



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

WILSON EUCLIDES GUAZZI MASSALI

**PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS COM REDUÇÃO DE
LITIGIOSIDADE, ATRAVÉS DA TUTELA COLETIVA,
TRANSACIONAL E ARBITRAGEM**

LONDRINA
2011

WILSON EUCLIDES GUAZZI MASSALI

**PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS COM REDUÇÃO DE
LITIGIOSIDADE, ATRAVÉS DA TUTELA COLETIVA,
TRANSACIONAL E ARBITRAGEM**

Dissertação apresentada à Universidade Estadual de Londrina, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito Negocial, área de concentração Direito Processual Civil.

Orientadora: Prof. Doutora Rozane da Rosa Cachapuz

LONDRINA
2011

WILSON EUCLIDES GUAZZI MASSALI

**PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS COM REDUÇÃO DE LITIGIOSIDADE,
ATRAVÉS DA TUTELA COLETIVA, TRANSACIONAL E
ARBITRAGEM**

Dissertação apresentada à Universidade Estadual de Londrina, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito Negocial, área de concentração Direito Processual Civil.

BANCA EXAMINADORA

Rozane da Rosa Cachapuz
UEL - Londrina - PR

Vicente de Paula Marques Filho
UEL - Londrina - PR

Dina Tereza de Brito
UEL - Londrina - PR

Londrina, 27 de Maio de 2011.

MASSALI, Wilson Euclides Guazzi¹. **Pacificação de conflitos com redução de litigiosidade, através da tutela coletiva, transacional e arbitragem**. 2011. 166 páginas. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, 2011.

RESUMO

De longa data, legisladores e juristas vêm buscando alternativas para enfrentar o crescente grau de demandas que chegam aos escaninhos do Judiciário, que sofre do grande malefício de uma estrutura arcaica, tanto no campo material como humano. O efeito devasso da entrega tardia e, muitas vezes, ineficaz, da prestação jurisdicional, é a proliferação ainda maior dos litígios e sua conseqüente eternização, o que afeta sobremaneira os fins colimados por um Estado Democrático de Direito, que finca seus ideais na pacificação social. Se não é possível impedir a existência dos conflitos, nem tampouco estruturar o poder jurisdicional com os meios e recursos necessários para a consecução de seu fim, torna-se crucial uma mudança na consciência coletiva, deixando um pouco de lado o tradicionalismo processualista individual e rumando para órbitas que visem a uma redução de litigiosidade. É nesse contexto que entra em cena o campo de pesquisa do presente trabalho, investigando, dentro da previsão normativa do ordenamento brasileiro, os meios de que se dispõe para tornar mais célere e efetiva a pacificação dos conflitos, sem que com isso seja necessário comprometer ou restringir o amplo acesso à justiça. É a invocação do princípio da litigiosidade mínima, que consagra a idéia de redução do número de demandas entregues à apreciação final do Poder Judiciário. Para a obtenção desse desiderato, sustenta o presente trabalho a necessidade de recurso a quatro pilares básicos. Primeiro, uma mudança de paradigma do processo individual para o coletivo, em que a tutela jurisdicional passa a ser molecularizada, ao invés de atomizada, atingindo um número maior de lides e um mais amplo espectro de pacificação social. Segundo, ainda dentro da esfera coletiva, o uso da tutela inibitória pelos legitimados à ação coletiva, com vistas à prevenção do ilícito, afastando, em muitos casos, a ocorrência do dano individual. Terceiro, o incentivo à utilização ainda maior da tutela transacional, tanto para prevenir como encerrar um litígio. E, por fim, a resolução de conflitos pela via alternativa da arbitragem, retirando uma dada controvérsia do campo de apreciação e julgamento da jurisdição estatal, para entregá-la um árbitro, investido, por lei, do poder jurisdicional privado.

Palavras-chave: Pacificação de conflitos. Tutela coletiva. Tutela transacional. Tutela inibitória. Arbitragem.

¹ Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Graduado pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-Graduado pela Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Londrina. Especialista em Direito Público, com ênfase em Direito Processual Civil, pela Universidade Potiguar. Mestrando em Direito Negocial, na área de concentração Direito Processual Civil, pela Universidade Estadual de Londrina.

MASSALI, Wilson Euclides Guazzi. **Pacification of conflicts with litigious reduction, through collective and transactional guardianship and arbitration.** 2011. 166 pages. Dissertation (Master in Law) - Londrina's University State. 2011

ABSTRACT

For a long time, legislators and jurists have been searching for alternatives to face the increasing demands that come to the shelves of the Judiciary which suffers from the malefactions of an archaic structure, both in material and human fields. The bad effect of the delayed delivery, and, many times, ineffective, of the jurisdictional work is the bigger proliferation of litigious and its consequent non-ending, affecting the desirable goals of a Democratic State of Law that bases its ideals on social pacification. If it is not possible to prevent the existence of conflicts neither to structure the jurisdictional power with the necessary means and resources to achieve its ends, a change in the collective conscience is crucial, letting aside the traditionalist individual procedural and focusing on practices that aim a litigious reduction. It is in this context that the field of research of this work is included, investigating, within the legislative provision of Brazilian system, the available means to make the pacification of conflicts faster and more effective, without damaging or restricting the ample access to justice. It is the invocation of the principle of minimum litigious which brings the idea of reduction of demands delivered to the final appreciation of the Judiciary Power. To achieve this end, this work supports the necessity of four basic pillars. First, a change in the paradigm of the individual process for the collective one, in which the jurisdictional guardianship comes to be molecularized instead of atomized, reaching a greater number of conflicts and a wider spectrum of social pacification. Second, still within a collective sphere, the use of the inhibitory guardianship by the legitimated to the collective action, aiming the prevention of illicit, removing, in many cases, the occurrence of individual damage. Third, the incentive of a bigger use of the transactional guardianship, both to prevent as well as to finish a litigious. And, finally, the resolution of conflicts by the alternative way of arbitration, taking away a controversy from the field of appreciation and judgment of state jurisdiction, to give it a mediator, invested, by law, of the private jurisdictional Power.

Keywords: Pacification of conflicts. Collective guardianship. Transactional guardianship. Inhibitory guardianship. Arbitration.

SUMARIO

1.	CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	07
2.	TEORIA GERAL DO CONFLITO.....	09
2.1	Do conflito.....	09
2.2	Evolução do conflito.....	11
2.3	Atitudes frente ao conflito.....	12
2.4	Meios de pacificação de conflitos.....	14
2.5	Sistema pluralista de composição de conflitos.....	17
2.6	A chamada 'litigiosidade contida.....	19
3.	DO ACESSO À JUSTIÇA.....	24
3.1	O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.....	24
3.2	A evolução do conceito de acesso à justiça.....	27
3.2.1	O acesso à justiça como mero direito de ação.....	29
3.2.2	Acesso à justiça como direito a uma resposta de mérito.....	31
3.2.3	Acesso à justiça como acesso à tutela adequada.....	32
3.3	Fatores de crise do sistema de acesso à justiça.....	34
3.3.1	Morosidade.....	36
3.3.2	O surgimento dos novos direitos.....	39
3.3.3	A onerosidade excessiva.....	41
3.3.4	A falta de informação.....	43
3.4	Novas tendências para a revitalização do acesso à justiça.....	44
3.4.1	A assistência judiciária gratuita.....	45
3.4.2	Ampliação da legitimidade ativa na defesa de interesses transindividuais.....	46
3.4.3	A reformulação dos procedimentos judiciais.....	47
3.4.4	A adoção dos métodos alternativos de pacificação de conflitos.....	49
4.	PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS COM REDUÇÃO DE LITIGIOSIDADE.....	52
4.1	TUTELA COLETIVA.....	55
4.1.1	A transindividualização dos interesses.....	55
4.1.2	Tutela individual e tutela coletiva.....	57
4.1.3	O grau de conflituosidade dos interesses transindividuais.....	63
4.1.4	Importância da tutela coletiva.....	65
4.1.5	O microssistema de defesa dos interesses transindividuais.....	68
4.1.6	A coisa julgada nas ações coletivas e a redução de litigiosidade.....	72
4.1.7	O problema da efetividade da tutela jurisdicional transindividual.....	77
4.1.8	A tutela coletiva de caráter inibitório.....	79
4.2	TUTELA TRANSACIONAL.....	86
4.2.1	Autocomposição: noções gerais.....	93
4.2.2	A autocomposição unilateral.....	95

4.2.3	A autocomposição bilateral.....	97
4.2.3.1	<i>NEGOCIAÇÃO</i>	98
4.2.3.1.1	Conceito e características	98
4.2.3.1.2	Vantagens da negociação	99
4.2.3.1.3	Os termos de ajustamento de conduta.....	100
4.2.3.2	<i>CONCILIAÇÃO</i>	104
4.2.3.2.1	Conceito e características	104
4.2.3.2.2	Momento e sede da conciliação.....	106
4.2.3.2.3	O papel social do juiz, do Ministério Público e do advogado	109
4.2.3.3	<i>MEDIAÇÃO</i>	112
4.2.3.3.1	O acesso à justiça através da mediação	112
4.2.3.3.2	Conceito e importância.....	115
4.2.3.3.3	Princípios que regem a mediação	118
4.2.3.3.4	Finalidades da mediação	120
4.2.3.3.5	Panorama legal da mediação no Brasil	122
4.2.3.3.6	Abrangência da mediação	124
4.2.3.3.7	Mediação e métodos heterocompositivos	126
4.2.3.3.8	Medidas necessárias à viabilização da mediação no Brasil.....	127
4.3	<i>ARBITRAGEM</i>	129
4.3.1	Crise do Judiciário e Arbitragem	129
4.3.2	Conceito e características da arbitragem	131
4.3.3	Natureza jurídica da arbitragem	134
4.3.4	Arbitragem e princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional estatal..	139
4.3.5	Princípios aplicáveis à arbitragem	141
4.3.6	Classificação da arbitragem	146
4.3.7	Vantagens da arbitragem	147
4.3.8	Cláusula compromissória e compromisso arbitral	148
4.3.9	Intervenção do Judiciário no juízo arbitral	151
5.	CONCLUSÃO	154
	BIBLIOGRAFIA	158

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em tempos em que se empresta tanta ênfase à garantia plena do acesso à justiça, que hoje ganha até mesmo contorno constitucional, esquece-se, por outro lado, do abarrotamento dos serviços judiciários, onde milhões de processos aguardam julgamento e inviabilizam, em última análise, a tão almejada pacificação social.

O problema da inefetividade da justiça afeta a própria ideia de direito como instrumento de busca da paz social. Em razão disso, nunca se esteve tão em voga a crise do sistema judiciário brasileiro. Os litígios crescem em proporção diametralmente oposta à estrutura material e humana para sua resolução. Muitos processos, poucos agentes.

De longa data, legisladores e juristas vêm buscando alternativas para enfrentar o crescente grau de demandas que chegam aos escaninhos do Judiciário, que sofre do grande malefício de uma estrutura arcaica, tanto no campo material como humano.

O efeito devasso da entrega tardia e, muitas vezes, ineficaz, da prestação jurisdicional, é a proliferação ainda maior dos litígios e sua conseqüente eternização, o que afeta sobremaneira os fins colimados por um Estado Democrático de Direito, que finca seus ideais na pacificação social.

Se não é possível impedir a existência dos conflitos, nem tampouco estruturar o poder jurisdicional com os meios e recursos necessários para a consecução de seu fim, torna-se crucial uma mudança na consciência coletiva, deixando um pouco de lado o tradicionalismo processualista e rumando para órbitas que visem a uma redução da litigiosidade.

É nesse contexto que entra em cena o campo de pesquisa do presente trabalho, investigando, dentro da previsão normativa do ordenamento, os meios de que se dispõe para tornar mais célere e efetiva a pacificação dos conflitos, sem que com isso seja necessário comprometer ou restringir o amplo acesso à justiça.

O que se pretende com esse trabalho é difundir a ideia de que a transformação do sistema deve passar por um florescimento sintetizado em quatro

pontos:

a) primazia à prerrogativa transaccional, sobretudo através do incentivo às conciliações individuais e termos de ajustamento de conduta;

b) maior adoção da tutela coletiva, em detrimento e substituição ao universo de demandas individuais que ela possa representar;

c) utilização da tutela preventiva e inibitória do dano, mas tratada na esfera coletiva de atuação, através dos legitimados para a ação civil pública;

d) maior recurso aos meios alternativos de pacificação de conflitos, como a arbitragem.

Sustenta-se, porém, que o alcance desse objetivo transformador passa, irremediavelmente, por uma mudança de mentalidade dos operadores do direito. E isso, com certeza, trilha pelo caminho da educação, um trabalho de base alinhavado em uma perspectiva de futuro.

2. TEORIA GERAL DO CONFLITO

2.1 Do conflito

Conflito é algo inerente ao ser humano. É fruto de percepções e posições divergentes quanto a fatos e condutas que envolvem expectativas, valores ou interesses comuns.

Segundo o escólio de Carlos Eduardo de Vasconcelos²:

O conflito é dissenso. Decorre de expectativas, valores e interesses contrariados. Embora seja contingência da condição humana e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga. Cada uma das partes da disputa tende a concentrar todo o raciocínio e elementos de prova na busca de novos fundamentos para reforçar a sua posição unilateral, na tentativa de enfraquecer ou destruir os argumentos da outra parte.

O interesse é a posição favorável à satisfação de dada necessidade. Quando o mesmo é contraposto por uma outra parte a quem cabe o seu cumprimento, surge o conflito, simbolizado pela pretensão resistida a determinado bem da vida.

Para Cândido Rangel Dinamarco³, “o conflito pode ser entendido como a situação existente entre duas ou mais pessoas ou grupos, caracterizado pela pretensão a um bem ou situação da vida e impossibilidade de obtê-lo”.

Usualmente, encara-se o conflito como algo exclusivamente negativo. Em sentido corrente, ele é comparado com a ideia de luta, violência, tensão, hostilidade, rivalidade, contenda, antagonismo. Em outras palavras, o antônimo de paz. Como consequência dessa herança cultural, o conflito só poderia ser considerado como algo maléfico, que causa dor, angústia, inquietude, algo que é prejudicial às relações humanas.

² VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. São Paulo, 2008, Editora Método, pág.19

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 4 edição, São Paulo,

Na nova cultura, porém, o conflito não é visto apenas como algo indesejável, negativo. Ele passa a ser focado como problema que pode ser resolvido, mesmo antes de sua manifestação, eliminando-se ou corrigindo-se situações indesejáveis que poderiam dar-lhe causa. Visto por esse ângulo, afirma-se que o conflito é também construtivo e incentiva a criatividade. Aceitando-lhe como parte integral do comportamento humano, motiva e oportuniza mudanças.⁴

Deveras, esse novel pensamento é fruto de uma complexa análise do conflito dentro de diversos campos do conhecimento, como a psicologia, a sociologia, a história e o direito. Passou-se a perceber que os conflitos, na vida em sociedade, são inevitáveis. Se não é possível eliminá-los, há de se tentar retirar deles algo de construtivo. Subtrair da experiência prática uma forma de amenizar os efeitos maléficos também ostentados.

Compartilhando de idêntico entendimento, no sentido de que o conflito é algo inerente ao homem em suas relações sociais, ensina Roque J. Caivano⁵ :

Por obvio que parezca, conviene recordar que la heterogeneidade es natural entre las personas y la diversidad es parte de la vida en comunidad. Estas diferencias motivan discrepancias y pueden, si no son manejadas correctamente, derivar en conflictos. Por ello también puede decirse que el conflicto está presente en la actividad diaria de personas e instituciones que interactúan y se relacionan. No hace falta más que mirar a nuestro alrededor para advertir que, en buena parte de nuestro tiempo, somos actores en situaciones de divergencia con el prójimo. Si logramos comprender lo que realmente significa el conflicto, despojándolo de las connotaciones negativas, en lugar de producir sentimientos encontrados servirá para crecer en nuestras relaciones, tanto interpersonales como inter e intra institucionales.

(...)

Puede afirmarse, entonces, que el conflicto en sí mismo no es negativo o positivo: lo que puede calificarse de ese modo son las actitudes a que el conflicto da lugar. En tanto es una consecuencia inevitable de la vida en relación, el conflicto exterioriza las naturales diferencias entre las personas.

Malheiros, 2004, v. 1, pág.117

⁴ Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares / Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona, Pedro Batista Martins, coordenadores. 1 edição, São Paulo, Atlas, 2007, pág.115

⁵ CAIVANO, Roque J. Negociación y mediación: instrumentos apropiados para la abogacia moderna / Roque J. Caivano; Marcelo Gobbi y Roberto E. Padilla. 2 edición, Buenos Aires, Editora Ad-Hoc, 2006, pág.106/107

Encarando o conflito sob essa nova visão, assinala Warat⁶, ao abordar o instituto da mediação, que ele se baseia numa teoria do conflito que não a enxerga sob o ângulo maléfico. Afirma o autor:

A mediação mostra o conflito como uma confrontação construtiva, revitalizadora. O conflito como uma diferença energética, não prejudicial. Um potencial construtivo. A vida como um dever conflitivo que tem que ser administrado.

2.2 Evolução do conflito

O conflito não é algo estático. Ao contrário, assim como as relações pessoais são dinâmicas, os conflitos também o são, podendo variar, para um estágio mais ou menos elevado, segundo a situação concreta e o comportamento das partes envolvidas.

A evolução ou involução do conflito obedece aos seguintes estágios, a seguir discriminados, acolhendo parcialmente a lição de Caivano⁷:

a) Pequenas diferenças : as divergências entre pessoas, geralmente, se iniciam a partir de leves diferenças, com uma limitada colisão de interesses. Ocorrem, por exemplo, quando alguém, sem o consentimento do proprietário de uma residência, muda um objeto de lugar.

b) Desacordos : é a etapa na qual há uma maior polarização de opiniões, traduzindo-se aqueles interesses individuais em posições divergentes. Ocorre uma busca de elementos para defender, apoiar ou justificar atitudes. A possibilidade de acordar se dificulta, com risco de escalar a um nível seguinte da progressão do conflito.

c) Disputa : o fracasso em resolver os desacordos usualmente produz uma interação mais intensa entre as partes. As discussões se tornam mais acaloradas e a polarização mais latente. As percepções que cada um tem do outro se tornam mais negativas. A comunicação se torna cada vez menos fluída e colaborativa. Frequentemente, outras questões, distintas do tema original em

⁶ WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Vol. 1. Florianópolis, Editora Habitus, 2001, pág.70-71

⁷ Obra citada, pág.116-120

discussão, são introduzidas. A questão se converte em uma contenda em que deverá haver um ganhador e um perdedor.

d) Campanha : as partes começam a expandir o conflito, trazendo para dentro dele outros participantes. A disputa supera o ambiente meramente privado e se torna pública. As partes concentram seus esforços em angariar pessoas que simpatizem com seu desiderato. Geralmente, a comunicação entre as partes se encontra bloqueada. Um só se dirige ao outro para replicar. É a fase em que dificilmente se chegará a um consenso, salvo pela interferência de um terceiro que venha a mediar uma solução para o conflito.

e) Litígio : nesta etapa, as partes, que continuam com suas posturas adversariais, decidem ou são forçadas por lei ou pela autoridade, a entregar a solução da contenda em mãos de terceiro, o árbitro ou o juiz. Quando a decisão destes não satisfaz a alguma das partes, resta o seu cumprimento, a sua violação, o recurso à superior instância ou o emprego da violência.

f) Brigas ou guerras : a característica crítica desta etapa é o recurso à violência, física ou psicológica. A esta altura, o conflito está totalmente polarizado. As greves, as sanções econômicas e os ataques armados, são exemplos dessa etapa.

2.3 Atitudes frente ao conflito

As atitudes das pessoas protagonistas do conflito, seus estilos, estratégias e táticas, têm sido objeto de numerosos estudos no campo da psicologia. Adotar um ou outro comportamento dependerá das circunstâncias de cada conflito. Não só as peculiaridades do caso concreto, mas também os personagens da relação, influenciarão para ditar esta ou aquela providência a fim de satisfazer os interesses em jogo.

Normalmente se imagina que as pessoas adotam um certo estilo de atuação em todos os conflitos em que estão envolvidas. Não se sustenta essa afirmação. O indivíduo não só varia de estratégia em conflitos diversos nos quais se envolva, como também age de maneira diversa dentro de um mesmo incidente, tudo

a depender da evolução dos fatos e de determinadas circunstâncias que tornem aconselhável uma mudança de atitude de sua parte.

Na seara da psicologia, costuma-se apontar cinco modelos de comportamentos diversos do indivíduo frente aos conflitos interpessoais⁸: transigir; ceder; confrontar; evitar a ação ou retirar-se; solucionar o problema.

Transportando esses estudos para o campo jurídico, pode-se assinalar as seguintes possíveis atitudes do indivíduo frente a um conflito de interesses no qual esteja envolvido:

a) Reconhecimento do pedido formulado pela parte adversa : nessa hipótese, o requerido de uma dada pretensão deduzida por seu concorrente, adota a postura de concordar com ela, deixando de oferecer qualquer obstáculo ao implemento do direito da parte contrária. Nesse caso, o objetivo pacificador alcança, em grande escala, o seu ápice.

b) Conciliação : as partes envolvidas no conflito transigem, de forma que cada uma delas abre mão de uma parcela de um suposto direito a que faz jus, a fim de possibilitar a resolução do conflito. O interessado renuncia parcialmente a um interesse que, a seu ver, lhe socorre, mas o faz para que o litígio não se eternize. Em regra, a pacificação do conflito atinge um grau suficiente para alcançar o fim último da paz social.

c) Renúncia integral ao direito material : o litigante, por esta ou aquela circunstância, simplesmente renuncia a todo o direito material a que fazia jus. Geralmente, isso ocorre quando a sede de justiça é superada pelas agruras trazidas por sua persecução. Exemplificativamente, uma dada pessoa, pertencente a uma coletividade lesada, mas com um ínfimo dano individual, deixa de propor uma ação judicial por entender que as despesas trazidas com o processo (contratação de um advogado, pagamento de custas processuais, etc), superarão em muito os prováveis benefícios financeiros que irá auferir com o ganho da causa. Nessa hipótese, essa renúncia não faz alcançar a almejada pacificação, uma vez que o conflito não encontrou solução eficaz. O descontentamento do titular do direito material, gerado pela impossibilidade prática de acesso à justiça efetiva, impedirá o

⁸ BLAKE, R. R., e MOUTON, J.S.: *The managerial grid*, Gulf Publishing, Houston, 1964, pág.70-73

resultado pacificador do direito.

d) Desistência da ação : entendendo ação como o instrumento de que dispõe a parte para fazer valer os seus direitos, aqui o litigante não abre mão do direito material, mas tão só do mecanismo adjetivo para alcançá-lo. A pacificação não ocorre, porque o senso de justiça não se observa presente, ao menos sob a ótica do litigante. O conflito tende a se eternizar, até o momento em que a parte, novamente, busque os meios necessários para alcançar aquilo que entende ser justo.

e) Prescrição ou decadência : ambas são um resultado da inércia do titular do direito em exercê-lo no tempo previsto na norma. A prescrição está ligada ao direito material, substantivo, enquanto a decadência diz respeito ao não exercício de uma faculdade de cunho processual, adjetivo. Nas duas hipóteses, o conflito remanesce, não encontra solução adequada, ante a renúncia tácita do titular do direito, fomentando ainda mais a litigiosidade contida.

f) Convocação para a lide : a parte que entende ter sido afetada em seus direitos, convoca o seu adversário para submeter-se a um litígio, na maioria das vezes, através de um processo judicial ou arbitral, ocasião em que ambos os litigantes sujeitar-se-ão à decisão final de uma terceira pessoa que diga quem tem a razão, o juiz ou o árbitro, implementando todas as providências concretas para garantir a efetividade esperada. Esse veredicto final nem sempre põe fim ao conflito, uma vez que poderá faltar à parte vencida a espontaneidade para o cumprimento da decisão que satisfaz o seu concorrente. Ou seja, a solução jurídica não necessariamente conduz à paz social.

2.4 Meios de pacificação de conflitos

Desde os primórdios da história humana, a existência de conflitos gerados dentro e fora dos grupos sociais e entre membros de um e de outro grupo, levou os homens a buscar meios para solucioná-los.

Muitas vezes, os métodos empregados não eram pacíficos, levando a lutas e guerras. Por outro lado, a utilização da força nem sempre se fez presente e

passou-se a buscar mecanismos que possibilitassem a vida pacífica em comunidade e entre as diversas sociedades.

Nas palavras de José Cretella Neto⁹, “resolver um litígio significa colocar fim à questão discutida em concreto, dando a uma das partes, parcial ou totalmente, razão sobre o tema discutido”.

Importante, também, é a diferença que se faz entre os termos *resolução* e *decisão* dos conflitos, que geralmente são utilizados como sinônimos, mas que possuem conotação diferente na nova cultura¹⁰ das denominadas soluções alternativas de conflitos. Neste universo, entende-se que decidir sobre o conflito significa eliminá-lo a qualquer custo, como se faz em processo judicial, enquanto resolver dá ideia de solução efetiva do conflito, substituindo-se a situação litigiosa por alternativas pacificadoras escolhidas pelas próprias partes.¹¹

Dentre as formas de pacificação de conflitos, pode-se mencionar as seguintes :

a) **Autotutela** : através desse meio, que é um dos resquícios da justiça privada, precedente ao período da *cognitio extra ordinem* do direito romano, o contendor procura resolver o conflito por sua própria conta, utilizando-se dos meios de que dispõe, às vezes, violento, para satisfazer a pretensão que ostenta contra seu adversário.

Fernanda Tartuce¹² relembra que a autotutela nem sempre deve ser vista com um instinto de reprovação:

A conclusão genérica sobre a negatividade da autodefesa, todavia, nem sempre se revela pertinente, dado que em situações como a do estado de necessidade ou da legítima defesa tal atuação é pertinente em face da situação periclitante concretamente vivenciada. Afinal, o instinto de sobrevivência torna natural a pronta reação do indivíduo, especialmente considerando a impossibilidade de amparo (imediato ou suficientemente célere) do Poder Estatal em situações críticas.

⁹ CRETELLA NETO, José. Curso de Arbitragem. Rio de Janeiro, 2004. Editora Forense, pág.02

¹⁰ E aqui ganha corpo aquilo que a doutrina convencionou chamar de justiça coexistencial. A pacificação do conflito passa a ser fruto de uma solução encontrada pelas próprias partes, por si ou com o auxílio de terceiros. A decisão impositiva dá lugar ao consenso negociado. A possibilidade de eclosão de um novo conflito entre as partes é reduzida substancialmente, na medida em que se busca eliminar o litígio não só em uma perspectiva de passado, mas com uma visão construída para o futuro.

¹¹ LEMES, Selma Ferreira, et al. Obra citada, pág.116/117

¹² TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo, 2008, Editora Método, pág.38

A crise da autotutela, que no decorrer da história, mostrou-se insuficiente para dar solução aos conflitos oriundos da vida em sociedade, fez com que o Estado tomasse para si a tarefa de decisão dos litígios, o fazendo através do poder-dever jurisdicional.

A *cognitio extra ordinem* do direito romano é considerada o marco da transferência da justiça privada para a pública. Relembra Cintra¹³ que, a partir daí, “o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindido da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses”. Nasce, então, aquilo que chamamos de jurisdição.

Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro ainda contempla hipóteses onde é admitida a figura da autotutela. Não podendo o Estado, em casos excepcionais, fazer-se presente no tempo necessário para afastar a lesão ao direito, mantém reservada ao indivíduo a possibilidade de adotar as providências necessárias, por seus próprios meios, para defender o interesse em risco.

