradigmática sobre a percepção do conflito.

PALAVRAS-CHAVE: cultura do litígio, conflito, Poder Judiciário, autocomposição, pacificação social, acesso à justiça.

ABSTRACT: The objective of this work is to understand, based on doctrinal research, the different nuances of the culture of litigation present in the national territory, as well as to visualize the possible paths for a non adversarial position in the resolution of the controversies, which are inherent to human relations. Initially, it is analyzed the conflict as something natural of the organization of individuals in society, and also the existing means of social pacification. The second chapter deals with the culture of litigation rooted in Brazil, based on the technical analysis of the jurisdiction, and subsequent approach of the Judiciary as an institution that reached the apex of legitimacy with the Citizen Constitution of 1988, which paradoxically also contributed for its decline, in the context of structural crisis of the state powers. The chapter also covers the discussion on access to justice, in the most contemporary sense of the term. The last part of the research deals with the aspiration for a non-adversarial culture to solve the controversies, through the study of the techniques of bilateral self-composition and arbitration, besides analyzing the attempt of the public power to encourage the use of consensual means of pacification of contentions. Finally, it is exposed proposals for the deconstruction of the litigation culture, expressing the need of paradigm change on the perception of conflict.

KEYWORDS: litigation culture, conflict, Judiciary, self-composition, social pacification, access to justice.

INTRODUÇÃO

A Taxa de Congestionamento do Poder Judiciário referente ao ano de 2016 revelou um percentual de 75% na Justiça Estadual e na Justiça Federal, conforme demonstram os índices de litigiosidade verificados no Relatório Justiça em Números de 2017, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça.¹

Contudo, não é necessária a análise de tais índices para se verificar a litigiosidade que paira no cenário nacional. A cultura adversarial da resolução dos conflitos, admitida com naturalidade pelos cidadãos, mostra-se prejudicial aos operadores do direito, que não conseguem desempenhar satisfatoriamente suas funções, em virtude da proliferação das demandas judiciais em um nível tamanho que acarretam no afogamento dos órgãos jurisdicionais. Entretanto, mais do que isso, evidencia-se uma problemática ainda maior, por ser esta mentalidade extremamente prejudicial aos sujeitos de direito que aguardam dos tribunais congestionados uma solução satisfatória para seus problemas.

Assim, o ponto fulcral do presente trabalho é demonstrar que a via jurisdicional não é a única forma de resolução das contendas sociais, ao contrário do que aparentemente se assimila pela constatação da mentalidade de litigância dos brasileiros. Há meios à disposição dos cidadãos mais adequados à satisfação de seus interesses, que primam pela autonomia de suas vontades.

Destarte, o tema da presente pesquisa se refere à cultura da litigância vigente no território nacional e aos meios existentes de resolução dos conflitos sociais, além de se tratar da busca pelo afastamento da mentalidade adversarial na resolução das controvérsias, que são naturais à convivência em coletividade.

A justificativa para a exploração de tais conteúdos se encontra no fato de o momento presente mostrar-se oportuno para estes estudos, tendo em vista o atual contexto de busca por alternativas à insuficiência de aplicação do método jurisdicional como meio primevo de acesso à justiça, questão esta objeto de amplo debate pelos atuais aplicadores do direito brasileiro. Além disso, soma-se o fato da atualíssima vigência do Código de Processo Civil de 2015 que traz como um de seus nortes a utilização da autocomposição sempre que possível, demonstrando-se a tentativa de afastamento da postura adversarial dos indivíduos.

A importância prático-teórica de se debruçar sobre o exame da cultura do litígio e das modalidades de resolução dos conflitos sociais consiste em vislumbrar a adequação dos

¹ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/justica-numeros-2017.pdf>>. Acesso em: 12/11/2017.

meios de se dirimir os conflitos na sociedade brasileira, no contexto em que atualmente se encontra, através da compreensão dos limites que esbarram nas técnicas abordadas, com o objetivo de suscitar a mudança do panorama da cultura do litígio, de modo a propiciar maior proximidade ao efetivo acesso à justiça.

Logo, a relevância do estudo dos referidos temas se mostra cara não somente aos pensadores do processo civil, ou mesmo aos aplicadores do direito, mas à sociedade como um todo, que sofre diretamente as consequências da hegemônica cultura do litígio vigente no país.

Diante disso, objetiva-se com o presente trabalho compreender os aspectos teóricos sobre a cultura do litígio em voga, bem como traçar quais são os principais mecanismos de pacificação social existentes, a fim de que se visualize a possibilidade de os indivíduos adotarem consentaneamente o método que considerarem mais adequado a trazer uma resposta para sua contenda. Procura-se, ademais, investigar as possibilidades para a desconstrução da referida cultura adversarial e examinar possíveis mudanças de perspectiva sobre a realidade conflitiva.

A fim de alcançar tal desiderato, será realizado o estudo de diversos posicionamentos doutrinários a respeito dos temas que circundam à pacificação social e o acesso à justiça. A metodologia a ser utilizada para tal fim será a pautada na pesquisa bibliográfica, baseada em doutrinas dos processualistas civis e demais juristas de renome, além de se buscar os conteúdos abordados em artigos de conteúdo jurídico e revistas disponíveis em plataformas digitais.

Quanto ao método de abordagem adotado pela pesquisa, será este o dedutivo, por meio do qual se realizará a análise geral da temática para a particular, com a finalidade de se alcançar uma conclusão para a questão trazida, a partir do desencadeamento do raciocínio construído, por meio do enfrentamento do tema sob uma perspectiva teórica.

A discussão inicial do primeiro capítulo se voltará a explorar como o conflito é visto pelos indivíduos. Em sequência, será realizada a análise dos meios de resolução de conflitos, quais sejam a autotutela, os meios autocompositivos e os heterocompositivos, compreensão que se faz necessária para melhor entendimento da aplicação concreta destes meios, através das técnicas de autocomposição bilateral (negociação, conciliação e mediação), no caso dos meios autocompositivos, e da efetivação da tutela jurisdicional e da arbitragem, vias heterocompositivas.

No segundo capítulo será exposto o mecanismo de jurisdição estatal como meio de resolução de controvérsias, com enfoque mais técnico, sendo que posteriormente se fará

uma abordagem da trajetória percorrida pelo Poder Judiciário, instituição que ainda protagoniza os meios de resolução de conflitos. É relevante compreender o papel do terceiro poder estatal ao longo dos períodos históricos, bem como a condição em que se encontra na atualidade, a fim de se reconhecer em que pontos podem haver aprimoramentos. Em continuidade, a questão do acesso à justiça será cuidadosamente abordada neste capítulo.

O terceiro e último capítulo, por sua vez, tratará das técnicas de autocomposição bilateral mais discutidas na atualidade: a negociação, a conciliação e a mediação. Estes dois últimos mecanismos serão observados no âmbito de implementação normativa por parte do poder público, na tentativa de institucionalização dos meios autocompositivos de pacificação social. Além disso, será vista a arbitragem como um dos meios possíveis de alcance da cultura não adversarial de resolução de controvérsias, e, por fim, o capítulo se encerrará com a exploração de questões atinentes à desconstrução da cultura do litígio.

Enfim, a título introdutório, destaca-se que através da visualização da existência de uma diversidade de meios aptos para se dirimir os conflitos, que naturalmente emergem do convívio social, é que se possibilita o direcionamento à cultura do diálogo, e o afastamento da mentalidade adversarial, tão nefasta à sociedade e ao Poder estatal.

1 O CONFLITO E SUAS VIAS DE RESOLUÇÃO

A primeira abordagem do presente trabalho será focada em tratar do conflito como algo natural à existência da convivência social, sendo relevante, por este fato, o estudo dos meios adequados e aptos a conduzirem à resolução dos impasses que rotineiramente emergem das relações humanas.

Desde os primórdios do agrupamento do *homo sapiens* em sociedade, são desenvolvidos mecanismos de solução da realidade conflitiva, permitindo a evolução de sua espécie, bem como de sua organização em coletividade como um todo.

O progresso da humanidade resultou no modelo de sociedade hoje vigente, na qual se visualiza o fortalecimento dos Estados que regem suas nações em cada proporção territorial do globo terrestre, cada qual aperfeiçoando seus modos e regramentos atinentes ao tratamento de seus conflitos, sem excluir-se a necessidade de manejo adequado das contendas em âmbito internacional.

É possível se afirmar que a raça humana, desde sua gênese, vem experimentando diversos modelos de solução de impasses, iniciando-se pelo meio conhecido como autotutela, até se atingir modos mais elaborados, norteados pelos meios autocompositivos ou heterocompositivos.

Enfim, embora haja modalidades de pacificação social cujos conceitos se contrapõem, conforme será verificado na exposição de cada uma delas, frisa-se, desde logo, a inexistência de um único modelo capaz de proporcionar a almejada e utópica paz social. O que é viável, porém, é a utilização concomitante de todos os meios que aproximem os indivíduos de um ideal de realidade pacífica, merecendo ser aplicado a cada questão fática o meio mais adequado a ela.

Assim, não se propõe a eleição do melhor modo para a harmonização das relações sociais, mas sim o conhecimento sobre as possibilidades existentes e atualmente mais consolidadas ou, ainda, em vias de enraizamento.

1.1 UM OLHAR PANORÂMICO DO CONFLITO

É impossível se imaginar a vida em sociedade sem a ocorrência de conflitos, do mesmo modo como é impensável a existência dos homens sem reunirem-se em sociedade, devido a sua própria natureza, de acordo com aqueles que aderem à filosofia aristotélica.

A partir dessas premissas, verifica-se a relação indissociável entre a sobrevivência

da espécie humana com um meio adequado de pacificação dos seus conflitos, sob pena de extermínio do *homo sapiens* pela própria autodestruição, considerando-se uma perspectiva mais atrelada às ideias de Hobbes, para quem o estado de natureza do homem proporciona uma situação de “guerra de todos contra todos.”²

Sabe-se que as noções sobre a ocorrência dos conflitos e sobre as relações que os permeiam são debatidas desde os primórdios do pensamento filosófico, podendo ser apontadas as reflexões realizadas pelos filósofos vistos hoje como paradigmáticos, sobre a origem da sociedade, discussão basilar para a compreensão do surgimento do Direito como ferramenta hábil de pacificação social.

Acerca da origem do agrupamento social, Aristóteles defende a ideia de sociedade natural, por considerar os indivíduos como seres sociais por sua própria essência.³ Já na visão de Cícero, também defensor da origem da sociedade como algo natural aos homens, haveria entre estes um instinto de sociabilidade. Esta percepção prevalece também para São Tomás de Aquino, seguidor das palavras de Aristóteles, para quem o homem seria um animal social e político.⁴ Dallari sintetiza a ideia defendida pelos pensadores que creem na existência de uma sociedade natural, concluindo que “[...] a sociedade é o produto da conjugação de um simples impulso associativo natural e da cooperação da vontade humana.”⁵

A Teoria defensora da sociedade natural provocou alguns pensadores de grande relevo histórico, que se posicionaram contra a ideia de uma associação propulsada naturalmente pelos homens. Ao revés disso, os propagadores da Teoria contratualista sustentam o surgimento da vida em sociedade em virtude da vontade humana, por meio de um contrato hipotético.⁶

Os grandes nomes da corrente contratualista são Thomas Hobbes, com tendência mais absolutista; John Locke, defensor da ideia de contrato social, porém opositor às ideias absolutistas de Hobbes; Montesquieu, que, apesar de não ter se referido expressamente sobre a existência de um contrato, defende a união dos homens com a finalidade de fortalecimento; e Rousseau, cujo pensamento é referência para os fundamentos democráticos, e em cuja obra, “O Contrato Social”, defende a ordem social fundada em

² HOBBS, Leviatã, Parte I, Cap. XVIII. In: DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 24.

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 21.

⁴ Ibidem, p. 22.

⁵ Ibidem, p. 23.

⁶ Idem.

convenções.⁷

A conclusão a que se chega a partir da síntese das ideias advindas das correntes da sociedade natural e da sociedade contratualista, cada qual com sua relevância na contribuição para a construção do pensamento acerca das origens da sociedade, é, conforme destaca Dallari, a de que “[...] predomina, atualmente, a aceitação de que a sociedade é resultante de uma necessidade natural do homem, sem excluir a participação da consciência e da vontade humanas.”⁸

Resta evidente, seja pela teoria naturalista ou então pela contratualista, que a união dos homens é imprescindível para sua própria segurança, noção que se propaga até os dias atuais. Nesta linha de raciocínio, Carnelutti destaca o interesse coletivo como precursor do agrupamento social:

Exatamente, a existência de interesses coletivos explica a formação de grupos sociais. Os homens se agrupam, porque a satisfação de suas necessidades não pode ser obtida isoladamente com respeito a cada um. A *determinação dos interesses coletivos* é, portanto, função dos grupos sociais, que se constituem sem outro objeto que o de desenvolver esses interesses.⁹

Assim, conforme vem se defendendo, partindo-se do princípio de que o homem não vive em isolamento, seja em razão de sua própria essência ou por meio de um contrato social hipotético, é inevitável a existência de relações conflituosas em seu cotidiano, ocasionada por um choque entre interesses divergentes. Porém, ainda assim, vê-se o funcionamento dos agrupamentos sociais de maneira harmônica, a despeito dos recorrentes dissensos entre os integrantes da sociedade. Acerca de tal temática, Dallari reflete:

Havendo tanta diversidade de preferências, de aptidões e de possibilidades entre os homens, como assegurar que, mantendo-se a liberdade, haja unidade na variedade, conjugando-se todas as ações humanas em função de um fim comum? Se observarmos o mundo da natureza veremos que há um constante movimento e que, apesar disso, existe harmonia e criação. Como é possível isso? É porque os movimentos são ordenados, produzindo-se de acordo com determinadas leis, e de tempos em tempos devam rever suas conclusões à luz de novos conhecimentos, o fato é que elas existem e o seu conjunto compõe a ordem universal.¹⁰

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 24-29.

⁸ Ibidem, p. 30.

⁹ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000. Vol 1. p. 58.

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37.

A partir desta ideia, faz-se imprescindível um meio de controle das oposições que naturalmente surgem da relação dos indivíduos em sociedade, através de um poder superior, que estabeleça a ordem sobre os grupos sociais. Nesse sentido, Dallari destaca:

Como os objetivos dos indivíduos e das sociedades muitas vezes são conflitantes, e como seria impossível obter-se a harmonização espontânea dos interesses em choque, surge a necessidade de um poder social superior, que não sufoque os grupos sociais, mas pelo contrário, promova sua conciliação em função de um fim geral comum.¹¹

Chega-se, então, às reflexões acerca do nascimento do Estado, que, sem se aprofundar nos estudos próprios da Teoria Geral do Estado, pode-se inferir que se trata de uma força em prol da disciplina jurídica¹², e consistente, no pensamento de Carnelutti, em uma expressão da organização do Direito, cuja finalidade é a de composição dos conflitos de interesses entre os homens, e de organização destes últimos, por meio da imposição de regras.¹³

Conforme Dallari, “[...] mesmo nas sociedades mais prósperas e bem ordenadas ocorrem conflitos entre indivíduos ou grupos sociais, tornando necessária a intervenção de uma vontade preponderante, para preservar a unidade ordenada em função dos fins sociais. [...]”.¹⁴

O conflito também se apresenta como protagonista em muitas discussões para os estudiosos da Ciência do Direito, que o consideram como ponto de partida para a sistematização do ordenamento jurídico, cuja finalidade é a de decidir sobre os conflitos sociais, ocasionados, segundo Ferraz Junior, pelo “[...] próprio ser humano que, por seu comportamento, entra em conflito, cria normas para solucioná-lo, decide-o, renega suas decisões etc. [...]”.¹⁵

Na visão de Reale, para quem seria impossível a subsistência de qualquer sociedade sem um mínimo de ordem e direção¹⁶, “[...] o Direito é *lei e ordem*, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros.”¹⁷

¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 56.

¹² Ibidem, p. 120.

¹³ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 66

¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51.

¹⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação – 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 2003. p. 91.

¹⁶ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito – 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 02.

¹⁷ Idem.

Na linha do que vem se sustentando até aqui, o conflito, de fato, é inerente às relações sociais, contudo, a situação conflituosa, no olhar de Calmon, seria uma situação excepcional, considerando-se como regra na sociedade a relação harmônica entre os indivíduos, por se desenvolver naturalmente entre as pessoas, ao agirem com bom senso, enquanto que o conflito surgiria na hipótese de não atingimento do equilíbrio social. E ainda neste último caso, o autor ressalta que a contenda pode se perpetuar ou ser dirimida, caso em que será restabelecida a harmonia social.¹⁸

Deste modo, é possível se considerar o benefício generalizado que a solução pacifista dos embates que porventura surjam na vida cotidiana, possibilitada pela instituição do ordenamento jurídico, proporciona aos homens, consoante dispõe Carnelutti:

Na realidade, posto que unicamente por meio da vida em sociedade os homens podem satisfazer grande parte das suas necessidades, e posto que a guerra entre eles desagrega a sociedade, a composição (solução pacífica) dos conflitos se converte em interesse coletivo (público), ao qual poderíamos dar, para distingui-lo dos interesses em conflito (*internos*), o nome de interesse *externo*. Nele radica *a causa do Direito*.¹⁹

Ainda segundo Carnelutti, a compreensão do conceito de interesse se faz fundamental para o estudo do Direito²⁰, posto que o conflito, sobre o qual serão aplicadas as regras instituídas moral ou juridicamente na sociedade, surge do embate entre interesses. Para o autor, o interesse configura a posição do homem “favorável à satisfação de uma necessidade”, e exemplifica a questão quando o indivíduo se encontra na posse de alimento ou dinheiro, situações que configuram o interesse de satisfazer a necessidade da fome.²¹

Seguindo esta linha de pensamento, o jurista italiano considera que “os meios para a satisfação das necessidades humanas são os bens [...]”²² e em havendo limitação de tais bens, haveria então o surgimento do conflito de interesses, que podem transparecer de maneiras variadas, quais sejam quando há oposição entre interesses individuais; quando há o embate entre um interesse individual e um coletivo; ou então na ocorrência de divergência entre dois interesses coletivos.²³ Ainda consoante os dizeres do autor:

¹⁸ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 15 - 16.

¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 63.

²⁰ Ibidem, p. 55.

²¹ Idem.

²² Idem.

²³ Ibidem, p. 61.

Se o interesse significa uma situação favorável à satisfação de uma necessidade; se as necessidades do homem são ilimitadas, e se, pelo contrário, são limitados os bens, ou seja, a porção do mundo exterior apta a satisfazê-las, como correlativa à noção de *interesse* e à de *bem* aparece a do conflito de interesses. Surge conflito entre dois interesses quando a *situação favorável à satisfação de uma necessidade excluir a situação favorável à satisfação de uma necessidade distinta*. [...] ²⁴

Ressalta-se que as exposições que envolvem a ideia de conflito trazidas até aqui não possuem o objetivo de conceder uma acepção negativa ao termo, como usualmente é percebida, mas objetivam vislumbrar tais relações de embate como naturais em qualquer sociedade constituída sob um mínimo de complexidade.

Sob um viés mais otimista, relevante destacar a posição de Calmon, para quem, a partir de uma situação de conflito, é possível o desenvolvimento e aprimoramento das relações entre os homens. Portanto, tal circunstância não deve ser evitada, mas utilizada em benefício da sociedade:

Mas o conflito não é um mal em si mesmo e são considerados como aspectos inevitáveis e recorrentes da vida. Têm funções individuais e sociais importantes, proporcionando aos homens o estímulo para promover as mudanças sociais e o desenvolvimento individual. O importante não é aprender a evitá-lo ou a suprimi-lo, atitude que poderia trazer consequências danosas. Ao contrário, diante do conflito, a atitude correta é encontrar uma forma que favoreça sua composição construtiva. ²⁵

Diante da sintética exposição realizada neste tópico acerca de algumas abordagens sobre o conflito, é possível perceber que este é um tema de interesse intertemporal, sendo objeto de análise desde a filosofia antiga, momento em que os filósofos se preocupavam em estabelecer os motivos para a origem da vida em sociedade, bem como para os atuais estudiosos das mais diversas áreas de conhecimento, enfatizando-se, no que tange aos objetivos deste trabalho, a preocupação dos aplicadores do Direito.

É certo que as relações conflituosas afetam a vida de cada indivíduo que convive em sociedade, seja qual for o momento histórico em que se encontrar. O convívio social acarreta em situação de constante interação e transformação, bem como traz a reflexão acerca da própria finalidade da organização social e da instituição de um regramento jurídico, legitimado pelo poder de um Estado constituído.

²⁴ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 60 – 61.

²⁵ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 19.

Neste panorama, não se pretende adotar uma perspectiva negativa sobre a existência do conflito, mas sim partir para uma noção proativa, por meio da qual se encara situações de embate de maneira natural, e como oportunidade para a evolução das relações humanas e, em consequência, das sociedades.

1.2 MEIOS DE RESTAURAÇÃO DA PAZ SOCIAL

Conforme idealiza Dinamarco, “Melhor seria se não fosse necessária tutela alguma às pessoas, se todos cumprissem suas obrigações e ninguém causasse danos nem se aventurasse em pretensões contrárias ao direito. ”²⁶ Porém, conforme exposto no tópico precedente, tal situação se impossibilita frente a um cenário mínimo de convivência social e ainda que hipoteticamente sem grande complexidade.

Diante da realidade conflitiva, portanto, “[...] faz-se necessário pacificar as pessoas de alguma forma eficiente, eliminando os conflitos que as envolvem e fazendo justiça”²⁷, porém sem deixar de se ter em mente que, se não fosse pelas situações que geram a necessidade de uma tutela específica, o engrandecimento da sociedade restaria prejudicado.

Perpassada tal reflexão, merece ser exposto o motivo para a utilização da nomenclatura do presente tópico, em homenagem a Calmon, que vislumbra um relevo mais positivo diante da situação de conflito, por se focar o autor mais na solução da questão posta e não tanto no problema em si.²⁸

No que concerne à terminologia, mister apresentar as expressões utilizadas atualmente em âmbito nacional e internacional. A sigla ADR é a adotada pelos norte-americanos e significa *Alternative Dispute Resolution*, que traduzida nos países da América Latina resulta em *Resoluciones Alternativas de Disputas* – RAD, e, ainda, na França, em *Modes Alternatifs de Règlement des Conflits* – MARC.²⁹ No Brasil, utiliza-se a sigla MASC que representa o termo “meios alternativos de resolução de conflitos”, ou seja, aqueles diversos da jurisdição do Estado, considerada como tradicional.³⁰

Calmon critica a utilização da terminologia de “meios alternativos” pois é evidente que estes últimos não excluem a utilização do meio judicial, mas são medidas que a ele se

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Vol. 1. p. 138.

²⁷ Idem.

²⁸ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 20.

²⁹ Idibem, p. 79.

³⁰ Idem.

complementam.³¹ Acrescenta o professor que se trata de questão cultural o tratamento da jurisdição como meio ordinário, especificamente no caso “de uma cultura de estado intervencionista.”³² São os dizeres do autor:

Em nossa cultura, considera-se que o meio ordinário de pacificação social é a jurisdição estatal. A sociedade moderna tem como um de seus fundamentos a intervenção do Estado no conflito, que se substitui aos litigantes, monopolizando a administração de sua solução. Tudo é construído para que pareça natural a solução do conflito pela via judicial.³³

Em seu entendimento, é mais acertada, ao invés do uso dos “meios alternativos”, a utilização do vocábulo “meios adequados”, que garante uma interação das medidas de reparação de adversidades, sem minimizar a importância de nenhuma das modalidades. Também considera como preferencial a substituição de “solução de conflitos” por “pacificação social”, com o objetivo de se conferir maior abrangência à terminologia.³⁴

O autor considera que ao se utilizar o termo “meios de restauração da paz social” ao invés do tradicional “meios de solução de conflitos”, haveria a vantagem de aplicação da expressão tanto na jurisdição contenciosa como na voluntária, posto que nem sempre o poder jurisdicional possui a finalidade de solucionar lides, “[...] pois também lhe é conferida a tarefa de remover obstáculos postos pelo próprio ordenamento estatal (proibição da satisfação voluntária da pretensão)”³⁵, como ocorre, por exemplo, nos casos de separação judicial amigável.

Além disso, ao se adotar a expressão “meios de restauração da paz social”, é possível se aderir conjuntamente à proposta que prevê uma noção mais ampla do direito processual, que, sob este enfoque, não estaria restrito ao processo civil propriamente dito, mas que objetiva também estudar os diversos meios de solução dos conflitos existentes, e não somente aquele voltado ao meio impositivo, verificado através da jurisdição.³⁶

Outrossim, há de se destacar que os considerados meios de restauração da paz social visam aprimorar não somente as lides, mas também os conflitos, possuindo estes últimos um conceito mais abrangente, conforme diferencia Carnelutti, ao delinear sua noção de litígio:

³¹ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015, p. 81.

³² Ibidem, p. 80.

³³ Ibidem, p. 81.

³⁴ Ibidem, p. 84.

³⁵ Ibidem, p. 20.

³⁶ Ibidem, p. 05.

Então, à pretensão do titular de um dos interesses em conflito se opõe a resistência do titular do outro [...]. Quando isto acontecer, o conflito de interesses se converte em litígio. Chamo litígio ao conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro.³⁷

Desta forma, se verifica que o conflito está contido na lide, porém nem sempre uma situação conflituosa acarretará em uma lide, que, de acordo com Alvim, é constituída por um elemento material, representado pelo conflito de interesses, e outro formal, consistente no binômio da pretensão e resistência.³⁸

Ainda no que tange à característica mais ampla do conflito em relação ao litígio, Theodoro Júnior ressalta:

Se, por qualquer razão, uma parte, por exemplo, se curva diante da pretensão de outra, conflito de interesses pode ter existido, mas não gerou litígio, justamente pela falta do elemento indispensável deste, que vem a ser a resistência de um indivíduo à pretensão de outro.³⁹

Ademais, antes de se adentrar na abordagem sobre as diferentes maneiras para se dirimir as contendas, cabe distinguir os conceitos de pretensão e direito. Alvim explica que a pretensão surge a partir de um conflito de interesses que não pereceu naturalmente no meio social, resultando em uma situação de disputa entre contendores sobre um determinado bem da vida, com a finalidade de satisfação de alguma necessidade pessoal. Assim, a pretensão consiste, nas palavras do autor, em “um modo de ser do direito”, pois se verifica quando alguém desrespeita o direito ou então o discute.⁴⁰ Além disso, destaca o professor que não necessariamente o direito está contido na pretensão, e esclarece a distinção de ambos os conceitos:

A pretensão é, assim, um ato e não um poder; algo que alguém faz e não que alguém tenha; uma manifestação e não uma superioridade da vontade. Esse ato não só não é o direito como sequer o supõe; podendo a pretensão ser deduzida tanto por quem tem como por quem não tem o direito, e, portanto, ser fundada ou infundada. Tampouco, o direito reclama necessariamente a pretensão; pois tanto pode haver pretensão sem direito como haver direito sem pretensão; pelo que, ao lado da pretensão

³⁷ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1 ed. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 93

³⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 26.

³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Vol 1. p. 46.

⁴⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 25.

infundada, tem-se, como fenômeno inverso, o direito inerte.⁴¹

Apesar da diferença entre pretensão e direito, Cernelutti destaca que a renúncia ou reconhecimento da pretensão se revela, na prática, em renúncia ou reconhecimento do direito, tendo em vista que a pretensão consiste em um fato e, desta forma, não seria possível ser objeto de disposição, ao contrário do direito que corresponde à pretensão. O jurista italiano considera que “A fórmula “renúncia ou reconhecimento da pretensão” é, portanto, uma fórmula abreviada desta outra mais ampla: “renúncia ou reconhecimento do direito que constitui razão da pretensão””.⁴²

Ainda se faz necessário apontar a diferença entre meios de solução de conflitos (ou meios de restauração da paz social, conforme abordagem proposta), seus mecanismos e métodos. Calmon considera que os tipos de solução de conflitos consistem na autotutela, na autocomposição e heterocomposição.⁴³ Tais meios de resolução das situações conflituosas são postos em prática através de mecanismos, como é o caso da força na hipótese de autotutela; da negociação, mediação ou conciliação, na autocomposição; e do processo, para o meio heterocompositivo da jurisdição estatal. Por sua vez, cada um desses mecanismos possui métodos singulares de aplicação e apropriados à realidade fática. Nesta senda, Calmon sintetiza:

Em resumo, autotutela, autocomposição e tutela jurisdicional são os meios de solução para os conflitos. O Poder Judiciário (ou simplesmente Justiça) é o mecanismo de exercício da tutela jurisdicional. Processo é o seu método. Os meios de obtenção da autocomposição podem ser informais ou formais, estes exercidos por mecanismos diversos (negociação, mediação e conciliação, etc) e por métodos de trabalho apropriados (técnicas).⁴⁴

É possível se identificar, com base nos tipos de resolução de conflitos existentes, duas categorias destes meios: a de imposição da ordem, e a de instituição desta última através da consensualidade. Categorizam-se como meios que seguem a uma ordem imposta o meio da autotutela, já que consiste em uma imposição unilateral da solução da contenda, bem como os meios heterocompositivos, que proporcionam a resolução da questão por meio de um ato de autoridade e poder, sem que haja preocupação com o interesse das partes

⁴¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 25.

⁴² CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000. Vol 1. p. 271

⁴³ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 26.

⁴⁴ Ibidem, p. 27.

contendoras, tratadas como rivais.⁴⁵

Por outro lado, verifica-se no meio autocompositivo de resolução dos conflitos uma ordem conquistada por meio de ato consensual, no qual se possibilita às partes o controle sobre a decisão final da questão, com maior probabilidade de satisfação acerca do resultado e conservação do relacionamento entre elas.

Cintra, Dinamarco e Grinover, por sua vez, distinguem os meios de extinção da realidade conflitiva em observância aos sujeitos envolvidos na atividade:

A eliminação dos conflitos ocorrentes na vida em sociedade pode-se verificar por obra de um ou de ambos os sujeitos dos interesses conflitantes, ou por ato de terceiro. Na primeira hipótese, um dos sujeitos (ou cada um deles) consente no sacrifício total ou parcial do próprio interesse (autocomposição) ou impõe o sacrifício do interesse alheio (autodefesa ou autotutela). Na segunda hipótese, enquadram-se a defesa de terceiro, a conciliação, a mediação e o processo (estatal ou arbitral).⁴⁶

Interessante expor, também, a abordagem de Dinamarco com relação ao termo “composição”, que significa regramento e está contido tanto na “autocomposição”, como na “heterocomposição”. Assim, evidencia-se que na autocomposição, ao contrário do que ocorre na heterocomposição, as próprias partes interessadas produzem “[...] resultados práticos socialmente úteis, representados pela *concreta* atribuição de bens ou definição de condutas permitidas ou vedadas – ou seja, a eliminação do conflito e pacificação dos litigantes.”⁴⁷ Porém, isso não quer dizer que ocorre a criação de normas pelos próprios interessados, no caso da autocomposição, ou por um terceiro, na heterocomposição. O que se verifica é apenas o alcance de um meio para se dirimir o conflito.⁴⁸

Enfim, posta a necessidade de resolução de conflitos e lides no meio social, tem-se em mente a existência de dois caminhos legítimos para a solução pacífica das contendas, quais sejam a autocomposição e a heterocomposição, restando afastada a autotutela, por consistir em “meio egoísta de solução de conflitos”,⁴⁹ e, portanto, não considerado como meio pacifista para se alcançar a resolução das demandas.