As principais hipóteses legais de autotutela previstas no Código Civil são : a legítima defesa e o estado de necessidade (artigo 188), o desforço imediato da posse (artigo 1210, parágrafo 1), os casos de urgência nas obrigações de fazer e não fazer (artigo 249, parágrafo único, e 251, parágrafo único), o direito de cortar raízes de árvores limítrofes, que venham a invadir o quintal da propriedade vizinha (artigo 1283), o embargo de obra nova (artigo 935) e o direito de retenção de bens (artigos 578, 644, 1219, 1433, inciso II e 1434).

Cumprido frisar que a análise das situações de autotutela deve ter por base a aplicação de princípios gerais, como a boa fé, a razoabilidade, a proporcionalidade, sendo certo que o emprego ilegal do instituto pode dar origem ao crime de exercício arbitrário das próprias razões, previsto no artigo 345 do Código Penal.

b) **Autocomposição** : é a forma pela qual as partes, com ou sem a interferência de um terceiro, chegam a um consenso quanto ao conflito, resolvendo-o, seja através de concessões mútuas, reconhecimento do pedido da parte adversa

¹³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do processo. 11 edição. São Paulo. Editora Malheiros, 1995, pág.23

ou renúncia ao direito objeto da controvérsia.

É de bom alvitre assinalar que somente os direitos disponíveis, considerados como tais aqueles que estejam dentro da esfera de disponibilidade volitiva das partes, são passíveis de composição entre os interessados. A indisponibilidade do direito ou a falta de capacidade jurídica das partes para transacionar são os principais óbices ao desiderato da composição do litígio.

A autocomposição pode ser espontânea ou induzida. A primeira ocorre quando as partes envolvidas no conflito encontram, sem o auxílio ou interferência de terceira pessoa, um caminho apto à solução do litígio. A segunda é aquela onde a pacificação é obtida mediante a intercessão de outrem, alheio ao conflito, como são exemplos o conciliador e o mediador.

c) **Heterocomposição** : ocorre quando um terceiro, alheio ao conflito, profere decisão que vincula as partes ao seu cumprimento.

A decisão obriga as partes, importando na interferência de terceiro que decide a lide, declarando, conforme sua convicção e nos limites da lei, com qual das partes está a razão. As partes até participam do processo, de maneira dialética e cooperativa, mas sua vontade não é considerada na decisão.¹⁴

Duas são as vias de decisão de litígios. Primeiro, a arbitral, segundo a qual um terceiro, escolhido pelas partes, é chamado a resolver o impasse. Segundo, a jurisdicional estatal, fruto do poder que é conferido ao Estado para dizer coercitivamente o direito, o que faz através do Poder Judiciário.

2.5 Sistema pluralista de composição de conflitos

O ordenamento jurídico brasileiro contempla um verdadeiro arsenal de mecanismos de resolução de conflitos, que vão desde as práticas consensuais até aquelas medidas de cunho coercitivo, apoiadas no poder jurisdicional do Estado.

Conforme a lição de Joel Dias Figueira Junior¹⁵, chamando a si a responsabilidade de garantir a estabilidade social, ao Estado-juiz também interessa

¹⁴ LEMES, Selma Ferreira, et al. Obra citada, pág.116

¹⁵ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág.136-137

a rápida solução dos litígios, sobretudo frente ao ideal de pacificação por ele perseguido:

Os jurisdicionados não são os únicos interessados na rápida solução do litígio, como aparentemente podem fazer crer, em que pese, obviamente, ser os que de forma direta anseiem por esse resultado. Numa outra intensidade e em nível diferenciado, ao Estado interessa também proporcionar essa tutela com agilidade, presteza, rapidez e efetividade, porquanto lhe é imprescindível a manutenção do equilíbrio das relações fáticas e jurídicas, sob pena de correr o risco indesejável de originar-se um clima de instabilidade tal que possa vir a representar, em último estágio, até mesmo uma convulsão sociopolítica.

A oferta de diferentes meios de composição, com vistas ao alcance da justiça e da pacificação social, não exclui um ao outro. Ao contrário, interagem, de forma a possibilitar ao jurisdicionado a escolha daquele que se revelar mais eficiente ao enfrentamento da controvérsia.

Analisando a questão sob o ângulo do pluriprocessualismo, assim leciona André Gomma de Azevedo¹⁶ :

A partir do pluriprocessualismo, busca-se um ordenamento jurídico processual no qual as características intrínsecas de cada processo são utilizadas para se reduzirem as ineficiências inerentes aos mecanismos de solução de disputas na medida em que se escolhe um processo que permita endereçar da melhor maneira possível a solução da disputa no caso concreto.

E prossegue :

Eis por que haverão de ser consideradas as características intrínsecas ou certos aspectos relativos a cada uma das técnicas na escolha do instrumento de resolução da disputa. Poderão ser cotejados, em tal opção, elementos como custos financeiros, celeridade, sigilo, manutenção dos relacionamentos, flexibilidade procedimental, exequibilidade da solução, custos ou desgastes emocionais na composição da disputa, adimplemento espontâneo do resultado e recorribilidade, entre outros.

¹⁶ Para o autor, o sistema pluriprocessual é o ordenamento jurídico processual formado por um espectro de processos que compreende o processo judicial e a mediação, entre outros. Segundo ele, esse sistema tem por escopo disponibilizar processos com características específicas que sejam adequados às particularidades do caso concreto, permitindo assim que se reduzam as ineficiências inerentes aos mecanismos de solução de disputa. (In AZEVEDO, André Gomma. *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*, Brasília, Editora Brasília Jurídica, 2002, v. 3, pág.301)

É certo que o processo judicial, sozinho, jamais será um instrumento suficiente para dar conta de todos os conflitos sociais. Assim, cresce a consciência de que, se o que importa é a pacificação, não interessa se ela foi obtida através do poder estatal ou de um outro que, de igual forma, se revelou eficiente para a solução do litígio. O exacerbado intervencionismo estatal cede espaço a uma visão mais liberal de pacificação.

Segundo Kazuo Watanabe¹⁷, quando se trata de solução adequada de conflitos de interesses, o preceito constitucional que assegura o acesso à Justiça traz implicitamente o princípio da adequação e efetiva tutela dos direitos; não se assegura apenas o acesso à justiça, mas se assegura o acesso para obter uma solução adequada aos conflitos, solução tempestiva, que esteja bem adequada ao tipo de conflito que está sendo levado ao Judiciário.

2.6 A chamada 'litigiosidade contida'

A litigiosidade contida é reflexo da inefetividade do sistema de acesso à justiça.

Kazuo Watanabe¹⁸ inaugurou a reflexão acerca do tema, assim discorrendo a respeito:

Para o perfeito entendimento da razão de ser do JEPC, é necessário saber como são tradicionalmente tratados os conflitos de interesses que ocorrem na sociedade em que vivemos. O normal é que sejam solucionados sem a necessidade de intervenção do Judiciário, o que ocorre por negociação direta das partes interessadas ou por intermediação de terceiros (parentes, amigos, líderes de comunidade, autoridades eclesásticas, advogados). Isso acontece diariamente, aos milhares, e todos nós temos conhecimento de vários conflitos, especialmente os que ocorrem em nosso círculo de relacionamento. Todavia, nas comunidades mais populosas, principalmente nas megalópoles, o tipo de relacionamento que se estabelece entre as pessoas, mesmo entre vizinhos, é muito formal, impessoal e frio, e em razão disso esses

¹⁷ WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. In: DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários – CJF, 2003, pág.56

¹⁸ WATANABE, Kazuo. Juizado Especial de Pequenas Causas: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, pág. 02-03

mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos de interesses tornam-se cada vez mais raros e menos eficazes. Aumentam-se, assim, os conflitos não solucionados através desses mecanismos pacíficos e normais. Esses conflitos podem ser distribuídos, a grosso modo, em dois grupos: 1) os conflitos que são canalizados para o Judiciário para a solução estatal e autoritativa; 2) os conflitos que ficam completamente sem solução, muitas vezes até pela renúncia total do direito pelo prejudicado. É o que podemos denominar de 'litigiosidade contida', fenômeno extremamente perigoso para a estabilidade social, pois é um ingrediente a mais na 'panela de pressão' social, que já está demonstrando sinais de deteriorização do seu sistema de resistência ('quebra-quebra' ao atraso dos trens, cenas de violência no trânsito e recrudescimento de outros tipos de violência). Alguns desses conflitos são solucionados de modo inadequado, em Delegacias de Polícia, ou por atuação de 'justiceiros', ou mesmo pela prevalência da lei do mais forte, etc... E por que esses conflitos, que ordinariamente são de pequena expressão econômica, não são levados ao Judiciário? A causa primeira é, certamente, a crença generalizada de que a Justiça é lenta, cara e complicada e por isso, além de difícil, é inútil ir ao Judiciário em busca da tutela do direito. Quantos de nós não conhecemos casos de parentes, amigos, de conhecidos e de nós mesmos, em que os direitos foram simplesmente renunciados?

É evidente que a vida em sociedade gera conflitos. E o papel do direito, nesse contexto, é justamente atuar em prol da pacificação social. Todo o discurso sobre o acesso à justiça, seja mediante a tutela jurisdicional ou seja por obra dos meios alternativos (mediação, arbitragem, etc), insere-se na temática dos conflitos e da busca de soluções aptas a dirimir tais crises jurídicas.

Mas quando nenhum dos meios oferecidos pelo ordenamento jurídico se revela eficiente para tal mister, surge o descrédito na justiça. Esse fator, que também é impulsionado pela demora na entrega da prestação jurisdicional, sua inadequação ou total ausência de utilidade prática do provimento, faz surgir no jurisdicionado um estado de insatisfação, que pode impulsioná-lo a querer exercer arbitrariamente suas próprias razões, um resquício da justiça privada outrora reinante, e hoje só admitida em hipóteses excepcionais.

Em contrapartida, esse conjunto de fatores que conduzem a um verdadeiro inaccessibilidade à justiça, pode acarretar também a contenção do litígio. O indivíduo, por circunstâncias a que não deu causa, se vê obrigado a simplesmente abrir mão do direito material que ostenta. É aquilo que se chama de demanda reprimida. O embate jurídico não se inicia ou se encerra prematuramente, mas a

relação de conflituosidade envolvendo os litigantes permanece.

O grau de insatisfação do detentor do direito reprimido é tamanho a ponto de ser mais um ingrediente na ebulição dos problemas sociais. Até porque não se tem como falar em pacificação onde não há justiça.

Discorrendo acerca do tema, Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto¹⁹ faz as seguintes considerações :

Outro problema que se revela preocupante são as conseqüências do fenômeno da demanda reprimida ou litigiosidade contida oriunda de uma gama de conflitos de interesses não solucionados. A sua banalização vem gerando desestabilidade social e diversas formas de violência, visto que, sem acesso à Justiça, a sociedade busca formas alternativas de solução, nem sempre dotadas de ética e orientadas pelos caminhos legais.

Apenas a título exemplificativo, cumpre lembrar a situação daqueles indivíduos que são atingidos por uma lesão jurídica de ínfimo valor, cujos ônus para patrocinar uma demanda (custas processuais, honorários advocatícios, etc) superam, em muito, os potenciais benefícios que poderá auferir na hipótese de tornar-se vencedora no processo judicial. Cite-se o caso de uma pessoa que, na condição de consumidora, adquire um quilograma de feijão em um mercado, conforme informação constante da embalagem, mas que, na realidade, leva para casa 950 gramas do produto. Com certeza, o gasto que terá para impulsionar a máquina judiciária será bem maior do que o proveito financeiro que obterá em ver-lhe entregue os 50 gramas faltantes.

Esse cenário, dentro da visão tradicionalista da jurisdição e do processo, desestimularia o consumidor a lutar por seus direitos, em busca da tão almejada justiça. Seria mais uma lide reprimida, um conflito não resolvido, que sequer chegaria ao conhecimento do Judiciário.

Nessa questão reside a necessidade de se repensar os rumos para a pacificação dos conflitos. Uma hipótese que se enquadra na problemática levantada, e que será exaustivamente abordada em tópico próprio, é o recurso às técnicas da tutela coletiva. Por certo, não foi apenas um único consumidor que foi

¹⁹ Acesso à justiça: inestimável garantia constitucional. Texto extraído da internet, no site www.amb.com.br, acesso em 12/08/2010, às 18:05 horas

lesado pela menor quantidade de produto recebida. Um universo de pessoas se enquadrará na mesma situação e, igualmente, terão as mesmas dificuldades para fazer valer seus direitos, se a isso recorrerem ao processo individual. Mas se um ente legitimado coletivamente (por exemplo, o Ministério Público), representando a todos os interesses individuais homogêneos atingidos, propuser uma única ação coletiva, poderá obter um resultado prático equivalente que a todos os interessados beneficiará. É o fenômeno da molecularização das demandas, em substituição à sua costumeira atomização.

A esse respeito, assim anota José Roberto dos Santos Bedaque²⁰ :

A partir do momento que se aceita a natureza instrumental do direito processual, torna-se imprescindível rever seus institutos fundamentais, a fim de adequá-los a essa nova visão. Isso porque toda a construção científica se deu na denominada fase autonomista, em que, devido à necessidade de afirmação da independência do direito processual, se valorizou demasiadamente a técnica. Passou-se a conceber o instrumento pelo próprio instrumento, sem a necessária preocupação com seus objetivos, que, obviamente, lhe são externos. Em nenhum momento pode o processualista esquecer de que as questões internas do processo devem ser solucionadas de modo a favorecer os resultados pretendidos, que são exteriores a ele.

Há de se ter em mente (e isso será melhor abordado mais adiante) que a solução jurídica da lide, obtida pela decisão emanada do juízo estatal ou arbitral, nem sempre faz desaparecer o conflito social que o impulsionou. Em razão disso, existe quem sustente que apenas as técnicas autocompositivas se revelam como realmente eficazes para alcançar a pacificação social. Os meios heterocompositivos poderiam servir, ao contrário, à maior nutrição da litigiosidade contida. Nesse sentido, Joel Dias Figueira Junior²¹ :

A sentença proferida pelo Estado-juiz ou a decisão arbitral representam, em última análise, um ato violento de imposição, à medida que exortam e obrigam a parte vencida a cumprir a ordem contida no respectivo comando, sob pena de submeter-se à execução forçada ou à autoexecutividade, quando se tratar de sentença de natureza mandamental ou executiva lato sensu. Assim, como qualquer outro ato de força, causa, via de regra,

²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 2 edição. São Paulo: Malheiros, pág.13

²¹ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Obra citada, 1999, pág.129

descontentamento ao vencido e, não raras vezes, ao próprio vencedor que não obteve integralmente o resultado pretendido ou que não conseguiu transpor para a lide judicial todo o seu conflito sociológico de interesses.