Para a conclusão do exposto até aqui, referencia-se os dizeres de Alvim, que expõe

⁴⁵ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 30.

⁴⁶ CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 28.

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Vol. 1. p. 141.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 30.

que “A lide tem que ser solucionada, para que não seja comprometida a paz social e a própria estrutura do Estado, pois o conflito de interesses é o germe de desagregação da sociedade.”⁵⁰ Importante, desta maneira, estudar com mais afinco as modalidades existentes para a pacificação social, conforme se passará a fazer a seguir.

1.2.1 Autotutela

Apesar de não ser considerada como meio pacifista de resolução de conflitos, a autotutela consiste em uma das formas mais primitivas de apaziguar as divergências sociais da humanidade, com ênfase na época em que “[...] o único meio de defesa do indivíduo ou do grupo era o emprego da força bruta contra o adversário para vencer a sua resistência.”⁵¹, diante da ausência de uma autoridade que pudesse impor suas decisões, o que resultava na imperatividade da ação dos mais fortes.

Trata-se a autotutela, nos dizeres de Didier Jr., de uma “[...] solução do conflito de interesses que se dá pela imposição da vontade de um deles, com o sacrifício do interesse do outro. Solução egoísta e parcial do litígio. O “juiz da causa” é uma das partes.”⁵² A resposta alcançada para a contenda se obtém por meio do uso da força, e pode acarretar em uma situação de descontrole social e violência.⁵³

De acordo com Cintra, Dinamarco e Grinover, são características da autotutela a ausência de juiz distinto das partes e a imposição da decisão por uma das partes à outra, além de destacarem os autores que “[...] aquele que impõe ao adversário uma solução não cogita de apresentar ou pedir declaração de existência ou inexistência do direito; satisfaz-se simplesmente pela força (ou seja, realiza a sua pretensão). [...]”.⁵⁴

Exatamente pelo fato de consistir em meio egoísta e potencial gerador de violência, a autotutela encontra barreiras para ser utilizada como modelo adequado de pacificação das controvérsias na atualidade, sendo inclusive considerada como crime no Código Penal brasileiro, de acordo com o que dispõem os artigos 345 e 350 do Decreto-Lei nº 2.848/1940, ao tipificarem, respectivamente, o exercício arbitrário das próprias razões e o

⁵⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 26.

⁵¹ Ibidem, p. 27.

⁵² DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 166.

⁵³ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 23-24

⁵⁴ CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 29-30.

exercício arbitrário ou abuso de poder. Sobre esta questão, reflete Dinamarco:

A autotutela, como espécie egoísta de autocomposição unilateral, é anti-social e incivilizada, razão por que em princípio a lei a proscree e sanciona (CP, art. 345, crime de exercício arbitrário das próprias razões). Ao próprio Estado é vedada a autotutela em muitas situações (p.ex., efetuar descontos nos vencimentos de seus funcionários sob a alegação de danos causados ao patrimônio público), sem embargo da chamada auto-executoriedade dos atos administrativos.⁵⁵

Contudo, percebe-se, pela leitura do artigo 345 do Código Penal, que o próprio ordenamento jurídico possibilita a utilização da autotutela em determinadas hipóteses. Destaca-se a legítima defesa, na esfera penal (art. 25, Decreto-Lei nº 2.848/1940); o direito de greve, na área trabalhista (art. 9º, CRFB/1988); e alguns institutos no âmbito civil como o desforço imediato (art. 1.210, §1º, Lei 10.406/2002), penhor legal (art. 1.467, Lei 10.406/2002) e retenção por benfeitorias (art. 1.219, Lei 10.406/2002).

Há de se salientar, também, a aplicação deste meio de resolução de contendas no âmbito das relações internacionais, cenário em que inclusive se mostra como meio usual de obtenção de resultados, conforme expõe Calmon, ao exemplificar os casos de represália, embargo, bloqueio, ruptura de relações diplomáticas e guerra.⁵⁶

Com a exceção do que ocorre na esfera internacional, meio em que a autotutela se aplica de modo costumeiro, verifica-se que os permissivos legais pátrios incidem sobre situações excepcionais, em que se torna impossível a onipresença do Estado nas mais variadas hipóteses cotidianas de ameaça aos direitos protegidos pelo ordenamento jurídico.⁵⁷

Porém, ainda que a medida seja admitida para tais circunstâncias, não está isenta do controle jurisdicional, que poderá legitimar ou não o ato de defesa privada, em compasso com o princípio da inafastabilidade da jurisdição.⁵⁸ Desta forma, evidencia-se que, embora não seja possível ao Estado tutelar todas as situações conflituosas no meio social, o ordenamento lhe permite o posterior controle sobre a conduta unilateral imposta por uma das partes à outra.

⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Vol. 1. p. 139.

⁵⁶ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 24.

⁵⁷ CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 37.

⁵⁸ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 166.

Não obstante a existência de posterior controle concedido ao Estado para os casos em que são permitidos o uso da autotutela, há que se ter em mente se tratar o instituto de meio excepcional de resolução das controvérsias, por ser potencialmente nocivo à sociedade, consoante assevera Alvim:

Esta forma de resolução dos conflitos é altamente perniciosa, a uma, porque não satisfaz aos ideais de justiça, visto que o mais forte logrará sempre a satisfação do próprio interesse, e, a outra, porque, envolvendo, inicialmente, dois contendores, pode transformar o conflito numa verdadeira guerra.⁵⁹

Conforme exposições do mesmo autor, a utilização da autotutela como meio de resolução de contraposições cedeu espaço a outra modalidade de resolução de conflitos, à medida em que a sociedade foi evoluindo, até deixar de se considerar a força como elemento de distinção. Ocupou, no seu lugar, o bom senso e a razão, a partir da compreensão de que não se justificaria a disputa pelos bens pelo uso da medida mais violenta, por haver o “risco de perder tudo”.⁶⁰ Assim, a categoria a qual a autotutela cedeu espaço, de acordo com o escritor, se refere à autocomposição, assunto a ser abordado pela próxima exposição.

1.2.2 Meios autocompositivos

Outro meio previsto para a resolução de conflitos e litígios consiste na autocomposição, modalidade de pacificação social que se caracteriza pelo consentimento das pessoas cujos interesses se contrapõem, ocorrendo na prática o sacrifício de um interesse pessoal em prol de um interesse de terceiro, motivo pelo qual a doutrina a considera como maneira altruísta de solução dos litígios.⁶¹

Além disso, a autocomposição é vista atualmente como alternativa ao processo jurisdicional, ainda que seja possível sua utilização dentro da ação proposta.⁶² Assim, conforme ensina Calmon, verifica-se a existência da autocomposição judicial/endoprocessual, bem como a autocomposição não judicial/extraprocessual.⁶³

⁵⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 28.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 167.

⁶² Idem.

⁶³ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p.

A característica de maior relevância com relação à autocomposição consiste no consenso das pessoas envolvidas na questão que necessita ser dirimida, ou seja, trata-se de uma solução parcial, no sentido de resultar do esforço das próprias partes interessadas.⁶⁴

Apesar de ser considerada como ferramenta alternativa de pacificação dos conflitos, há de se destacar que, em verdade, se trata de um meio empregado naturalmente pelos homens, que atuam de maneira espontânea no sentido de buscarem, consoante expõe Calmon, “[...] a harmonia social mediante salutar convivência, evitando conflitos e compondo os existentes.”⁶⁵

No mesmo sentido, Carnelutti assevera que “Basta alguma experiência no mundo dos negócios ou no dos juízos, para saber que muitas vezes são as próprias partes que preveem a composição do litígio.”⁶⁶ Ainda nas palavras de Calmon:

Sabe-se que a autocomposição é o meio mais autêntico e genuíno de solução de conflitos, pois emana da própria natureza humana o querer-viver-em-paz. A busca do consenso é quase sempre o primeiro passo adotado por pessoas naturais e jurídicas, antes de partirem para a solução heterocompositiva, normalmente mais cara e complexa. O diálogo informal é intrínseco à natureza humana e continuará a existir de forma natural ou socialmente incentivada, ainda que o poder público tente exercer qualquer controle. A lei não tem poder de alterar a natureza humana nem logra êxito em interferir ilimitadamente nas relações sociais.⁶⁷

Quanto às modalidades de autocomposição, Cintra, Dinamarco e Grinover as distinguem em três, quais sejam a desistência, a submissão e a transação, que consistem, respectivamente, na renúncia à pretensão; na renúncia à resistência oferecida à pretensão; e em concessões recíprocas.⁶⁸ Alvim também defende a distinção dessas variantes, nos seguintes termos:

A atitude altruísta pode provir do atacante, ou seja, de quem deduz a pretensão; do atacado, ou seja, de quem resiste à pretensão; ou de ambos, mediante concessões recíprocas. As duas primeiras são unilaterais, sendo que a que procede do atacante denomina-se renúncia ou desistência; a que emana do atacado chama-se submissão ou reconhecimento; e a terceira, que

49.

⁶⁴ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 47.

⁶⁵ Ibidem, p. 26.

⁶⁶ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000. Vol 1. p. 269.

⁶⁷ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 06.

⁶⁸ CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 29.

é bilateral, se denomina transação.⁶⁹

Por sua vez, Didier considera que há apenas duas espécies de autocomposição, quais sejam a transação, que ocorre mediante concessões mútuas que solucionam o conflito, e a submissão, caracterizada pela abdicação dos interesses de uma das partes em conflito, sendo que se denomina de renúncia quando ocorre em juízo, e designada de procedência do pedido sob a perspectiva do réu.⁷⁰

Na visão de Carnelutti, a autocomposição consiste em um gênero que abarca as espécies renúncia, reconhecimento e transação. O autor distingue essas categorias entre um ato simples, quando basta a vontade de uma das partes para a resolução da controvérsia, como ocorre na renúncia e no reconhecimento, ou um ato complexo, quando se faz necessário o consentimento de ambos os lados, como acontece na transação.⁷¹

Sobre a renúncia, relevante a consideração feita por Calmon de que consiste em autocomposição unilateral, visto que não exige da outra parte nenhum tipo de contrapartida ou de sua concordância e, ocorrendo dentro do processo judicial, atinge sua extinção com o julgamento de mérito.⁷² Importante discernir, ainda, a renúncia da desistência. A primeira se revela em disposição do direito material, enquanto esta última consiste na abdicação do processo em curso, resultando em uma sentença terminativa.⁷³ Assim explana Calmon:

[...] concessão apenas por parte daquele que exerce uma pretensão em face de outrem. Trata-se de uma postura firme e certa em relação ao direito material e não ao processo, ou seja, quando se fala em renúncia, fala-se em renúncia ao direito material objeto da pretensão e não ao processo, caso esteja em curso.⁷⁴

Já a submissão, também modalidade de composição unilateral, é percebida quando a parte que resistia à pretensão de outra deixa de assim proceder, sendo desnecessária contrapartida ou concordância da parte adversa. Caso ocorra no processo judicial, haverá o reconhecimento do direito sobre o qual se funda a ação, ou seja, confessa-se a procedência do pedido, acarretando em um julgamento de mérito pelo juízo.⁷⁵

⁶⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 28.

⁷⁰ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 167.

⁷¹ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000. Vol 1. p. 269.

⁷² CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 58.

⁷³ Ibidem, p. 57.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ Ibidem, p. 58-59.

Carnelutti sintetiza a diferenciação da renúncia e do reconhecimento:

Renúncia e reconhecimento são, por sua vez, as duas espécies da autocomposição unilateral. Diferenciam-se, ou melhor dizendo, se contrapõem, porque uma se refere à pretensão e o outro, à discussão (constestazione). A renúncia é o abandono da pretensão: o reconhecimento (da pretensão) é o abandono da discussão.⁷⁶

Por seu turno, a transação é a forma de autocomposição que se encontra entre a renúncia e a submissão, com característica bilateral, pois se traduz na realização de um acordo mediante concessões recíprocas⁷⁷ e configura “[...] renúncia parcial ao direito material pretendido e da submissão parcial à pretensão restante.”⁷⁸

Ao discorrer sobre o instituto da transação, Calmon cita a definição trazida por Clovis Bevilacqua, para quem é da essência da transação a reciprocidade, sem a qual haveria uma doação, bem como a existência de dúvida, litígio ou contestação nos direitos discutidos.⁷⁹ Sobre esta situação de insegurança, Calmon menciona que o motivo para as partes transacionarem se revela na troca da situação de incerteza que paira sobre elas, por um cenário de tranquilidade, sublinhando que “A lide proporciona delongas que proporcionam não só um processo demorado e caro, mas sobretudo incerto.”⁸⁰ Realça-se que a referida incerteza, em âmbito judicial, não consiste apenas na vitória da demanda, mas também no que se refere ao tempo gasto para a discussão da pretensão.⁸¹

Segundo Carnelutti, se refere a transação a um negócio complexo, construído a partir dos interesses de cada uma das partes que se encontra em conflito, resultando a solução em um acordo.⁸² O jurista também frisa que a transação objetiva a eliminação do litígio, finalidade comum da renúncia e do reconhecimento. Porém, no caso da transação, além de se buscar a composição do litígio ou mesmo a sua prevenção, procurando sanar a incerteza de uma relação que pode acarretar em uma situação de litígio, destaca-se a ocorrência de um “sacrifício recíproco”, conferindo a natureza bilateral, própria da transação.⁸³

⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000. Vol 1. p. 270.

⁷⁷ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 59.

⁷⁸ Ibidem p. 62.

⁷⁹ Ibidem, p. 60.

⁸⁰ Idem.

⁸¹ Ibidem, p. 63.

⁸² CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000. Vol 1. p. 271.

⁸³ Ibidem, p. 272-273.

Abordadas as espécies de autocomposição, há de se destacar, ademais, sua utilização se restringe a situações que envolvem bens disponíveis, pela lógica de que não é possível realizar a concessão do direito sobre um bem a respeito do qual não é permitida a disposição. Quanto aos direitos indisponíveis, como ocorre nos casos que envolvem interesses de incapazes ou que haja interesse público, por exemplo, faz-se imprescindível a prestação da tutela jurisdicional, como meio de constatação do direito discutido.⁸⁴ É o que dispõe o artigo 841 do Código Civil vigente, ao disciplinar que “Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação. ” Sobre esse respeito, discorrem Cintra, Dinamarco e Grinover:

[...] é admitida sempre que não se trate de direitos tão intimamente ligados ao próprio modo de ser da pessoa, que a sua perda a degrade a situações intoleráveis. Trata-se dos chamados direitos da personalidade (vida, incolumidade física, liberdade, honra, propriedade intelectual, intimidade, estado etc.). Quando a causa versar sobre interesses dessa ordem, diz-se que as partes não têm disponibilidade de seus próprios interesses (matéria penal, direito de família etc.). Mas, além dessas hipóteses de indisponibilidade objetiva, encontramos aqueles casos em que é uma especial condição da pessoa que impede a disposição de seus direitos e interesses (indisponibilidade subjetiva); é o que se dá com os incapazes e com as pessoas jurídicas de direito público.⁸⁵

Acerca da natureza jurídica da autocomposição, Calmon a considera como negócio jurídico. Assim sendo, é necessário obedecer aos requisitos de existência, validade e eficácia dos atos jurídicos, devendo o objeto ser lícito, a forma prevista ou não proibida em lei, o agente possuir capacidade, com ausência de vícios de consentimento.⁸⁶

No tocante a este último requisito, imperioso se levar em consideração a verificação da existência de livre manifestação de vontade das partes, posto que a principal característica do meio ora discutido de resolução de controvérsias consiste na consensualidade, conforme exposto anteriormente. Tal averiguação se faz relevante tendo em vista a possibilidade de tal forma altruísta estar dissimulada em “[...] atos de autodefesa em que o litigante mais fraco, não podendo resistir, prefere renunciar.”⁸⁷ Calmon realiza esta ressalva:

⁸⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 29.

⁸⁵ CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 38.

⁸⁶ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 51.

⁸⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 28.

O requisito mais importante a ser observado na autocomposição é a livre manifestação da vontade, pois é preciso cuidar para que os sujeitos da autocomposição não ajam com liberdade apenas aparente. Por vezes falta a indispensável espontaneidade, característica essencial para a validade de qualquer negócio jurídico. A desigualdade cultural e econômica, dentre outros fatores, leva a que uma das partes ceda à vontade da outra sem perceber que não está obtendo a posição mais vantajosa possível.⁸⁸

Os efeitos produzidos pela autocomposição podem se expressar no encerramento do conflito existente entre as partes, na geração de novas obrigações entre elas, ou até mesmo na formalização de um título executivo.⁸⁹ Caso haja processo em curso, este será extinto, devido ao encerramento do conflito, o que se distingue da sentença homologatória que finda o processo.⁹⁰ Nesta senda, Cintra, Dinamarco e Grinover aludem que “A autocomposição é instrumento precipuamente voltado à pacificação social, mais que a própria sentença, pois lida com o conflito sociológico e não apenas com a parcela de conflito levada a juízo.”⁹¹

A respeito da homologação da autocomposição em juízo, cujo objetivo consiste em trazer segurança às partes, o artigo 515 do Código de Processo Civil de 2015, exprime, nos incisos II e III, que as decisões homologatórias de autocomposição judicial ou extrajudicial de qualquer natureza são títulos executivos judiciais. A possibilidade da homologação dos acordos extrajudiciais se originou do disposto no artigo 57, da Lei 9.099 de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. A respeito do referido dispositivo, Calmon ressalta:

O legislador, em poucas palavras, criou um procedimento especial de jurisdição voluntária, mediante o qual quaisquer pessoas envolvidas em um conflito e que se compõem amigavelmente, podem requerer ao juiz que seria competente para julgar a causa que simplesmente homologue o acordo já celebrado. Não há necessidade de processo contencioso algum.⁹²

Com relação à codificação vigente, percebe-se que o novo paradigma estampado pelo CPC/2015 é no sentido de favorecimento da autocomposição, sempre que possível. A solução consensual dos conflitos é colocada, inclusive, no capítulo que trata das normas fundamentais do processo civil (art. 3º, §2º, CPC/2015). Sua promoção é, também, dever

⁸⁸ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 54.

⁸⁹ Ibidem, p. 50.

⁹⁰ Ibidem, p. 51.

⁹¹ CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 38.

⁹² CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 71.

dos juízes, de acordo com o art. 139, V, do CPC/2015.

Ademais, há na nova legislação processualista civil diversas passagens com referências à autocomposição, até mesmo com uma nova seção que aborda, dos artigos 165 ao 175, sobre os conciliadores e mediadores judiciais, o que transparece a tentativa de se implementar a autocomposição na esfera judicial. Outra novidade no mesmo sentido está estampada no artigo 334 do CPC/2015, que impõe a designação de audiência de conciliação ou mediação pelo magistrado, antes do oferecimento da contestação pelo réu, a não ser nos casos em que se inadmita a autocomposição ou se ambas as partes manifestarem expressamente seu desinteresse na composição consensual. Sobre a temática, Calmon reflete que:

[...] tanto pode ser objeto de homologação o acordo em que sequer haja processo judicial em curso, como pela mesma razão teleológica, em determinado processo pode ser homologado acordo cujo objeto seja maior do que o objeto do próprio processo. É a Justiça aceitando e incentivando a autocomposição, participando de forma variada, desde o estabelecimento de um sistema de conciliação pré-processual até a homologação dos acordos obtidos espontaneamente ou decorrente de outros mecanismos, tais como a negociação e mediação.⁹³

Contudo, apesar do incentivo à autocomposição, é relevante indicar a inexistência de obrigatoriedade do magistrado na homologação do acordo firmado entre as partes, embora de não haja um exame de mérito propriamente dito. A negativa de aprovação do trato realizado pode advir da constatação de vícios de consentimento que mascararem a autotutela em autocomposição, conforme discorrido alhures. Imprescindível, desta forma, expor qual o papel do juiz no momento da homologação:

Todavia, o papel do juiz ao homologar a autocomposição não pode ser meramente cartorário. O juiz é revestido de uma missão constitucional e dela não se afasta, mesmo quando a decisão do conflito não é fruto direto e exclusivo de sua atividade. O juiz deve examinar o acordo à luz das normas vigentes, especialmente daquelas cogentes, que, por sua natureza, não podem ser sacrificadas em prol do interesse privado, ainda que esse interesse seja aparentemente comum a todos os litigantes. Ao juiz cabe a decisão sobre homologar ou não o acordo, pôr fim ou não ao processo. Para tanto, se não deve aprofundar-se no exame da justiça da decisão que lhe é apresentada, ao menos verificará se a vontade das partes foi exercida com a liberdade necessária e se o teor da decisão não fere as normas cogentes. Deve observar, ainda, que em cognição sumária, se as partes se houveram com equidade, pois o evidente desequilíbrio demonstrado nos termos do

⁹³ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 72-73.

acordo pode revelar algum vício de vontade, que pode ser constatado de forma direta ou indiretamente, ao se verificar a injustiça latente no pacto celebrado.⁹⁴

Em síntese, este meio considerado como altruísta de resolução de conflitos, que pode ocorrer tanto em âmbito judicial como fora do processo, vê na consensualidade seu maior valor, motivo pelo qual é imprescindível a constatação da inexistência dos vícios de consentimento, papel que deve ser desempenhado pelo magistrado no ato de homologação dos acordos que lhe são trazidos. Enfim, evidencia-se a valorização da autocomposição na atualidade, sem deixar de se considerar a naturalidade com que este meio de pacificação social é utilizado pelos homens, que buscam a solução amigável como primeira alternativa.

1.2.3 Meios heterocompositivos

Após a abordagem acerca da autotutela e da autocomposição, adentra-se na terceira modalidade de forma de pacificação social consistente na heterocomposição, pela qual a solução do conflito é entregue a um terceiro imparcial, que não possui interesse naquilo que discutem os contendores.⁹⁵ Destacam Cintra, Dinamarco e Grinover que, historicamente, após a utilização da autotutela e da autocomposição como meio de resolução de controvérsias, os homens passaram a optar preferencialmente pelo meio imparcial de solução dos conflitos.⁹⁶

A adoção do meio heterocompositivo ocorreu, em princípio, por meio da escolha de árbitros, pessoas de confiança das partes, a quem estas depositavam a incumbência de resolver suas questões controvertidas. Geralmente eram escolhidos sacerdotes, pela consideração de que chegariam a resultados acertados em virtude de estarem vinculados à divindade, e anciãos, por possuírem maior conhecimento sobre os costumes sociais.⁹⁷

Além da arbitragem, a outra categoria heterocompositiva consiste na jurisdição, que surgiu diante do fortalecimento do Estado, visto que anteriormente este não detinha o poder de impor aos cidadãos a solução para seus conflitos.

De início, nos tempos do direito romano arcaico, o Estado participava da resolução das controvérsias de forma ainda tímida, pois o processo civil romano era desenvolvido em

⁹⁴ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 68.

⁹⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 29.

⁹⁶ CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 40.

⁹⁷ Idem.

parte perante o magistrado, momento em que as partes compareciam diante do pretor e se comprometiam a aceitar a sua decisão, e em parte perante um árbitro elegido por elas, que decidiria de fato a questão.⁹⁸

Depois desse contexto é que surgiu o legislador, com o marco da Lei das XII Tábuas, em 450 aC, momento em que se iniciou o preestabelecimento de regras previstas abstratamente e de caráter vinculante, em prol do afastamento dos julgamentos arbitrários.⁹⁹

Posteriormente verifica-se um desenvolvimento da justiça no período histórico, que passou de privada a pública, na medida em que houve o fortalecimento do poder estatal, com a consequente exclusividade na prestação de atividade pacificadora de controvérsias, realizada através de sentença imperativa, e sem a intervenção de árbitros.¹⁰⁰ É assim que surge a jurisdição.

Em síntese, percebe-se que a heterocomposição se refere a um meio de solução de conflitos através da imposição de respostas por um agente imparcial e exterior à relação conflituosa, e é composta por duas categorias, que serão oportunamente abordadas nesta pesquisa: a arbitragem e a jurisdição, utilizadas desde os períodos históricos mais pretéritos, até sua robusta aplicação nos dias atuais.

⁹⁸ CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 40.

⁹⁹ Ibidem, p. 41.

¹⁰⁰ Idem.

2 A CONSTRUÇÃO DA CULTURA DO LITÍGIO

Não consiste em acaso a cultura da litigância que paira atualmente sobre os cidadãos brasileiros, no sentido de se buscar o Judiciário para quase qualquer impasse jurídico emergido de seus cotidianos.

Há que se considerar que tal faculdade representa, a princípio, um significativo avanço na questão do acesso aos órgãos judiciais. Porém, tal acessibilidade à instituição não constitui garantia de efetivo acesso à justiça, em sua concepção mais contemporânea, que se relaciona à satisfação dos interesses dos indivíduos e à efetividade dos direitos estampados no ordenamento jurídico.

Apesar da descrença na legitimidade do sistema, e na falta de esperanças quanto à prestação de uma solução satisfatória (o que inclui razoabilidade quanto à duração do processo), os sujeitos de direito continuam optando pelo meio judicial para o desembaraço de suas contendas.

Essa postura adversarial é verificada tanto entre cidadãos e a Administração Pública, que protagonizam os polos das relações processuais do judiciário nacional, como entre os particulares, que, encontrando embates na situação que os vinculam, optam por demandar sua solução diretamente do Poder Judiciário, ao invés de aderirem à autocomposição, muitas vezes tida como melhor às partes, por lhes proporcionar o controle sobre o resultado da resolução da questão.

A mentalidade voltada à litigância advém do papel desempenhado pelo Judiciário ao longo dos períodos históricos; da inserção abrupta de uma diversidade de direitos e garantias fundamentais na Carta constitucional, após um longo período de repressão ditatorial; bem como da construção do acesso à justiça em território nacional, em um caráter, a priori, de acessibilidade aos órgãos jurisdicionais, o que deu margem para enxergar falaciosamente no Judiciário a resposta para a quase totalidade dos conflitos sociais.

Há diversas nuances que repercutem na transição da ascensão para o declínio do Poder Judiciário, e que demonstram não bastar a ampla diplomação de direitos e garantias, sem que haja a concretização desses benefícios. E é tal inexistência de materialização que corrompe todo o sistema estatal, demonstrando uma crise estrutural.

Assim, o intuito do presente capítulo é o de compreender como se chegou a atual cultura adversarial, através da compreensão da atividade jurisdicional, bem como do percurso atravessado pelo Poder Judiciário em seu papel de efetivação dos direitos, para,

por fim, se analisar a questão do acesso à justiça. Será exposta, primeiramente, a modalidade jurisdicional e hetercompositiva de resolução de conflitos, através do estudo de visões mais conceituais e objetivas de diversos autores a respeito do tema, para então partir-se para a análise do Poder Judiciário como instituição estatal cuja atribuição precípua é a de prestar a jurisdição. Por fim, após verificados os pontos atinentes à crise da Justiça estatal, será discutido o que se entende atualmente por acesso à justiça, com base nos relevantes estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

2.1 JURISDIÇÃO ESTATAL

No decorrer dos períodos históricos houve a transmissão do poder de solucionar as relações de conflito dos particulares e pelos particulares à mão do Estado, até se atingir um momento de total transferência, retirando-se das partes a opção pela realização de justiça pelas próprias mãos, substituindo-se tal medida pela atuação do magistrado, através da jurisdição.¹⁰¹ Sobre esse respeito discorre Theodoro Júnior:

Primitivamente, o Estado era fraco e limitava-se a definir os direitos. Competia aos próprios titulares dos direitos reconhecidos pelos órgãos estatais defendê-los e realizá-los com os meios de que dispunham. Eram os tempos da justiça privada ou justiça pelas próprias mãos, que, naturalmente, era imperfeita e incapaz de gerar a paz social desejada por todos. Com o fortalecimento do Estado e com o aperfeiçoamento do verdadeiro Estado de Direito, a justiça privada, já desacreditada por sua impotência, foi substituída pela Justiça Pública ou Justiça Oficial. O Estado moderno, então, assumiu para si o encargo e o monopólio de definir o direito concretamente aplicável diante das situações litigiosas, bem como o de realizar esse mesmo direito, se a parte recalcitrante recusar-se a cumprir espontaneamente o comando concreto da lei.¹⁰²

Cabe ressaltar, porém, que o Estado não detém apenas o poder da atividade de dirimir as controvérsias, mas possui também um dever de prestação da tutela jurisdicional, visto que foi retirada a faculdade dos particulares de atuarem como bem entenderem na solução das contendas.¹⁰³ É por isso que Theodoro Júnior defende que “[...] em vez de conceituar a jurisdição como poder, é preferível considerá-la como *função estatal* [...] de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica

¹⁰¹ CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 31.

¹⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Vol 1. p. 45.

¹⁰³ Ibidem, p. 47.

controvertida.”¹⁰⁴

Sob o ponto de vista de Dinamarco, a tutela jurisdicional se expressa por meio de um amparo dado pelos juízes aos que detém a razão no litígio trazido ao processo judicial, melhorando a situação destes indivíduos.¹⁰⁵ O professor ainda aponta que a tutela pode se direcionar também a pessoas ou a grupos de pessoas, não estando restrita à proteção de direitos.¹⁰⁶ Isso significa que mesmo quando o autor, por exemplo, vê seu pedido julgado improcedente, não se desconhece ter ele recebido a devida tutela, pois “Proteger a esfera jurídica *da pessoa* contra as incertezas decorrentes de futuras demandas é também ministrar-lhe tutela jurisdicional, na medida do imenso valor que tem a *certeza jurídica* na vida das pessoas.”¹⁰⁷

Outro exemplo citado por Dinamarco quanto à proteção jurisdicional conferida aos indivíduos e não somente aos direitos discutidos no caso em específico, está no processo de execução, pois neste caso não se verifica quem possui mais razão, mas se busca por uma satisfação da pretensão do exequente, sendo que se ficar reconhecida a inexistência do crédito por meio dos embargos à execução, “nenhuma das partes receberá coisa alguma”.¹⁰⁸

Nesta linha de pensamento, deduz-se que não necessariamente a tutela jurisdicional será efetivada em favor do autor da demanda, podendo o réu ser favorecido, já que a prestação da jurisdição se destina, segundo consagra Dinamarco, aos indivíduos e não aos direitos, que serão declarados a favor daquele que melhor detiver a razão no caso em concreto.¹⁰⁹

Dinamarco desconstrói, portanto, a ideia errônea de um “processo civil do autor”, ao esclarecer que o processo civil não é movido em prol dos interesses do autor, mas busca analisar o caso concreto para se verificar qual das partes detém a razão, como meio de pacificar as partes em embate.¹¹⁰

Já sob o foco de Didier, a definição de jurisdição se revela em função de realização do Direito, atribuída a um terceiro imparcial, que atuará de maneira imperativa e construtiva, “[...] reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas [...] concretamente deduzidas [...], em decisão insuscetível de controle externo [...] e com

¹⁰⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 47-48.

¹⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Vol. 1. p. 123.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 124.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 125

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 126.

¹¹⁰ Idem.

aptidão para tornar-se indiscutível. ”¹¹¹

Didier destrincha tal conceito, primeiramente, destacando a característica heterocompositiva da jurisdição, ou seja, sua atuação mediante técnica aplicada por uma pessoa estranha ao conflito, que não possui qualquer interesse sobre ele, possibilitando uma solução isenta ao problema posto.¹¹²

Quanto ao caráter imperativo da jurisdição, o justifica por resultar de uma manifestação de poder do Estado, que, todavia, pode autorizar o exercício da atividade a outros agentes privados, a exemplo do que ocorre, sob o seu ponto de vista, na arbitragem.¹¹³

A fim de justificar a jurisdição como atividade criativa, Didier expõe que:

Os textos normativos não determinam completamente as decisões dos tribunais e somente aos tribunais cabe interpretar, testar a confirmar ou não a sua consistência. Os problemas jurídicos não podem ser resolvidos apenas com uma operação dedutiva (geral-particular). Há uma tarefa na produção jurídica que pertence exclusivamente aos tribunais: a eles cabe interpretar, construir e, ainda, distinguir os casos, para que possam formular suas decisões, confrontando-as com o Direito vigente. Exercem os tribunais papel singular e único na produção normativa.¹¹⁴

Além disso, compreende a jurisdição como “técnica de tutela de direitos mediante um processo”, por meio do reconhecimento de direitos na tutela de conhecimento; da efetivação através da tutela executiva; da proteção de situações mediante a tutela de segurança, cautelar ou inibitória, e, enfim, através da “integração da vontade para a obtenção de certos efeitos jurídicos, como ocorre na jurisdição voluntária [...]”.¹¹⁵

Ainda, Didier assevera que a jurisdição atua sobre casos concretos que lhes são apresentados, não se limitando aos conflitos de interesses, mas podendo consistir em ameaça a lesão de direitos ou em uma situação em que há apenas uma parte pleiteando por uma tutela específica, como ocorre nos pedidos de alteração de nome ou de naturalização.¹¹⁶

Por fim, o professor aponta a insuscetibilidade de controle externo como característica da jurisdição, pois nenhum outro poder estatal possui a prerrogativa de

¹¹¹ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 156.

¹¹² Idem.

¹¹³ Ibidem, p. 158.

¹¹⁴ Ibidem, p. 159.

¹¹⁵ Ibidem, p. 163.

¹¹⁶ Ibidem, p. 164.

controlar a última decisão proferida pelo Poder Judiciário, que também possui o condão de se revestir da coisa julgada, ou seja, tornar a questão decidida inquestionável.¹¹⁷

Acerca da instrumentalização da jurisdição, cabe apontar que ocorre por meio do processo, “[...] de que se serve o Estado para, no exercício da função jurisdicional, resolver os conflitos de interesses, solucionando-os; ou seja, o instrumento previsto como normal pelo Estado para a solução de toda classe de conflitos jurídicos.”¹¹⁸

Sobre o processo civil, Dinamarco afirma sê-lo uma solução imperativa de conflitos, tendo em vista que esta atividade ocorre por meio do monopólio do Estado, a quem incumbe decidir imperativamente, bem como impor, através de poderes próprios, suas decisões, sobre as quais são irrelevantes a vontade ou, nas palavras do autor, a boa-vontade dos sujeitos envolvidos para cumpri-las.¹¹⁹ Ainda segundo o jurista:

Processo civil é, resumidamente, técnica de solução imperativa de conflitos [...]. Indivíduos e grupos de indivíduos envolvem-se em conflitos com outros, relativamente a bens materiais ou situações desejadas ou indesejadas, nem sempre chegando a uma solução negociada. Às vezes são pretensões que encontram a resistência da pessoa que poderia satisfazê-las e não as satisfaz, sendo vedada a autotutela [...] e até incriminada penalmente (crime de exercício arbitrário das próprias razões, art. 345 CP): isso se dá, de modo geral, no campo das pretensões ou direitos ditos disponíveis, especialmente em matéria obrigacional ou mesmo real, entre privados. Outras vezes trata-se de pretensões que a própria ordem jurídica exclui que sejam satisfeitas por ato do sujeito envolvido, o que se vê especialmente em relações de família (p. ex., a anulação de casamento) e, de modo geral, sempre que se trate de pretensões ou direitos indisponíveis. Em ambas as hipóteses, se não houver a resignação do sujeito quanto ao bem da vida que constitui objeto da pretensão, o único caminho civilizado e permitido para tentar a satisfação será o processo – sendo indiferente, para a realização deste, se a razão está com o sujeito que tomou a iniciativa de acorrer ao sistema judiciário ou com o seu adversário.¹²⁰

Merece relevar que foi Giuseppe Chiovenda o responsável por “[...] desvincular a ação do direito material [...]” e quem “[...] marcou o fim da era privatista do processo [...]”.¹²¹ Realçou-se, com o jurista italiano, a natureza publicista do processo civil, no sentido de expressar a vontade estatal, alterando-se a anterior perspectiva processual que se via como serviço a favor de particulares.

¹¹⁷ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 164-165.

¹¹⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 31.

¹¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Vol. 1. p. 53-54

¹²⁰ Idem.

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3ª ed, rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Vol 1. p. 35.

Frente à instituição do caráter público conferido ao processo civil, fez-se necessária a construção do Direito Processual Civil, por meio da implementação de normas de cunho processualista, bem como de órgãos jurisdicionais e de todo um sistema para amparar os objetivos da jurisdição.¹²² Nesse sentido, considera-se o Direito Processual como “[...] o conjunto de princípios e normas destinados a reger a solução de conflitos mediante o exercício do poder estatal [...]”.¹²³

A respeito do processo e da jurisdição, merece colacionar as lições de Didier:

O processo é um método de exercício da jurisdição. A jurisdição caracteriza-se por tutelar situações jurídicas concretamente afirmadas em um processo. Essas situações jurídicas são situações substanciais (ativas e passivas, os direitos e deveres, p. ex.) e correspondem, grosso modo, ao mérito do processo. Não há processo oco: todo processo traz a afirmação de ao menos uma situação jurídica carecedora de tutela jurisdicional. Essa situação jurídica afirmada pode ser chamada de direito material processualizado ou simplesmente direito material.¹²⁴

Valoroso trazer, ademais, as considerações tecidas por Chiovenda e Carnelutti, eminentes juristas italianos que se dispuseram a tratar da jurisdição. O primeiro visualizava a jurisdição como inserta no painel das funções estatais, focalizando o estudo da jurisdição com um olhar voltado ao juiz.¹²⁵ Por outro lado, Carnelutti enxergava a tutela jurisdicional como advinda da necessidade das partes em solucionar conflitos de interesses, preocupando-se mais com a finalidade das partes. Por este motivo, Marinoni afirma que “[...] é possível dizer que Carnelutti enxergava o processo a partir de um interesse privado e Chiovenda em uma perspectiva publicista”.¹²⁶

Interessante mostrar, também, o pensamento de Carnelutti com relação à existência de processos sem litígio, nos quais o magistrado atua da mesma maneira com que o faz em um processo de conhecimento litigioso, o que não retira a finalidade do processo de composição de conflitos, por consistir aquela em uma situação atípica. Nos dizeres do autor, “A existência de processos sem litígio que, por conseguinte, não é aqui de modo algum denegada, não oferece, entretanto, o menor argumento contra a concepção da

¹²² CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 33.

¹²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Vol. 1. p. 55.

¹²⁴ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 39-40

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3ª ed, rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Vol 1. p. 38.

¹²⁶ Idem.

finalidade do processo como composição do litígio.”¹²⁷ O pensador italiano ainda indaga:

[...] e por que não considerá-lo como um processo impróprio e reconhecer que nele os órgãos investidos da função processual exercem, com as formas próprias do processo, uma função distinta, ou seja, exatamente uma função administrativa?¹²⁸

Ainda no que concerne à jurisdição, relevante se debruçar sobre o que a doutrina discute a respeito da jurisdição voluntária, que não possui o atributo de solucionar contendas, “[...] mas a tratar de situações que, embora não envolvendo conflitos, possuem uma repercussão social tal que levam o CPC a submetê-las à jurisdição.”¹²⁹ Trata-se de questões que necessitam de um amparo do poder público, diante da relevância social de determinadas matérias aos olhos do legislador, como bem coloca Marinoni:

Como está claro, a jurisdição, em alguns casos, não atua para resolver um conflito de interesses, mas somente para zelar por algumas situações de direito material que, diante da sua relevância social e ao ver do legislador, não podem ficar entregues apenas aos particulares envolvidos, ou ainda ser apenas recepcionadas por uma autoridade administrativa ou por um sujeito privado.¹³⁰

Assim, na visão de Theodoro Júnior, considerando-se a inexistência de lide nestes casos, não seria adequado utilizar o termo processo, mas apenas se referir a ele como um procedimento, cujos sujeitos são denominados de interessados, e não de partes.¹³¹

Segundo Didier, a jurisdição voluntária se traduz em atividade de integração e fiscalização realizada pelo Poder Judiciário, com o objetivo de produzir determinadas situações, almejadas pelos particulares, que necessitam de verificação por parte do poder público para produzirem os seus efeitos jurídicos.¹³²

Ao olhar de Carnelutti, esta intervenção jurisdicional na esfera privada dos jurisdicionados é motivada pela conveniência em se verificar requisitos preestabelecidos para determinadas situações jurídicas, para que estas possam surtir seus efeitos,

¹²⁷ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000. Vol 1. p. 362.

¹²⁸ Ibidem, p. 363.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3ª ed, rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Vol 1. p. 143.

¹³⁰ Ibidem, p. 145.

¹³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Vol 1. p. 53.

¹³² DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 187.

especificamente nos casos em que o mal uso da atividade privada poderia acarretar em situações gravosas.¹³³

Sob o ponto de vista do mesmo autor, vislumbra-se a existência de conflitos na jurisdição voluntária e aponta-se que a diferença desta modalidade processual para com o processo contencioso seria a finalidade, qual seja a de tutela de interesses no caso da jurisdição voluntária, e o objetivo de composição do conflito, na litigiosa:

Em todos estes casos, o juiz atua não mais com vistas à composição de um conflito de interesses, mas em vista da tutela de um interesse (interno), e mais exatamente: do exercício de um Direito subjetivo, até o ponto de que poderia se dizer que atua como parte e como juiz. Com isso, não se afirma de modo algum que o conflito de interesses seja estranho à função da jurisdição voluntária; pelo contrário, exatamente porque esta tem por fim a participação ou a vigilância da autoridade judicial no exercício dos Direitos subjetivos, ou, em geral, dos poderes jurídicos, e como a própria noção de Direito subjetivo ou, geralmente, de poder jurídico supõe o conflito de interesses, este é um pressuposto, tanto da jurisdição voluntária quanto da contenciosa. Mas difere a finalidade da intervenção do juiz, o qual, em matéria voluntária, intervém para a melhor tutela do interesse em conflito, enquanto que em matéria contenciosa o faz para a composição do conflito.¹³⁴

Além disso, Carnelutti segue a linha de pensamento que defende a jurisdição voluntária como “administração pública de interesses privados”¹³⁵. Theodoro Júnior também é adepto desta corrente que não considera a jurisdição voluntária como atividade jurisdicional, e afirma que a sua finalidade é a de se alcançar a eficácia do negócio jurídico almejado pelas partes interessadas. Para subsidiar sua argumentação, o jurista expõe as lições de Frederico Marques, que considera a jurisdição voluntária com natureza administrativa sob o aspecto material, e como um ato judiciário, se analisado através do foco “subjetivo-orgânico”.¹³⁶ Acerca da temática, Theodoro Júnior dispõe:

Jurisdição contenciosa é a jurisdição propriamente dita, isto é, aquela função que o Estado desempenha na pacificação ou composição dos litígios. Pressupõe controvérsia entre as partes (lide), a ser solucionada pelo juiz. Mas ao Poder Judiciário são, também, atribuídas certas funções em que predomina o caráter administrativo e que são desempenhadas sem o pressuposto do litígio. Trata-se da chamada jurisdição voluntária, em que o juiz apenas realiza gestão pública em torno de interesses privados, como se

¹³³ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000. Vol 1. p. 364.

¹³⁴ Ibidem, p. 366.

¹³⁵ Ibidem, p. 364.

¹³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Vol 1. p. 53

dá nas nomeações de tutores, nas alienações de bens de incapazes, na extinção do usufruto ou do fideicomisso etc. Aqui não há lide nem partes, mas apenas um negócio jurídico processual envolvendo o juiz e os interessados.¹³⁷

Em contrapartida, Marinoni julga como acrítica a corrente supracitada, e questiona a premissa de que é necessário haver conflito de interesses para que haja a jurisdição. Desta forma, assevera que “[...] a jurisdição não pode ter a sua dimensão reduzida a resolver conflitos [...]” e que a função do juiz se respalda na “[...] compreensão do significado da lei no caso concreto e à luz das normas constitucionais (Estado constitucional). Não se restringe à aplicação da lei.”¹³⁸ Segundo seu raciocínio, à jurisdição incumbe o dever de proteção aos direitos, não havendo que se falar em ausência de natureza jurisdicional na jurisdição voluntária, posto que ocorre nesta a efetiva tutela aos direitos. São as palavras de Marinoni:

Portanto, não é correto admitir que a proteção do direito apenas possa ocorrer após a solução do conflito, quando o direito de uma das partes houver sido reconhecido como ameaçado ou violado pelo juiz. Em determinadas situações, como acontece na “separação consensual”, não importa a existência de consenso ou dissenso, mas sim a relevância do bem ou do direito que pode ser agredido diante dos efeitos que podem ser produzidos pela manifestação de vontade de ambas as partes interessadas. E para isso é que o juiz é convocado, ou seja, para proteger o bem ou direito que, na ausência de participação da jurisdição, ficaria entregue à vontade dos particulares ou à recepção de uma autoridade administrativa ou de um sujeito privado.¹³⁹

Também defensor da existência de atividade jurisdicional na jurisdição voluntária é Didier. Sob seu enfoque, é errônea a ideia de inexistir lide na jurisdição voluntária, posto que os casos levados a este tipo de jurisdição consistem em situações potencialmente conflituosas, que por este próprio motivo são direcionadas à tutela do Poder Judiciário. Cita a título exemplificativo o processo de emancipação, quando ocorre divergências entre o menor, que pretende se ver emancipado, e seu genitor.¹⁴⁰

Didier também considera como insubsistente a tese de que não há processo na jurisdição voluntária, pois é evidente o seu exercício através das formas processuais,

¹³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Vol 1. p. 53

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3ª ed, rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Vol 1. p. 145.

¹³⁹ Ibidem, p. 146.

¹⁴⁰ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 192.

devendo estar presentes todos os pressupostos do processo. Assim, ainda que se fosse considerada como um processo administrativo, não haveria como se negar a estrutura processual desta modalidade jurisdicional. Nesse sentido, diante da existência de processo, o autor também defende que não cabe contestar-se a prestação de atividade jurisdicional, nem a existência de partes em sentido processual, ou seja, de sujeitos parciais na relação jurídica processual.¹⁴¹

Apesar de a doutrina majoritária ser seguidora da corrente que considera a jurisdição voluntária como administração pública de interesses privados, a segunda corrente que sustenta a tese da existência de atividade jurisdicional na referida atividade se mostra razoável, sob a perspectiva de uma jurisdição mais ampla, não limitada a dirimir litígios, mas voltada à tutela dos direitos postos no ordenamento jurídico sob um viés mais abrangente.

Enfim, diante de todo o exposto acerca da jurisdição, detém-se a noção de ser esta uma modalidade heterocompositiva de pacificação dos conflitos, exercida de forma imperativa e imparcial por um agente estatal, em cumprimento de sua função pública, em casos concretos trazidos pelas partes ao juízo.

A vantagem vislumbrada pela utilização de tal forma de resolução de litígios se verifica na força e imutabilidade da decisão judicial, que possui o condão de promover o encerramento da desarmonia ocasionada pelo conflito.¹⁴² Logo, de maneira abstrata, é possível se eleger o método jurisdicional como um dos mais benéficos aos indivíduos, em face da imparcialidade e coatividade revestidas no agente estatal.¹⁴³ Porém, na prática, não é o que vem se constando pela utilização de tal meio, conforme será pormenorizado a seguir.

2.2 O PROTAGONISMO E O DECLÍNO DO PODER JUDICIÁRIO

O surgimento do Poder Judiciário na história dos povos como entidade integrante da tripartição do poder estatal, se inicia a partir da transferência da soberania atribuída à figura do rei ao Estado, a partir da emergência das Constituições positivadas no século XVIII.¹⁴⁴

Assim como o Poder Executivo e o Poder Legislativo, o terceiro poder recebeu um

¹⁴¹ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 192.

¹⁴² CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 67.

¹⁴³ ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 30.

¹⁴⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 92.

encargo político da soberania do Estado, em virtude da necessidade de descentralizar-se as atividades estatais, evitando-se, assim, o acúmulo de poder. Ao Poder Judiciário atribuiu-se o papel de realização da função jurisdicional na sociedade, enquanto que os Poderes Executivo e Legislativo ficaram encarregados, precipuamente, das funções administrativa e legislativa, respectivamente.¹⁴⁵

Conforme visto no tópico precedente, a atividade jurisdicional decorre de uma função estatal, cujo principal objetivo é o de solucionar os conflitos trazidos em juízo. Sob a visão do Estado Democrático de Direito, é possível se acrescentar a finalidade de proteção à Constituição e aos direitos fundamentais, projeção do Poder Judiciário que Moreira considera como política, por consistir em “fator de promoção de controle social e de limitação dos poderes estatais.”¹⁴⁶

Acerca do papel político do Poder Judiciário, Rodrigues expõe a existência de dois posicionamentos opostos. Cita-se como primeira linhagem de raciocínio aquela que considera a abstenção do terceiro poder estatal na intervenção sobre a discussão política, tarefa que restaria limitada aos Poderes Legislativo e Executivo, se restringindo o Judiciário a resolver as divergências provenientes do convívio social, sem qualquer enfoque axiológico sobre tais contendas.¹⁴⁷ Por outro lado, a outra corrente de ideias é a que atribui aos magistrados uma postura ativa nos debates políticos da sociedade, devendo atuar em prol da transformação social.¹⁴⁸

Moreira considera que houve a evolução da função do Poder Judiciário, pois a princípio vigia uma ordem apenas protetiva de direitos, enquanto que na atualidade busca-se pela atuação judicial na promoção efetiva dos direitos positivados:

De fato, a passagem de uma ordem essencialmente protetiva, ou garantista, para uma de natureza promocional, conduziu a uma progressiva transmutação do papel do Judiciário, já agora não mais restrito à mera tutela de proteção de direitos já inseridos no patrimônio do particular, mas estendida à busca da outorga daqueles que, inobstante teoricamente contemplados pela ordem jurídica, ainda não se efetivaram dentro da realidade social do jurisdicionado.¹⁴⁹

¹⁴⁵ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O poder judiciário no Brasil. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei et al. O terceiro poder em crise: impasses e saídas. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003. Cadernos Adenauer III, nº 6. p. 14

¹⁴⁶ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. Poder judiciário no Brasil: crise de eficiência. Curitiba: Juruá, 2009. p. 57.

¹⁴⁷ RODRIGUES, Horácio Wanderlei et al. O terceiro poder em crise: impasses e saídas. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003. Cadernos Adenauer III, nº 6. p. 10.

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. Poder judiciário no Brasil: crise de eficiência. Curitiba: Juruá, 2009. p. 55.

Nesse sentido, observa-se o Poder Judiciário através de sua função de jurisdição constitucional, que significa a “[...] busca, através do intérprete, de outros parâmetros cognitivos válidos para a concretização dos valores sobre os quais se assenta a ordem constitucional.”¹⁵⁰

Sobre outra perspectiva, passa-se a analisar o Poder Judiciário de acordo com as Constituições que regeram o direito nacional, a partir da primeira Constituição republicana, que aderiu ao modelo de república federativa adotado nos Estados Unidos da América, e afirmou a instituição judiciária como um Poder da República independente e em harmonia dos com outros dois Poderes, o que se manteve nas Constituições ulteriores.¹⁵¹

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891 filiou-se ao modelo americano de justiça dual, dividida em estadual e federal.¹⁵² Também apresentou a instauração do sistema de proteção constitucional, que inexistia na época imperial. A partir da Constituição de 1891 passou-se a realizar o controle difuso de constitucionalidade, mediante sua verificação em casos concretos, “[...] sem mácula à plena vigência da lei reconhecida incidentalmente como inconstitucional.”¹⁵³

Subsequentemente, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934 “[...] não alterou substancialmente a organização judiciária anterior, embora tenha inovado com a consagração de dois ramos especiais dentro da justiça da União, a militar e a eleitoral.”¹⁵⁴ Destaca-se que já existia a justiça eleitoral, criada com o Código Eleitoral de 1932, com o objetivo de sanar as máculas eleitorais que ocorreram na época da República Velha.¹⁵⁵

Adiante, com o golpe de Estado perpetrado por Getúlio Vargas, tem-se a Constituição do Estado Novo, qual seja a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937, que, diante do contexto ditatorial, sequer positivou a respeito dos três Poderes do Estado.¹⁵⁶

Volta-se à democracia com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946, que “[...] buscou restabelecer a normalidade no funcionamento das

¹⁵⁰ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. Poder judiciário no Brasil: crise de eficiência. Curitiba: Juruá, 2009. p. 55.

¹⁵¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 103.

¹⁵² MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. Poder judiciário no Brasil: crise de eficiência. Curitiba: Juruá, 2009. p. 59.

¹⁵³ Ibidem, p. 60.

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ Idem.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 61.

instituições políticas”¹⁵⁷. Foi com esta Carta que se criou a Justiça do Trabalho e o Tribunal Federal de Recursos, que atuava na revisão das causas em que era parte a União Federal.¹⁵⁸ Ademais, pela primeira vez, tratou da questão atinente ao acesso à justiça, ao prever em seu artigo 141, §4º, que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”¹⁵⁹

Boaventura de Sousa Santos expõe que nos anos de 1950 e 1960 nem as elites governantes e nem a esquerda revolucionária preocupavam-se com o Poder Judiciário. Aquelas importavam-se apenas com o modo desenvolvimentista de organização da produção, enquanto esta última não enxergava os tribunais como “mecanismo importante para a promoção da justiça social.”¹⁶⁰

Posteriormente, há a instauração de um novo regime ditatorial, com o golpe militar de março de 1964, o que refletiu na atuação do Poder Judiciário. Poucos anos depois, há a aprovação pelo Congresso Nacional da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, momento em que prevalecia as restrições às liberdades civis e políticas. Conforme considerações de Boaventura de Sousa Santos, nos anos de 1970 e 1980 o cenário de regimes ditatoriais impedia o fortalecimento do Judiciário, que poderia representar um risco às práticas de repressão utilizadas na época.¹⁶¹

Destarte, o protagonismo do Poder Judiciário na sociedade brasileira somente se constata a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fenômeno também verificado em outros países através dos continentes.¹⁶² Nesse seguimento, Boaventura de Sousa Santos assevera:

Ao abandonar o *low profile* institucional, o judiciário assume-se como poder político, colocando-se em confronto com os outros poderes do Estado, em especial com o executivo. Esta proeminência e, conseqüentemente, o confronto com a classe política e com outros órgãos de poder soberano manifestaram-se sobretudo em três campos: no garantismo de direitos, no controle de legalidade e dos abusos do poder e na judicialização da política.¹⁶³

¹⁵⁷ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. Poder judiciário no Brasil: crise de eficiência. Curitiba: Juruá, 2009. p. 62.

¹⁵⁸ Idem.

¹⁵⁹ BRASIL. Constituição (1946) Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 07/11/2017.

¹⁶⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça, 3 ed., São Paulo: Cortez, 2011, p. 11.

¹⁶¹ Ibidem, p. 12.

¹⁶² Idem.

¹⁶³ Idem.

Tal proeminência se justifica pelo fato de a Constituição de 1988 demarcar a proteção de um rol muito mais amplo de direitos, em reflexo às repressões sofridas durante os anos de ditadura, amparando-se de maneira mais abrangente, a partir de então, não só os direitos civis e os políticos, mas também os sociais e econômicos, além dos denominados direitos de terceira geração, dos quais fazem parte, por exemplo, o amparo ao meio ambiente e aos direitos consumeristas.¹⁶⁴

Conjuntamente com a ampliação dos direitos positivados, há com a nova Carta Magna o alargamento da possibilidade de acesso aos órgãos judiciários, por meio de diversos mecanismos, que refletiram na atual visão de protuberância do meio jurisdicional de pacificação de controvérsias, consoante discorre Boaventura de Sousa Santos:

[...] Acresce o fato de, também a partir da Constituição de 1988, se terem ampliado as estratégias e instituições das quais se pode lançar mão para invocar os tribunais, como, por exemplo, a ampliação da legitimidade para propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, a possibilidade de as associações interpirem ações em nome de seus associados, a consagração da autonomia do ministério público e a opção por um modelo público de assistência jurídica e promoção do acesso à justiça. A redemocratização e o novo marco constitucional deram maior credibilidade ao uso da via judicial como alternativa para alcançar direitos. Sem surpresa, os instrumentos jurídicos que estavam presentes no período autoritário, como a ação popular e ação civil pública, passam a ser largamente utilizados só depois de 1988.¹⁶⁵

Observando-se, desta maneira, estarem à disposição dos cidadãos diversos direitos e garantias constitucionalmente previstos, dentre estas a de acesso à apreciação de suas demandas pelo Poder Judiciário, bem como a falta de efetividade na implementação de políticas públicas que pudessem de fato amparar estes novos direitos, houve um significativo aumento da busca em âmbito judicial pela efetivação de tais garantias.¹⁶⁶

Ilustração de situação que demonstra a inefetividade da administração pública quanto aos direitos fundamentais se refere à questão da proteção à saúde, que é objeto de discussão em inúmeras demandas judiciais que versam sobre a busca pela obtenção de autorização judicial para a concessão de determinado medicamento ou tratamento médico,

¹⁶⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça, 3 ed., São Paulo: Cortez, 2011, p. 14-15.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 14-15.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 15.

por exemplo.¹⁶⁷

Neste contexto, enraíza-se a construção de uma cultura do litígio, a partir do momento em que os indivíduos, se vendo desamparados pelo poder público, com relação à diversidade de direitos positivados no ordenamento jurídico pátrio, se voltam às portas do Poder Judiciário na tentativa de obterem a satisfação de suas pretensões, resultando em um acúmulo de demandas das mais diversas matérias nos fóruns judiciais. Veronese exemplifica tal questão:

Conjugado com o movimento de democratização social, há uma estrutura normativa que, formalmente, garante a plenitude de direitos aos cidadãos: a nova Constituição de 1988. Como a materialização efetiva daquelas garantias jurídicas não se processavam de imediato, as lutas judiciais aumentaram. E, deve ser notado, não só em litígios contra o Estado. Também as disputas entre os cidadãos e demais entidades econômicas (empresas, bancos etc) e sociais (associações, sindicatos etc). O paralelo da garantia normativa formal foi a reivindicação social que ferilizou um dos poderes da República que era mais infenso a elas: o Poder Judiciário. Como epifenômeno podemos ver a explosão judicial que se seguiu após a promulgação da Carta de 1988.¹⁶⁸

Boaventura de Sousa Santos, considera que houve um “curto-circuito histórico” quando da transição do regime ditatorial para o retorno ao regime democrático, tendo em vista a simples positivação de direitos que em outros países foram cultivados através de um longo trilha histórico, o que resultou na dificuldade de efetivação de tais garantias, que apesar de estarem protegidas em âmbito constitucional, padeciam de aplicação na prática, por inexistência de políticas públicas voltadas a tal sentido.¹⁶⁹ Sob este mesmo viés são as ponderações de Susana Bruno:

Além disso, no Brasil, após o término do regime ditatorial e consequente advento da Carta da República de 1988, houve uma explosão forense, caracterizando um desajuste entre o dinamismo social crescente e os métodos da organização estatal. O retorno à democracia, o amplo rol de direitos e garantias fundamentais, o desenvolvimento econômico e a ampliação do acesso à justiça – o que não se traduz na sua efetividade –, aliados ao crescimento demográfico, fizeram com que o Poder Judiciário atingisse patamares alarmantes de morosidade, inchaço processual e insatisfação social, no que se refere à prestação jurisdicional. Toda esta

¹⁶⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça, 3 ed., São Paulo: Cortez, 2011. p. 15.

¹⁶⁸ VERONESE, Alexandre. Direito na fronteira ou fronteira do Direito: experiências de projetos do Programa Nacional Balcões de Direito. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei et al. O terceiro poder em crise: impasses e saídas. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003. Cadernos Adenauer III, nº 6. p. 14

¹⁶⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça, 3 ed., São Paulo: Cortez, 2011, p. 16-17.

senda, somada ao fenômeno da globalização, gerou um aprimoramento dos litígios que se diversificaram, exigindo do julgador uma vasta gama de conhecimentos fora do ambiente jurídico.¹⁷⁰

Diante da inabilidade da administração para oferecer a seus cidadãos a gama de direitos positivados na legislação, surge um conflito entre o Poder Judiciário e os outros dois Poderes, em razão da interferência muitas vezes realizada pelos julgadores nas políticas públicas¹⁷¹, o que se abre margem à discussão do papel político do terceiro Poder estatal, que não é mais visto “[...] apenas como órgão encarregado da prestação de justiça, sua função básica em qualquer ordem estatal, mas também enquanto poder político inserido no arranjo institucional de poderes de nosso país.”¹⁷²

Moreira elucida o papel do Poder Judiciário no contexto de uma nova ordem de direitos constitucionalizados, e considera que a entidade assume uma cota de responsabilidade sobre os “[...] direitos e garantias consubstanciados em normas programáticas ou vazadas em conceitos fluidos que dependam de integração por interpretação judicial.”¹⁷³

Evidencia-se, assim, a mudança de atuação dos magistrados, que já se resumiu à aplicação meramente de subsunção dos fatos às leis “[...] desprovida de interferências valorativas externas, de cunho ético-político ou histórico-social.”¹⁷⁴ Porém, o que atualmente se promove é a responsabilização ativa da magistratura, que, dentro de suas atribuições, pode e deve atuar proativamente no processo de mudança social, “[...] pelo significado social de suas funções e pelo alcance que podem ter suas decisões.”¹⁷⁵ Dallari esclarece de que maneira os julgadores podem auxiliar na garantia dos direitos:

Em contato permanente com a realidade social, especialmente com as situações de conflito, a magistratura pode detectar rapidamente as injustiças legais, os desencontros entre a legislação e as práticas sociais, a existência de mecanismos que facilitam a promoção de injustiças e a sonegação de direitos, a existência de obstáculos ao uso e à defesa dos direitos consagrados na Constituição e nas leis. Desse modo a magistratura tem a possibilidade de influir positivamente,

¹⁷⁰ BRUNO, Susana. Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do jurisdicionado. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 73.