Nesses casos, a insatisfação permanece latente – em grau mais ou menos intenso -, enquanto a tão desejada pacificação social continua parcialmente prejudicada. Por conseguinte, a litigiosidade contida poderá fomentar novos e talvez intermináveis conflitos. Isso porque a sentença ou a decisão arbitral que acolhe ou rejeita o pedido formulado inicialmente pelo postulante não solucionam o conflito sociológico, mas simplesmente compõem a lide processual que, por sua vez, significa nada mais do que a parcela do litígio que foi levado ao conhecimento do juiz ou árbitro.

Apenas a autocomposição – seja por intermédio da transação, seja da conciliação – apresenta-se como mecanismo hábil de solução dos conflitos, não apenas jurídicos, mas sobretudo sociológicos, e, portanto, de efetiva pacificação social. (grifos nossos)

José Marcelo Menezes Vigliar²² sustenta que passamos do estágio de represamento da litigiosidade para a necessidade de se adotar uma política de contingenciamento dessa mesma litigiosidade. Segundo ele, essa imposição de limites se verifica como reação ao excessivo número de demandas ajuizadas, o que se observa sobretudo a partir do advento da Constituição de 1988. Se antes a tutela era negada, até mesmo pela ausência de possibilidade prática e financeira de levar o conflito à apreciação judicial, passou a ser postergada diante do excessivo número de processos.²³

²² VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Litigiosidade contida (e o contingenciamento da litigiosidade). Texto extraído da internet, no site www.marcelovigliar.com.br/artigo.php?pid=46

²³ “Tendo por pano de fundo um procedimento centrado em três aspectos fundamentais – a isenção de taxas e custas, a desnecessidade de representação por advogado e a celeridade processual -, favoreceu a universalização da jurisdição, permitindo o acesso à Justiça de parcelas cada vez maiores da sociedade, em especial dos menos favorecidos pela fortuna, e possibilitando que pequenos litígios que, antes, não eram levados ao conhecimento dos juízes, passassem a fazer parte do dia-a-dia das cortes judiciárias, revelando o efeito do que se convencionou chamar de ‘litigiosidade contida’. Esses órgãos judiciários especializados, aliados a outras iniciativas de política processual, que vingaram sob a influência das teorias da efetividade do processo e introduziram novos tipos de ações e ampliaram a legitimação para a tutela de interesses, terminaram por promover a excessiva judicialização dos fatos sociais. Se antes falava-se em ‘litigiosidade contida’, por falta de instrumentos de acesso à Justiça, talvez hoje já se possa perceber uma ‘litigiosidade desenfreada’. A possibilidade de se ingressar em juízo sem qualquer ônus processual inicial ou possibilidade de responsabilização, promove a multiplicidade de lides temerárias. Também a nossa cultura, refratária ou pouco habituada a qualquer outra forma alternativa de solução de disputas, favorece a que toda sorte de conflito termine sendo decidido no Judiciário. A lei da Arbitragem ainda não se mostrou capaz de popularizar entre nós esse instituto, deixando que possíveis usuários continuem recorrendo à tutela processual estatal para resolver suas controvérsias. O Poder Judiciário deixou de ser a *ultima ratio*. Ao invés, é o primeiro passo na resolução de conflitos de interesses que vão desde o pequeno entrevero entre vizinhos até as grandes demandas

3. DO ACESSO À JUSTIÇA

A discussão sobre a necessidade de tornar a justiça acessível a todos tem acirrado grandes debates na comunidade jurídica.

Hoje não mais se enxerga o acesso à justiça como algo equivalente ao mero ingresso em juízo, mas como a possibilidade de tornar efetivo o direito a quem dele fizer jus. Abandonou-se a idéia de obtenção da justiça processual, para rumar àquela de justiça substancial.

Aderindo a essa idéia, inclusive no tocante ao pluralismo dos meios de composição dos conflitos, Joel Dias Figueira Júnior²⁴ :

Não basta para o jurisdicionado envolvido numa lide judicial que o Estado diga o direito; torna-se imprescindível que esse direito seja conferido materialmente a quem tem razão, isto é, que a pretensão se efetive através do instrumento colocado à disposição do vencedor e que esteja em sintonia com os princípios constitucionais processuais. Para tanto, faz-se mister que o acesso à justiça (entenda-se aqui a expressão como meios diversos de pacificação de conflitos) seja amplo e irrestrito, assim como a ordem jurídica oferecida deve necessariamente ser justa (capaz de oferecer mecanismos hábeis à consecução rápida, segura e justa de uma pretensão resistida ou insatisfeita).

Emprestando o conceito de Cândido Rangel Dinamarco²⁵, “só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça”.

3.1 O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

De início, cumpre salientar que não se comunga do entendimento de que o acesso à justiça se restringe a garantir ao cidadão a possibilidade de ingressar em juízo quando um direito seu for lesado ou ameaçado de lesão.

societárias”. (REINALDO FILHO, Demócrito. A preocupação do juiz com os impactos econômicos das decisões. Uma análise conciliatória com as teorias hermenêuticas pós-positivistas. Texto extraído da internet, no site www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=13707

²⁴ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Obra citada, 1999, pág.134

²⁵ Obra citada, pág.114-115

O direito processual de ação é uma das manifestações do acesso à justiça, ou seja, um dos instrumentos, senão o principal, para permitir ao jurisdicionado o recurso à tutela jurisdicional estatal.

A inafastabilidade do controle jurisdicional está inserida no artigo 5, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos : “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O princípio do acesso à justiça encontra suas raízes já na Constituição Imperial de 1891²⁶. Compõe o rol dos direitos e garantias fundamentais que, na visão de Karl Loewenstein²⁷, integram o mínimo irreduzível para que uma Constituição seja considerada autêntica.

É uma norma constitucional de sobredireito, porque a partir dela se assegura a defesa de outros direitos subjetivos, inclusive aqueles consagrados na própria Constituição. Trata-se de um instrumento a serviço da busca da justiça e da pacificação social.

Esse também é o entendimento de Mauro Vasni Paroski²⁸ :

O acesso à justiça talvez seja o mais básico dos direitos fundamentais, pois que é através do seu exercício que outros direitos fundamentais podem ser assegurados quando violados, pela imposição de sua observância pelos órgãos estatais encarregados da jurisdição. Numa sociedade em que a ordem jurídica não garante a preservação ou o restabelecimento de direitos, na iminência de sofrer lesão ou lesados, respectivamente, incluindo os direitos civis, políticos, culturais, econômicos e sociais, não se pode falar em pleno acesso à justiça.

²⁶ “No Direito pátrio, os antecedentes do princípio da proteção judiciária podem ser encontrados na Carta do Império, que entre as garantias arroladas no art. 179, assegurava, no inciso 12, a independência do Poder Judiciário, determinando que ‘nenhuma autoridade poderá avocar as causas pendentes, sustá-las ou fazer reviver os processos findos’. Somente embrionário se apresenta o preceito, assim enunciado, com relação à inafastabilidade da proteção judiciária; não se dirigia ao Poder Legislativo, não chegava a representar um comando de fortificasse a unidade da jurisdição; e por isso mesmo não pôde evitar que, na vigência da Constituição do Império, perdurasse o contencioso administrativo. As primeiras Constituições da República não incluíam, expressamente, qualquer enunciado atinente à inafastabilidade do controle judiciário; não obstante, os comentaristas da época sempre o consideraram implícito, como decorrência do princípio da separação dos Poderes”. (GRINOVER, Ada Pelegrini. *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, pág.133-134)

²⁷ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitución*. Tradução para espanhol de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, pág.153

²⁸ PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição*. São Paulo, LTR, 2008, pág.138

Conforme Sérgio Alves Gomes²⁹, “princípios constitucionais são normas jurídicas fundamentais que servem de sustentação às regras constitucionais, bem como aos princípios e regras infraconstitucionais, compondo com este um todo denominado ordenamento jurídico”.

A história revela, contudo, que esse princípio nem sempre foi preservado dos ataques dos detentores do poder. Durante a vigência do período militar no Brasil, essa garantia foi simplesmente achincalhada pela edição do Ato Institucional n. 05, de 1968, que trazia em seu artigo 11 a seguinte imposição: “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”. Trata-se, senão de uma privação, uma enorme restrição ao acesso à justiça.

Comparando o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional da Constituição de 1988, com o que lhe era similar na Carta anterior, percebem-se duas inovações substanciais.

A primeira é aquela que dispõe, textualmente, que não só a efetiva lesão ao direito é passível de ser levada à apreciação judicial. A ordem constitucional atual, inovando no sistema, passou a prever que também a ameaça ao direito será tutelada pelo Poder Judiciário. Não que assim não se procedesse antes da Carta de 1988, mas a concessão de referida tutela preventiva ficava a cargo da interpretação pessoal de cada aplicador do direito, uma vez que não havia, literalmente, essa disposição.

A esse respeito, leciona Luiz Guilherme Marinoni³⁰ :

É que a Constituição anterior, em certa perspectiva, poderia deixar de fora da proteção constitucional determinada gama de fenômenos que não seriam abarcadas pela estreita expressão lesão, a menos que entendêssemos – como realmente entendíamos – que a tutela de urgência já se inseria na previsão constitucional anterior, em razão de existir, nestas hipóteses, evidente lesão potencial. Mas foi exatamente para dissipar as dúvidas que a interpretação do texto constitucional anterior suscitava, que o constituinte de 1988 vedou,

²⁹ GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*. 2 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pág.68

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 1994, pág.68

expressamente, que a lei excluísse da apreciação do Poder Judiciário ameaça a direito, englobando, de vez por todas, no dispositivo constitucional, o dever de o Estado tutelar situações de urgência. É de se concluir, portanto, que o cidadão tem direito à adequada tutela jurisdicional (aí incluídas as liminares), como decorrência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

A segunda inovação trazida pela Constituição de 1988 é a de que, ao contrário da anterior, que dava proteção judiciária apenas a direitos individuais, ela não faz essa restrição, dispondo que está sujeita à apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a *direito*. Assim, até mesmo para que se possa caminhar com os passos da modernidade, são passíveis de proteção, por exemplo, os direitos de pessoas jurídicas e aqueles chamados de transindividuais, neles incluídos os difusos, coletivos e individuais homogêneos.³¹

Nesse sentido, a conclusão de Mauro Vasni Paroski³², para quem “a garantia constitucional à tutela jurisdicional preventiva ou reparatória abrange não apenas o direito individual, mas também os direitos coletivos e difusos”.

3.2 A evolução do conceito de acesso à justiça

A primeira noção que se deve ter ao falar em acesso à justiça é a de que se trata de um direito fundamental do homem. Adquire referida qualificação todo aquele direito que é essencial à vida humana e ao seu aperfeiçoamento, sem o qual o indivíduo não pode desenvolver toda a sua potencialidade.

Deveras, só passa a conhecer o verdadeiro sentido do vocábulo “justiça” aquele que, um dia, teve um direito seu lesado. A tensão individual causada por alguém que se vê injustiçado afeta o próprio sentido do direito como instrumento

³¹ “A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, pois a Constituição já não mais o qualifica de individual, no que andou bem, porquanto a interpretação sempre fora a de que o texto anterior já amparava direitos, p. ex., de pessoas jurídicas ou de outras instituições ou entidades não individuais, e agora hão de levar-se em conta os direitos coletivos também”. (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15 edição. São Paulo, Editora Malheiros, 1998, pág.432)

³² Obra citada, pág.183

de pacificação social.

O acesso à justiça é um direito fundamental do homem na medida em que se reveste de instrumento para que o indivíduo possa fazer valer todos os seus outros direitos subjetivos. Essa idéia se torna ainda mais latente quando se leva em consideração que o legislador constitucional erigiu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1, inciso III, da CF). Afasta-se qualquer tendência à coisificação do ser humano, para torná-lo, sim, sujeito efetivo de direitos.³³

Comungando do mesmo entendimento de que o acesso à justiça é um direito fundamental do ser humano, José Cichocki Neto³⁴ :

Não há maior valor aspirado pelo homem ou, a ele equiparado que a realização da justiça. Nesse aspecto, o acesso à justiça constitui um direito fundamental do homem, pois, em síntese, tem por fim a garantia de sua liberdade, como predicado de todo ser humano. Entretanto, por outro lado, o acesso à justiça também assegura a efetividade dos demais direitos: o princípio permeia toda a atividade jurídica e jurisdicional do Estado. Sua finalidade, portanto, refere-se aos indivíduos, no sentido de proporcionar-lhes um bem imanente à sua condição humana; ao Poder, por estabelecer-lhes um método de pacificação social. Isso revela que o acesso à justiça possui uma dupla dimensão: constitui um direito fundamental do homem e, ao mesmo tempo, uma garantia à realização efetiva dos demais direitos. Como direito ou como garantia, o fim último será sempre o de realização da justiça e, por isso, ambos são informados pelo princípio da igualdade.

Muito embora hoje seja visto como um direito fundamental de todo o ser humano, a concepção do acesso à justiça sofreu mutações no decorrer dos tempos. De início, o acesso à justiça representava unicamente a previsão legal de que o jurisdicionado poderia provocar o Estado, sem que este perscrutasse sobre a efetiva possibilidade disso ou o resultado final do processo. Depois, o acesso à justiça passou a ser visto como um direito do jurisdicionado à resposta final de

³³ “A luta pelo acesso à justiça constitui uma atuação para aqueles que mais necessitam dela, pelo reconhecimento dos direitos, pela reparação dos danos sofridos, pela restauração da justiça material, pelo reconhecimento da dignidade humana. É uma ação, sobretudo direcionada à realização da justiça, e as sociedades não podem se recusar a mudar, mas sim, ampliar a visão tradicional da justiça e buscar uma complementaridade” (MUNIZ, Tânia Lobo. Arbitragem no Brasil e a Lei 9307/96. 1 edição. Curitiba: Editora Juruá, 2006, pág.42)

³⁴ CICHOCKI NETO, José. Limitações ao acesso à justiça. Curitiba: Juruá, 2006, pág.65

mérito do órgão encarregado da jurisdição. Passou-se a identificar e tentar solucionar os entraves de acesso, mas sem uma real preocupação quanto ao resultado prático do provimento jurisdicional na vida do indivíduo. Agora, em uma verdadeira onda renovadora, o acesso à justiça traz consigo a ideia de prestação de uma tutela adequada aos interesses do cidadão. Busca-se visualizar os fatores que inviabilizam ou prejudicam o direito de acesso, além de haver uma preocupação quanto à efetividade do direito, a sua implementação material no campo dos fatos.

E serão essas progressivas vertentes os objetos de um estudo mais criterioso, a seguir.

3.2.1 O acesso à justiça como mero direito de ação

Num primeiro momento, o acesso à justiça representava pura e simplesmente um direito formal, a mera previsão legal do acesso em si já bastava, portando-se o Estado de maneira indiferente ao fato de muitos não possuírem quaisquer condições de provocá-lo para a resolução do litígio.

Mauro Cappelletti³⁵ traz a seguinte narrativa histórica sobre os primórdios da acepção :

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais 'burgueses' dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um 'direito natural', os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática. Afastar a 'pobreza no sentido legal', a

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1998, pág.09

incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema de 'laissez-faire', só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.

Adriana dos Santos Silva³⁶ também relaciona o fenômeno da mutação social com a mudança de paradigma do acesso à justiça:

Com as transformações da sociedade, houve também a mudança paradigmática do acesso à Justiça, havendo necessidade de tornar efetiva a acessibilidade dos direitos proclamados a todos, o que ocorreu com a valorização do caráter coletivo em detrimento do caráter individualista antes sistematizado. O marco desse acontecimento deu-se com a Declaração de Direitos Humanos, movimento esse que se fez 'no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos'.

Com a consolidação do Estado contemporâneo, torna-se necessário um maior intervencionismo estatal para assegurar direitos, uma vez que não mais se podia contentar com a mera igualdade formal, mas exigir a implementação da igualdade material, fazendo com que o acesso à justiça não mais esbarrasse em problemas de qualquer ordem. Ao contrário, que pudesse efetivamente ser catalogado como direito fundamental de todo indivíduo.³⁷

Nesse cenário, assegurar o mero direito de ação ao Judiciário, não mais satisfaz às pretensões exigidas pelo novo modelo estatal. Necessário eliminar os obstáculos ao acesso daquele que deseja invocar a tutela jurisdicional do Estado, surgindo, então, uma outra visão sobre o conceito do acesso à justiça.

³⁶ SILVA, Adriana dos Santos. Acesso à justiça e arbitragem – um caminho para a crise do Judiciário. Barueri/SP; Editora Manole, 2005, pág.96

³⁷ *“As atenções começam a se voltar para a concretização dos direitos sociais e para a tutela dos mais fracos nas suas relações com os mais fortes. Há um resgate da dimensão social do Estado. A ordem jurídica é reinterpretada e passa a ser mais valorizada. O conceito clássico de igualdade formal não mais satisfaz. O modelo racionalista de igualdade é substituído pela preocupação com a igualdade efetiva, material”.* (PAROSKI, Mauro Vasni. Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição. São Paulo: LTR, 2008, pág.164)

3.2.2 Acesso à justiça como direito a uma resposta de mérito

Nesse segundo momento, o acesso à justiça não mais se confunde com o mero direito de ação. Há notória preocupação do Estado em eliminar os obstáculos que separavam o indivíduo do Poder Judiciário.

Diversos fatores que antes inviabilizavam ou, ao menos, restringiam o direito do indivíduo de procurar o órgão responsável pela jurisdição, e ter desse uma resposta final de mérito, foram sendo atacados, na busca de soluções que garantissem o pleno acesso.

Assim, exemplificativamente, a ausência de recursos financeiros por parte do jurisdicionado foi alvo da implantação da assistência judiciária gratuita e da criação, em alguns municípios brasileiros, das Defensorias Públicas.

Todavia, nessa etapa, o acesso à justiça ainda não atingiu seu estágio ideal. Se, por um lado, buscava-se dar amplitude ao direito de ação e obter do Estado um provimento jurisdicional de mérito, por outro, esse mesmo Estado não se preocupava em garantir a efetividade desse mesmo provimento.

Assim, de nada adiantava conferir, no plano processual, um determinado direito a alguém, se este, na conjuntura dos fatos, não pudesse satisfazê-lo materialmente. O acesso à justiça, diga-se novamente, não pode se limitar ao mero acesso ao Poder Judiciário, ainda que este profira em favor do jurisdicionado uma sentença que lhe aprouver.

Trilhando ao próximo estágio e já encarando o acesso à justiça como um direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, assim discorre Luiz Guilherme Marinoni³⁸

A concepção de direito de ação como direito a sentença de mérito não poderia ter vida muito longa, uma vez que o julgamento do mérito somente tem importância – como deveria ser óbvio – se o direito material envolvido no litígio for realizado – além de reconhecido pelo Estado-juiz. Nesse sentido, o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pág.179-180

direito à efetividade em sentido estrito.

Dessa forma, passa-se a analisar o acesso à justiça sob um prisma diferenciado, o da efetividade, seja esta obtida através da tutela jurisdicional ou de outro meio alternativo de solução de conflitos.

3.2.3 Acesso à justiça como acesso à tutela adequada

Não basta a mera oportunidade de dirigir pedidos ao Poder Judiciário, nem tampouco a prolação de uma sentença de mérito favorável a quem o direito socorrer. É necessário, para que se possa falar em acesso à justiça, tornar efetivo, no plano dos fatos, o direito reconhecido na decisão judicial.

Desnecessário aferir se esta justiça alcançou ares de efetividade através da tutela jurisdicional ou de outros meios alternativos de pacificação de conflitos. Como afirmado, o ordenamento jurídico brasileiro contempla um sistema plural de meios de solução de litígios, pouco importando por qual deles se atingiu o objetivo da resolução do problema.

Analisando a questão sob o prisma do processo, assim leciona Cândido Rangel Dinamarco³⁹ :

Mesmo quando se reduza ao mínimo suportável a chamada litigiosidade contida, restam ainda as dificuldades inerentes à qualidade dos serviços jurisdicionais, à tempestividade da tutela ministrada mediante o processo e à sua efetividade. Isso significa que não basta alargar o âmbito de pessoas e causas capazes de ingressar em juízo, sendo também indispensável aprimorar internamente a ordem processual, habilitando-a a oferecer resultados úteis e satisfatórios aos que se valem do processo. Um eficiente trabalho de aprimoramento deve pautar-se por esse trinômio, não bastando que o processo produza decisões intrinsecamente justas e bem postas mas tardias ou não traduzidas em resultados práticos desejáveis; nem sendo desejável uma tutela jurisdicional efetiva e rápida, quando injusta. Para a plenitude do acesso à justiça importa remover os males resistentes à universalização da tutela jurisdicional e aperfeiçoar internamente o sistema, para que seja mais rápido e mais capaz de oferecer soluções justas e efetivas. É indispensável que o juiz cumpra em

³⁹ Obra citada, pág.114-115

cada caso o dever de dar efetividade ao direito, sob pena de o processo ser somente um exercício improdutivo de lógica jurídica.

E continua :

Acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa, ou seja, obtenção de justiça substancial. Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas ou mal formuladas para suas pretensões, ou soluções que não lhe melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido.

Disso se pode extrair a conclusão de que de nada adianta aumentar a gama de conflitos que podem ser levados à apreciação judicial, se não se é capaz de produzir resultados úteis e efetivos. E também não basta assegurar essa efetividade aos litígios decididos pelo Judiciário, deixando de lado um universo de conflitos que fogem do âmbito do poder jurisdicional.

O verdadeiro acesso à justiça passa pela equação e balanceamento desses fatores, sem os quais não é possível atingir o desiderato da pacificação social.⁴⁰

Quando se fala em acesso à Justiça, não se está apenas fazendo referência ao direito de buscar a tutela jurisdicional, mas sim ao produto material advindo dessa atividade.

Comungando da mesma idéia, Horácio Wanderlei Rodrigues⁴¹ :

O acesso à justiça é, portanto, algo mais complexo, representando mais do que o ingresso no processo e seus meios, indo além dos limites do acesso aos órgãos judiciais existentes. Deve-se ir além do acesso garantido a todos na Constituição Federal, deve-se alcançar o asseguramento dos direitos e das garantias sociais

⁴⁰ *“Muito mais do que prever mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, a Constituição da República garante a todos o efetivo acesso à ordem jurídica justa, ou seja, coloca à disposição de todas as pessoas mecanismo destinado a proporcionar a satisfação do direito. Não basta, pois, assegurar abstratamente o direito de ação a todos aqueles que pretendam valer-se do processo. É necessário garantir o acesso efetivo à tutela jurisdicional, por parte de quem dela necessita. Acesso à justiça ou, mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou melhor, do devido processo constitucional”.* (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (coordenador). Garantias Constitucionais do Processo Civil. São Paulo: RT, 1999, pág.151-158)

⁴¹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça no direito processual brasileiro. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, pág.29

fundamentais, mas não apenas isso. Deve-se também garantir o acesso a uma 'ordem jurídica justa', na expressão de Kazuo Watanabe.

Discorrendo sobre o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, ensina Luiz Guilherme Marinoni⁴² :

Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência de sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.

E o alcance da efetividade da justiça demanda, dentre outras coisas, a duração razoável do processo, a tempestividade de entrega da prestação jurisdicional, a possibilidade de uso da tutela preventiva, uma eficaz aplicação das tutelas de urgência previstas no ordenamento, sejam elas de natureza cautelar ou antecipatória de mérito.

Segundo o escólio de Ada Pellegrini Grinover⁴³, "Acesso à Justiça a significar não o simples ingresso, a entrada física de uma pretensão no Judiciário, mas, muito além, a assegurar a efetiva prestação da Justiça, como ideal, na justa composição da lide".

3.3 Fatores de crise do sistema de acesso à justiça

O sistema de acesso à justiça convive com uma crise quase que permanente. Diversos fatores têm contribuído para esse resultado, que se não

⁴² Obra citada, pág.184

⁴³ Apud LIMA, Cláudio Vianna de. Arbitragem: a solução. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994, pág.24

inviabiliza a tarefa de pacificação de conflitos, a torna insatisfatória.⁴⁴

Desasso⁴⁵ sustenta que o acesso à justiça é um valor imprescindível ao processo democrático, primeiro, por permitir ao cidadão a defesa dos seus próprios e individuais interesses, segundo, porque possibilita à sociedade a solução pacífica de seus conflitos. Afirma que a ampliação do acesso à justiça importa também em conferir ao cidadão uma maior possibilidade de participação política.

Aduz o autor que os principais obstáculos ao movimento de ampliação e democratização do acesso à justiça sejam a falta de informação, os altos custos do processo, a lentidão burocrática, o excesso de formalismo e as diferenças entre as partes. Para ele, esses limites influenciam, de maneira decisiva, a capacidade dos cidadãos em defender seus interesses, pois podem restringir ou até mesmo inviabilizar suas ações.

A crise do sistema brasileiro deriva de diversos pontos, que a seguir serão melhor examinados.

Primeiro, a morosidade do Poder Judiciário em entregar a prestação jurisdicional que lhe é exigida através do direito de ação. Esse fator é consequência de um conjunto de outras razões que se interagem, tais quais: a falta de recursos financeiros destinados aos órgãos judiciais, que acaba por acarretar uma total desestrutura humana e material para o cumprimento de seu desiderato; a falta de suficiente capacidade de administração financeira e orçamentária ao nível dos Tribunais; a opção do legislador, por força do sistema, de dar grande ênfase ao valor “segurança jurídica”, em detrimento da aceleração dos julgamentos; por força disso, a grande quantidade de recursos, previstos no ordenamento jurídico, para atacar uma decisão jurisdicional de instância inferior; a grande quantidade de demandas que chegam aos escaninhos do Judiciário, números que vêm em uma

⁴⁴ “Tem-se percebido, com isso, que o acesso à Justiça tornou-se arcaico em relação à realidade contemporânea. O sistema jurídico não acompanha o progresso da sociedade, e em contrapartida, deixa, por vezes, lacunas na resolução dos litígios bem como não satisfaz os auspícios de uma prestação jurisdicional adequada e satisfatória, para o que deveria estar preparado o Poder Judiciário. Os problemas são abundantes, desde as custas elevadas até o tempo do processo, que não mais condiz com a velocidade da informatização”. (SILVA, Adriana dos Santos. Obra citada, pág.110)

⁴⁵ DESASSO, A. Juizado Especial cível: um estudo do caso. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pág.94

crescente quase que desordenada.

Segundo, o surgimento de novos direitos, não reconhecidos até poucas décadas atrás, que tornam ainda mais complexa e demorada a atividade de julgar. Nos dias de hoje, pode-se citar o aparecimento de controvérsias na área ambiental, na biotecnologia, na bioética, na cibernética, nos interesses transindividuais, dentre outros.

Terceiro, a onerosidade excessiva àquele que procura as vias judiciais de resolução de conflitos. O processo, como um todo, possui um custo bastante elevado, principalmente para aqueles que não detêm condições financeiras sequer para contratar um advogado que patrocine sua causa.

Quarto, a falta de informação do indivíduo quanto aos direitos que ostenta, um problema verdadeiramente cultural, que só pode ser solucionado a partir de um maior investimento em políticas públicas, em especial, a educação.

3.3.1 Morosidade

A demora na distribuição da justiça, além de causar um sentimento de indignação, é fonte precípua de insegurança jurídica. O meio social resta abalado e, com isso, a própria tarefa de pacificação dos conflitos.