¹⁷¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça, 3 ed., São Paulo: Cortez, 2011, p. 18.

¹⁷² MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. Poder judiciário no Brasil: crise de eficiência. Curitiba: Juruá, 2009. p. 57.

¹⁷³ Ibidem, p. 91.

¹⁷⁴ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. Poder judiciário no Brasil: crise de eficiência. Curitiba: Juruá, 2009. p. 90.

¹⁷⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 56.

contribuindo para o aperfeiçoamento da ordem jurídica, mantendo-se rigorosamente dentro do Âmbito de sua função garantidora da justiça.¹⁷⁶

Importante ressaltar que a atribuição de caráter político à atuação judicial não está vinculada a opções partidárias, mas sim ao esforço valorativo para a resolução de conflitos quando houver ponderação “[...] entre normas, argumentos, interpretações e até mesmo entre interesses, quando estes estiverem em conflito e parecer ao juiz que ambos são igualmente protegidos pelo direito.”¹⁷⁷ Neste caso, o juiz atuará em observância ao contexto social, buscando proporcionar a decisão mais justa ao caso apreciado, por meio de um maior esforço interpretativo do direito¹⁷⁸, não mais restrito à fria atividade de subsunção. Assim, de acordo com Mauro Cappelletti e Bryant Garth, “Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais [...]”.¹⁷⁹

Além da busca por efetivação de direitos individuais e coletivos positivados, Dallari expõe outras facetas da procura pelo Poder Judiciário, fatores que contribuem para uma cultura de litigância. Um deles é o fenômeno da urbanização, que aproximou grande parte dos habitantes da zona rural para as cidades, o que acarretou, por exemplo, em maiores constituições de relações contratuais, em ampliação do uso dos direitos de um modo geral, bem como em facilitação ao acesso de locomoção aos órgãos jurisdicionais, anteriormente mais distantes, tanto de maneira física, quanto instrumentalmente. Todos estes fatores resultaram em expressivo aumento de demandas judiciais.¹⁸⁰

A outra questão apresentada por Dallari é atinente à judicialização de casos envolvendo autoridades públicas e busca por punição de corrupções, de acordo com os dizeres do autor:

Tanto no Brasil quanto em grande parte da América Latina e em vários países europeus ditos “do primeiro mundo”, ganhou evidência a prática de corrupção da área pública, muitas vezes envolvendo personalidades públicas de grande destaque. Ou porque a corrupção aumentou ou porque a imprensa intensificou a publicação de denúncias, o fato é que a acusação a políticos por prática de corrupção é hoje assunto constante nos grandes meios de comunicação. Como é normal em qualquer sistema regido pelo

¹⁷⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 56.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 97.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 98.

¹⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12.

¹⁸⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 07.

direito, esses fatos produzem ações judiciais, visando a apuração da verdade, a proteção do patrimônio público e a punição dos corruptos.¹⁸¹

montante de 65,11% de participação do setor público nas demandas judiciais do país.¹⁸⁶

Tais dados demonstram que o próprio poder público sustenta a cultura do litígio, ao permitir tamanha abstenção na concessão administrativa dos direitos de titularidade de seus cidadãos que acaba favorecendo a proliferação de infundáveis demandas judiciais¹⁸⁷, propagando-se, em consequência, o culto pela sentença judicial.

O ideal, a fim de se alcançar a desnecessidade da concessão de direitos através da tutela jurisdicional, seria a efetivação destes pela via administrativa, sem que os agentes públicos os obstaculizassem, apesar de tal idealização consistir em missão complexa e intrincada, posto que envolve inúmeros fatores, dentre eles os políticos, sociais e econômicos. Hachem defende tal posicionamento:

Para que a Administração tutele efetivamente esses direitos, é imprescindível que no desenvolvimento de suas competências eles sejam reconhecidos e protegidos sem carecer de coerção, em sede administrativa ou jurisdicional. Com isso, evita-se a necessidade de propositura de demandas judiciais para reivindicar a sua realização, ou de dar prosseguimento àquelas que já foram ajuizadas, aumentando o índice de satisfação dos direitos fundamentais e desobstruindo o Poder Judiciário de processos despiciendos, que têm como origem a recusa estatal de adimplir voluntariamente os seus deveres constitucionais e legais para com os cidadãos.¹⁸⁸

O Poder Judiciário, que passava então a figurar formalmente elevado a uma posição fortalecida no campo político-institucional, frente às suas novas e complexas atribuições – centradas tanto na defesa dos direitos e garantias não apenas individuais, mas igualmente coletivos e difusos, como também na defesa do meio social contra os abusos do poder público e como garantidor da estabilidade e dinâmica institucionais – viu-se, então, por sua maior visibilidade sócio-política, objeto de sérios questionamentos por parte da sociedade brasileira e que expunham, fundamentalmente, um insucesso crônico na condução e desempenho de suas relevantes funções.¹⁹²

Para Boaventura de Sousa Santos, a crise do Poder Judiciário representa um desequilíbrio entre os três poderes estatais, ocorrendo a transmissão ao terceiro poder da legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo, o que resulta na criação de “[...] expectativas positivas elevadas a respeito do sistema judiciário, esperando-se que resolva os problemas que o sistema político não consegue resolver.”¹⁹³

Sob a mesma linha de entendimento, Cintra, Dinamarco e Grinover expõem que “[...] as atuais estruturas político-administrativas do Estado, com sua ineficiência e seu comportamento desrespeitoso perante os direitos das pessoas, levam a uma forte tendência à judicialização dos conflitos, assoberbando os tribunais do país [...]”.¹⁹⁴

Além disso, há fatores internos à própria estrutura do Poder Judiciário que contribuem para seu colapso. Moraes adverte a existência de vários tipos de crise constatadas. Aponta como primeira destas a crise estrutural, que representa dificuldades no financiamento das instalações dos órgãos judiciais, bem como na remuneração do pessoal e nos gastos com equipamentos, custos estes que são diferidos “em razão do alongamento temporal das demandas”.¹⁹⁵ A crise objetiva ou pragmática seria a segunda modalidade, que se vincula aos problemas da burocracia, lentidão dos procedimentos, acúmulo de demandas e linguagem exageradamente rebuscada.¹⁹⁶ A crise subjetiva ou tecnológica, conforme as ideias do autor, é a que critica o método lógico-formal de soluções dos conflitos, não bastando a aplicação de silogismos na contemporaneidade.¹⁹⁷ Por último, define o que entende por crise paradigmática:

¹⁹² MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. Poder judiciário no Brasil: crise de eficiência. Curitiba: Juruá, 2009. p. 67.

¹⁹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça, 3 ed., São Paulo: Cortez, 2011, p. 18.

¹⁹⁴ CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 30.

¹⁹⁵ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99.

¹⁹⁶ Idem.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 99-100.

Por fim, temos aquela crise que diz respeito em particular aos métodos e conteúdos utilizados pelo Direito para a busca de uma solução pacífica para os conflitos a partir da atuação prática do direito aplicável ao caso sub judice. O que se vislumbra aqui é a interrogação acerca da adequação do modelo jurisdicional para atender às necessidades sociais do final do século [...]. É a crise paradigmática.¹⁹⁸

Enfim, é possível se visualizar a atual insatisfação da sociedade diante de tais crises, seja pela ineficácia dos direitos constitucionalmente garantidos, ou pelos impasses atravessados nos custosos, burocráticos e vagarosos processos judiciais, que, apesar de estarem atualmente à disposição da população que queira ver seus conflitos resolvidos em juízo, nem sempre representam a melhor ferramenta para a resolução de suas contendas, ou mesmo o fidedigno acesso à justiça, na atual acepção do termo, conforme será demonstrado em sequência.

2.3 A BUSCA PELO ACESSO À JUSTIÇA

Muito se defende o ideal de justiça, porém se releva notar que seu significado, multifacetário, é objeto de profundos estudos filosóficos e também sociológicos. No âmbito jurídico, pode-se adotar a ideia de justiça como cerne da construção do Direito, ou, nas palavras de Carnelutti, “é o prius do fenômeno jurídico”¹⁹⁹, o “conjunto de regras superiores ao Direito”²⁰⁰, que se encontra de maneira imanente na consciência dos homens.²⁰¹ O jurista italiano visualiza a justiça como substância que serve de aparato ao Direito, cujo objetivo é o de resolver os conflitos sociais:

Daqui que se o interesse na composição dos conflitos for a causa do Direito, a justiça seja sua matéria. Entre justiça e Direito existe a mesma relação que entre substância e forma: a justiça representa na lei o que o ouro nas moedas, cujo troquel o formaria o Direito. E do mesmo modo que as moedas, assim também as leis são boas ou más conforme a quantidade de ouro, ou seja, de justiça que contêm, o que não impede a vigência de leis más, sempre que levem o cunho do Estado.²⁰²

Boaventura de Sousa Santos indaga de que maneira o Direito, como instrumento de

¹⁹⁸ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 100.

¹⁹⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1 ed. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 64.

²⁰⁰ Idem.

²⁰¹ Idem.

²⁰² Ibidem, p. 64-65.

regulação das sociedades, pode contribuir para a construção de uma sociedade mais justa, apontando a necessidade de se refletir sobre o seu papel na emancipação social.²⁰³ Por sua vez, Cintra, Dinamarco e Grinover, fazem alusão à justiça dentro do processo judicial, defendendo o acesso à justiça a ambas as partes da contenda, que se traduz, atualmente, no “acesso à ordem jurídica justa.”²⁰⁴

Além desses conteúdos semânticos mais aprofundados, há a acepção de justiça como sinônimo de Poder Judiciário, que quando assim utilizada pode ser escrita com “jota maiúsculo”, conforme diferencia Calmon, ao distinguir a “Justiça” da “justiça”:

É que Justiça com jota maiúsculo é o órgão judicial, ou o conjunto de órgãos judiciais; é o Poder Judiciário. Acessar a Justiça já é algo difícil e custoso, repleto de obstáculos, como concluíram o professor de Florença Mauro Cappelletti e Briant Garth, professor da Universidade da Califórnia – Irvine. Acessar a justiça (com jotinha) é tarefa muito mais difícil, é preciso que o resultado final seja justo. Pode-se fazer justiça sem estar na Justiça. Pode-se obter a justiça sem “entrar” na Justiça. Pode-se realizar justiça sem estar no Poder Judiciário.²⁰⁵

A partir de agora, se passará a analisar a discussão sobre o acesso à justiça na acepção de tutela aos direitos dos homens, compreendida majoritariamente na busca da tutela jurisdicional. A respeito do tema, imprescindível a análise da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, intitulada de “Acesso à justiça”, trabalho paradigmático na abordagem da questão, resultado do Projeto de Florença.

Tal projeto foi formulado na década de 1970 e seu objetivo era o de estudar de maneira multidisciplinar o acesso à justiça, com o auxílio de diversos colaboradores ao redor do mundo, abordando-se o seu significado, seus óbices e suas possíveis soluções, considerando-se o caráter sociológico e prático das questões jurídicas em variados países.²⁰⁶ Em análise à obra de Cappelletti e Garth, Susana Bruno sintetiza seus principais focos:

Pela análise do trabalho desenvolvido por Cappelletti e Garth, a primeira constatação é que, através da salutar aproximação de profissionais não jurídicos ao Direito, verificou-se a inacessibilidade da justiça no âmbito

²⁰³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça, 3 ed., São Paulo: Cortez, 2011, p. 20.

²⁰⁴ CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 52.

²⁰⁵ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 129.

²⁰⁶ ALÔ, Bernard dos Reis. As Ondas de Acesso à Justiça de Cappelletti e Garth! Disponível em: <<http://cursocliquejuris.com.br/blog/as-ondas-de-acesso-a-justica-de-cappelletti-e-garth/>> . Acesso em: 05. nov. 2017.

mundial, tendo em vista não ser igualmente acessível e não ser capaz de produzir resultados individual e socialmente justos. Através de uma visão instrumentalista, abandona-se o pensamento de que a efetividade do acesso à justiça era promovida somente pelo direito de ação. Passa-se a admitir que o processo, por ser dotado de valores sociais e políticos, é capaz de funcionar como instrumento para a concretização de direitos através da prestação jurisdicional. Por fim, constata-se que o termo “acesso à justiça” deve ser encarado com a máxima amplitude que couber, isto é, não se restringindo à observância de normas jurídicas que regulam a atuação individual e social, mas também com a atuação legislativa em favor da ordem jurídica justa.²⁰⁷

Cabe explicitar que o Brasil não participou dos estudos dos autores do Projeto, e a razão para tal falta de participação é encontrada no contexto histórico vivenciado pelo país à época de desenvolvimento das pesquisas. Na década de 70 no Brasil vigia o sistema de governo da ditadura militar, motivo pelo qual “O acesso à justiça promovido pelo Estado era tão distante do jurisdicionado que não existiam motivos para se criar métodos alternativos para resolver conflitos pela via estatal e nem era esse o alvo de discussão política e social da época.”²⁰⁸ Isso não quer dizer, porém, que os estudos do movimento não se refletiram no território nacional, tendo em vista que até hoje são abordados de maneira arquetípica, diante da importância dos temas abordados, conforme se verá.

Um dos primeiros questionamentos realizados pela pesquisa diz respeito ao funcionamento dos sistemas jurídicos, no sentido de se refletir “[...] como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam.”²⁰⁹ Tais indagações surgem num contexto de falta de efetividade do direito de ação, após o aparecimento de “novos direitos”, motivada principalmente por óbices sociais e econômicos, que impossibilitam a real garantia de acesso à justiça, conforme assevera Marinoni.²¹⁰ No mesmo contexto são as exposições de Boaventura de Sousa Santos:

Somos herdeiros das promessas da modernidade e, muito embora as promessas tenham sido auspiciosas e grandiloquentes (igualdade, liberdade, fraternidade), temos acumulado um espólio de dívidas. Cada vez mais e de forma mais insidiosa, temos convivido no interior de Estados democráticos clivados por sociedades fascizantes em que os índices de desenvolvimento são acompanhados por indicadores gritantes de desigualdade, exclusão

²⁰⁷ BRUNO, Susana. Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do jurisdicionado. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 30.

²⁰⁸ BRUNO, Susana. Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do jurisdicionado. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 34.

²⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 07.

²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3ª ed, rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Vol 1. p. 185.

social e degradação ecológica.²¹¹

Cappelletti e Garth definem o acesso à Justiça tomando-se por base a finalidade elementar do sistema jurídico de proporcionar aos indivíduos a reivindicação de seus direitos e a resolução de seus conflitos ao poder estatal, sendo que “o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.”²¹² De acordo com os autores, o acesso a um sistema que consiga de fato garantir os direitos previstos consiste em um requisito básico de direitos humanos, não bastando a proclamação dos referidos direitos.²¹³

À ideia insuficiente de que justiça é o resultado da adequada aplicação de regras a casos concretos, acrescenta-se o enfoque dado à “justiça social”, que atribui importância à proteção efetiva do direito dos indivíduos.²¹⁴ A realidade social, sob esta perspectiva, não é mais indiferente para o processo civil, que anteriormente não refletia preocupação com a referida justiça social.²¹⁵

Vigorava no sistema jurídico o caráter individualista do processo, que sustentava o direito de igualdade sob um aspecto meramente formal, no sentido de ser facultada a propositura de uma demanda frente ao Poder Judiciário, bem como de poder ser contestada, no caso do réu.²¹⁶ Tal era a realidade dos estados liberais nos séculos XVIII e XIX, época em que o Estado era indiferente às necessidades sociais e à viabilidade de todos os sujeitos de direito ingressarem de fato em juízo, seja como autores ou réus,²¹⁷ sendo que apenas os aptos a arcarem com os custos do processo que realmente acessavam os órgãos judiciários.²¹⁸

Acerca do tema, Marinoni esclarece a necessidade de preocupação do Estado com os fatores sociais que porventura impeçam aos cidadãos seu acesso à tutela jurisdicional, sendo esta imprescindível para a convivência harmônica em sociedade:

O direito de acesso à jurisdição – visto como direito do autor e do réu – é

²¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça, 3 ed., São Paulo: Cortez, 2011, p. 06.

²¹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 08.

²¹³ Ibidem, p. 12.

²¹⁴ Ibidem, p. 93.

²¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3ª ed, rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Vol 1. p. 186.

²¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 09.

²¹⁷ Idem.

²¹⁸ Idem.

um direito à utilização de uma prestação estatal imprescindível para a efetiva participação do cidadão na vida social, e assim não pode ser visto como um direito formal e abstrato – ou como um simples direito de propor a ação e de apresentar defesa -, indiferente aos obstáculos sociais que possam inviabilizar o seu efetivo exercício.²¹⁹

O contexto começa a se modificar a partir do momento em que “as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual”²²⁰ A transição do Estado liberalista para o Welfare State representou no âmbito do processo civil uma nova postura do parte do Estado, que agora deveria adotar uma conduta positiva, no sentido de “assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos”²²¹, sendo “[...] imprescindível que o exercício da ação não seja obstaculizado, até porque ter direitos e não poder tutelá-los certamente é o mesmo do que não os ter.”²²² Theodoro Júnior tece as seguintes considerações acerca da questão:

Percebe-se, ainda que com a ruptura para o Estado Social, vai sendo abandonada a visão individualista dos direitos para se afirmar uma postura positiva (ativa) por parte do Estado na efetivação de direitos fundamentais (direitos sociais). Com isso, o Judiciário, a partir do processo constitucional, passa a ocupar papel de destaque na efetivação desses direitos. Sua função não é apenas de aplicação da norma jurídica, mas de materialização desta.²²³

O questionamento acerca da efetividade do ordenamento jurídico, segundo Cappelletti e Garth, relaciona-se, dentre outros fatores que serão abordados, à “igualdade de armas” entre as partes, ou seja, para que haja equilíbrio entre os contendores e para que haja efetividade de seus direitos, é necessário que eles estejam em um mesmo patamar na disputa. Porém, os autores identificam ser utópica a perfeita igualdade entre as partes.²²⁴

Os autores do Projeto de Florença exemplificam a relação de disparidade de condições entre as partes ao observarem as ideias do professor Galanter, que defende a existência de vantagem aos “litigantes habituais” em relação aos “litigantes eventuais”. Na maioria das situações, verifica-se que os mais habituados ao sistema judicial, como é o caso

²¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3ª ed, rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Vol 1. p. 308.

²²⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 10.

²²¹ Idem.

²²² MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3ª ed, rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Vol 1. p. 186.

²²³ THEODORO JR., Humberto et al. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 159.

²²⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 15.

dos litigantes organizacionais, possuem alguns benefícios, assim elencados:

As vantagens dos “habituais”, de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.²²⁵

Desta forma, enquanto para alguns o ambiente judiciário é visto com certa naturalidade, para outros este se revela em procedimentos intrincados e formalistas, protagonizados por figuras muitas vezes vistas como intimidadoras, quais sejam os juízes e os advogados.²²⁶ Verifica-se, assim, que além de os indivíduos frequentemente sequer terem ciência dos direitos que possuem, quando a detém, acabam se abstendo de buscar o auxílio jurídico para a defesa de seus direitos.²²⁷ Marinoni reflete acerca da questão, acrescentando o fator econômico à discussão:

O custo do processo pode impedir o cidadão de propor a ação, ainda que tenha convicção de que o seu direito foi violado ou está sendo ameaçado de violação. Isso significa que, por razões financeiras, expressiva parte dos brasileiros pode ser obrigada a abrir mão dos seus direitos. Porém, é evidente que não adianta outorgar direitos e técnicas processuais adequadas e não permitir que o processo possa ser utilizado em razão de óbices econômicos.²²⁸

Evidencia-se assim que outra situação de disparidade vivenciada com frequência é em relação à hipossuficiência de se arcar com as custas do Poder Judiciário, que não são insignificantes. Além das custas judiciais devidas aos órgãos jurisdicionais, arca-se também com os gastos advindos da contratação de advogado, bem como com diligências necessárias à produção das provas, ressaltando-se que tais encargos incumbem tanto ao autor quanto ao réu.²²⁹ O impedimento do acesso à justiça motivado pelos custos do processo judicial foi o primeiro fator analisado pelas “ondas de acesso à justiça” de Cappelletti e Garth. As considerações feitas pelos autores apontam a situação de vantagem daqueles com recursos

²²⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 25.

²²⁶ Ibidem, p. 24.

²²⁷ Ibidem, p. 92.

²²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3ª ed, rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Vol 1. p. 187.

²²⁹ Ibidem, p. 186.

financeiros, que “podem pagar para litigar”, além de poderem “suportar as delongas do litígio”.²³⁰

Diante de tal problemática, os países ocidentais, em sua maioria, viabilizaram, como uma das primeiras medidas de promoção do acesso à justiça, a prestação de serviços jurídicos gratuitos aos desfavorecidos economicamente.²³¹ No caso do Brasil, é facultada a “assistência judiciária aos necessitados” desde 1950, por meio da Lei 1.060/50. Também são prestados serviços jurídicos aos necessitados por meio da Defensoria Pública, instituição permanente, de acordo com o artigo 134 da Constituição da República de 1988. Mais recentemente, ainda, o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu o direito à gratuidade da justiça, a pessoas naturais e jurídicas, com insuficiência de recursos para poder participar do processo (art. 98, CPC/2015).

Boaventura de Sousa Santos reputa como relevante o papel das defensorias públicas na revolução democrática da justiça e discorre acerca das vantagens de tal instituição:

Tendo em conta a evolução dos mecanismos e concepções relativas ao acesso à justiça, a proposta de construção de uma defensoria pública, nos moldes como está prevista sua atuação no Brasil, acumula diferentes vantagens potenciais: universalização do acesso através da assistência prestada por profissionais formados e recrutados especialmente para esse fim; assistência jurídica especializada para a defesa de interesses coletivos e difusos; diversificação do atendimento e da consulta jurídica para além da resolução judicial dos litígios, através da conciliação e da resolução extrajudicial de conflitos e, ainda, atuação na educação para os direitos.²³²

Há mais um aspecto econômico que envolve a questão do acesso à justiça: a discussão sobre as pequenas causas. Isso pelo fato de as causas que envolvem valores econômicos não tão significativos refletirem em maiores prejuízos do que em ganhos efetivos, tendo em vista que os custos do processo, conforme já exposto, não são baixos. Nesse sentido são as ideias de Cappelletti e Garth: “Se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade.”²³³

Defendem os juristas como solução para tal problemática a criação de tribunais de

²³⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 21.

²³¹ Ibidem, p. 31-32.

²³² SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça, 3 ed., São Paulo: Cortez, 2011, p. 32.

²³³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 19.

pequenas causas e baixos custos, que possam atrair os cidadãos, não apenas pela questão econômica, mas que também possibilitem a criação de um ambiente que os façam se sentir à vontade e confiantes para usufruí-lo, por meio de procedimentos informais e disponibilidade de servidores aptos a instruí-los.²³⁴

Verifica-se a adoção de tal medida em âmbito nacional, pela instituição dos juizados especiais, criados originariamente pela Lei n.º 7.244, de 7 de novembro de 1984, que instituiu os “juizados de pequenas causas”, transformados posteriormente nos juizados especiais, pela Constituição de 1988.²³⁵ Criados primeiramente em âmbito estadual, para depois alcançarem a esfera federal e as causas atinentes às fazendas públicas dos estados, Distrito Federal e municípios, os juizados instituíram-se por meio da valoração dos critérios “[...] da autocomposição, da equidade, da oralidade, da economia processual, da informalidade, da simplicidade e da celeridade.”²³⁶ Evidencia-se, neste aspecto, o aprimoramento do acesso à ordem jurídica justa, conforme assevera Netto:

Essa nova forma de prestar jurisdição significa antes de tudo um avanço legislativo de origem eminentemente constitucional, que vem dar guarida aos antigos anseios de todos os cidadãos, especialmente aos da população menos abastada, de uma justiça apta a proporcionar uma prestação de tutela simples, rápida, econômica e segura, capaz de levar à liberação da indesejável *litigiosidade contida*. Em outros termos, trata-se, em última análise, de mecanismo hábil de ampliação do *acesso à ordem jurídica* justa.²³⁷

Sob o olhar de Marinoni, a criação de “justiças especializadas para permitir o acesso dos mais pobres ao Poder Judiciário” faz parte do dever do legislador infraconstitucional, tendo em vista a garantia constitucional de acesso à justiça prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, bem como a dificuldade de acesso à jurisdição por parte de determinadas camadas da sociedade brasileira, inaptas para arcar com os dispendiosos custos provenientes das demandas judiciais.²³⁸

O autor aborda, ademais, a necessidade de adequação do procedimento a estes indivíduos, que não possuem a faculdade de esperar, sem prejuízo, a demorada solução

²³⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 97.

²³⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça, 3 ed., São Paulo: Cortez, 2011, p. 48-49.

²³⁶ Idem.

²³⁷ NETTO, Luiz Fernando Silveira. Juizados especiais federais cíveis. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 05. FIGUEIRA JUNIOR, Joel dias; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais. 2ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 30-31.

²³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3ª ed, rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Vol 1. p. 416.

judicial para verem dirimidos seus conflitos, havendo, assim, a “[...] necessidade de se dar procedimento e ambiente judiciais adequados à população mais pobre, isto é, procedimento mais simples, ágil e barato [...]”.²³⁹

Conforme se verifica, a questão temporal é outro fator que pode se revelar em óbice ao efetivo acesso à justiça, pois os efeitos da demora da prestação jurisdicional podem acarretar em ainda maiores custos para os litigantes, pressionando “[...] os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito.”²⁴⁰ Sob este panorama, Marinoni constata que “A morosidade da justiça prejudica a efetividade dos direitos fundamentais.”²⁴¹

Também se traduz em prejuízo às partes o aumento da ansiedade e incerteza com relação à resolução de suas controvérsias, “uma vez que estas não podem pôr o conflito/problema para trás e seguir com as suas vidas”²⁴². Acrescenta-se como problemática a falta de confiança na decisão que vier a ser proferida, e por consequência do meio jurisdicional de resolução de contendas, pois quanto mais distante o proferimento da sentença do fato ocorrido, mais desvanecida restará a memória dos fatos.²⁴³

Boaventura de Sousa Santos diferencia dois tipos de morosidade: a morosidade sistêmica, resultado do excesso de trabalho, burocracia e legalismo; e a morosidade ativa, que decorre dos próprios aplicadores do direito:

[...] é um caso de morosidade ativa pois consiste na interposição, por parte não só de operadores concretos do sistema judicial (magistrados, funcionários, membros do ministério público, advogados) mas também de algumas das partes e terceiros envolvidos no processo, de obstáculos para impedir que a sequência normal dos procedimentos desfeche o caso. Essa recusa em enfrentar a questão não se limita aos órgãos judiciais, alcança também a administração pública em geral. Nalguns casos de homologação de terras indígenas, por exemplo, a paralisação reflete uma inação conjunta entre sistema judicial e sistema administrativo. As situações de morosidade ativa são situações de processo “na gaveta”, de intencional não decisão em que, em decorrência do conflito de interesses em que estão envolvidos, é natural que os envolvidos e os responsáveis por encaminhar uma decisão utilizem todos os tipos de escusas protelatórias possíveis.²⁴⁴

²³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3ª ed, rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Vol 1. p. 147.

²⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 20.

²⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3ª ed, rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Vol 1. p. 189.

²⁴² SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça, 3 ed., São Paulo: Cortez, 2011, p. 26.

²⁴³ Idem.

²⁴⁴ Ibidem, p. 30.

Sob o mesmo enfoque, Marinoni, após expor que a morosidade da justiça favorece o réu que quer se desvencilhar de suas obrigações, bem como prejudica a parte autora que detém a razão²⁴⁵, alerta a existência de alguns governantes que também veem na morosidade da demanda judicial uma vantagem, pois “[...] os propósitos arbitrários do poder se dão muito bem com a morosidade da justiça [...]”²⁴⁶, caracterizando-se assim uma forma de abuso político, que muitas vezes é motivo para a “falta de vontade política para a redução da demora processual.”²⁴⁷ A fim de exemplificar tal situação, o processualista expõe o caso do plano de estabilização econômica formulado no governo Collor, que determinou a proibição de saques de determinados valores nas contas corrente e poupança dos cidadãos, que tiveram de se socorrer ao Poder Judiciário para a liberação de suas economias. A vantagem obtida pelo governo com a demora das demandas judiciais neste caso se refletiu após a implementação de uma medida provisória proibitiva da concessão liminar de demandas cujo objeto se referia ao plano de estabilização.

Desta forma, a busca pela celeridade da tramitação dos processos judiciais, prevista inclusive constitucionalmente, após a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que incluiu o inciso LXXVIII ao artigo 5º da CF/88, é um objetivo dos mais relevantes na busca do efetivo acesso à justiça.

Porém, há que se fazer a ressalva trazida por Marinoni, ao atestar que a duração do processo decorre do princípio do contraditório e da necessidade de se conferir ao juiz que irá decidir a causa o tempo preciso para maturar sua convicção.²⁴⁸ Assim, não é de todo ruim que a prestação jurisdicional não seja entregue às partes num curtíssimo período de tempo, a fim de se proteger o direito destas de participarem efetivamente do processo, mediante manifestação que irá influenciar na decisão a ser elaborada pelo julgador.

Portanto, conforme previsão constitucional (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988), o que se assegura às partes é a razoável duração do processo, ou seja, o tempo necessário à efetivação do contraditório e análise do caso concreto pelo juiz da causa. Nesta perspectiva, Boaventura de Sousa Santos adverte que a celeridade não pode ser um fim em si mesma, sob pena de se entregar uma prestação jurisdicional prejudicial às partes:

Ao contrário, com a revolução democrática da justiça a luta não será apenas pela celeridade (quantidade da justiça), mas também pela responsabilidade

²⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3ª ed, rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Vol 1. p. 188.

²⁴⁶ Ibidem, p. 190.

²⁴⁷ Idem.