Henri Clay Santos Andrade⁴⁶ aduz que isso provoca uma descrença que “desestimula o cidadão de acionar o Estado em busca da tutela jurisdicional, fato que redundará em uma autêntica restrição de acesso à justiça”. Conclui dizendo que “o valor tempestividade ascende ao mesmo patamar de importância do valor segurança, para o fim de efetivamente prestar uma tutela jurisdicional justa e de utilidade prática”.

A primeira grande válvula propulsora da morosidade do sistema é a desestrutura material e humana do Poder Judiciário. Se é bem verdade que muito se tem trabalhado para dar melhores condições para o desenvolvimento da

⁴⁶ ANDRADE, Henri Clay Santos. A possibilidade de concessão da antecipação da tutela em face da Fazenda Pública. In: BARRAL, Welber & Andrade, Henry Glay (org.). Inovações no processo civil.

atividade jurisdicional, também é certo que a estrutura ainda está longe do ideal. São poucos os magistrados, se comparado ao grande e cada vez maior número de demandas que são distribuídas diariamente. O corpo administrativo de apoio também é deficitário. A estrutura material é inadequada, tanto do ponto de vista dos prédios públicos que amparam alguns Fóruns, como ainda dos móveis e equipamentos obsoletos de que ainda uns e outros se utilizam.

Essa preocupação é vista por Joel Dias Figueira Junior⁴⁷ como um inegável fator de inaccessão à justiça:

... diante da carência de estrutura material, instrumental, tecnológica e de pessoal, na qual se encontra mergulhado o nosso Poder Judiciário, inegável que se verifica um comprometimento parcial do direito ao amplo acesso aos tribunais e à ordem jurídica justa. Não foi por menos que já ressaltamos em outra oportunidade: 'No momento em que o Judiciário se tornar enfraquecido e desestruturado a ponto de influenciar indiretamente ao espírito de seus jurisdicionados a renúncia do direito, resultando na dificuldade de acesso aos tribunais por múltiplos fatores de ordem interna e externa, estará, antes de mais nada, renunciando a si mesmo, à estabilização do Estado de Direito e à paz social'.

A autonomia orçamentária é mais de gestão do que propriamente de independência para com os outros Poderes. Parcos recursos têm sido reservados ao Judiciário no desenvolvimento de seu tão importante mister. E, para piorar a situação, falta aos Tribunais um espírito de administração do escasso recurso financeiro recebido, uma vez que sua gestão, quase sempre, é entregue a juristas que, desenvolvendo atividades atípicas, nem sempre contam com a formação e o conhecimento necessário à correta aplicação dos valores.⁴⁸

Uma outra razão que justifica a tamanha morosidade na entrega da prestação jurisdicional é a opção do sistema em privilegiar o valor 'segurança

Florianópolis, OAB/SE, 1999, pág.20-28

⁴⁷ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Obra citada, 1999, pág.140

⁴⁸ "A atividade de administrar tribunais e gerenciar recursos orçamentários, além de inúmeros outros aspectos que envolve, é muito diferente do ofício de julgar. O que se tem de concreto é a constatação de que a maioria dos dirigentes de tribunais, na atividade administrativa, não costuma se sair com a mesma desenvoltura que na atividade judicante, muitas vezes cometendo erros graves, comprometedores da própria viabilidade dos serviços administrativos. Esta situação acaba servindo para justificar, ainda que parcialmente, as críticas que a todo instante estão estampadas pelos meios de comunicação quanto ao contingenciamento desses recursos". (PAROSKI, Mauro

jurídica'. Justifica-se. O processo não se torna moroso somente pelo grande volume de serviços afetos ao Judiciário, nem tão só pela constatada desestrutura que envolve esse Poder. O princípio constitucional da 'duração razoável do processo'⁴⁹ deve ser compatibilizado com o da segurança jurídica, que envolve os também constitucionais princípios do contraditório e ampla defesa. Esses dois últimos exigem que o julgador oportunize às partes litigantes todos os meios de defesa de seus direitos e interesses, com os recursos a eles inerentes. É evidente que, em obediência a esses pressupostos, o procedimento se torna mais lento, atrasando a entrega da prestação da tutela jurisdicional.

Carneiro⁵⁰ aponta que não há como pensar em um processo que não se alongue no tempo, até porque é preciso conceder prazos às partes para alegar, requerer, impugnar, provar, recorrer, tudo em homenagem ao princípio constitucional do contraditório. Também se deve oportunizar ao juiz o tempo necessário para conhecer o processo e refletir sobre a decisão mais equânime e justa a ser tomada, sob pena da pressa tornar-se uma inimiga da justiça.

Os valores "celeridade" e "segurança jurídica" vivem em constante tensão no campo do direito. Ambos são de suma importância e sustentam a base de um sistema jurisdicional. Se não se pode dar aplicação absoluta a um, em detrimento total do outro, há de se achar uma forma de compatibilização entre eles. A celeridade não pode excluir o garantismo, nem vice-versa, sob pena de comprometimento dos fins buscados pela jurisdição.

Na mesma esteira desse entendimento, Celso Agrícola Barbi⁵¹ sustenta a necessidade de se encontrar um ponto de equilíbrio entre a rápida entrega da prestação jurisdicional e a segurança jurídica. Lembra que geralmente, ao se intensificarem as medidas em busca da rapidez, há o comprometimento da

Vasni, obra citada, pág.231)

⁴⁹ A redução da demora na prestação jurisdicional responde a um anseio de efetividade do processo. Tanta é essa preocupação que o nosso legislador constitucional inseriu um novo princípio constitucional atinente ao processo, hoje previsto no artigo 5, inciso LXXVIII, da CF, que assim dispõe: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação". Esse dispositivo traz consigo a idéia, hoje pacífica, de que a celeridade na entrega da prestação jurisdicional vem de encontro à efetividade dos direitos que se deseja ver tutelados, devendo ser assegurados os meios para essa consecução.

⁵⁰ CARNEIRO, A.G. Da antecipação de tutela. 5 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pág.01-02

⁵¹ BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. Volume 1, 3 edição. Rio de Janeiro: Forense, 1983, pág.515

segurança jurídica, e quando se tenta conferir maior grau de segurança, compromete-se a rapidez das decisões. Afirma que, geralmente, um processo muito célere restringe o direito de defesa e, de outro lado, uma garantia muito elástica dessa mesma ampla defesa, leva a morosidade do processo.

Talvez tudo isso explique um considerado grande ponto de estrangulamento do sistema, que concorre, em muito, para a morosidade na distribuição da justiça, qual seja a grande quantidade de recursos, colocados à disposição da parte, para atacar a decisão jurisdicional da instância inferior.

Mais uma vez aqui se privilegia o argumento da segurança jurídica, fundado na revisão do julgamento por juízes ou colegiados de maior experiência que o órgão prolator da decisão. É mais uma garantia do sistema, fundada na regra constitucional do devido processo legal. Outra vez entra em choque a “justiça segura, mas tardia” e a “justiça insegura, mas eficiente”.

Um outro fator que tem contribuído para a morosidade do sistema de alcance da justiça é o excessivo número de demandas que chegam todos os dias ao Judiciário. A aceleração dessa estatística é melhor notada após o advento da Constituição Federal de 1988, onde se reconheceu uma enorme gama de direitos e garantias aos indivíduos, alargando a legitimidade para propositura de ações judiciais diversas a entes como o Ministério Público, hoje, um dos grandes responsáveis por um sem número de processos ajuizados. Se isso, por um lado, é bom, pois reduz o grau da litigiosidade contida, por outro, acarreta um crescente problema de abarrotamento do Poder Judiciário.

3.3.2 O surgimento dos novos direitos

Outro fator bastante relevante que vem contribuindo para a crise no sistema de acesso à justiça é o surgimento de conflitos oriundos de relações jurídicas decorrentes da massificação dos interesses.

Com efeito, até poucas décadas, o juiz era chamado a solucionar, apenas, litígios individuais que surgissem das relações interpessoais, quase sempre no campo obrigacional, familiar ou criminal. Nos últimos anos, especialmente após a promulgação da nova Constituição da República, em 1988, surgiu uma nova gama de direitos, contemplados pelo legislador constituinte, que acompanhou o progresso

das ciências e as necessidades de uma sociedade de massa.

Dentre esses direitos, podem-se arrolar aqueles que tratam do meio ambiente equilibrado, dada a notável preocupação com o futuro do planeta. Aqueles que protegem o consumidor, tido como parte hipossuficiente na relação de consumo. Aqueles que prezam pela probidade e responsabilidade na gestão dos bens públicos. Os conflitos surgidos na área da globalização que, sem qualquer dificuldade, rompem os limites territoriais de um país a outro. Os litígios ocorridos no campo da bioética e da biotecnologia. As controvérsias nas questões manejadas através da internet...⁵²

Todavia, nenhuma revolução foi maior do que aquela que trata dos interesses transindividuais. Atualmente, as regras do processo civil tradicional não mais respondem a certas exigências, de forma que necessária se fez a construção de uma nova teoria acerca do tratamento a ser dispensado aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. A molecularização das demandas e a extensão dos efeitos da coisa julgada àqueles que não foram partes formais do processo, são duas das mais importantes inovações nesse campo.

Discorrendo sobre o tema, acentua Mauro Vasni Paroski⁵³ :

Quando se trata de direitos transindividuais não se pode pensar, sem qualquer adaptação e aperfeiçoamento, quiçá renunciando a uma forte dose de criatividade, no emprego do processo civil clássico tal qual concebido e estruturado. O modelo tradicional foi arquitetado para servir de instrumento para a solução de conflitos individuais, envolvendo dois sujeitos, e quando muito, um número restrito de pessoas.

E arremata :

⁵² “... diariamente se vê o surgimento de novos direitos e, em consequência, de novos conflitos. Contemporaneamente, pode-se citar o aparecimento de controvérsias na área ambiental, na biotecnologia, na bioética, na área da informatização, questões a respeito dos interesses relativos à internet, além de outros inerentes à pessoa humana e conhecidos de muito tempo, tais como as questões de proteção ao menor, da preservação do casamento, das garantias recíprocas dos concubinos, e deles para com seus filhos, da maternidade da mulher solteira, do controle da natalidade, e mesmo da igualdade de direitos e deveres da esposa e do marido que ainda hoje não encontraram solução adequada.” (CENEVIVA, Walter. Afastamento entre o Judiciário e o povo: uma reavaliação”. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). O Judiciário e a Constituição. São Paulo, Saraiva, 1994, pág.255).

⁵³ Obra citada, pág.262

Nos conflitos individuais fala-se em lesão a direitos subjetivos. Nos conflitos coletivos, fala-se em descumprimento de um dever jurídico, que implica em prejuízos a todas as pessoas ou a grupos numerosos de pessoas. No primeiro caso, os sujeitos são conhecidos, determinados. No segundo caso, não se viola direito subjetivo de nenhuma pessoa em particular, mas descumpre-se um dever jurídico que pode causar prejuízos a número considerável de pessoas. Como exemplo, pode-se citar o direito de todos ao meio ambiente equilibrado e saudável, assegurado pela Constituição, que restaria violado se uma grande indústria passasse a contaminar a água de um rio com o despejo de resíduos tóxicos, tornando-a impréstável ao consumo, comprometendo o equilíbrio ecológico de toda uma região.

Sustenta-se aqui a ideia de que a redução do número de demandas levadas a julgamento final pelo Poder Judiciário, passa, sem dúvida, por uma maior adoção da tutela coletiva, substituindo-se a atomização pela molecularização das lides. Diversos conflitos poderiam ser resolvidos em um único processo, por apenas uma decisão, evitando a disseminação de feitos por todo o País.

3.3.3 A onerosidade excessiva

Litigar não possui apenas um custo psicológico. Mais do que isso, travar um conflito judicial é oneroso, envolve dinheiro, capacidade econômica para suportar as delongas de um processo. Às vezes, exige a possibilidade de deixar de fruir um direito enquanto não se tem a solução da lide.

A onerosidade já é sentida, de início, no momento em que a parte prejudicada se vê na necessidade de constituir um advogado para o patrocínio de sua causa. O estado de pobreza que aflige grande parte da população brasileira não admite essa possibilidade. Ou se contrata um causídico ou se coloca comida na mesa de casa. A inércia estatal em cumprir com a promessa constitucional de instalação das defensorias públicas dificulta em muito essa tarefa. Cresce a litigiosidade contida, criando um verdadeiro descrédito da população em relação ao

senso de justiça.⁵⁴

Bastante ilustrativa a lição de Mauro Cappelletti⁵⁵ ao abordar esse problema:

Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente.

É indiscutível a total violação do princípio da igualdade, se analisado sob o ângulo processual. Inegável que aquele que possui uma maior capacidade financeira encontra-se em situação bem mais confortável, em um litígio, do que aquele que não ostenta as mínimas condições para arcar com os custos e delongas de um processo. O resultado disso é óbvio, o direito nem sempre fica com aquele que realmente o detém. Aquele que não tem condições de ser patrocinado ou suportar os percalços do processo, muitas vezes, abre mão, ainda que parcialmente, do direito que possui. Às vezes, vê-se obrigado, sobretudo pelo fator tempo, a firmar acordos que não lhe aproveitam da maneira esperada, tão somente para assegurar o exercício, não pleno, de um direito de que necessita. E isso, é claro, afeta a própria idéia de justiça, no sentido de dar a cada um aquilo que lhe é de direito.