²⁴⁸ Ibidem, p. 223.

social (qualidade da justiça). Naturalmente que a questão da celeridade é uma questão importante, que é necessário resolver. Sou, naturalmente, a favor de uma justiça rápida. A celeridade de resposta do sistema judicial à procura que lhe é dirigida é também uma componente essencial da sua qualidade. Mas é evidente que, do ponto de vista de uma revolução democrática de justiça, não basta rapidez. É necessária, acima de tudo, uma justiça cidadã.²⁴⁹

Volvendo-se aos estudos do Projeto de Florença, passa-se a abordar a “segunda onda de acesso à justiça”, destinada à representação dos interesses difusos e coletivos. Houve a necessidade de se voltar a atenção a tais interesses em razão de o processo civil ter se originado como instrumento de efetivação dos direitos individuais, não havendo espaço aos particulares para discutirem no processo os direitos de uma coletividade, estando restritos ao debate envolvendo a controvérsia entre ambas as partes da demanda.²⁵⁰

Tal enfoque de defesa das demandas populares foi vislumbrado no Brasil após o período ditatorial e com o advento da redemocratização, momento em que se inicia uma atuação jurídica voltada às lutas coletivas, no intuito de fortalecer a sociedade após as repressões sofridas, conforme Boaventura de Sousa Santos se dedica ao assunto:

Nesse sentido, a passagem do período autoritário para a democratização representa um marco de conversão e convergência da prática jurídica em defesa das demandas populares. Nas décadas de 1960 e 1970, a repressão vivida nos anos de ditadura impulsionaram a consolidação de uma consciência jurídica de proteção contra as práticas autoritárias e de exclusão particularmente visível na defesa dos perseguidos políticos contra os abusos e violações de direitos praticados pelo regime político e na defesa dos trabalhadores rurais contra as práticas de espoliação do regime econômico.²⁵¹

Por fim, a “terceira onda” da obra de Cappelletti e Garth, denominada de renovatória, prevê a ampliação da concepção tradicional do acesso à justiça, procurando “[...] expandir a concepção clássica de resolução judicial de litígios desenvolvendo um conceito amplo de justiça em que os tribunais fazem parte de um conjunto integrado de meios de resolução de conflitos [...]”²⁵² Esta última “onda” possui como objeto de análise as instituições e mecanismos vigentes para a resolução de conflitos²⁵³, e se destina a identificar

249 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça, 3 ed., São Paulo: Cortez, 2011, p. 27.

²⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 49-50.

²⁵¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça, 3 ed., São Paulo: Cortez, 2011, p. 43.

²⁵² Ibidem, p. 30-31.

²⁵³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto

maneiras de se alcançar a satisfação dos indivíduos no que tange ao acesso à justiça, por meio da tentativa de se eliminar os óbices existentes para tal alcance, seja por meio de alterações procedimentais, ou estímulo à utilização de mecanismos consensuais de resolução de conflitos, por exemplo.²⁵⁴

Uma das propostas da onda renovatória consiste na simplificação do Direito, que rotineiramente se vê revestido de tecnicismos que dificultam o acesso das pessoas comuns à justiça almejada.²⁵⁵ Costumeiramente as pessoas sequer têm conhecimento sobre seus direitos, o que agrava, segundo Susana Bruno, a inefetividade do acesso à justiça.²⁵⁶ Por este mesmo motivo Calmon propõe a ampla divulgação dos meios de resolução das contendas, e em uma linguagem acessível e que não distancie o cidadão do poder estatal, como ocorre na atualidade.²⁵⁷ A respeito do conhecimento dos direitos pelos cidadãos, Boaventura de Sousa Santos aborda suas nuances:

Esta consciência de direitos, por sua vez, é uma consciência complexa, por um lado, compreende tanto o direito à igualdade quanto o direito à diferença (étnica, cultural, de gênero, de orientação sexual, entre outras); por outro lado, reivindica o reconhecimento não só de direitos individuais, mas também de direitos coletivos (dos camponeses sem terra, dos povos indígenas, dos afro-descendentes, das comunidades quilombolas etc.). É essa nova consciência de direitos e a sua complexidade que torna o atual momento sociojurídico tão estimulante quanto exigente.²⁵⁸

Apesar de enxergarem com otimismo a propagação do “enfoque do acesso à justiça” em diversos países, Cappelletti e Garth ressaltam que “É preciso que se reconheça, que as reformas judiciais e processuais não são substitutos suficientes para as reformas políticas e sociais”²⁵⁹, além de reconhecerem que deve ser despendido muito trabalho para que se atinja a inovação, frente a uma oposição tradicional.²⁶⁰

No fim da obra “Acesso à justiça” os estudiosos deixam claro que não pretendem

Alegre: Fabris, 1988. p. 67-68.

²⁵⁴ BRUNO, Susana. Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do jurisdicionado. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 41.

²⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 156.

²⁵⁶ BRUNO, Susana. Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do jurisdicionado. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 43.

²⁵⁷ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 159.

²⁵⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça, 3 ed., São Paulo: Cortez, 2011, p. 09.

²⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 161.

²⁶⁰ Idem.

sacrificar o histórico de conquistas alcançado pelo processo judicial tradicional, devendo-se ter em mente que a utilização de procedimentos mais baratos e céleres não podem resultar em concessão de uma prestação jurisdicional de má qualidade, tendo em vista que “A finalidade não é fazer uma justiça “mais pobre”, mas torna-la acessível a todos, inclusive aos pobres.”²⁶¹ Destaca-se os dizeres dos próprios autores:

O maior perigo que levamos em consideração ao longo dessa discussão é o risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil – essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório. Embora esse perigo seja reduzido pelo fato de que a submissão a determinado mecanismo de solução dos litígios é facultativa tanto antes quanto depois do surgimento do conflito, e que os valores envolvidos são de certa forma flexíveis, é necessário reconhecer os problemas potenciais. Por mais importante que possa ser essa inovação, não podemos esquecer o fato de que, apesar de tudo, procedimentos altamente técnicos foram moldados através de muitos séculos de esforços para prevenir arbitrariedades e injustiças. E, embora o procedimento formal não seja, infelizmente, o mais adequado para assegurar os “novos” direitos, especialmente (mas não apenas) ao nível individual, ele atende a algumas importantes funções que não podem ser ignoradas.²⁶²

Sob a compreensão da doutrina nacional, indica-se o posicionamento de Cintra, Dinamarco e Grinover, que elencam alguns tipos de fatores que devem ser trabalhados para proporcionarem o acesso à justiça, quais sejam a admissão ao processo (ingresso em juízo), o modo de ser do processo, a justiça e efetividade das decisões, e, por fim, o uso adequado de medidas urgentes.²⁶³

Nota-se a inspiração dos autores nas ideias de Cappelletti e Garth para a elaboração do referido rol, principalmente no tocante às considerações sobre o ingresso em juízo, ao pontuarem a necessidade de eliminação de fatores que impeçam ou desestimulem a procura da tutela jurisdicional pelos indivíduos, ou que dificultem sua defesa, seja por questões econômicas, psicológicas ou culturais. Quanto ao elemento econômico, defendem o dever de cumprimento da assistência jurídica integral e gratuita, oferecida constitucionalmente no artigo 5º, LXXIV, da CRFB/1988.²⁶⁴

Ainda no que concerne à admissão no processo, em consonância com as exposições dos autores do Projeto de Florença, ressaltam que não deve haver impedimento para

²⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 165.

²⁶² Ibidem, p. 164.

²⁶³ CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 53.

²⁶⁴ Idem.

ingressar em juízo com a pretensão de se defender interesses supraindividuais, estampados nos direitos difusos e coletivos. Indicam, nesse sentido, a aplicação, pelo Ministério Público ou associações qualificadas legalmente, da Lei da Ação Civil Pública em prol de tais direitos, bem como a previsão constitucional do mandado de segurança coletivo “[...] que autoriza partidos políticos e entidades associativas a defender os direitos homogêneos de toda uma categoria mediante uma só iniciativa em juízo [...]”.²⁶⁵

Sobre o modo de ser do processo, Cintra, Dinamarco e Grinover observam o dever de respeito aos princípios e garantias processuais como o contraditório e devido processo legal, que devem ser perseguidos pelo magistrado. Ao julgador incumbe, ademais, observância da justiça em quaisquer decisões proferidas, seja na instrução probatória, na apreciação da provas, ou até mesmo na interpretação dos dispositivos legais e subsunção dos fatos às normas. Deve, ainda, promover a efetividade de suas decisões, dando “[...] a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter.”²⁶⁶

No mesmo sentido dos escritores, Marinoni expressa que o direito de ação não mais se restringe à decisão de mérito, pois, para a devida prestação da tutela jurisdicional, há que se conferir efetividade às decisões judiciais:

Não há mais como aceitar as teorias clássicas sobre a ação, inclusive a teoria de Liebman, já que a ação não pode mais se limitar ao julgamento do mérito. O direito de ação, além de exigir o julgamento do mérito, requer uma espécie de sentença que, ao reconhecer o direito material, deve permitir, ao de lado de modalidades executivas adequadas, a efetividade da tutela jurisdicional, ou seja, a realização concreta da proteção estatal por meio do juiz.²⁶⁷

Os autores também expõem que a utilização adequada dos instrumentos processuais acautelatórios e antecipatórios, em situações de urgência, também privilegiam o alcance do acesso à justiça. Por fim, indicam que os meios alternativos de solução de conflitos (arbitragem, conciliação e mediação) igualmente se enquadram na expectativa de acesso à ordem jurídica justa, posto que o acesso à justiça é verificado quando utilizado qualquer meio adequado de resolução de conflitos.²⁶⁸

Theodoro Júnior, por sua vez, expressa a existência de duas espécies de garantias

²⁶⁵ CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 53.

²⁶⁶ Ibidem, p. 54.

²⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3ª ed, rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Vol 1. p. 218.

²⁶⁸ CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 54.

fundamentais do processo, que promovem o acesso à justiça, uma de natureza individual e outra de viés estrutural. A modalidade individual converge com os pensamentos de Cappelletti e Garth, quando se considera que o acesso à justiça ocorre por meio da obtenção de resposta do Judiciário acerca das pretensões a ele dirigidas, devendo fazer parte de tal prestação jurisdicional a observância às garantias do juiz natural; à ampla defesa; ao efetivo contraditório, apto a influir na decisão judicial; à assistência jurídica aos carentes; à paridade de armas; e à coisa julgada.²⁶⁹

Por outro lado, as garantias estruturais do processo abrangem, segundo o professor, a impessoalidade e permanência da jurisdição; a independência dos juízes e a motivação de suas decisões; o respeito ao procedimento legal, à publicidade e à razoável duração do processo; o duplo grau de jurisdição; e, enfim, o “[...] respeito à dignidade humana, como o direito de exigir do Estado o respeito aos seus direitos fundamentais.”²⁷⁰

A questão do acesso à justiça também é objeto de análise por parte de Calmon, que considera o prejuízo de tal acessibilidade frente à ineficiência da atividade judicial, que “[...] não possui condições de atender adequadamente à demanda social por resolução dos conflitos [...]”²⁷¹, em razão da falta de recursos humanos e materiais, bem como do excesso de litigiosidade que paira sob a sociedade.²⁷² Também pontua que o acesso à justiça não deve se restringir à justiça imposta pelo poder estatal, em virtude da existência de outras modalidades para se garantir a pacificação social, como os mecanismos autocompositivos de resolução de contendas, e observando-se que “Fazer justiça é proporcional solução para os conflitos e, mais do que isso, proporcionar pacificação social.”²⁷³

Neste mesmo raciocínio, Azevedo discorre que “[...] o acesso à justiça está mais ligado à satisfação do usuário (ou jurisdicionado) com o resultado final do processo de resolução de conflito do que com o mero acesso ao poder judiciário [...]”²⁷⁴, sendo que há maiores chances de percepção de justiça quando oportunizada aos interessados a participação sobre os rumos da solução que persistirá ao final.²⁷⁵

²⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil –Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 74.

²⁷⁰ Ibidem, p. 74-75.

²⁷¹ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 157.

²⁷² Idem.

²⁷³ Ibidem, p. 158.

²⁷⁴ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79758-quinta-edicao-do-manual-de-mediacao-e-disponibilizada-pelo-cnj>> Acesso em 28 de outubro de 2017. p. 39.

²⁷⁵ Idem.

Acrescenta-se, ademais, a proposta de Boaventura de Sousa Santos para uma revolução democrática da justiça, cuja meta é a de aproximar a justiça dos cidadãos, mediante a modificação da cultura jurídica vigente:

Admitindo que seja possível, uma revolução democrática da justiça será certamente uma tarefa extremamente requintada. Faz sentido que se tome como ponto de partida uma nova concepção do acesso ao direito e à justiça. Na concepção convencional busca-se o acesso a algo que já existe e não muda em consequência do acesso. Ao contrário, na concepção que proponho, o acesso irá mudar a justiça a que se tem acesso. Há aqui um sistema de transformação recíproca, jurídico-política, que é preciso analisar. Identifico, de forma breve, os vetores principais dessa transformação: profundas reformas processuais; novos mecanismos e novos protagonismos no acesso ao direito e à justiça; o velho e o novo pluralismo jurídico; nova organização e gestão judiciárias; revolução na formação profissional, desde as faculdades de direito até a formação permanente; novas concepções de independência judicial; uma relação do poder judicial mais transparente com o poder político e a mídia, e mais densa com os movimentos e organizações sociais; uma cultura jurídica democrática e não corporativa.²⁷⁶

Assim, sintetizando-se as abordagens de todos os autores que se dedicaram sobre o assunto, é possível se atestar que o acesso à justiça representa atualmente a efetiva solução dos conflitos sociais ou tutela dos direitos dos cidadãos, que devem se sentir satisfeitos com o resultado do procedimento, seja este percorrido em âmbito judicial ou por qualquer outra forma adequada de efetivação de seus direitos. Conclui-se restar ultrapassada a ideia de acesso à justiça como restrita à resposta de um órgão jurisdicional. O que se busca, em verdade, é a tutela efetiva dos direitos previstos no ordenamento jurídico, refletindo genuinamente o caráter democrático do Estado Democrático de Direito, haja vista que “[...] sem direitos de cidadania efetivos a democracia é uma ditadura mal disfarçada.”²⁷⁷

²⁷⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça, 3 ed., São Paulo: Cortez, 2011, p. 24-25.

²⁷⁷ Ibidem, p. 84.

3 A ASPIRAÇÃO POR UMA CULTURA NÃO ADVERSARIAL DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Conforme visto no segundo capítulo, não é rasa a questão atinente à cultura da litigância vigente em nosso país. Está deveras relacionada ao “[...] dismantelamento do Estado social (direito laboral, previdência social, educação, saúde etc.).”²⁷⁸ Por esse motivo, Boaventura de Sousa Santos aduz que “[...] a litigação tem a ver com culturas jurídicas e políticas, mas também com o nível de efetividade na aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentem essa aplicação.”²⁷⁹

Silva destaca que a cultura da sentença, atualmente vigente na sociedade brasileira, pode ser entendida como uma “tendência do Estado e dos jurisdicionados de aguardar a solução do litígio apenas e tão somente via da decisão judicial”.²⁸⁰ Acerca do tema, Calmon expressa a existência de um “mito da justiça”, nos seguintes termos:

A preponderância da jurisdição estatal como meio de solução dos conflitos se explica diante da convicção de que tais garantias, dentre outras, são exercidas e respeitadas em sua plenitude. Este sentimento de exaltação da justiça estatal seria fruto do mito da justiça, a crença das partes de que um juiz respeitável e compassivo deliberará e tomará a decisão correta e justa. Como, normalmente, cada litigante crê que seu interesse é legítimo, espera que o juiz adjudique sua posição.²⁸¹

Ocorre que os órgãos judiciais são construídos e compostos por seres humanos e, portanto, são falíveis e imperfeitos, “[...] onde não se pode deixar de reconhecer que nem sempre são as mentes mais sábias e inteligentes que desempenham as funções essenciais.”²⁸²

Detecta-se, desta forma, que nem sempre a melhor opção aos indivíduos que buscam uma solução para seu problema é a jurisdição do Estado, posto que se impõe, nesta modalidade de resolução dos conflitos, a resposta obtida pelos órgãos jurisdicionais, detentores do poder de decidir, ainda que as partes não concordem com o resultado da prestação jurisdicional, restando como única alternativa confiar naquilo que restou

²⁷⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça, 3 ed., São Paulo: Cortez, 2011, p. 14.

²⁷⁹ Idem.

²⁸⁰ Entrevista Juiz Carlos Roberto da Silva. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 14m36s. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=bZ_tiuZU52g. Acesso em: 01/09/2017.

²⁸¹ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 34.

²⁸² Idibem, p. 35.

“pacificado”.²⁸³ Nesta perspectiva, Calmon expressa a insatisfação existente quanto ao modelo jurisdicional:

É facilmente constatável a insatisfação social a respeito da prestação jurisdicional, hoje muito mais que simples insatisfação e sim uma verdadeira frustração, pois não se vê resultados nem se acredita que eles virão; e nada de novo lhes é apresentado. A sobrecarga dos processos e a má qualidade dos poucos resultados obtidos, quando realmente o processo chega ao seu final, são apontados como os maiores problemas. Em resumo, é a ineficácia, seja pela ausência de solução para a maioria dos casos, seja pela demora excessiva em resolver os poucos que são resolvidos, seja pela má qualidade da decisão e, sobretudo, de sua aplicação. É uma grande sensação de decadência.²⁸⁴

Resta claro, portanto, a necessidade de reformas no âmbito do Poder Judiciário, a fim de que a função jurisdicional seja prestada de maneira eficiente e satisfatória, o que de fato tem-se buscado pelos aplicadores do Direito, a exemplo da nova concepção de processo civil trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, que representou maior maleabilidade quanto aos procedimentos, na tentativa de se desapegar, na medida do possível, da burocracia desarrazoada.

Porém, conforme já restou claro até aqui, não basta apenas a positivação de medidas cujos anseios se voltam ao melhor funcionamento da Justiça, sem que haja uma mudança de mentalidade, tanto dos aplicadores do Direito, quanto da sociedade como um todo. Logo, como bem pontua Dallari, “É preciso que, por meio de uma discussão constante e franca, sejam definidos e apontados os meios concretos para a mudança estrutural da sociedade e do Estado, no sentido de garantir uma prática democrática.”²⁸⁵ Também nesta ótica, são os pensamentos de Boaventura de Sousa Santos:

É essencial termos a noção da exigência que está pela frente. Para satisfazer a procura suprimida são necessárias profundas transformações do sistema judiciário. Não basta mudar o direito substantivo e o direito processual, são necessárias muitas outras mudanças. Está em causa a criação de uma outra cultura jurídica e judiciária. Uma outra formação de magistrados. Outras faculdades de direito. A exigência é enorme e requer, por isso, uma vontade política muito forte. Não faz sentido assacar a culpa toda ao sistema judiciário no caso de as reformas ficarem aquém dessa exigência.²⁸⁶

²⁸³ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 35.

²⁸⁴ Ibidem, p. 41.

²⁸⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 60.

²⁸⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça, 3 ed., São Paulo: Cortez, 2011, p. 24.

Nesse sentido, a proposta do presente trabalho é a de demonstrar que a justiça, na acepção sociológica do termo, não se limita ao alcance da prestação jurisdicional. Contudo, o intuito desta pesquisa não é o de denegrir a via judicial de resolução de controvérsias, mas sim reconhecer suas falibilidades, bem como visualizar que não consiste no único meio hábil à pacificação social, possibilitando-se, assim, se enxergar e legitimar os outros mecanismos existentes para a resolução dos conflitos sociais. Theodoro Júnior aborda esta nova perspectiva:

Em lugar de contar apenas com a força da autoridade legal do juiz, as partes poderiam, muitas vezes, obter melhores resultados na solução de seus conflitos, recorrendo à experiência e à técnica de pessoas capacitadas a promover a mediação e a conciliação, e chegando, assim, a resultados práticos mais satisfatórios do que os decretados pela justiça tradicional.²⁸⁷

Porém, cabe ressaltar que a busca por modalidades diversas da prestação jurisdicional não se traduz em fuga dos problemas apresentados pelo Poder Judiciário, mas sim em reconhecimento autônomo destes diversos meios de pacificação, em paralelo à atuação da justiça estatal, ainda que premente sua necessidade de aprimoramento.

Conforme Cappelletti e Garth, há conflitos que envolvem determinados direitos que “necessariamente continuarão a ser submetidos aos tribunais regulares”²⁸⁸, motivo pelo há que se ter cautela “[...] para que o objetivo de evitar o congestionamento não afaste causas que, de fato, *devam* ser julgadas pelos tribunais, tais como muitos casos que envolvem direitos constitucionais ou a proteção de interesses difusos ou de classes.”²⁸⁹

Assim, sem o objetivo de desmerecer a justiça estatal, mas no intuito de “[...] combater o excesso de litigiosidade que domina a sociedade contemporânea, que crê na jurisdição como a única via pacificadora de conflitos”²⁹⁰, passa-se a tratar de outros mecanismos hábeis a promover a pacificação das contendas dos indivíduos, quais sejam as técnicas de autocomposição bilateral, compostas pela negociação, conciliação e mediação, bem como o meio heterocompositivo diverso da jurisdição estatal: a arbitragem.

²⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil –Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 09.

²⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 76.

²⁸⁹ Ibidem, p. 92.

²⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil –Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 76.

3.1 TÉCNICAS DE AUTOCOMPOSIÇÃO BILATERAL

Para se atingir a autocomposição, na maioria das vezes, se faz necessária a utilização de mecanismos com técnicas apropriadas para alcançar a solução amigável, visto que esta nem sempre se sobressai de maneira espontânea.

Não é taxativo o rol de instrumentos hábeis ao alcance do meio autocompositivo de pacificação social, considerando-se as múltiplas possibilidades de atuação, em conformidade com cada problemática que se revela no meio social, revestida por diversos aspectos, o que torna multidisciplinar o aprendizado acerca de tais mecanismos.²⁹¹

Embora as vias existentes não se esgotem nestas que serão apresentadas no presente trabalho, aponta-se os mecanismos mais utilizados e estudados na atualidade, quais sejam a negociação, a conciliação e a mediação.

3.1.1 Negociação

A técnica aparentemente mais simples de atingimento da solução consensual das problemáticas é a da negociação, a qual prescinde do auxílio de um terceiro facilitador para que as partes cheguem ao entendimento.²⁹² Assim, os próprios interessados na questão a dirimem, através de diálogos e da tática de persuasão, possuindo absoluta gestão dos encaminhamentos da controvérsia, tais como estes apresentados por Azevedo:

Assim, em linhas gerais, as partes: i) escolhem o momento e o local da negociação; ii) determinam como se dará a negociação, inclusive quanto à ordem e ocasião de discussão de questões que se seguirão e o instante de discussão das propostas; iii) podem continuar, suspender, abandonar ou recomeçar as negociações; iv) estabelecem os protocolos dos trabalhos na negociação; v) podem ou não chegar a um acordo e têm o total controle do resultado. E mais, a negociação e o acordo podem abranger valores ou questões diretamente relacionadas à disputa e variam, significativamente, quanto à matéria e à forma, podendo, inclusive, envolver um pedido de desculpas, trocas criativas, valores pecuniários, valores não pecuniários. Assim, todos os aspectos devem ser considerados relevantes e negociáveis.²⁹³

²⁹¹ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 79.

²⁹² CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 33.

²⁹³ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79758-quinta-edicao-do-manual-de-mediacao-e-disponibilizada-pelo-cnj>> Acesso em 28 de outubro de 2017. p. 21.

Tal instrumento não se revela estranho a qualquer indivíduo, já que consiste em “[...] atividade inerente à condição humana, pois o homem tem por hábito apresentar-se diante da outra pessoa envolvida sempre que possui interesse a ela ligado.”²⁹⁴ Conforme já explanado alhures, caso não haja resistência pelo outro indivíduo, sequer haverá que se falar em situação de conflito. Porém, caso haja relutância, é natural que a primeira atitude daquele que possui a pretensão seja a tentativa de diálogo, com o objetivo de sanar a questão.²⁹⁵ No entendimento de Calmon, “Trata-se, então, de prática que pode ser pessoal e informal, fazendo parte da natural convivência em sociedade.”²⁹⁶

Ressalta-se que a negociação é meio ordinário de resolução de controvérsias em âmbito internacional, consistindo em uma das técnicas mais utilizadas pela diplomacia, “[...] que exige eficácia para resolver situações simples e complexas, para lidar com pessoas fáceis ou difíceis.”²⁹⁷

Merece apontar que, conquanto seja instrumento em que se verifique a ausência de terceiro imparcial para estimular as partes a atingir a autocomposição, não se proíbe a intermediação da demanda por meio dos advogados das partes,²⁹⁸ ou através do auxílio de negociadores profissionais, que irão atuar em favor de um dos interessados.²⁹⁹

Relativamente à negociação profissional, enfatiza-se ser um mecanismo a ser desenvolvido pelos indivíduos através de técnicas, teorias e estratégias, que irão capacitá-los para atuar em prol da realização de um acordo. Desta forma, conclui-se que não se trata a negociação profissional de “atributo nato para algumas pessoas”³⁰⁰, mas sim de instrumento passível de formação, aprendizado e experiência. Nesta esteira, Calmon define o instituto:

A negociação profissional é uma arte, baseada em um conjunto de regras técnicas, táticas e estratégicas, com o objetivo de se obter efetividade. O alvo de cada envolvido é obter a melhor alternativa para um acordo negociado. Sua principal característica é a ausência de terceiro. Este, caso participe, estará caracterizando outro mecanismo de obtenção da autocomposição ou estará qualificando a negociação com mero auxílio

²⁹⁴ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 105.

²⁹⁵ Idem.

²⁹⁶ Idem.

²⁹⁷ Ibidem, p. 109.

²⁹⁸ CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 33.

²⁹⁹ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 102.

³⁰⁰ Ibidem, p. 107.

eventual.³⁰¹

Dentre os tipos existentes de negociação, os mais relevantes são a negociação distributiva e a integrativa. A primeira modalidade se reveste da característica adversarial, pois os envolvidos, desde o início, fixam suas pretensões na lógica de que o ganho de uma parte se traduz na perda da outra, o que pode acarretar em raiva ou ressentimentos.³⁰²

Por outro lado, a negociação integrativa, desenvolvida por especialistas da Universidade de Harvard, objetiva visualizar os interesses envolvidos na questão como um todo, viabilizando uma saída satisfatória a ambas as partes, “[...] sem que a vantagem de um signifique a desvantagem do outro.”³⁰³ Esta última opção apresenta o benefício de proporcionar aos negociadores que identifiquem, de maneira conjunta, diversos caminhos que possam atender a ambos os interessados.³⁰⁴

Ocorre que nem sempre, na prática, é possível que as partes, cujos interesses se contraponem, visualizem por si mesmas caminhos aptos a desembaraçar seus conflitos, necessitando, neste caso, do auxílio de um terceiro imparcial que as subsidiem em suas tratativas. Podem fazer uso, então, dos mecanismos que preveem pessoa distante da problemática, apta a conduzir as partes ao alcance de uma solução autocompositiva, como ocorre na conciliação ou na mediação.

3.1.2 Conciliação

Se na negociação as partes por si próprias atingem a solução para seu conflito, na conciliação este resultado também ocorre, porém com o auxílio de um terceiro, o conciliador, que irá intervir na controvérsia não com o objetivo de decidi-la, mas de propiciar um contexto de cooperação, através de proposições, fazendo com que os próprios interessados consigam chegar a um acordo.³⁰⁵

Carnelutti aproxima o conceito de conciliação com o de mediação, “[...] já que se traduz na *intervenção* de um terceiro entre os portadores dos interesses em conflito, com o

³⁰¹ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 107.

³⁰² BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79758-quinta-edicao-do-manual-de-mediacao-e-disponibilizada-pelo-cnj>> Acesso em 28 de outubro de 2017. p. 74.

³⁰³ Idem.

³⁰⁴ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 108.

³⁰⁵ NAVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único. 9ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 63.

objetivo de induzi-los à composição contratual.”³⁰⁶ Porém, apesar de os instrumentos se assemelharem pelo fato de ambos possuírem a atuação de um terceiro imparcial, além do incentivo à comunicação entre as partes, do fortalecimento da autonomia privada e da busca por uma solução positiva a ambos os interessados,³⁰⁷ são mecanismos distintos e que não devem ser confundidos.

A distinção entre a conciliação e a mediação é verificada em diversos aspectos, dentre eles a extensão da atuação do terceiro imparcial, que na conciliação irá incidir sobre o mérito da disputa, com a formulação de propostas para formalização de acordo entre as partes, enquanto que na mediação o papel do mediador é apenas aprimorar a comunicação entre elas, para que consigam por si próprias construir caminhos aptos a resolver a pendenga.³⁰⁸

A principal diferença consiste, entretanto, na finalidade de cada instituto. O propósito da conciliação é o de instituir um acordo entre os oponentes, que se restringe ao litígio apresentado pelos envolvidos ao conciliador, ao contrário do que ocorre na mediação, que se aprofunda na lide sociológica³⁰⁹, e não necessariamente resultará na celebração de um pacto, conforme será melhor aprofundado em tópico apartado.

Na conciliação permite-se, portanto, a atuação mais participativa do facilitador, que pode dialogar claramente com as partes sobre os termos do acordo a que se pretende chegar para pôr fim ao litígio em tratamento.³¹⁰ Destarte, a conciliação possui um foco mais objetivo, não em relação aos indivíduos da contenda ou investigação de seus interesses, mas aos fatos por eles apresentados e as possíveis respostas à controvérsia trazida.³¹¹

Deste modo, atentando-se ao fato de que a função do conciliador é a de “[...] simplesmente orientar e auxiliar as partes a chegarem a um consenso em torno do conflito”³¹², há quem considere que a conciliação é mecanismo mais adequado de aplicação a situações conjunturais, sem vínculo anterior que relacione os indivíduos, de modo que após a resolução da pendência não haverá continuidade no seu relacionamento.³¹³ Tal

³⁰⁶ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000. Vol 1. p. 275-276.

³⁰⁷ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis. 3ª edição. São Paulo: Método, 2016. p. 179.

³⁰⁸ Ibidem, p. 54.

³⁰⁹ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 103.

³¹⁰ Ibidem, p. 103-104.

³¹¹ BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 116.

³¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil –Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 451.

³¹³ BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 115.

situação se verifica, por exemplo, em acidentes de veículos, conforme pontua Theodoro Júnior:

Se se tratar, pois de conflito relacionado com acontecimento eventual, o melhor remédio será a conciliação, porque o conciliador é aquele que não tem necessidade de aprofundar no estudo de um relacionamento antigo, cuja preservação seria de se desejar, e do qual não se esperaria enfrentamento de problemas subjetivos complexos. Pense-se numa causa em torno da reparação de pequenos danos por colisão de veículos ou por rompimento de contrato.³¹⁴

Cintra, Dinamarco e Grinover exprimem que a conciliação pode se efetivar tanto de modo extraprocessual como em âmbito processual. Nesta última hipótese pode ocorrer, além da transação, a renúncia ao direito, o reconhecimento do pedido, ou, ainda, a desistência da ação, caso em que o conflito persistirá sem resolução.³¹⁵

Também discorre sobre a possibilidade de conciliação judicial ou extrajudicial o professor Didier, e apresenta os locais em que podem se realizar tanto a conciliação como a mediação:

A mediação e a conciliação podem ocorrer perante câmaras públicas institucionais, vinculadas a determinado tribunal ou a entes como Defensoria Pública (art. 43 da Lei n. 13.140/2015), serventias extrajudiciais, associação de moradores, escolas (art. 42 da Lei n. 13.140/2015) ou Ordem dos Advogados do Brasil, por exemplo, ou em ambiente privado, em câmaras privadas ou com um viés mais informal, em escritórios de advocacia, por exemplo. Há, ainda, a possibilidade de mediação e conciliação em câmaras administrativas, institucionalmente vinculadas à Administração Pública (arts. 167, 174 e 175, CPC).³¹⁶

Pontuam Cintra, Dinamarco e Grinover que a conciliação extraprocessual ganhou importância quando da “onda renovatória voltada à solução das pequenas causas”, tendo sido instalados “inicialmente os Conselhos de Conciliação e Arbitramento, instituídos pelos juízes gaúchos; depois, os Juizados Informais de Conciliação, criados em São Paulo para tentar somente a conciliação de pessoas em conflito, sem nada julgar em caso de não conseguir conciliá-las. [...]”³¹⁷.

³¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil –Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 453.

³¹⁵ CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 46.

³¹⁶ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 274-275.

³¹⁷ CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria

Diante da positiva prática experimentada pelos conselhos de conciliação e arbitramento do Rio Grande do Sul, que propunham a pessoas da comunidade, aplicadores do direito e aposentados, por exemplo, a trabalhar no apaziguamento dos interesses dos contendores, surge no Brasil a instituição dos juizados especiais de pequenas causas³¹⁸, através da Lei nº 7.244 de 07 de novembro de 1984, revogada posteriormente pela Lei nº 9.099/1984, que se encontra atualmente em vigência.

A Lei que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais prevê, logo em seu primeiro artigo, a competência desses juizados para “conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência”, reforçando no segundo artigo a busca, sempre que possível, da conciliação ou da transação.³¹⁹ Figueira Junior e Lopes expõem o papel do conciliador no âmbito dos juizados especiais cíveis:

Para a consecução de um acordo satisfatório com os litigantes, o conciliador deve ter conhecimento pleno da matéria, de fato e de direito objeto da controvérsia, a fim de que possa dialogar com as partes ou seus procuradores, mostrar as vantagens e desvantagens da transação ou acordo, os riscos e possíveis dificuldades com o prosseguimento da demanda etc.³²⁰

Ainda sobre o mecanismo da conciliação, acrescenta-se as inferências de Calmon, que distingue a conciliação pré-processual da realizada no curso do processo. Se alcançar seu êxito durante a demanda judicial, esta será automaticamente extinta, porém se fará necessário o retorno dos autos ao magistrado para homologação do pacto firmado.³²¹ Acaso se realize na fase pré-processual, somente será relevante ao olhar do Judiciário se este for procurado em seguida para homologar o acordo firmado.³²² Contudo, caso reste infrutífera a autocomposição na fase pré-processual, será possível submeter a análise da questão à decisão heterocompositiva do Estado.³²³

geral do processo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 46.

³¹⁸ NETTO, Luiz Fernando Silveira. Juizados especiais federais cíveis. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 08.

³¹⁹ BRASIL. Lei nº 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, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 02/11/2017.

³²⁰ FIGUEIRA JUNIOR, Joel dias; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais. 2ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 160.

³²¹ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 143.

³²² Ibidem, p. 141.

³²³ Ibidem, p. 142.

3.1.3 Mediação

Mediação é uma palavra advinda do termo em latim “*mediare*”, que significa intervir, mediar, estar no meio. A partir daí, retira-se a noção de que a mediação é a técnica que prevê a atuação de um terceiro intermediador da relação entre as partes envolvidas em uma situação de conflito, que irá auxiliá-las no tratamento da questão, de uma maneira equilibrada e democrática, visto que o mediador não se posiciona acima das partes interessadas, e deve proporcionar um ambiente de comunicação e participativo.³²⁴

Nesta toada, se refere a um tipo de abordagem em que um terceiro imparcial à controvérsia atua como facilitador do diálogo entre as partes, sem impor nenhuma decisão, nem ao menos propor soluções, mas apenas deve ampliar a visualização da situação controvertida, de maneira que as próprias partes vislumbrem maneiras para se atingir a autocomposição,³²⁵ “[...] de modo a empoderar os interessados, devolvendo a eles o protagonismo sobre suas vidas e propiciando-lhes plena autonomia na resolução de seus conflitos.”³²⁶

Bacellar se refere à técnica como um procedimento transdisciplinar, pois induz as pessoas, em um contexto de embate, a perceberem no conflito “[...] a oportunidade de encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas”³²⁷, o que é alcançado através da atuação do mediador, que deverá induzi-las a “[...] uma mudança comportamental que ajude os interessados a perceber e a reagir ao conflito de uma maneira mais eficaz.”³²⁸

A característica distintiva da mediação, comparada a outros métodos de resolução consensual de controvérsias, é a de que esta ultrapassa o conflito originariamente apresentado, ao buscar aprofundar a análise aos entornos da situação trazida, identificando-se com mais completude a problemática existente entre as partes. Nesse panorama, “[...] a finalidade da mediação é resolver a lide sociológica, ou seja, o relacionamento como um todo, proporcionando a possibilidade de continuidade pacífica da relação [...]”³²⁹

Theodoro Júnior adverte que o escopo da mediação não se limita ao alcance da realização de um acordo, mas à “satisfação harmônica dos interesses e necessidades de

³²⁴ SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei. 1ª ed. - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. p. 41.

³²⁵ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis. 3ª edição. São Paulo: Método, 2016. p. 176.

³²⁶ BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 116.

³²⁷ Idibem, p. 110.

³²⁸ Idibem, p. 109.

³²⁹ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 118.

ambas as partes envolvidas na controvérsia”.³³⁰ Calmon dá destaques, nesse sentido, ao delinear que a mediação possui como foco um olhar mais amplo acerca da lide sociológica, e não apenas da questão trazida à primeira vista:

Em outras palavras, na mediação abre-se a possibilidade de resolução da lide sociológica e não somente daquela que seria a lide jurídica. Não resolve somente a pretensão resistida, fixada em posições objetivas, mas pode proporcionar uma compatibilização dos interesses, em um resultado ganha-ganha, salutar para os envolvidos e para a sociedade. Essa possibilidade somente é concreta porque atendido o pressuposto antes abordado, em que os envolvidos não são obrigados a fixar posições, formulando pedidos, nem se encontram diante do Estado-autoridade, nem tampouco recebem qualquer proposta objetiva de solução por parte de um conciliador.³³¹

Desta forma, “O papel do mediador é o de um facilitador, educador ou comunicador, que ajuda a clarificar questões, identificar e manejar sentimentos, gerar opções [...]”.³³² O auxílio comunicativo prestado por este terceiro imparcial se justifica diante das falhas de comunicação entre emissor e receptor da interlocução, que podem transmitir, por vezes, mensagens distorcidas e aptas a gerarem conflitos.³³³

Diante disso, o mediador atuará nesses canais comunicativos, mediante técnicas específicas, que conduzam aos conflitantes a compreender melhor a circunstância analisada, bem como o posicionamento da parte adversa e suas necessidades. Calmon explicita alguns tipos de abordagem que podem ser utilizados:

Segundo a escola de Massachussets, a responsabilidade do mediador inclui: favorecer o intercâmbio de informação, prover de nova informação; ajudar a cada parte a entender a visão da contraparte; mostrar a ambas que suas preocupações são compreendidas; promover um nível produtivo de expressão emocional; manejar as diferenças de percepção e interesses entre os negociadores e outros, inclusive advogado e cliente; ajudar os negociadores a avaliar alternativas realistas para possibilitar o acordo; gerar flexibilidade; mudar o foco do passado para o futuro; estimular a criatividade das partes, incentivando-as a sugerir propostas de acordo; aprender a identificar os interesses particulares que cada uma das partes prefere não comunicar à outra; incentivar soluções que satisfaça os

³³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil –Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 450-451.

³³¹ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 118.

³³² CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 115.

³³³ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis. 3ª edição. São Paulo: Método, 2016. p. 52

interesses fundamentais de todas as partes envolvidas.³³⁴

Tartuce ressalta ser a mediação um mecanismo eficiente quanto à questão da litigiosidade remanescente do problema em análise, bem como em relação a questões jurídicas diversas e vinculadas a controvérsia originária, que possuem potencial para originarem outros litígios entre as mesmas partes, se revelando em adequado instrumento de “alcance da pacificação duradoura”.³³⁵

Sob este raciocínio, caso frutífera a mediação na primeira oportunidade, muito provável que não se desenvolvam esses conflitos que teriam potencial para emergir, em virtude da evolução na comunicação entre os indivíduos, que na eventualidade de um próximo embate de interesses, já estarão com suas vias de comunicação reconstruídas, e, portanto, estarão aptos a negociarem como protagonistas acerca da nova questão, da melhor forma possível a ambas as partes. Spengler sintetiza a ideia do “ganha-ganha”:

Na Mediação, a proposta é fazer com que os dois ganhem – ganha-ganha. Para se alcançar esse sentimento de satisfação mútua, é necessário se discutir bastante os interesses e valores, permitindo que se encontrem pontos de convergência, dentre as divergências relatadas. O mediador deve estar apto a encontrar os interesses convergentes e discuti-los. Concentrar-se nos “interesses e não nas posições”.³³⁶

Evidencia-se na mediação a percepção do conflito com um caráter positivo, posto que possibilita o aprimoramento das relações humanas, além de desmistificá-lo de seu caráter negativo, e transformá-lo em uma ideia de consequência natural da vida em sociedade.³³⁷ Desta maneira, as contendas se solucionam através da ressignificação dos interesses envolvidos na demanda, que ocorre mediante o diálogo participativo e cooperativo entre as partes, intermediado pelo facilitador da comunicação.³³⁸ Sales acentua a possibilidade de continuidade da relação entre os indivíduos:

Outro objetivo da Mediação é a prevenção da má administração dos conflitos, pois, como um meio para facilitar o diálogo entre as pessoas,

³³⁴ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 115-116.

³³⁵ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis. 3ª edição. São Paulo: Método, 2016. p. 223.

³³⁶ SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei. 1ª ed. - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. p. 98.

³³⁷ SALES, Lília Maia de Moraes. Transformação de conflitos, construção de consenso e a mediação – a complexidade dos conflitos. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei. 1ª ed. - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. p. 97-98.

³³⁸ Ibidem, p. 96.

estimula a cultura da comunicação pacífica. A partir do diálogo direto, participativo e inclusivo, muitos indivíduos ou grupos passam a vivenciar um novo contexto de integração, melhorando e aprimorando as relações. Isso pode gerar novas relações e novos projetos conjuntos. A experiência do processo de Mediação estimula e permite a sua utilização em novos conflitos que apareçam.³³⁹

Diante da abordagem prospectiva utilizada no procedimento de mediação, verifica-se que sua aplicação é mais recomendada para relações mais duradouras entre as partes, ainda que não restrita a este tipo de vínculo. Porém são nas relações permanentes ou prolongadas que a mediação se aplica com mais eficácia, exatamente por objetivar estabelecer um salutar meio de comunicação entre as partes, que se vinculam por uma relação social ou contratual. Cita-se sua utilização em conflitos familiares, de vizinhança, de amizade, em ações revisionais de contratos de longa duração, bem como em litígios que envolvem renovação de locação empresarial, por exemplo.³⁴⁰

Realça-se a necessidade da existência de intenção das partes em cooperar com o procedimento, como deve ocorrer em qualquer método autocompositivo de pacificação de controvérsias, dada sua característica mais relevante ser a consensualidade, conforme já mencionado. Logo, “Ausente tal interesse, a mediação não tem o condão de suplantiar a falta de intencionalidade; eventuais acordos entabulados sem reais intenções correm o risco de não ser cumpridos pela falta de desejo de trabalhar o relacionamento pessoal.”³⁴¹ A voluntariedade de submissão a tal procedimento é, portanto, essencial, e constatada sua ausência, é direito da parte se retirar a qualquer tempo da mediação.³⁴²

Tartuce enfatiza que a formalização de um acordo não é condição para o sucesso do procedimento de mediação, tendo em vista que:

Uma mediação bem-sucedida é aquela em que, promovida eficientemente a facilitação do diálogo pelo mediador, as pessoas se habilitam a retomar a comunicação de maneira adequada, passando a conduzir suas relações de forma consensual, ainda que não “fechando” um acordo. Uma vez resgatados a confiança e o senso de compromisso entre os envolvidos, eles

³³⁹ SALES, Lília Maia de Moraes. Transformação de conflitos, construção de consenso e a mediação – a complexidade dos conflitos. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei. 1ª ed. - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. p. 96.

³⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 453.

³⁴¹ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis. 3ª edição. São Paulo: Método, 2016. p. 223.

³⁴² CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 114-115.

poderão partir para uma nova fase em sua relação interpessoal.³⁴³

Calmon observa como vantagem da mediação o fato de seu custo ser deveras inferior quando comparado aos gastos da submissão da pendência ao Poder Judiciário, já que não exige para seu funcionamento uma grande estrutura, “bastando-lhe uma sala e uma secretaria”, além de dispensar a atuação de advogados.³⁴⁴ Porém, não é irrelevante a presença dos causídicos das partes, tendo em vista que podem auxiliá-las quanto às questões jurídicas, bem como apresentarem propostas e alternativas muitas vezes não visualizadas pelos seus clientes.³⁴⁵

Cabe mencionar, ainda, as escolas de mediação atualmente mais relevantes. Primeiramente, cita-se a mediação conhecida como tradicional ou clássica, criada pela Universidade de Harvard, que propõe um método linear, com a definição de fases a serem alcançadas, cujo objetivo final consiste no reestabelecimento “[...] da comunicação entre as partes para identificar os interesses encobertos pelas posições para com isso alcançar um acordo.”³⁴⁶ Há também a corrente da mediação circular-narrativa, proposta por Sara Cobb, que se foca na inter-relação entre as pessoas, suas histórias e o acordo almejado.³⁴⁷ Por fim, referencia-se a mediação transformativa (modelo de Bush e Folger), cujo objetivo, exposto por Bacellar, é o de “transformar a postura adversarial nas relações, pela identificação das necessidades das pessoas e suas capacidades de decisão e escolha, para uma postura colaborativa, refazendo seus vínculos [...]”,³⁴⁸ o que pode resultar ou não na realização de um acordo.

No tocante às técnicas de mediação, que se caracteriza por ser um procedimento flexível e sem métodos estanques, pode-se apontar a conhecida como “escuta ativa”, por meio da qual o mediador ouve atentamente as partes, valorizando a mensagem transmitida através da oralidade, bem como as informações não emitidas de modo verbal, mas comportamental, como a postura e a expressão facial.³⁴⁹ Cita-se, também, o método afirmativo, utilizado pelo mediador antes do término da sessão, resumindo o que as partes

³⁴³ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 3ª edição. São Paulo: Método, 2016. p. 55.

³⁴⁴ CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 114.

³⁴⁵ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79758-quinta-edicao-do-manual-de-mediacao-e-disponibilizada-pelo-cnj>> Acesso em 28 de outubro de 2017. p. 256.

³⁴⁶ BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 110-111.

³⁴⁷ Idem.

³⁴⁸ Idem.

³⁴⁹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 3ª edição. São Paulo: Método, 2016. p. 202.

ali expuseram, com a intenção de demonstrar em que situação se encontram.³⁵⁰ Por sua vez, o método interrogativo é aquele que indaga às partes questões ainda obscuras quanto aos dados essenciais do problema, sendo que “As perguntas também podem ser importantes para evocar memórias da relação entre as partes que permitam uma compreensão mais ampla da situação.”³⁵¹ Ademais, existe o método transformativo, que busca instigar as partes a reconsiderar suas percepções a respeito de fatos passados, permitindo-lhes a reconstrução de seu reconhecimento quanto ao momento presente.³⁵² Outro mecanismo passível de utilização é o humor, desde que manejado adequadamente, propiciando um clima mais informal e descontraído.

Com relação às etapas do procedimento, Calmon assevera que consistem em um conjunto de reuniões, em que são aplicadas as diversas metodologias existentes, cujo objetivo é o de facilitar a comunicação e a negociação entre as partes, para poderem, porventura, atingir a realização de um acordo.³⁵³ O professor discorre a respeito das três etapas que considera como imprescindíveis a qualquer mediação, quais sejam a pré-mediação, a negociação mediada e o estabelecimento do acordo:

A primeira etapa é especialmente importante por causa do desconhecimento geral sobre a mediação. Sempre que ao menos um dos envolvidos estiver participando pela primeira vez de uma mediação, deve ser ele muito bem esclarecido sobre esse mecanismo, em especial sobre o papel do mediador, a finalidade da mediação e as expectativas que podem e as que não devem ser criadas, bem como sobre qual será a consequência jurídica de eventual acordo. A segunda etapa é composta das tratativas, do diálogo facilitado pelo mediador, começando pela fixação do objeto da mediação, esclarecendo-se, no entanto, que o diálogo, embora não deva se perder em conversas prolixas, pode e deve ser amplo, sobre temas aparentemente estranhos ao conflito, mas que podem representar o alicerce da relação conflituosa. A última etapa é a fixação dos termos do acordo, fixando seu objeto, seu conteúdo e a forma de seu cumprimento, dentre outros aspectos relevantes tanto do ponto de vista do problema entre os envolvidos, quanto do ponto de vista jurídico. Não é imprescindível produzir documento escrito, mas se for necessário, deve ser elaborado com qualidade suficiente para proporcionar segurança aos signatários, deve ser objetivo e de fácil interpretação e que não cause, ele mesmo, um novo conflito.

Quanto à fase conclusiva, Tartuce ressalva que será finalizada de acordo com o que restar decidido pelas partes, que poderão tanto optar pela celebração de um pacto, como

³⁵⁰ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 3ª edição. São Paulo: Método, 2016. p. 238.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 239.

³⁵² *Idem*.

³⁵³ CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 123.

pela suspensão das reuniões, ou até mesmo pelo abandono da via autocompositiva de resolução de controvérsias.³⁵⁴ É certo, porém, que “Às partes é oferecida oportunidade para refletir e questionar, tendo por base paradigmas diferenciados fundamentados no pressuposto de que todos sairão ganhando com a resolução do conflito.”³⁵⁵

3.2 A IMPLEMENTAÇÃO NORMATIVA DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO PELO PODER PÚBLICO EM ESTÍMULO À CONSENSUALIDADE

Apesar de usualmente serem vistas como alternativas ao meio jurisdicional de resolução de conflitos, a conciliação e a mediação estão inseridas nas metas do Poder Judiciário, que busca efetivar uma política pública de tratamento adequado aos conflitos sociais, movimento iniciado pelo Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010.

Referida resolução se inicia com variados “considerandos”, dentre eles aponta-se o que discorre sobre o acesso à Justiça como acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas. Há também o “considerando” que expõe a relevância de se organizar os serviços que proporcionam a obtenção consensual da solução de conflitos, considerados como “instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios.”³⁵⁶

Acerca dessas abordagens iniciais da Resolução nº 125/2010, Calmon considera como mérito o reconhecimento da necessidade de elaboração de uma “política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios”³⁵⁷. Porém, seu demérito, segundo o pensamento do escritor, é o “Equívoco em reduzir essa política pública ao Âmbito do Poder Judiciário e à simplórias regras da Resolução.”³⁵⁸

Por sua vez, Azevedo considera que a criação de tal Resolução ocorreu com o objetivo de organizar em nível nacional o tratamento, pelo Poder Judiciário, dos modelos adequados de solução dos litígios, sejam estes heterocompositivos ou autocompositivos.³⁵⁹

³⁵⁴ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 3ª edição. São Paulo: Método, 2016. p. 251.

³⁵⁵ *Ibidem*. p. 250.

³⁵⁶ BRASIL. 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 interesse no âmbito do Poder Judiciário Nacional e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em 29/10/2017.

³⁵⁷ CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 133.

³⁵⁸ *Idem*.

³⁵⁹ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79758-quinta->

Destaca, nesse sentido, o estabelecimento de uma política pública nacional com objetivos determinados:

[...] diante da patente necessidade de se estabelecer uma política pública nacional em resolução adequada de conflitos o Conselho Nacional de Justiça aprovou em 29 de novembro de 2010 a Resolução 125. Os objetivos desta Resolução estão indicados de forma bastante taxativa: i) disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade (art. 2º); ii) incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição (art. 4º); iii) reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas do CNJ (art. 3º).³⁶⁰

A Resolução nº 125/2010 sofreu modificações em seu texto em março de 2016, após a entrada em vigor da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil) e da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação). Assim, atualmente, o conteúdo da Resolução apresenta normas acerca da política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses (Capítulo I); das atribuições do Conselho Nacional de Justiça (Capítulo II); das atribuições dos Tribunais, no Capítulo III, que se subdivide nas seções que abordam sobre os núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos, os centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, os conciliadores e mediadores, e os dados estatísticos; do Portal da Conciliação (Capítulo IV); das disposições finais.³⁶¹

O Código de Processo Civil de 2015 também aderiu ao viés da promoção, pelo Estado, sempre que possível, da solução pacífica dos conflitos, através de métodos consensuais, como a conciliação e a mediação (art. 3, §§ 2º e 3º, do CPC/2015), reforçando tal objetivo no artigo 139 do mesmo diploma.

Na nova codificação processualista há, inclusive, a inserção de artigos que tratam especificamente acerca da atuação dos conciliadores e mediadores judiciais, considerados como auxiliares da Justiça, do artigo 165 ao 175, em evidente tentativa de inclusão de tais métodos no âmbito do Poder Judiciário. Apesar de o Código distinguir os mecanismos da conciliação e da mediação (art. 165, §§ 2º e 3º, do CPC/2015), Naves aponta que “[...] o diploma processual trata as duas formas consensuais, ao menos em termos de estrutura e

edicao-do-manual-de-mediacao-e-disponibilizada-pelo-cnj> Acesso em 28 de outubro de 2017. p. 37.

³⁶⁰ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79758-quinta-edicao-do-manual-de-mediacao-e-disponibilizada-pelo-cnj>> Acesso em 28 de outubro de 2017. p. 38.

³⁶¹ 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 interesse no âmbito do Poder Judiciário Nacional e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em 29/10/2017.

procedimento, do mesmo modo, com previsões legais aplicáveis a ambas.”³⁶²

Os princípios que regem tanto a conciliação como a mediação são: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada (art. 166, CPC/2015). Enfatiza-se o princípio protetor da privacidade das partes como de suma importância para que estas se sintam à vontade para expor suas opiniões e propostas acerca da realidade dos fatos, além da cautela que o sigilo proporciona, pois “[...] evita que, em um possível cenário litigioso, busque-se arrolar o mediador/conciliador como testemunha para força-lo a expor o que ouviu nas sessões consensuais [...]”.³⁶³

Outra novidade trazida pelo Código de Processo Civil se refere à criação, pelos tribunais, de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação (art. 165, CPC/2015). Naves apresenta os aspectos positivos da instituição de tais centros:

Sob a perspectiva microscópica, retira do juiz da causa a tarefa de tentar junto às partes a conciliação e a mediação, ainda que residualmente possa continuar a exercer tal atividade na constância do processo caso seja frustrada a tentativa realizada no início do procedimento pelo centro judiciário de solução consensual de conflitos. Veja como medida positiva porque o juiz nem sempre é a pessoa mais indicada para exercer tal atividade, primeiro porque pode não ter a técnica necessária e, em segundo, porque pode ser acusado de prejulgamento na hipótese de uma participação mais ativa na tentativa de obter a conciliação ou a mediação. Ao criar um órgão que não pode prejulgar porque não tem competência para julgar e formado por pessoas devidamente capacitadas, tais problemas são superados.³⁶⁴

Ressalta-se também ser prevista a aplicação dos procedimentos consensuais de pacificação de controvérsias aos litígios públicos, conforme normatiza o artigo 174 do Código processualista, que determina a criação de câmaras de mediação e conciliação no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no intuito de dirimir tais conflitos administrativamente. Sobre esse respeito, Marinoni, Arenhart e Mitidiero ressaltam que “Nesse campo, porém, os limites de sua incidência estão condicionados aos limites em que é possível a autocomposição no âmbito dos interesses públicos.”³⁶⁵

³⁶² NAVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único. 9ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 64.

³⁶³ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis. 3ª edição. São Paulo: Método, 2016. p. 214.

³⁶⁴ NAVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único. 9ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 65.

³⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo

Ainda no que toca ao Código de Processo Civil, aponta-se o esforço pela solução consensual do litígio nos artigos 334 e 359. Enquanto este último estabelece a tentativa do juiz de conciliar as partes quando da instalação da audiência de instrução e julgamento, o primeiro dispositivo trata da designação de audiência de conciliação ou mediação após a verificação do preenchimento dos requisitos legais pela petição inicial, sendo que somente não haverá tal audiência caso ambas as partes se manifestarem de maneira expressa quanto ao seu desinteresse na autocomposição ou, ainda, se esta não for admitida legalmente. Assim, “Nem uma nem outra parte têm possibilidade de, sozinhas, escapar da audiência preliminar.”³⁶⁶ Sobre a escolha entre o mecanismo de conciliação ou mediação, Theodoro Júnior realiza os seguintes esclarecimentos:

Ao juiz, de ofício, cabe definir, ao despachar a inicial, se a audiência será de conciliação ou de mediação, diante do que considerar mais adequado à hipótese dos autos. Nada impede, porém – e, aliás, será até interessante que o façam –, que as partes requeiram seja a audiência realizada sob a forma de *conciliação* ou de *mediação*.³⁶⁷

No mesmo contexto de investida na pacificação social pelos meios consensuais, merece apontamento a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, conhecida como Lei da Mediação, que dispõe sobre este meio de pacificação considerado legalmente como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”³⁶⁸

Referida legislação trata da mediação em seu primeiro capítulo, que se subdivide em quatro seções: disposições gerais; dos mediadores; do procedimento de mediação; da confidencialidade e suas exceções. Nas disposições gerais, são elencados os princípios da mediação, quais sejam o da imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade; e boa-fé³⁶⁹. Evidente, portanto, que tal disposição está em compasso com os princípios elencados para a conciliação e a mediação no Código de Processo Civil,

civil comentado. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 297.

³⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil –Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 455.

³⁶⁷ Ibidem, p. 453.

³⁶⁸ BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Lei da Mediação. Diário Oficial da União, Brasília, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 29/10/2017.

³⁶⁹ Idem.

conforme já exposto.

A seção que trata dos mediadores, após as disposições comuns que definem a escolha do mediador, bem como questões atinentes a sua imparcialidade, é subdividida nas subseções que normatizam a atuação dos mediadores extrajudiciais e dos judiciais. A escolha destes terceiros imparciais em âmbito extrajudicial prescinde de qualificações, bastando ser alguém com capacidade de confiança das partes (art. 9º, Lei nº 13.140/2015). Por outro lado, o mediador judicial necessita, além da capacidade civil, de capacitação que tenha obtido em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais (art. 11, Lei nº 13.140/2015).

Resta claro, portanto, que o ordenamento jurídico pátrio não considera a mediação restrita à utilização extrajudicial, em desarmonia com o posicionamento de autores, como Calmon, que a defendem como “incompatível com a Justiça estatal”.³⁷⁰ Eis as críticas do autor:

A ideia de mediação judicial é uma mera tentativa de consolidar a excessiva intervenção do Estado na vida das pessoas e das empresas. A Resolução nº 125 do CNJ, nesse sentido, contribui para desviar a sociedade do que deveria estar fazendo com liberdade e sem intervenção estatal, ou seja, buscar a mudança de paradigma. Continuar buscando o judiciário até mesmo para realizar o consenso é manter tudo como dantes no quarteirão de Abranches, é manter a sociedade dependente do Estado paternalista.³⁷¹

Porém, a regulamentação do instituto, por meio da Lei nº 13.140/2015, reflete a tentativa de mudança de paradigma pelo próprio Poder Público, na promoção da pacificação social pelos meios consensuais de resolução de demandas, em sintonia com a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário instituída no ano de 2010 pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 125.

Ainda, merece expor que também é objeto de normatização pela Lei nº 13.140/2015 os conflitos envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações, sendo que tais controvérsias podem ser objeto de transação por adesão, mediante autorização ou parecer do Advogado-Geral da União, nos termos do artigo 35, *caput* e incisos I e II, da Lei de Mediação. Acerca da temática, Didier pondera a existência

³⁷⁰ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 135.

³⁷¹ Ibidem, p. 136.

de estímulos à realização da solução consensual dos embates pelo Poder Público, porém, observa que este “[...] somente pode resolver o conflito por autocomposição quando houver autorização normativa para isso – fora dessas hipóteses, não há como realizar autocomposição.”³⁷²

Enfim, resta indubitável, ultimamente, o esforço que tem sido realizado por parte do Poder Público, no sentido de implantar, em suas políticas públicas, aberturas aos métodos consensuais de resolução de contendas, em prol da alteração do paradigma adversarial de tratamento das controvérsias emergidas das relações sociais.

3.3 ARBITRAGEM

Apesar de também consistir em método heterocompositivo de resolução de controvérsias, a arbitragem é inserida nas categorias vislumbradas como meios alternativos de solução de conflitos, quando o paradigma a que se tem referência é a jurisdição prestada pelo Poder Judiciário.

De acordo com Cintra, Dinamarco e Grinover, a distinção entre a jurisdição estatal e a arbitragem está na atribuição do poder de decidir. No caso da arbitragem, tal incumbência é conferida a um privado, em razão da vontade das partes, “[...] enquanto a jurisdição estatal é desempenhada pelo Estado, por intermédio de seus juízes e tribunais.”³⁷³

Segundo definição de Carmona, a arbitragem resulta da convenção particular de quaisquer interessados em desvendar seus litígios envolvendo direitos patrimoniais, e sobre os quais seja possível a disposição, atribuindo a missão de decidir a um terceiro, ou a mais pessoas, sem a intervenção do Estado.³⁷⁴ Este terceiro deve ser imparcial e observar as regras estabelecidas pelas partes interessadas à composição de seus litígios.

Calmon também tece esclarecimentos acerca do instituto:

Assim como a jurisdição estatal, a arbitragem é um mecanismo heterocompositivo de solução de conflitos, pois por ela um terceiro imparcial certifica o direito, caso existente, fixando a forma de sua exata satisfação. Diferencia-se da atividade estatal somente por ser uma atividade privada. É caracterizada pelo fato de somente poder ser realizada mediante

³⁷² DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 633

³⁷³ CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 39.