Henri Clay Santos Andrade⁵⁶ lembra que o elevado custo pecuniário do processo é um fator que pode distanciar o Estado da consecução dos

⁵⁴ *“Como a idéia de acesso à justiça sempre esteve vinculada, por leigos e pelos operadores do direito, à idéia unilateral da via processual, os custos econômicos e sociais provocados pelo chamado ‘processo injusto’ têm desestimulado os cidadãos a exercerem seus direitos e a resolverem seus conflitos de forma justa, causando barreiras de acesso à justiça. Esse uso, quase exclusivo, da via processual de solução dos conflitos, tem provocado custos não somente econômicos, para os que utilizam do processo, como um sentimento de angústia social gritante para os que deixam de buscar seus direitos e a solução de seus conflitos gerados pela contrariação de seus interesses, frente às dificuldades quase intransponíveis para os menos favorecidos. Isso, desenganadamente, levou o cidadão a desiludir-se frente ao que chama de ‘justiça’”.* (BEZERRA, Paulo César dos Santos, obra citada, pág.181-182)

⁵⁵ Obra citada, pág.21

⁵⁶ ANDRADE, Henri Clay Santos. Obra citada, pág.22

seus fins, deslegitimando-o, na medida em que avoca para si a tarefa jurisdicional, sem garantir aos jurisdicionados as condições necessárias para a busca dessa tutela.

3.3.4 A falta de informação

Passa-se ao estudo daquele que talvez seja o âmago da questão. O obstáculo sócio-cultural que restringe, senão inviabiliza, o amplo acesso à justiça por parte de todo indivíduo que compõe o Estado Democrático de Direito.

A educação é a base da cultura de um povo. Pessoas desinformadas sobre seus mais mezinhos direitos, são incapazes de alcançar, em termos práticos, uma vida minimamente digna.

O acesso à justiça é tido como um direito fundamental, de natureza constitucional, um instrumento para a fruição plena dos direitos subjetivos que integram o estatuto de cada ser humano, pelo simples fato de existir.

Vitor Barboza Lenza⁵⁷, trilhando o mesmo raciocínio aqui sustentado, escreve que:

Vários são os fatores que emperram o livre acesso judicial, e o que se reputa mais sério é a desinformação. O cidadão, quando se encontra em uma situação adversa, passando por um constrangimento qualquer, por ser analfabeto ou de pouca instrução, não sabe que atitude tomar, a quem ou a qual serviço procurar que possa restaurar o seu direito ameaçado ou lesado.

A distância do cidadão para com o sistema de acesso à justiça é tanto maior quanto menor for a sua capacidade intelectual. Um indivíduo que é incapaz de compreender que vive em um Estado Democrático de Direito, onde todo o poder emana do povo e para o povo é exercido, também não saberá que é um direito seu o acesso à justiça, e que cabe ao Estado colocá-lo à sua disposição, com todos os meios e recursos a ele inerentes.

⁵⁷ LENZA, Vitor Barboza. Cortes arbitrais: doutrina, prática, jurisprudência e legislação. Goiânia, AB, 1997, pág.21

Adriana dos Santos Silva⁵⁸, abordando a questão, identifica dois problemas causados pela ausência de conhecimento do indivíduo acerca de seus direitos: primeiro, a sua aptidão para reconhecer um direito e, segundo, para propor a ação correspondente em sua defesa.⁵⁹

Outra solução não há para resolver o problema da desinformação como obstáculo ao acesso à justiça, do que aquela que prega a necessidade de educar o povo. A educação abre os horizontes, acarretando uma fusão de conhecimentos. O indivíduo que conhece os seus direitos possui uma maior condição de lutar por eles. A possibilidade de alcance da justiça se eleva na medida em que o sujeito de direito conhece essa condição e a forma como agir para defendê-lo das ilegalidades a que diariamente estamos sujeitos.

Sérgio Alves Gomes⁶⁰, comentando sobre a importância do processo educacional de um povo, alinha a seguinte conclusão :

Em síntese, cabe à educação produzir lentes que auxiliem na percepção e respeito do valor da dignidade presente em todo e qualquer ser humano. Sem ela (educação) o Direito e suas leis passam a ser utilizados abusivamente como meros instrumentos de dominação, o que leva à frustração dos que almejam uma sociedade menos injusta e mais solidária do que a existente, ou seja, uma sociedade genuinamente democrática.

3.4 Novas tendências para a revitalização do acesso à justiça

Diversas alternativas têm sido exploradas no decorrer dos tempos para revitalizar a idéia de acesso à justiça. Para isso, os estudiosos do direito

⁵⁸ SILVA, Adriana dos Santos. Obra citada, pág.120-121

⁵⁹ “Embora o índice de analfabetismo venha caindo, isso não significa que a população tem sido educada com qualidade, a ponto de ser formada por pessoas que, em sua maioria, ostentam uma condição crítica e consciente de seus direitos e deveres. Esta conscientização ainda é privilégio de uma minoria. A dificuldade de acesso à justiça somente é sentida pelas pessoas que lidam com o problema de alguma forma, pois, não é a mesma coisa que faltar comida no prato, não ter vaga na escola ou médico no posto de saúde, problemas mais prementes, que são sentidos com maior frequência, por um número maior de pessoas, além de despertar maior atenção da mídia”. (PAROSKI, Mauro Vasni. Obra citada, pág.226)

⁶⁰ GOMES, Sérgio Alves. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Número 51, abril-junho de 2005, Editora Revista dos Tribunais, pág.98

buscaram identificar os pontos de estrangulamento do sistema, apontando soluções para a superação dos obstáculos. A partir daí, medidas de ordem administrativa, legislativa e judicial são adotadas para permitir a fruição, por toda a coletividade, desse peculiar direito fundamental.

Mauro Cappelletti⁶¹ aponta três ondas desse movimento: a primeira foi a assistência judiciária gratuita; a segunda, a representação jurídica para a defesa dos interesses transindividuais; a terceira, um novo enfoque do acesso à justiça.

Abordar-se-ão tais aspectos de maneira individualizada, com o cuidado de restringir a terceira onda reformadora em dois pontos que se reputam principais: a reformulação dos procedimentos judiciais e a adoção de métodos alternativos de pacificação de conflitos, especialmente aqueles baseados na ideia de justiça coexistencial.

3.4.1 A assistência judiciária gratuita

A primeira onda trouxe consigo a preocupação de garantir o acesso à justiça àqueles que, reconhecidamente, não possuem condições financeiras para custear honorários advocatícios e custas processuais.

Camara⁶² observa que o primeiro grande obstáculo ao acesso à justiça, sem sombra de dúvidas, é o de natureza econômica. De nada adianta afirmar-se que todos são sujeitos de direitos, se não se criam as condições necessárias para que todos possam buscar a efetiva e adequada tutela junto ao Judiciário. A onerosidade do serviço judiciário sempre foi um entrave para que a população mais carente visse negado o acesso à tutela jurisdicional.

Para tentar superar, ao menos em parte, este obstáculo, a primeira onda renovadora sustenta-se na assistência judiciária gratuita. No Brasil, são exemplos desse movimento a edição da Lei n. 1060/50, que permite ao juiz

⁶¹ Obra citada, pág.31

⁶² CAMARA, A.F. O acesso à justiça no plano dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2002, pág.03

conceder os benefícios da gratuidade aos reconhecidamente pobres; a criação⁶³ das Defensorias Públicas; os convênios que têm sido firmados por alguns Estados com a Ordem dos Advogados do Brasil, visando o patrocínio de causas das pessoas pobres; os Juizados Especiais, seja da órbita estadual ou federal, que dispensam a presença de advogado e o pagamento de custas, nas causas que estejam dentro dos limites de sua competência; o trabalho que vem sendo dispensado por diversas faculdades de direito, que através de um sistema de triagem, atendem à população carente que os procuram e, muitas vezes, conseguem auferir resultados bastante positivos.⁶⁴

Analisando a questão sob outro ângulo, é inegável que o resultado prático da implementação das medidas de assistência judiciária gratuita foi um grande aumento da demanda que chega ao Judiciário. E isso era previsível. Ao criar condições financeiras para que o indivíduo ingresse com uma ação judicial, a tendência é que aquele litígio que estava guardado, contido no seio social, seja levado à apreciação e julgamento do Estado. O reflexo disso é um maior abarrotamento dos serviços judiciários. Trata-se de um antagonismo necessário aos fins a que se propôs o titular da jurisdição estatal.

3.4.2 Ampliação da legitimidade ativa na defesa de interesses transindividuais

A segunda onda do movimento reformador visa conferir legitimidade adequada para a defesa dos interesses transindividuais, nestes compreendidos os difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O ordenamento jurídico brasileiro privilegia a cultura do processo

⁶³ Ou seria melhor falar em promessa de criação, já que pouquíssimos municípios brasileiros dispõem, hoje, de Defensorias Públicas. Infelizmente, essa disposição constitucional ainda não saiu do papel, esbarrando na falta de vontade política de muitos, que se escondem atrás de argumentos de insuficiência financeira para descumprir esse comando.

⁶⁴ *“Relevante lembrar, mais uma vez, que o Estado assumiu para si o monopólio da justiça, sendo seu dever, por força da própria Constituição, prestar jurisdição a todos que dela necessitarem, assegurando aos mais pobres os meios e os instrumentos para que tal se torne realidade, com a instituição de mecanismos de assistência judiciária ampla e a implantação de defensorias públicas, que possam funcionar com a mesma eficácia que nos demais casos em que os litigantes têm condição econômica para fazer frente às despesas do litígio”.* (PAROSKI, Mauro Vasni. Obra citada, pág.227)

individualista para identificar os sujeitos legitimados ao ajuizamento de uma ação, com vistas à restauração da ordem jurídica violada.

Contudo, esse sistema individual de legitimidade não é suficiente para garantir a efetividade na proteção de interesses transindividuais. Não se poderia deixar ao alvedrio de cada pessoa lesada a iniciativa e o ônus de comparecer individualmente em juízo. Imagine-se a hipótese de uma ínfima lesão a um bem jurídico. Por certo, o lesado não se aventuraria aos riscos e desgastes de um processo, para ver tutelado um interesse que, financeiramente, seria inferior aos custos financeiros de patrocínio da causa.

Segundo Hugo Nigro Mazzilli⁶⁵, “essa necessidade de comparecimento individual à Justiça, além de impraticável, produziria dois efeitos indesejáveis : a) os poucos que se aventurassem a comparecer em juízo receberiam inevitáveis decisões contraditórias; b) a grande maioria dos lesados acabaria desistindo da defesa de seus direitos, o que consistiria em verdadeira denegação de acesso à jurisdição para o grupo”.

Em razão de tudo isso, essa onda renovadora mostra ser necessário compreender e aplicar o instituto da legitimidade nas ações coletivas, sob o ponto de vista da busca efetiva da realização do interesse coletivo violado. Assim não sendo, cada vez mais se rumará para o campo da litigiosidade contida.

3.4.3 A reformulação dos procedimentos judiciais

Faz parte da terceira onda do movimento de revitalização do acesso à justiça aquela proposta que prega uma verdadeira reformulação dos procedimentos judiciais, de forma a simplificá-los, compreendendo o processo como um instrumento do acesso à justiça e da satisfação plena do direito material.

A tendência de ampliação do acesso à justiça pode vir a gerar uma verdadeira ineficiência do sistema. Não basta a garantia da realização dos direitos. Há também a necessidade de se assegurar o correto funcionamento do mecanismo de solução de litígios, pois só assim se poderá atingir o objetivo de uma

⁶⁵ A defesa dos interesses difusos em Juízo, 15 edição, Editora Saraiva, pág.54

ordem jurídica justa, mediante a adequada e efetiva prestação jurisdicional, a serviço da realização do direito material.

Segundo Mauro Vasni Paroski⁶⁶ :

Não se pode pregar o completo abandono à técnica processual, uma vez que através dela é assegurado não apenas a efetiva participação das partes na relação processual, mas formas de controle da atuação jurisdicional, além de preservar um mínimo de segurança jurídica na realização dos atos processuais. Não podem o juiz e as partes agir como bem entenderem, criando suas próprias normas de conduta e elegendo as formas que quiserem. O que se tem visto é o seu aprimoramento e a busca por técnicas mais adequadas à tutela dos direitos, eliminando-se o quanto possível a burocracia e o apego exagerado ao formalismo.

No Brasil, diversas medidas legislativas têm sido empreendidas nos últimos anos com vistas a acelerar a entrega da prestação jurisdicional. Simplificam-se procedimentos, restringe-se a possibilidade de interposição de recursos, criam-se novas técnicas para a tutela dos direitos, aprimoram-se os instrumentos da tutela de urgência.

Contudo, o legislador não consegue prever, com a perspicácia necessária, todas as hipóteses concretas de aplicação da norma. Por isso, atualmente, criou-se uma tendência à edição de leis que deem ao juiz o mais amplo espectro de atuação discricionária, de forma a escolher a técnica mais adequada à consecução da atividade-fim de entrega da tutela jurisdicional adequada.

Luiz Guilherme Marinoni⁶⁷ apregoa que :

... é dever do legislador instituir procedimentos que sejam adequados para a efetividade da tutela jurisdicional e que permitam a participação das pessoas na reivindicação e na proteção dos direitos. Afirma que é impossível, todavia, ao legislador prever todas as técnicas apropriadas a esta finalidade, tendo em vista que as necessidades do direito material e das pessoas sofrem variações conforme as particularidades das diversas situações de conflito que exigem solução jurisdicional. A alternativa para resolver este problema foi o abandono de fórmulas rígidas e abstratas, com a edição de normas processuais que concedem aos juízes uma gama maior de poder, conferindo-lhes a possibilidade de amoldar as técnicas processuais às peculiaridades identificadas em cada caso

⁶⁶ PAROSKI, Mauro Vasni. Obra citada, pág.258

⁶⁷ Apud PAROSKI, Mauro Vasni. Obra citada, pág.259

concreto.⁶⁸

3.4.4 A adoção dos métodos alternativos de pacificação de conflitos

É forçoso reconhecer que os meios estatais de solução de conflitos não têm se mostrado hábeis a atingir, sozinhos, os fins da pacificação social. Cada vez mais forte a tendência de recurso aos meios alternativos, que de longa data são colocados à disposição da sociedade, como uma forma de válvula de escape àqueles que não desejam seguir os percalços da jurisdição estatal.