³⁷⁴ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.

vontade expressa dos envolvidos no conflito, formulada em contrato antecedente ou mediante compromisso após o surgimento do conflito. Na arbitragem o árbitro prolata sentença de conhecimento e promove o seu cumprimento, pondo fim ao conflito, observando as regras pactuadas para dar a solução adequada e para a condução do processo, inclusive no tocante às provas.³⁷⁵

Interessante apresentar, ainda, a comparação de Carnelutti entre a transação e o compromisso arbitral, para quem estes mecanismos são próximos, pelo fato de ambos refletirem um acordo realizado pelas partes que pretendem ver seu conflito dirimido. A essencial diferença entre eles, segundo as ideias do pensador italiano, é traduzida “[...] por ser a transação um *ato* (negócio) *bilateral* (contrato) de *Direito material*, e o compromisso um *ato complexo unilateral* (acordo) de *Direito processual*.”³⁷⁶

Não é recente, no Brasil, a previsão da arbitragem no ordenamento jurídico. O primeiro arcabouço normativo a prevê-la foi a Constituição do Império de 1824, que em seu artigo 160 dispôs que “Nas civeis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.”³⁷⁷

Também foi objeto de previsão na Lei n.º 556, de 25 de junho de 1850 - Código Comercial - que instituiu, para determinadas causas, a obrigatoriedade da arbitragem, a exemplo das questões sobre contratos de locação mercantil (art. 245, da Lei 566/1850). No mesmo ano do Código Comercial, o Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850 trouxe tal modalidade de heterocomposição com caráter facultativo para as demais causas.³⁷⁸ A arbitragem deixou de ser obrigatória ainda na vigência da Constituição do Império, frente às alterações realizadas pela legislação ordinária, restando apenas a possibilidade de sua aplicação de modo facultativo.

Bacellar aponta que “A partir da Constituição Republicana de 1891, não mais se reproduziu a arbitragem em sede constitucional, embora não tenha sido esquecida pela legislação ordinária.”³⁷⁹ Na legislação, apareceu no Código Civil de 1916, nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, e na Lei de Juizados Especiais.³⁸⁰ Foi então com a Carta da

³⁷⁵ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 90.

³⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000. Vol 1. p. 280-281.

³⁷⁷ BRASIL. Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brasil.

³⁷⁸ BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 119.

³⁷⁹ Idem.

³⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Vol. 1. p. 142.

República de 1988 que o instituto voltou a ser abordado em âmbito constitucional, especificamente na seara trabalhista, conforme se depreende da leitura do art. 114, §§ 1º e 2º da CRFB/1988.

Porém, somente a partir da Lei n. 9.307/96, conhecida por Lei de Arbitragem (LA), é que se verifica um verdadeiro progresso com relação a tal modalidade privada de resolução de contendas, pela primeira vez regulamentada mais a fundo. Rodovalho faz a seguinte consideração:

Não que arbitragem fosse inexistente no país antes de 1996, mas era muitíssimo diminuta e praticamente restrita a arbitragens internacionais, ainda que houvesse, aqui ou acolá, arbitragens domésticas, o que se devia, principalmente, às falhas legislativas em sua disciplina, impedindo o desenvolvimento de uma cultura arbitral, ante a falta de obrigatoriedade do compromisso assumido e a necessidade de homologação judicial da sentença arbitral.³⁸¹

À época da promulgação da Lei de Arbitragem, estabeleceu-se no âmbito jurídico a discussão sobre a sua constitucionalidade, tendo em vista a consideração por alguns de que esta violaria o direito fundamental previsto pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República. No entanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, em dezembro de 2001, que não haveria lesão ao referido dispositivo constitucional, em virtude de o direito de recorrer à Justiça consistir em uma faculdade, quando se fala em direitos disponíveis, e não em um dever.³⁸²

Sob o enfoque ainda legislativo, destaca-se a reforma da Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129, de 2015, cujo objetivo foi o de buscar “[...] a ampliação do instituto da arbitragem, levando ou confirmando a sua utilização pela administração pública, consumidor, algumas hipóteses no direito do trabalho e para pendengas nas sociedades comerciais, dentre outras.”³⁸³

Como novidades trazidas pela Lei 13.129/2015 cita-se a utilização da arbitragem pela administração pública direta e indireta (art. 1º); a inclusão de um capítulo que trata das tutelas cautelares de urgência que podem ser pleiteadas no Poder Judiciário anteriormente à

³⁸¹ RODOVALHO, Thiago. Aspectos introdutórios a arbitragem. In: Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB). Manual de arbitragem para advogados. Disponível em: <<http://www.precisaconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20. out. 2017. p. 10

³⁸² PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. Reforma da lei de arbitragem. In: Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB). Manual de arbitragem para advogados. Disponível em: <<http://www.precisaconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20. out. 2017. p. 37.

³⁸³ Idem.

instituição da arbitragem (art. 22-A e 22-B); e o acréscimo do capítulo que dispõe sobre a possibilidade de expedição de carta arbitral a órgãos jurisdicionais (art. 22-C).

A inovação trazida pela Lei 13.129/2015 sobre a admissão da arbitragem no âmbito do Poder Público adveio de grandes debates entre profissionais e estudiosos do mundo do Direito, partindo-se do raciocínio da indisponibilidade do interesse público por parte da Administração, o que, à primeira vista, impediria sua participação do procedimento arbitral, que requer como condição objetiva a disponibilidade do direito discutido, conforme será detalhado mais à frente. Porém, há questões no âmbito do Poder Estatal que conciliam a utilização do mecanismo arbitral com o interesse público envolvido. Pereira ilustra tal situação:

Assim, por exemplo, nada impede a existência de arbitragem versando sobre o reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo. Trata-se de matéria amplamente passível de solução consensual pela própria Administração. A disposição de direitos patrimoniais da Administração (por exemplo, pagamento em favor do particular contratado) é um instrumento para a realização dos direitos fundamentais envolvidos e do interesse coletivo (“interesse público”) que cabe à Administração proteger.³⁸⁴

Assim, admite-se o uso do juízo arbitral pela Administração Pública se a problemática envolver interesse que possa ser representado pecuniariamente, e “[...] se o interesse da Administração é disponível, no sentido de ser possível ao ente estatal reconhecer como procedente a pretensão a ele oposta [...]”³⁸⁵, como ocorre, por exemplo, em casos de reconhecimento do dever de indenizar por responsabilidade civil.³⁸⁶ Resta superada, portanto, a dúvida sobre a possibilidade do uso da arbitragem pelo Poder Público. Destaca-se, enfim, o entendimento de Bacellar, segundo o qual “[...] o mecanismo arbitral dispõe de melhores meios para que se obtenha uma solução mais rápida e condizente com o interesse público envolvido no caso concreto.”³⁸⁷

Delineada a evolução legislativa, cabe apresentar as principais características que revestem a modalidade arbitral de resolução de controvérsias. Primeiramente, observa-se ser uma técnica de solução de conflitos originada da vontade das partes. Entretanto, a partir

³⁸⁴ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Arbitrabilidade. In: Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB). Manual de arbitragem para advogados. Disponível em: <<http://www.precisaconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20. out. 2017. p. 61.

³⁸⁵ Ibidem, p. 62.

³⁸⁶ Idem.

³⁸⁷ BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 144.

do momento em que é formalizada a convenção de arbitragem, esta se torna obrigatória entre elas, no sentido de excluir-se do Poder Judiciário a apreciação do conflito objeto da convenção, impondo aos indivíduos que consentiram em seguir o caminho do juízo arbitral o respeito à submissão da pendência a seu crivo.³⁸⁸

Todavia, o compromisso arbitral não se verifica como definitivo, diante de sua própria natureza contratual, que confere a possibilidade às partes, em concordância, de extinção do comprometimento antes mesmo da instalação do juízo arbitral, seja em virtude da realização de autocomposição, ou mesmo no intuito de levar o caso à apreciação judicial.³⁸⁹

Há características do instituo em pauta que refletem em si as próprias vantagens da utilização desta via privada de pacificação social. Dentre estas aponta-se a especialidade do julgador escolhido pelos interessados para apreciar a causa determinada. Rodovalho exemplifica um caso de problemática envolvendo questão societária, a respeito do qual as partes podem optar que um terceiro imparcial e especialista no assunto seja chamado a proferir sentença arbitral, conferindo maior segurança à solução proporcionada.³⁹⁰ O escritor indica esta vantagem em comparação à aplicação generalista do direito pelos magistrados:

Na Justiça Estatal, por razões inerentes à sua estrutura organizacional, o magistrado acaba por ser, naturalmente, um generalista. Isso não é um demérito, ao contrário, é necessário, ante à pulverizada gama de conflitos que chegam cotidianamente ao nosso Judiciário. Contudo, para certos conflitos mais específicos ou mais complexos, essa qualidade generalista pode não ser positiva.³⁹¹

Outra benéfica característica da arbitragem, e uma das mais instigantes, consiste na brevidade de seu procedimento, quando contrastada com a jurisdição do Estado. Proporciona-se a rápida resolução da questão em pendência entre as partes, e no seu maior interesse, já que são elas mesmas quem determinam o prazo em que será proferida a sentença arbitral, consoante o disposto no artigo 23 da Lei nº 9.307/1996, em observância à

³⁸⁸ CAHALI, Francisco José. Convenção de arbitragem. In: Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB). Manual de arbitragem para advogados. Disponível em: <<http://www.precisaoconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20. out. 2017. p. 71.

³⁸⁹ Ibidem. p. 70-71.

³⁹⁰ RODOVALHO, Thiago. Aspectos introdutórios a arbitragem. In: Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB). Manual de arbitragem para advogados. Disponível em: <<http://www.precisaoconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20. out. 2017. p. 10.

³⁹¹ Idem.

complexidade da querela, bem como à viabilidade do cumprimento de tal prazo pelo árbitro.³⁹² Caso não haja tal previsão, a lei determina o prazo de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Evidencia-se, desta maneira, a segurança, no sentido temporal, trazida pelo procedimento, e sua eficiência, frente à possibilidade de estabelecimento de um cronograma factível.³⁹³

A flexibilidade do seu procedimento também é apurada de maneira positiva, e como um atrativo, pois “Em vez do engessamento do Código de Processo Civil, as partes, em conjunto com os árbitros, podem moldar o procedimento para um formato que lhes seja mais adequado, de acordo com o conflito, desde que preservados os princípios da igualdade e do contraditório.”³⁹⁴ Logo no artigo 2º, § 2º, da Lei nº 9.307/1996, faculta-se às partes a sua escolha quanto ao regramento a ser utilizado no mecanismo arbitral, com a ressalva de que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. Desta forma, Pereira dispõe que “[...] ao escolherem a arbitragem, as partes renunciam ao Código de Processo Civil e fixam regras próprias para o procedimento arbitral.”³⁹⁵ Motta Júnior atesta, entretanto, a possibilidade de adesão às normas do CPC, caso as partes assim entendam:

Assim, as disposições de rito emanadas do Código de Processo Civil podem até vir a ser observadas em procedimento arbitral, mas esta não é a regra, tampouco deve o advogado ter expectativa de, ou querer conduzir sua demanda arbitral segundo os critérios e princípios do Código de Processo Civil, que maior parte das situações não serão bem recebidos pelos princípios orientadores da arbitragem, quando não forem antagônicos – como o são os princípios da publicidade no Processo Civil e o da confidencialidade na arbitragem.³⁹⁶

³⁹² LIMA JÚNIOR, Asdrubal Nascimento. Sentença arbitral. In: Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB). Manual de arbitragem para advogados. Disponível em: <<http://www.precisaoconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20. out. 2017. p. 117.

³⁹³ LIMA JÚNIOR, Asdrubal Nascimento. Sentença arbitral. In: Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB). Manual de arbitragem para advogados. Disponível em: <<http://www.precisaoconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20. out. 2017. p. 117.

³⁹⁴ RODOVALHO, Thiago. Aspectos introdutórios a arbitragem. In: Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB). Manual de arbitragem para advogados. Disponível em: <<http://www.precisaoconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20. out. 2017. p. 15.

³⁹⁵ PEREIRA, Ana Lúcia. A função das entidades arbitrais. In: Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB). Manual de arbitragem para advogados. Disponível em: <<http://www.precisaoconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20. out. 2017. p. 88.

³⁹⁶ MOTTA JÚNIOR, Aldemar, O papel do advogado na arbitragem, In: Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB). Manual de arbitragem para advogados. Disponível em: <<http://www.precisaoconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20. out. 2017. p. 18.

Acrescenta-se a confidencialidade como um dos fatores mais relevantes da metodologia em comento. Na maioria das vezes opta-se pela arbitragem sigilosa, faculdade impossibilitada no âmbito jurisdicional, onde prevalece a regra da publicidade. “E isso tem atraído tanto empresas quanto pessoas físicas, que não desejam ver seu conflito exposto ao grande público, especialmente quando questões negociais sensíveis estão em jogo.”³⁹⁷, consoante consideração de Rodovalho.

No mesmo sentido, Motta Júnior expõe o papel do advogado e dos árbitros no contexto de sigilo, ressaltando-se a inexistência de obrigatoriedade da atuação do causídico em âmbito arbitral, embora seja permitida em lei (art. 21, § 3º, da Lei nº 9.307/1996) e considerada salutar³⁹⁸:

O advogado em demandas arbitrais deve estar sempre consciente de que na arbitragem o princípio ético-processual, diferentemente das demandas judiciais, impõe a reserva da publicidade, de sorte que não só as partes, e os árbitros estão vinculados a este compromisso de manutenção do sigilo acerca das informações constantes, mas também e principalmente os advogados devem respeitar os princípios ético-processuais da arbitragem, entre os quais o relativo ao sigilo das informações levadas ao conhecimento do Tribunal Arbitral. Esclareça-se que a confidencialidade não é um princípio explícito na Lei de Arbitragem para as partes, mas a maioria das regras arbitrais a prevê. E, de qualquer forma, o processo arbitral tem natureza privada, ao contrário do processo judicial, em regra, público.³⁹⁹

Ademais, imprescindível abordar que a arbitragem somente é opção viável quando o conflito possuir como objeto direito patrimonial disponível, regra definida pelo primeiro artigo da Lei de Arbitragem. Esta é a condição objetiva da arbitrabilidade, que para Bacellar “[...] tem sido definida como o conjunto de condições objetivas e subjetivas que informam a possibilidade de que um conflito possa ser submetido à arbitragem.”⁴⁰⁰ Infere-se que o requisito objetivo representa os tipos de conflito, com relação à matéria, que podem ser objeto de análise pelo procedimento arbitral, quais sejam aqueles que envolvem direitos patrimoniais disponíveis, conforme exposto.⁴⁰¹

Pereira esclarece que “[...] a disponibilidade diz respeito à liberdade da parte para

³⁹⁷ MOTTA JÚNIOR, Aldemar, O papel do advogado na arbitragem, In: Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB). Manual de arbitragem para advogados. Disponível em: <<http://www.precisaoconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20. out. 2017. p. 10.

³⁹⁸ Ibidem, p. 24

³⁹⁹ Ibidem, p. 29.

⁴⁰⁰ BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 138.

⁴⁰¹ Idem.

dispor do direito, ou seja, para alienar, renunciar, onerar, transferir o referido direito.”⁴⁰² Assim, identifica-se que somente nestas hipóteses se torna possível a escolha da modalidade arbitral de pacificação das contendas, em virtude de o ordenamento jurídico vigente considerar como indispensável a apreciação pelo Poder Judiciário de demandas que envolvam determinados direitos que, se violados, acarretariam em maiores prejuízos aos cidadãos e por este motivo merecem ser protegidos pela tutela jurisdicional do Estado. É o caso das questões que envolvem direitos da personalidade, bem como aquelas atinentes ao direito de família ou sucessões.

A respeito da patrimonialidade há, entretanto, situações que, embora se refiram a direitos relativos a bens materiais, não estão compreendidas nas condições de arbitrabilidade, conforme ressalva Pereira:

Sempre haverá situações em que o ordenamento jurídico poderá tornar obrigatória a solução de certos litígios pelo Poder Judiciário, não admitindo a solução arbitral, mesmo que se trate de direitos patrimoniais. Estes casos não serão arbitráveis. Trata-se de situações em que as partes não podem dispor do meio de solução do conflito, independentemente de se tratar de matéria patrimonial ou mesmo de se poderem conciliar perante o Judiciário ou transigir fora dele. Sempre, para haver arbitrabilidade, será exigida no mínimo essa disponibilidade sobre o meio de solução. Deve haver a liberdade das partes para resolver seus litígios fora do Poder Judiciário. Ou, dito de outro modo, não pode haver a proibição, pelo ordenamento, de uma solução alheia ao Judiciário, por escolha das partes. Um exemplo claro é o da falência. Embora se trate de questões estritamente patrimoniais, fatores de natureza coletiva levam a lei a impor a condução do litígio pelo Poder Judiciário. Portanto, as partes não têm disponibilidade sobre o meio de solução da controvérsia.⁴⁰³

O autor também relaciona matérias que podem se submeter à arbitragem, ainda que estejam vinculadas originariamente a “direitos cujo núcleo não é objetivamente arbitrável”.⁴⁰⁴ Cita, a título ilustrativo:

“[...] partilha de bens, com a identificação do patrimônio comum e a divisão na forma legal ou acordada, derivada da dissolução do casamento ou da união estável, inclusive homoafetiva (ressalvado que a existência de tais vínculos, sua extensão e, no caso do casamento, a sua dissolução são matérias de decisão obrigatoriamente judicial); b) obrigação de alimentos decorrente do casamento e da união estável, após o rompimento da relação

⁴⁰² PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Arbitrabilidade. In: Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB). Manual de arbitragem para advogados. Disponível em: <<http://www.precisaconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20. out. 2017. p. 55.

⁴⁰³ Ibidem, p. 54.

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 60.

(os alimentos derivados do poder familiar são irrenunciáveis e, portanto, indisponíveis; ressalve-se que há defensores da possibilidade de mesmo nesse caso o quantum ser fixado por arbitragem); c) partilha e prestação de contas pelo inventariante, nos casos em que os herdeiros são maiores e capazes mas não podem valer-se do procedimento extrajudicial (Lei nº 11.441/2007), por exemplo, por não haver acordo quanto à partilha ou existir testamento.⁴⁰⁵

O requisito subjetivo da arbitrabilidade é o da capacidade de contratar, exigência que se apresenta como primeiro conteúdo da Lei de Arbitragem (art. 1º, *caput*, Lei nº 9.307/1996). Desta forma, aqueles que pretendem aderir à arbitragem devem ser capazes de direitos e deveres na ordem civil (art. 1º, CC/02). Carmona recorda que, diante da necessidade de disponibilidade do direito em âmbito arbitral, não é possível a instauração deste por parte daqueles que apenas possuem poderes de administração, bem como pelos incapazes, ainda que representados ou assistidos.⁴⁰⁶ O doutrinador ressalva a possibilidade de convenção arbitral, desde que haja autorização, ao inventariante do espólio, ao síndico de condomínio e, enfim, aos entes despersonalizados.⁴⁰⁷

Assim, preenchidas as condições objetivas e subjetivas da arbitrabilidade, podem as partes com problemas em pendência de resolução ou que ainda não se instauraram, em caráter preventivo, optarem pelo procedimento arbitral, por meio da convenção de arbitragem, que se segmenta em duas espécies.

Primeiramente, cita-se a cláusula compromissória como modalidade preventiva de convenção arbitral em que as partes pré-estabelecem, abstratamente, a utilização do juízo arbitral, na eventualidade de surgirem impasses decorrentes de determinado negócio jurídico.⁴⁰⁸ Já o compromisso arbitral, que pode ser firmado em âmbito judicial ou extraprocessual (art. 9º da Lei nº 9.307/1996), se revela em um contrato formalizado entre os contendores após a eclosão da situação conflitiva, no qual as partes adotam a modalidade arbitral de solução de controvérsias. Consiste, nas palavras de Didier em:

“[...] acordo de vontades para submeter uma controvérsia concreta, já existente, ao juízo arbitral, prescindindo do Poder Judiciário. Trata-se, pois,

⁴⁰⁵ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Arbitrabilidade. In: Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB). Manual de arbitragem para advogados. Disponível em: <<http://www.precisaoconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20. out. 2017. p. 60

⁴⁰⁶ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 37.

⁴⁰⁷ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 37.

⁴⁰⁸ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 172.

de um contrato, por meio do qual se renuncia à atividade jurisdicional estatal, relativamente a uma controvérsia específica e não simplesmente especificável.⁴⁰⁹

Importa, nesta oportunidade, tratar das cláusulas denominadas de vazias, cheias e escalonadas. A primeira delas trata-se da “[...] cláusula que contenha a previsão da arbitragem como forma de resolver da controvérsia, mas que seja lacunosa quanto à forma de instauração do procedimento arbitral [...]”.⁴¹⁰ O artigo sexto da Lei de Arbitragem soluciona tal lapso, determinando que as partes se comuniquem, a fim de firmarem o compromisso arbitral. Em contrapartida, a cláusula cheia é aquela que permite desde logo a instauração do juízo arbitral, por delimitar todas as condições necessárias para tanto.⁴¹¹ Por último, tem-se a definição de cláusula escalonada, nos dizeres de Cahali:

[...] consistente na previsão expressa de busca pela solução da controvérsia por meio de mediação ou conciliação previamente à arbitragem (*cláusula med-arb*), ou em fase própria durante o procedimento, com suspensão deste (*cláusula arb-med*). Esta cláusula mostra-se pertinente em especial nos contratos de execução continuada (conflitos em contrato de franquia, representação comercial), de longa duração e significativa complexidade (grandes obras na construção civil e infraestrutura, inclusive promovidas com parceria público-privada). E tem seu atrativo exatamente porque as partes, mesmo diante de alguma controvérsia surgida no curso da execução do contrato, ainda terão um período prolongado de convivência, sendo de todo recomendável, assim, buscar soluções consensuais para as diferenças havidas.⁴¹²

Relativamente à natureza jurídica da arbitragem, existe uma discussão acadêmica sobre se o instituto se revela em atividade jurisdicional ou não. Alvim aponta a existência de duas linhas de pensamento mais recorrentes, quais sejam a contratualista, segundo a qual a arbitragem resultaria de um mero acordo entre as partes e, portanto, não haveria que se falar em jurisdição; e a publicista, que defende a jurisdicionalidade da arbitragem.⁴¹³

Didier faz parte do segmento publicista, tendo em vista que defende o exercício da arbitragem como jurisdição praticada por particulares, com autorização do Estado, em

⁴⁰⁹ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 172.

⁴¹⁰ CAHALI, Francisco José. Convenção de arbitragem. In: Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB). Manual de arbitragem para advogados. Disponível em: <<http://www.precisaconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20. out. 2017. p. 66.

⁴¹¹ Ibidem, p. 67.

⁴¹² Ibidem, p. 69.

⁴¹³ ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 2000.

atenção ao direito de autonomia privada.⁴¹⁴ Por outro lado, Marinoni nega a arbitragem como atividade jurisdicional, subsidiando tal posicionamento por meio de diversos argumentos, dentre os quais destaca-se o de que “A jurisdição somente pode ser exercida por uma pessoa *investida* na autoridade de juiz, após concurso público de provas e títulos.”⁴¹⁵

Carmona considera que o legislador, ao expressar no artigo 31 da Lei de Arbitragem que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, aderiu ao posicionamento da jurisdicionalidade da arbitragem. Este também é o seu posicionamento, contudo aponta como infrutífera, na prática, a discussão da natureza jurídica da arbitragem, defendendo, enfim, o engrandecimento do instituto:

O conceito de jurisdição, em crise já há muitos anos, deve receber novo enfoque, para que se possa adequar a técnica à realidade. É bem verdade que muitos estudiosos ainda continuam a debater a natureza jurídica da arbitragem, uns seguindo as velhas lições de Chiovenda para sustentar a ideia contratualista do instituto, outros preferindo seguir ideias mais modernas, defendendo a ampliação do conceito de jurisdição, de forma a encampar também a atividade dos árbitros; outros, por fim, tentam conciliar as duas outras correntes. A verdade, porém, é que o debate adquiriu um colorido excessivamente acadêmico e, pior, pouco prático, de sorte que não parece útil continuar a alimentar a celeuma. Não há tratado, manual, tese ou monografia [...] que não tenha desafiado o assunto, explorando filão que já se esgotara nas duas últimas décadas do século XX. O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial. Sirva, pois, esta evidência para mostrar que a escolha do legislador brasileiro certamente foi além das previsões de muitos ordenamentos estrangeiros mais evoluídos que o nosso no trato do tema, trazendo como resultado final o desejável robustecimento da arbitragem.⁴¹⁶

Mudando-se o enfoque, naquilo que tange à figura do árbitro, cumpre expor o conteúdo do *caput* do artigo 13 da Lei de Arbitragem, que autoriza a escolha pelas partes de qualquer pessoa capaz e que detenha sua confiança. Interpreta-se, desta forma, a temporariedade da função do árbitro, nomeado apenas para decidir a pendenga determinada pelos interessados que o escolheram. Logo, frente à efemeridade de sua função, impossível a existência da profissão de árbitro, conforme assevera Nogueira, para quem a emissão de

⁴¹⁴ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 173.

⁴¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3ª ed, rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Vol 1. p. 151.

⁴¹⁶ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 26-27.

“carteira de identidade de árbitro” demonstra “a falta de conhecimento ou de boa-fé de seus portadores.”.⁴¹⁷

O artigo 13, §1º, da Lei nº 9.307/1996, também prevê a possibilidade de nomeação de uma pluralidade de árbitros, desde que em número ímpar, além de suplentes. Esta hipótese consiste na formulação do tribunal arbitral, que não se confunde com a instituição permanente da entidade arbitral. Assim, revela-se o tribunal arbitral em um colegiado transitório, composto por três ou mais árbitros, a quem se conferem a responsabilidade de solução do conflito.⁴¹⁸ Denota-se que “[...] tanto o árbitro que decide monocraticamente quanto o tribunal arbitral exercem exatamente o mesmo papel de julgamento originário do feito, e ambos encerram suas funções com a prolação da sentença arbitral.”⁴¹⁹

Nogueira exterioriza o objetivo a ser atingido pelo árbitro, qual seja o de alcançar a solução da controvérsia a ele submetida de forma contratual pelos interessados, bem como de proferir sua decisão, adjetivada das qualificações de tempestividade, independência, descrição, competência e, sobretudo, imparcialidade.⁴²⁰ Quanto a este último dever, imprescindível a inexistência de relações de impedimento ou suspeição do árbitro para com qualquer das partes, da mesma maneira como ocorre para os magistrados em âmbito estatal, aplicando-se aos árbitros, portanto, as disposições do Código de Processo Civil de 2015 que tratam dos impedimentos e da suspeição.⁴²¹

Merece adentrar-se, além disso, na mostra dos tipos de arbitragem à disposição dos interessados. Carmona se expressa sobre este respeito:

Ao optarem pela arbitragem, duas são as possibilidades quanto ao órgão arbitral: ou nomeiam um único árbitro, ou entregam a um grupo de árbitros a solução do litígio; num caso ou noutro, pode o órgão arbitral ser constituído exclusivamente para resolver determinada controvérsia (arbitragem *ad hoc*) ou pode ser tal órgão pré-constituído (arbitragem institucional).⁴²²

Neste seguimento, a arbitragem *ad hoc* não se submete a uma instituição preestabelecida, mas surge da escolha das partes, que determinarão as regras que o

⁴¹⁷ NOGUEIRA, Daniel F. Jacob. O árbitro. In: Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB). Manual de arbitragem para advogados. Disponível em: <<http://www.precisaconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20. out. 2017. p. 73.

⁴¹⁸ Idem.

⁴¹⁹ Idem.

⁴²⁰ Ibidem, p. 81.

⁴²¹ Ibidem, p. 76.

⁴²² CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 33.

procedimento arbitral irá observar, dentre elas os prazos e a própria administração operacional.⁴²³ Aqueles que firmaram a convenção arbitral ainda devem providenciar a negociação dos honorários dos árbitros e de seus secretários (art. 13, § 5º, da Lei nº 9.307/1996), bem como o pagamento das despesas envolvendo a locação da sala de audiência e outros gastos necessários para efetivação da arbitragem, tais como equipamentos e envio de comunicações.⁴²⁴

Por sua vez, a arbitragem institucional atua como prestadora de serviços arbitrais, por meio da disponibilização dos “[...] meios e condições para o bom andamento da arbitragem. E se entenda como meios e condições, dentre eles, a oferta de regulamento que norteará a condução do procedimento arbitral.”, conforme sintetiza Pereira.⁴²⁵ Neste caso é a instituição quem disponibilizará às partes a lista de árbitros, cujos honorários, em regra, já são pré-definidos pela instituição. Pereira elenca a estrutura oferecida pela instituição arbitral:

Essa mesma instituição arbitral disponibiliza o suporte necessário para o bom andamento da arbitragem: (i) secretaria que irá acompanhar passo a passo o procedimento, secretaria essa que a depender do porte da instituição arbitral muitas vezes são políglotas; (ii) arquivo para guardar todos os documentos produzidos na arbitragem, que invariavelmente não são poucos, de modo que tanto as partes quanto os árbitros tenham livre e fácil acesso a eles de forma organizada, preservada a confidencialidade e sigilo característicos da arbitragem; (iii) instalações adequadas para a realização das audiências, sendo que, a depender do porte da instituição arbitral, esta disponibilizará os serviços de gravação em áudio, vídeo, estenotipia, conexão e equipamentos para vídeo conferência o que permitirá a oitiva de testemunhas; e (iv) setor financeiro que cobrará o reembolso das despesas incorridas na arbitragem.⁴²⁶

Enfim, seja na arbitragem *ad hoc* ou na institucional, a sentença arbitral é a finalidade pretendida por ambas, por meio da qual restará encerrada a contenda delimitada em convenção pelas partes, bem como definido a quem pertencerá o ônus pelo pagamento das despesas atinentes ao procedimento arbitral, com a ressalva do dever de se observar o estabelecido na convenção.⁴²⁷ Lima Júnior expressa relevantes considerações acerca da

⁴²³ PEREIRA, Ana Lúcia. A função das entidades arbitrais. In: Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB). Manual de arbitragem para advogados. Disponível em: <<http://www.precisaconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20. out. 2017. p. 88.

⁴²⁴ Ibidem, p. 89.

⁴²⁵ Idem.

⁴²⁶ Ibidem, p. 92.

⁴²⁷ LIMA JÚNIOR, Asdrubal Nascimento. Sentença arbitral. In: Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB). Manual de arbitragem

sentença arbitral:

A sentença arbitral, contudo, pode ser apenas terminativa, quando encerra o procedimento sem avançar sobre o mérito da disputa, quando reconhecer, por exemplo, que a questão trazida à arbitragem não é arbitrável; ou, verificar que há vício de consentimento na convenção de arbitragem. A sentença arbitral que avance sobre o mérito, poderá ser condenatória, constitutiva ou declaratória, a depender dos tipos de pedidos formulados na demanda. A sentença arbitral é irrecorrível e não fica sujeita a qualquer homologação do Poder Judiciário (art. 18 da Lei de Arbitragem), cabendo às partes se submeterem ao cumprimento do que nela ficou estabelecido.⁴²⁸

Proferida a sentença arbitral, não é facultado o direito de recorrer às partes, de acordo com o que prevê o artigo 18 da Lei nº 9.307/1996. Porém, o artigo 30 da mesma lei possibilita a manifestação sobre a decisão para correção de erro material, ou esclarecimento de eventuais obscuridades e contradições.

Também no artigo 18 da Lei de Arbitragem há regramento dispensando-se a homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, norma que revolucionou o instituto da arbitragem, que antes exigia tal autenticação para produzir efeitos. Atualmente, contudo, a sentença arbitral constitui título executivo judicial (art. 515, VII, do CPC/2015), podendo ser proposta ação de cumprimento de sentença arbitral, em caso de falta de seu atendimento espontâneo.⁴²⁹ Acerca de tal temática são os pensamentos de Bacelar:

Antes da Lei n. 9.307/96, além de o laudo exigir homologação pelo Poder Judiciário, faltava executividade para a própria cláusula compromissória que retratava uma mera promessa, o que retirava autonomia e segurança aos que optassem por instituir a arbitragem. A verdadeira revolução jurídica relativa à arbitragem só ocorreu da promulgação da Lei Marco Maciel (Lei n. 9.307/96).⁴³⁰

Conquanto o objetivo do presente tópico seja o de expor a arbitragem regulada pela Lei nº 9.307/1996, merece indicar a existência da arbitragem endoprocessual, que ocorre no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. O artigo 24 da Lei 9.099/1995 disponibiliza às partes, quando não alcançada a conciliação e se houver comum acordo, a opção pelo juízo

para advogados. Disponível em: <<http://www.precisaconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20. out. 2017. p. 116.

⁴²⁸ LIMA JÚNIOR, Asdrubal Nascimento. Sentença arbitral. In: Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB). Manual de arbitragem para advogados. Disponível em: <<http://www.precisaconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20. out. 2017. p. 116.

⁴²⁹ Ibidem, p. 112.

⁴³⁰ BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 119.

arbitral. Caso assim preferirem, elegerão o árbitro dentre os juízes leigos. O laudo será por ele proferido, porém, ao contrário do que ocorre na arbitragem extraprocessual, aquele necessitará da homologação pelo juiz togado, por meio de sentença irrecorrível (art. 26, Lei nº 9.099/1995). Acentua-se, entretanto, que a análise a ser realizada pelo magistrado deve ser apenas formal, não cabendo a ele adentrar no mérito da questão, “[...] já que o árbitro é que foi escolhido e autorizado pelas partes a decidir.”⁴³¹

Ademais, importante explicitar as inconveniências e as críticas realizadas acerca da arbitragem. Marinoni alerta sobre o risco de tal instituto resultar em “[...] relativização do conceito de direito indisponível, viabilizando a sua acomodação às intenções daqueles que querem se livrar do controle do Estado.”⁴³² Na mesma toada, Bacellar entende ser possível a utilização do mecanismo por grandes agentes econômicos, no intuito de “escolherem seus próprios juízes”, e em prol de suas necessidades comerciais.⁴³³ Nos dizeres de Marinoni:

[...] a instituição da arbitragem revela uma inocultável exclusão de parte relevante dos conflitos privados do controle do Estado, exatamente dos conflitos sensíveis a uma classe social muito privilegiada, o que pode significar a intenção de afastar o Estado do controle de certos interesses e relações jurídicas. [...] determinados sujeitos particulares não desejam que o Estado interfira nos seus negócios e nos seus conflitos e, sob o argumento da necessidade de encontro de uma pessoa (árbitro) especialmente capacitada para lidar com eles, na verdade pretendem excluir a jurisdição do seu controle.⁴³⁴

Em oposição, estão as ideias de Pereira, para quem a arbitragem é vislumbrada como mecanismo de acesso amplo e democrático, não restando restrita “aos grandes e milionários conflitos”.⁴³⁵ Segundo a autora, o procedimento arbitral comporta diversos portes de disputas - “pequenas, médias, grandes e multimilionárias” – sendo que o procedimento será adequado a cada tipo de conflito apresentado. Enfim, defende Pereira existir um mito acerca do uso do instrumento arbitral apenas para as causas de grande porte econômico.⁴³⁶

⁴³¹ BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 137.

⁴³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3ª ed, rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Vol 1. p. 156.

⁴³³ BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 133-134.

⁴³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3ª ed, rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Vol 1. p. 155.

⁴³⁵ PEREIRA, Ana Lúcia. A função das entidades arbitrais. In: Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB). *Manual de arbitragem para advogados*. Disponível em: <<http://www.precisaconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20. out. 2017. p. 94.

⁴³⁶ Idem.

Em síntese, representa a arbitragem a modalidade privada dos meios heterocompositivos de pacificação social, admitida somente em casos envolvendo interesses patrimoniais disponíveis. Revela-se em instrumento que reforça a autonomia da vontade das partes, permitindo-lhes escolher a quem submeter o julgamento de suas pendências. Enfim, transparece, de certa forma, um “[...] estágio de desenvolvimento e amadurecimento da sociedade, que não mais precisa, em todos os casos, da proteção e da tutela estatal para resolver seus problemas.”⁴³⁷

3.4 A DESCONSTRUÇÃO DA CULTURA DO LITÍGIO

A utilização das técnicas autocompositivas de solução de conflitos, bem como da arbitragem, apresentam uma vantagem em comum: a maior chance de satisfação das partes envolvidas no conflito, em virtude de sua participação sobre os resultados alcançados, ao contrário do que ocorre com as decisões unilaterais impostas em âmbito judicial.⁴³⁸

A adoção dos meios não adversariais de pacificação de controvérsias requer o reconhecimento pelas partes de que é desnecessária a postura combativa na resolução de seus impasses, sendo possível, na maioria dos casos, se atingir uma solução satisfatória a ambos os interessados, sem que haja a polarização da relação entre um vencedor e um perdedor.

Sob este enfoque, considerando-se a adequação dos variados meios de resolução de contendas a cada impasse visualizado no caso concreto, Theodoro Júnior aponta os ensinamentos de Kazuo Watanabe, defensor do abandono da “cultura da sentença”:

Kazuo Watanabe entende que esses métodos não devem ser estudados “como solução para a crise de morosidade da Justiça como uma forma de reduzir a quantidade de processos acumulados no Judiciário, e sim como um método para se dar tratamento mais adequado aos conflitos de interesses que ocorrem na sociedade. Para o autor, deve-se tentar abandonar o que ele chama de “cultura da sentença”, que valoriza excessivamente a resolução dos conflitos por meio do Poder Judiciário, para criar a “cultura da pacificação”, valorizando a solução amigável pelos próprios conflitantes, com o auxílio dos mediadores e conciliadores.”⁴³⁹

⁴³⁷ BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 151.

⁴³⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 83-84.

⁴³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil –Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 449.

Com a legitimação de tais mecanismos, permite-se um maior alcance à justiça social, bem como ao bem-estar dos cidadãos, à igualdade e ao desenvolvimento da sociedade.⁴⁴⁰ Ademais, conforme os dizeres de Dinamarco, “[...] a *pacificação* é o indisfarçável resultado dessas iniciativas, quando frutíferas [...]”.⁴⁴¹ O autor expõe o estímulo do direito moderno à aplicação dos métodos autocompositivos de solução de impasses, porém destaca que se tais meios não viabilizarem a resolução da questão, o processo civil é indispensável:

Existem possibilidades de solução de conflitos por terceira pessoa e sem a marca da imperatividade. São os chamados *meios alternativos de solução de conflitos*, representados pela arbitragem, pela conciliação e pela mediação, de grande utilidade social e fortemente incrementados pelo direito moderno. O direito estimula a autocomposição por ato de boa-vontade de ambos os envolvidos (transação) ou de um deles (renúncia, submissão) mas, quando por nenhum desses meios se chega à pacificação, não há como eliminar o conflito sem a resignação e sem o processo civil.⁴⁴²

Também se refere aos “meios alternativos de solução de conflitos” Cassio Scarpinella Bueno, para quem essas modalidades pacificadoras estão inseridas no ramo do direito processual civil. O jurista também defende o tratamento de tais mecanismos como modelos “adequados” ao invés de “alternativos”, posto que se propõe, quando do surgimento da realidade conflitiva, a identificação dos “[...] meios mais ou menos apropriados para solução dos diversos conflitos, variando as técnicas consoante a vicissitude do conflito, ou, até mesmo, combinando-as [...]”.⁴⁴³

Cintra, Dinamarco e Grinover apresentam o posicionamento de que “[...] se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes [...]”.⁴⁴⁴ Os autores consideram que os denominados “meios alternativos de solução de conflitos” são representados essencialmente pela conciliação, pela mediação e pelo modo de heterocomposição privada, a arbitragem.⁴⁴⁵ Expõe-se as palavras dos escritores:

⁴⁴⁰ Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB). Manual de arbitragem para advogados. Disponível em: <<http://www.precisaconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20. out. 2017. p. 07.

⁴⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Vol. 1. p. 147).

⁴⁴² Ibidem, p. 55.

⁴⁴³ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil : inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo : Saraiva, 2015. p. 32

⁴⁴⁴ CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 34

⁴⁴⁵ Ibidem, p. 35.

A percepção de uma tutela adequada a cada tipo de conflito modificou a maneira de ver a arbitragem, a mediação e a conciliação, que, de meios sucedâneos, equivalentes ou meramente alternativos à jurisdição estatal, ascenderam à estatura de instrumentos mais adequados de solução de certos conflitos. E tanto assim é que a leitura atual do princípio constitucional do acesso à justiça (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” – Const., art. 5º, inc. XXXV) é hoje compreensiva da justiça arbitral e da conciliativa, incluídas no amplo quadro da política judiciária e consideradas no quadro do exercício jurisdicional.⁴⁴⁶

Segundo o entendimento de Calmon, a propagação dos instrumentos de soluções não jurisdicionais de pacificação de controvérsias deve se realizar de maneira autônoma, no sentido de que não devem ser proliferadas apenas em virtude da crise que assola o Poder Judiciário, mas merecem ser reconhecidas como legítimos caminhos de pacificação social, que primam pela autonomia da vontade dos indivíduos.⁴⁴⁷

Em realidade, deve-se adequar o conflito constatado no caso concreto à mais adequada abordagem para o seu tratamento, inclusive considerando-se a via jurisdicional como uma das opções.⁴⁴⁸ Diante disso, o autor critica aqueles que enxergam tais mecanismos apenas como fuga da crise da jurisdição estatal:

A justiça consensual não é alternativa para um Poder Judiciário ruim, mas é, simplesmente, uma alternativa. Se a Justiça estatal sair de sua crise, melhor será para a justiça consensual, mas muitos veem a justiça consensual como uma solução alternativa ao Poder Judiciário em crise. Para esses, seguramente, se a Justiça estatal melhorar, será decretada a extinção da justiça consensual. Lamentável posicionamento.⁴⁴⁹

Para Marinoni, o reconhecimento da necessidade de se identificar a adequação do melhor método ao conflito, resulta na apresentação de um sistema que comporta variadas formas de distribuição da justiça, “cada qual apropriada para um determinado tipo de litígio”.⁴⁵⁰

A ideia de Marinoni se inspira na denominada justiça multiportas (*multi-door dispute resolution*), idealizada por Frank Sander, no final da década de 1970, que propunha

⁴⁴⁶ CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 33.

⁴⁴⁷ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 43.

⁴⁴⁸ Idem.

⁴⁴⁹ Ibidem, p. 04.

⁴⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 148.

a criação de um Fórum de Múltiplas Portas (FMP) em âmbito judiciário, “[...] como um centro de resoluções de disputas, com distintos processos, baseado na premissa de que há vantagens e desvantagens de cada processo que devem ser consideradas em função das características específicas de cada conflito.”⁴⁵¹

Porém, ainda que o tema dos meios adequados de solução de controvérsias tenha ganhado relevância nos últimos tempos, percebe-se que ainda não é difundido à sociedade o efetivo conhecimento a respeito das peculiaridades de cada técnica, bem como de seus benefícios. Logo, indaga-se como seria possível a aderência dos indivíduos aos diversos meios adequados à solução de suas contendas, sem que eles detenham informações suficientes para sua utilização na prática.⁴⁵²

Destarte, conforme defende Calmon, para que haja a autêntica adesão aos métodos não adversariais de resolução dos impasses, faz-se necessária a difusão a todos os cidadãos de cada tipo de mecanismo existente à sua disposição, bem como de suas específicas particularidades, pois somente desta forma a utilização dos métodos ocorre de maneira legítima e consciente, tendo em vista que “[...] sem conhecimento não há o que falar em liberdade de escolha.”⁴⁵³

Contudo, para que haja tal propagação, há que se incentivar a mudança da mentalidade adversarial enraizada na cultura dos cidadãos brasileiros. Esta tentativa já se verifica no novo sistema do direito processual civil, que, com o advento da codificação promulgada no ano de 2015, estimula-se a autocomposição sempre que possível, mesmo dentro das demandas judiciais. Didier Jr. aponta tais incentivos também na esfera do Poder Executivo, além de defender a existência de um “princípio do estímulo da solução por autocomposição”:

Até mesmo no âmbito do Poder Executivo, a solução negocial é estimulada. A criação de regras que permitem a autocomposição administrativa (por exemplo, a possibilidade de acordos de parcelamento envolvendo dívidas fiscais) e a instalação de câmaras administrativas de conciliação revelam bem esta tendência. Pode-se inclusive, defender atualmente a existência de um *princípio do estímulo da solução por autocomposição* – obviamente

⁴⁵¹ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79758-quinta-edicao-do-manual-de-mediacao-e-disponibilizada-pelo-cnj>> Acesso em 28 de outubro de 2017. p. 40.

⁴⁵² SILVA, Carlos Roberto da. Os óbices para a difusão de uma cultura não adversarial de resolução de conflitos: a necessária mudança de hábitos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.3, 3º quadrimestre de 2016. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> - ISSN 1980-7791>. Acesso em 15/09/2017.

⁴⁵³ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 160.

para os casos em que ela é recomendável. Trata-se de princípio que orienta toda a atividade estatal na solução dos conflitos jurídicos.⁴⁵⁴

É louvável, porém insuficiente, a inserção de normas no ordenamento jurídico que incentivem a solução consensual dos litígios. Para o alcance de uma cultura que de fato busque o afastamento da mentalidade adversarial, é preciso que ocorra a quebra de paradigmas não só dos operadores do Direito, mas de toda a sociedade.⁴⁵⁵

É possível se iniciar a mudança de percepção sobre a realidade conflitiva a partir das atitudes de cada indivíduo que compõe o círculo social, tendo em vista que, em verdade, o que todos almejam é a convivência social harmônica. Nesta lógica, Fernanda Maria Dias de Araújo Lima, diretora presidente da Fundação Nacional de Mediação de Conflitos (FNMC), defende o fomento à cultura de paz partindo-se da prática do diálogo dentro dos próprios lares, quando do afloramento de conflitos cotidianos e familiares, viabilizando-se, assim, uma concepção individualmente não combativa sobre os conflitos que naturalmente emergem das relações sociais.⁴⁵⁶

Além da proposta de educação voltada à cultura do diálogo incorporada aos lares, propõe-se, ademais, a inserção de tais medidas dentro das escolas, estimulando-se a conversação, desde o ensino fundamental, como mecanismo mais adequado de resolução de impasses. Há, ainda, a necessidade de mudança na educação jurídica dos futuros operadores do direito, através da transformação das matrizes curriculares, que atualmente sequer preveem como matéria obrigatória os métodos consensuais de solução de conflitos.⁴⁵⁷

Acerca da formação jurídica, Dallari enfatiza sua discordância com o modelo de ensino jurídico vigente, que, segundo o autor, implica na responsabilização das faculdades de Direito por parte das deficiências constatadas no mundo do Direito:

A metodologia de ensino jurídico que prevalece na América Latina oscila entre dois vícios. Num extremo, o estudo limita-se à análise de doutrinas e doutrinadores, no plano das abstrações e do jogo intelectual, agredindo o

⁴⁵⁴ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 167

⁴⁵⁵ SILVA, Carlos Roberto da. Os óbices para a difusão de uma cultura não adversarial de resolução de conflitos: a necessária mudança de hábitos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.3, 3º quadrimestre de 2016. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791>. Acesso em 15/09/2017.

⁴⁵⁶ LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo. Curso de introdução aos métodos de mediação e gestão de conflitos, 2017. Uberlândia: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Evento realizado em 31/10/2017.

⁴⁵⁷ SILVA, Carlos Roberto da. Os óbices para a difusão de uma cultura não adversarial de resolução de conflitos: a necessária mudança de hábitos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.3, 3º quadrimestre de 2016. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791>. Acesso em 15/09/2017.

estudante com uma profusão de autores e de teorias. E como o estudante não chega a perceber que utilidade tem esse conhecimento para o exercício de uma profissão jurídica, é natural que não tenha interesse e procure apenas memorizar, para uso a curto prazo, aquilo que é necessário para conclusão do curso. [...] No extremo oposto, existem muitos professores que concebem e praticam o ensino jurídico como sendo a transmissão de informações sobre textos de códigos e leis. O professor lê o texto para seus alunos, como se estes fossem analfabetos, e faz comentários breves e superficiais, que são pouco mais do que a releitura do texto por meio de sinônimos. Com esses tipos de preparo um aluno que opte, por exemplo, pela magistratura, terá grande dificuldade quando for obrigado a utilizar uma conceituação jurídica básica, para confrontar um texto de lei com os fatos e circunstâncias da realidade social, procurando a solução jurídica e justa para um conflito. E como são muitos os cursos que utilizam essa metodologia, existem boas razões para que se diga que cabe muita responsabilidade às escolas de Direito por deficiências de profissionais das áreas jurídicas, inclusive magistrados.⁴⁵⁸

Boaventura de Souza Santos também critica o oferecimento de estudos jurídicos proporcionados pelas faculdades de direito em seus escritórios-modelo que apresentam como característica “[...] uma prática jurídica de microlitigação, em regra individualista, rotinizada e despolitizada.”⁴⁵⁹

Motta Júnior defende a inserção dos “meios alternativos de resolução de conflitos” – MASC, nas grades curriculares dos cursos de Direito como disciplinas autônomas, além de sugerir sua cobrança obrigatória no Exame de Ordem e nos concursos públicos das carreiras jurídicas, na tentativa de modificação da cultura do litígio para uma cultura de colaboração.⁴⁶⁰

Sem se desconsiderar a relevância de todas as propostas, sinaliza-se que o maior desafio para a desconstrução da cultura do litígio é traduzir nos conscientes dos indivíduos a identificação do conflito como algo natural à convivência social, que contém potencial para contribuir de maneira positiva nas relações humanas, por meio do engrandecimento pessoal, profissional e organizacional.⁴⁶¹

Azevedo propõe uma abordagem a respeito do conflito no seguinte sentido: “[...] se conduzido com técnica adequada, ser importante meio de conhecimento, amadurecimento e

⁴⁵⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 30-31.

⁴⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça, 3 ed., São Paulo: Cortez, 2011, p. 39-40.

⁴⁶⁰ MOTTA JÚNIOR, Aldemar, O papel do advogado na arbitragem, In: Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB). Manual de arbitragem para advogados. Disponível em: <<http://www.precisaoconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20. out. 2017. p. 18).

⁴⁶¹ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79758-quinta-edicao-do-manual-de-mediacao-e-disponibilizada-pelo-cnj>> Acesso em 28 de outubro de 2017. p. 261.

aproximação de seres humanos [...]”⁴⁶², além disso, pode “[...] impulsionar relevantes alterações quanto à ética e à responsabilidade profissional.”⁴⁶³

A adoção de tal concepção está em sintonia com o objetivo de se evitar a polarização das relações humanas, permitindo-lhes, através do diálogo, a alteração da situação conflituosa através de mútua cooperação.⁴⁶⁴ Transforma-se, desta maneira, a percepção antagonista entre as partes, que possuem a faculdade de atingir “consensos duráveis que possam realmente satisfazer a todos.”⁴⁶⁵ Sales sintetiza a reconstrução do discernimento a respeito do conflito:

A transformação do conflito apresenta vários fundamentos. Inicialmente uma orientação positiva sobre o conflito e a vontade de discutir o problema com o intuito de vivenciar uma mudança construtiva. Ou seja, a pessoa ou o grupo precisa perceber o conflito como uma possibilidade de transformação e de aprimoramento das relações e, em seguida, responder a isso com a vontade, com o intuito de se comprometer na busca pelo alcance de um caminho que permita a satisfação de todos. O conflito é uma oportunidade de viver, questionar experiências profundas e assim crescer junto com essa avaliação e mudança. É o motor de transformação das relações e das estruturas sociais sensíveis às dinâmicas das relações humanas.⁴⁶⁶

Em síntese, a desconstrução da mentalidade adversarial acerca da realidade conflitiva se inicia a partir da visualização do próprio conflito como fator de possível evolução dos relacionamentos sociais. Ainda, é essencial a utilização dos mecanismos mais adequados a cada tipo de controvérsia, sejam eles autocompositivos ou heterocompositivos. Porém, apenas por meio do suficiente conhecimento a respeito de tais opções de resolução de controvérsias que é se pode obter uma escolha fidedigna e consciente a respeito do tratamento das divergências sociais.

⁴⁶² BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79758-quinta-edicao-do-manual-de-mediacao-e-disponibilizada-pelo-cnj>> Acesso em 28 de outubro de 2017. p. 261.

⁴⁶³ Idem.

⁴⁶⁴ SALES, Lilia Maia de Moraes. Transformação de conflitos, construção de consenso e a mediação – a complexidade dos conflitos. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei. 1ª ed. - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. p. 88.

⁴⁶⁵ Idem.

⁴⁶⁶ Ibidem, p. 86.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento dos estudos realizados permitiu compreender as facetas circundantes à cultura da litigância vigente em nosso país. A princípio, identifica-se que o conflito, algo natural à vida em sociedade, é encarado majoritariamente pelos indivíduos como algo ruim, o que reflete uma postura adversarial quando do surgimento de embates entre interesses. Neste caso, identifica-se a tentativa de um contendor procurar se sobrepor com vantagem acima do outro, restando desvanecida a possibilidade de saída para a controvérsia mediante a satisfação de ambas as partes.

Tal disputa normalmente ocorre em âmbito judicial, meio legitimado à resolução dos conflitos sociais, já que a autotutela é, em regra, vedada pelo ordenamento jurídico. Afastada a modalidade da autotutela, e privilegiada a via heterocompositiva em sua espécie jurisdicional, acabam os meios autocompositivos de resolução de conflitos e o tipo privado de heretocomposição, a arbitragem, sendo vistos como meros coadjuvantes na atuação da pacificação social, isto se não restarem olvidados.

Não se desmerece o mecanismo jurisdicional de pacificação de controvérsias, sendo esta uma ferramenta de fato muito estimada na organização social, por permitir a análise do conflito por um órgão bem estruturado, com pessoal capacitado e isento, que, ainda, detém a aptidão para tornar imutável a resolução da questão, além de possuir mecanismos para forçar a sua realização.

Porém, a problemática consiste na insuficiência da utilização do poder de decidir dos órgãos jurisdicionais como única alternativa aos indivíduos, quando estão diante de impasses que necessitam ser solucionados. Desta forma, a submissão ao Poder Judiciário de quase totalidade das controvérsias que emergem com naturalidade do convívio social acarreta no congestionamento da máquina estatal julgadora, eclodindo-se, a partir daí, diversos infortúnios que se traduzem na negativa do acesso à efetiva justiça, mesmo quando acessível o órgão judicial.

Desta maneira, identifica-se a necessidade de desconstrução da cultura litigante, no intuito não de desafogar o Poder Judiciário, mas de promover o genuíno acesso à justiça aos cidadãos, no sentido de lhes propiciar a real solução para as suas contendas, bem como a tutela a seus direitos. O acesso à justiça deve resultar em satisfação dos indivíduos, independentemente da aplicação de quaisquer das legítimas modalidades de pacificação das controvérsias existentes.

A princípio, é possível se arquitetar o desapego à mentalidade adversarial, mediante

a incorporação de uma nova percepção sobre o conflito, num viés mais positivo e construtivo, no sentido de que este pode servir ao aprimoramento das relações sociais, quando se permite, através do diálogo, chegar ao alcance de uma solução satisfatória a todos os envolvidos, refletindo-se a desnecessidade da adoção de uma postura adversarial na resolução dos impasses, conduta prejudicial e penosa aos envolvidos.

Cientes dos alcances que podem ser obtidos através de um olhar mais proativo sobre o conflito, os indivíduos devem, além disso, compreender quais os meios legítimos existentes para pacificarem suas controvérsias, a fim de que optem pelo instrumento mais adequado a cada tipo de problema.

É importante que os cidadãos tenham ciência das opções de que dispõem para regularem suas próprias controvérsias. Assim, podem aderir, por exemplo, às técnicas de autocomposição bilateral, considerando-se as vantagens de cada modalidade, ou então podem preferir a adoção do meio heterocompositivo privado, mediante a instituição de um árbitro escolhido pelas partes. Não se exclui, ainda, a opção pela jurisdição como modalidade mais burocrática e que acarretará em uma solução impositiva, porém segura e bem construída juridicamente.

Assim, em conjunto, os mecanismos hábeis à solução de conflitos tendem a funcionar de maneira mais benéfica aos cidadãos e ao poder estatal, já que, a partir da exploração dos benefícios de cada instrumento e de sua adequação a cada caso concreto, é mais provável a pacificação da questão e satisfação dos envolvidos, além de se promover, desta forma, o desafogamento do modelo jurisdicional, que se encontra atualmente sobrecarregado, em virtude da cultura litigante.

Porém, enfatiza-se não ser este último o motivo pelo qual devem ser propagados os diversos meios existentes de pacificação social, pois estes mecanismos não se reduzem a uma representação de fuga de um modelo corrompido, mas se afirmam como instrumentos autônomos e salutareos pelas suas próprias características. Mesmo porque, conforme esclarecido no presente trabalho, há causas mais adequadas a certos tipos de instrumentos de resolução de conflitos, bem como há casos que não podem ser excluídos da apreciação judicial.

Adotando-se um novo olhar sobre a realidade conflitiva, e compreendendo-se as peculiaridades dos mecanismos de pacificação social, resta semear a alteração da mentalidade e da postura adversarial enraizadas nos indivíduos. Tal mudança pode ser estimulada através da propagação da cultura do diálogo, em substituição à atuação combativa. A proposta é que os estímulos sejam implantados na educação, tanto a de

formação das personalidades, quando ainda crianças os indivíduos se defrontam com a existência de conflitos familiares e nas escolas, por exemplo, bem como na educação jurídica, formadora dos profissionais que atuarão no mundo do Direito, e que devem ter uma inteligência voltada à pacificação social.

Tal mudança de postura não é tarefa simples nem viável a curto prazo, porém é imprescindível a compreensão dos motivos pelos quais deve haver um novo direcionamento no tratamento das demandas, razões estas que foram objeto de discussão durante toda a exposição deste trabalho.

Nesse sentido, o próprio Estado, detentor do poder jurisdicional de decidir os conflitos sociais, já demonstra enxergar os benefícios da adoção da cultura não adversarial no tratamento das controvérsias. Este novel posicionamento se reflete na atual adoção de políticas públicas voltadas ao consenso, ainda que dentro do processo judicial, conforme se verifica na nova legislação processualista civil, que estimula a todo momento a tentativa de resolução consensual dos litígios.

É evidente que não basta o conhecimento das técnicas e ciência de seus benefícios para a pacificação social e consolidação de uma cultura não combativa, sem que haja o mínimo de estabilidade nas relações sociais. Estas, para encontrarem-se minimamente equilibradas, precisam estar amparadas pelos direitos e garantias fundamentais, que envolvem diversos fatores, dentre eles os políticos e os econômicos. Assim, pouco se desenvolve o anseio de efetivo acesso à justiça, mediante o abandono da mentalidade adversarial, quando a crise é institucional e generalizada.

Porém, não é ingênuo se considerar que a mudança de mentalidade do corpo social direcionada a um norte mais colaborativo e dialógico pode, de fato, proporcionar a longo prazo um ambiente de maior harmonia nas relações sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALÔ, Bernard dos Reis. As Ondas de Acesso à Justiça de Cappelletti e Garth! Disponível em: < <http://cursocliquejuris.com.br/blog/as-ondas-de-acesso-a-justica-de-cappelletti-e-garth/>>. Acesso em: 05/11/2017.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79758-quinta-edicao-do-manual-de-mediacao-e-disponibilizada-pelo-cnj>> Acesso em 28/10/2017.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/justica-numeros-2017.pdf>>. Acesso em: 12/11/2017.

_____. 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 interesse no âmbito do Poder Judiciário Nacional e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em 29/10/2017.

_____. Constituição (1946) Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 07/11/2017.

_____. Lei nº 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, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 02/11/2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 02/11/2017.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Lei da Mediação. Diário Oficial da União, Brasília, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 29/10/2017.

BRUNO, Susana. Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do jurisdicionado. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil : inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo : Saraiva, 2015.

CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3ª ed. Brasília, DF:

Gazeta Jurídica, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000. Vol 1.

CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (CEMCA/CFOAB). Manual de arbitragem para advogados. Disponível em: <<http://www.precisaoconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20/10/2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. O poder dos juízes. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Vol. 1.

Entrevista Juiz Carlos Roberto da Silva. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 14m36s. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=bZ_tiuZU52g. Acesso em: 01/09/2017.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação – 4ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

HACHEM, Daniel Wunder. Crise do poder judiciário e a venda do sofá. O que a administração e a advocacia pública têm a ver com isso? Revista dos Tribunais. Crise Econômica e Soluções Jurídicas. num. 301/2016. Abr / 2016. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widget/document?docguid=I66ec0460090c11e682c1010000000000>>. Acesso em 08/11/2017.

LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo. Curso de introdução aos métodos de mediação e gestão de conflitos, 2017. Uberlândia: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Evento realizado em 31/10/2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3ª ed, rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Vol 1.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil

comentado. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. Poder judiciário no Brasil: crise de eficiência. Curitiba: Juruá, 2009.

NAVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único. 9ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

NETTO, Luiz Fernando Silveira. Juizados especiais federais cíveis. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 05. FIGUEIRA JUNIOR, Joel dias; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais. 2ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito – 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei et al. O terceiro poder em crise: impasses e saídas. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003. Cadernos Adenauer III, nº 6.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça, 3 ed., São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, Carlos Roberto da. Os óbices para a difusão de uma cultura não adversarial de resolução de conflitos: a necessária mudança de hábitos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.3, 3º quadrimestre de 2016. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> - ISSN 1980-7791>. Acesso em 15/09/2017.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei. 1ª ed. - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis. 3ª edição. São Paulo: Método, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Vol 1.

_____. Curso de Direito Processual Civil –Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.