Como preconizado por Tucci⁶⁹, “justiça tardia corresponde a verdadeira denegação de justiça” ou por Rui Barbosa⁷⁰, para quem “a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Para a terceira onda do movimento, observou-se que o contencioso judiciário deve ser visto como a última instância para a resolução do litígio, sendo de grande valia uma justiça consensual, que tem o condão de produzir uma solução na qual não há, necessariamente, um vencedor e um perdedor.⁷¹

Luiz Fernando Franceschini da Rosa⁷² ensina que, nesta terceira fase, procurou-se substituir a chamada justiça contenciosa pela coexistencial, fundada em ações conciliatórias que se destinem a minimizar a contenciosidade, com vistas a tornar pacífica a convivência futura.

⁶⁸ “Se o juiz não tem apenas a função de resolver litígios, porém a de zelar pela idoneidade da prestação jurisdicional, sem poder resignar-se a aplicar a técnica processual que possa conduzir a uma tutela jurisdicional inefetiva, é certo dizer que o seu dever não se resume a uma mera resposta jurisdicional, pois exige a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva. Ou seja, o dever do juiz, assim como o do legislador ao instituir a técnica processual adequada, está ligado ao direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, compreendido como um direito necessário para que se dê proteção a todos os outros direitos”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. Editora Revista dos Tribunais, 2004, pág.188)

⁶⁹ TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ e TUCCI, José Rogério. Constituição de 1988 e Processo. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 1, pág.110

⁷⁰ BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5 edição. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, pág.40

⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, B. Obra citada, pág.152-154

⁷² ROSA, Luiz Fernando Franceschini da. O acesso à jurisdição brasileira e a situação do investidor estrangeiro. In : MERCADANTE, Araminta de Azevedo & MAGALHÃES, José Carlos de. Solução e prevenção de litígios internacionais II. São Paulo, Necin-Capes; Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, pág.206

Cria-se, então, essa nova idéia de justiça, a coexistencial⁷³, que afasta da Justiça tradicional muitos conflitos, para que possam ser solucionados através do consenso entre as pessoas.⁷⁴

É evidente que, além da atividade jurisdicional do Estado e da chamada justiça conciliatória, outra bastante importante existe que está inserida no rol das vias alternativas de pacificação de conflitos. É a arbitragem, que por muitos já foi considerada como a inovadora solução do problema da justiça. Todavia, é forçoso reconhecer que essa prerrogativa ainda está mais no plano potencial do que concreto. A cultura do povo brasileiro não abraçou, como se esperava, a solução arbitral.

A respeito dos métodos alternativos de solução de conflitos, assevera Joel Dias Figueira Junior⁷⁵ :

Os métodos alternativos de solução de conflitos são mais bem compreendidos quando enquadrados no movimento de acesso à Justiça, à medida que aparecem como novos caminhos a serem trilhados facultativamente pelos jurisdicionados que necessitam resolver seus litígios, de forma diferenciada dos moldes tradicionais da prestação de tutela oferecida pelo Estado-juiz. Ampliam-se, portanto, não só o espectro de acesso aos tribunais (seja pela legitimidade ativa ou por meio da colocação à disposição dos interessados de novos mecanismos de pacificação social), como também as formas de composição e solução das lides. É nesse contexto social, político e jurídico que aparecem a institucionalização da mediação extrajudicial (ou juízos meramente conciliatórios); o incremento processual das audiências preliminares de tentativa de composição amigável (conciliação ou transação), a privatização dos interesses pelas instituições de classe e desenvolvimento dos juízos arbitrais, além das buscas incansáveis de técnicas diferenciadas de tutela jurisdicional e sumarização das formas.

Ora, é traço marcante do poder jurisdicional a imposição das

⁷³ “Este tipo de justiça está mais destinado a remendar o litígio do que a decidir e definir, ou seja, aliviar as situações, vislumbrando um valor maior: a preservação de um bem durável, da convivência dos sujeitos que fazem parte de um grupo ou que possuam relações complexas”. (SILVA, Adriana dos Santos. Obra citada, pág.89)

⁷⁴ CONCEIÇÃO, Joaquim Tavares. Justiça conciliatória ou coexistencial: um exemplo sergipano. In: BARRAL, Welber; ANDRADE, Henri Clay (orgs). O Judiciário em Sergipe: análise crítica. Aracaju, OAB, 2000, pág.108-109

⁷⁵ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Manual da Arbitragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pág.60-61

decisões através de uma força coercitiva, que obrigue o vencido no processo a dar efetivo cumprimento ao dever jurídico que lhe é imposto. A via mais adequada para atingir uma solução pacífica das controvérsias é, sem dúvida, a da conciliação. Não só se elimina o litígio jurídico, como também o conflito interpessoal, sem que resquícios se projetem para o futuro. A preservação das relações entre os envolvidos é traço marcante, o que facilita a convivência harmônica entre os integrantes do grupo social.

4. PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS COM REDUÇÃO DE LITIGIOSIDADE

O aumento da litigiosidade é uma realidade nos últimos tempos, não apenas do ponto de vista quantitativo, mas também qualitativo, considerando-se a maior complexidade dos conflitos envolvendo a tutela de bens, direitos e interesses de natureza individual e transindividual.

Atualmente, a ciência processual civil passa por grandes modificações. Ao lado do processo civil clássico, têm surgido novas tendências e instrumentos, que se destinam a fazer frente às necessidades da sociedade de massa, dentre elas, buscar pacificar um número cada vez maior de conflitos de interesses de seus integrantes.

As atuais tendências não suprimem o processo tradicional, mas com ele se harmonizam. Há, nos dias de hoje, notável preocupação com certos aspectos do processo, para os quais as regras até então postas não davam solução adequada. São notórios, por exemplo, os problemas relacionados ao acesso à justiça e à lentidão dos processos, bem como à distribuição dos ônus decorrentes da demora na solução dos conflitos. Existe, também, a preocupação quanto à socialização da justiça, que provém da consciência de que muitos dos conflitos de interesses deixavam de ser levados a juízo, seja em virtude do custo que isso demandava, seja porque o interesse não tinha um lesado direto, pois o dano pulverizava-se entre toda a sociedade (interesses difusos e coletivos).

Embora seja inevitável, na maioria das vezes, a judicialização dos conflitos, crê-se na conscientização da importância de reduzir ao máximo o âmbito e o grau de litigiosidade, somente levando à apreciação judicial os conflitos que restarem insuperáveis, em homenagem ao que aqui se ousa chamar de *princípio da litigiosidade mínima*, que tem como ideia principal a utilização de meios legais que façam reduzir o número de demandas levadas à decisão final do Poder Judiciário.

É a otimização necessária, que pode preceder a judicialização ou ocorrer no curso do processo, subtraindo ou abreviando sua existência, e contribuindo para a realização concreta do direito com maior presteza, em consonância com a atual tendência da efetividade da tutela dos direitos.

Aderindo à mesma ideia de redução de litigiosidade, mas a abordando mais em relação à ação civil pública, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida⁷⁶ leciona que o aumento e a complexidade dos conflitos, analisados no campo histórico, se deu em virtude da interpenetração das esferas privada, pública e difusa :

A visão holística, integrada e sincrética dos clássicos ramos, disciplinas, institutos e instrumentos jurídicos é a tendência dos últimos tempos, o que implica um nível maior de complexidade na compreensão, diagnóstico e solução dos conflitos individuais ou coletivos, nas relações e interações múltiplas propiciadas pela sociedade contemporânea.

E arremata :

Nesse contexto é compreensível e justificável o aumento da litigiosidade e da complexidade das questões processuais e de mérito, por força, entre outros fatores, da convivência e interpenetração de três órbitas de interesses (privada, pública e difusa), conflitantes entre si, e que podem ser lesadas ou ameaçadas de lesão simultaneamente.

Se não nos é possível eliminar a fonte crescente dos conflitos, nem tampouco restringir o constitucional acesso à justiça, nem muito menos garantir ao sistema judiciário uma estrutura compatível com o desiderato que lhe é outorgado, outra alternativa não nos resta senão buscar, dentro dos meios que o ordenamento jurídico nos concede, uma mudança na consciência jurídica que possibilite uma redução da litigiosidade, que em última análise, nada mais significa do que uma menor quantidade de demandas ajuizada.

Mas, para que isso aconteça, mister se faz uma mudança na consciência jurídica, hoje tão atrelada e conformada à idéia do litígio quantitativo e às técnicas do processo judicial individual.

Nas palavras de Kazuo Watanabe⁷⁷, a cultura da sentença instalou-

⁷⁶ A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios, Coordenador Edis Milaré, Editora Revista dos Tribunais, ano 2005, pág. 113-115

⁷⁷ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In : YARSHELL, Flávio; MORAES, Maurício Zanoite de. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, pág.687

se assustadoramente na sociedade, preconizando um modelo de solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses. Há que se substituir, paulatinamente, a cultura da sentença pela cultura da pacificação.

Sustenta Rodolfo de Camargo Mancuso⁷⁸ que apenas com uma mudança de mentalidade se passará a considerar como boa demanda aquela que (i) preferivelmente, foi prevenida de algum modo; ou (ii) foi antes submetida às instâncias de mediação, à arbitragem ou aos órgãos para-jurisdicionais; enfim, (iii) se judicializada, puderam as partes, não obstante, encerrá-la antecipadamente, mesmo em segundo grau, mediante conciliação bem conduzida e orientada por agente preparado para esse mister.

E será nesse cenário que se debruçará de agora em diante, abordando os instrumentos de que se dispõe para reduzir o número de litígios submetidos à apreciação final do Poder Judiciário, sem que isso comprometa o amplo acesso à justiça ou a pacificação de conflitos.

É importante salientar, contudo, que foge dos limites do presente trabalho científico uma abordagem aprofundada sobre tais instrumentos. Não serão aqui tratadas matérias que não guardem alguma relevância com o tema. Exemplificando, ao se fazer referência à tutela coletiva, não se fará uma análise sobre legitimidade, competência ou inquérito civil, mas sim sobre a forma como ela poderá contribuir para a distribuição mais plena, rápida e eficaz da justiça, a quem dela fizer jus.

⁷⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. *Separata da Revista dos Tribunais*, ano 93, v.820, fev-2004, pág.25

4.1 TUTELA COLETIVA

Um enorme passo para a solução de conflitos, utilizando-se de um grau mínimo de litigiosidade, é a mudança de paradigma do processo individual para o coletivo. A tutela jurisdicional coletiva surgiu para garantir o acesso à justiça àqueles direitos que ficariam excluídos da apreciação judicial, caso se adotassem, pura e simplesmente, as regras do processo civil clássico, de orientação individualista. Prima a sua existência pelos critérios de celeridade, economia processual, efetividade do processo e substitutividade de partes, reduzindo o número de ações a serem encaminhadas ao exame judicial.

Discorrendo sobre a tutela coletiva, assim ensina Mazzilli⁷⁹ :

Sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupo, não é apenas, porém, o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica ou fática, mas, mais do que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual dos lesados à Justiça seja substituído por um processo coletivo, que não apenas deve ser apto a evitar decisões contraditórias como ainda conduz a uma solução mais eficiente da lide, porque o processo coletivo é exercido de uma só vez, em proveito de todo o grupo lesado.

Diga-se, a tutela coletiva gera a redução da litigiosidade pela simplificação subjetiva da lide. A decisão proferida em uma única ação, beneficiará uma diversidade de pessoas, que para isso, não necessitam levar suas demandas individuais ao conhecimento do Judiciário.

4.1.1 A transindividualização dos interesses

As transformações sociais e a multiplicação dos direitos vieram a acarretar uma nova visão de Estado. A postura liberal, fundada na exacerbação e realização plena do indivíduo, é aos poucos abandonada, rumando para uma idéia

⁷⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. Obra citada, pág.44

de socialização dos direitos e interesses.

Segundo o ensinamento de Eduardo Appio⁸⁰ :

A transformação de sociedades tradicionais, fundadas num regime que correspondia aos dos negócios privados, cede espaço a uma nova sociedade massificada, a 'sociedade de risco', na qual a produção de bens e serviços em larga escala, bem como a redução do papel do Estado nas áreas de intervenção econômica e social, rende ensejo à emergência a uma nova categoria de direitos, a qual se contrapõe aos direitos tradicionais do indivíduo contra o Estado. Estes novos interesses e direitos estão ligados às prestações positivas do Estado, especialmente na proteção dos bens públicos e sociais, motivo pelo qual o aparato processual existente não corresponde à complexidade das sociedades pós-modernas.

Norberto Bobbio⁸¹ define a sociedade de massa como "aquela em que grandes parcelas da população se encontram envolvidas seguindo modelos de comportamento generalizados, seja na produção em larga escala, na distribuição, no consumo de bens e serviços".

Registre-se que não foi a transformação do Estado Liberal em Social que estimulou as mudanças sociais. Ao contrário, tais mutações nas relações dos indivíduos em sociedade é que trouxeram consigo essa nova visão.

Nesse quadrante, tem-se que os interesses transindividuais não são uma criação original, surgem a partir dessa nova concepção de sociedade e Estado.

Os interesses transindividuais não são a soma de meros interesses individuais, mas aqueles que são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas, em que o objetivo é a preservação de valores que interessam a um grupo coletivamente e não especificamente a este ou aquele elemento que dele faça parte. Tais interesses distinguem-se dos meramente individuais, na proporção em que estes dizem respeito apenas aos direitos subjetivos individuais das pessoas

⁸⁰ APPIO, Eduardo. A ação civil pública no Estado Democrático de Direito. 4 edição. Curitiba, Juruá, 2009, pág.16. Acrescenta o autor, mais adiante, que *'ao assumir a condição de prestador de serviços, o Estado social amplia sua presença junto à sociedade, motivo pelo qual os direitos de natureza estritamente individual – amparados na liberdade humana – passam a um segundo plano. Os direitos coletivos passam a se constituir em instrumentos indispensáveis para a sobrevivência humana, na medida em que tutelam a dignidade da pessoa humana nas suas relações em sociedade'*. (Obra citada, pág.24-25)

⁸¹ BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO. Dicionário de política. Brasília, UNB, 1998, v.2, pág.1211

envolvidas em dada relação fática ou jurídica.

O direito, por sua vez, tende a acompanhar essa metamorfose, de forma que a tutela jurisdicional encontre adequação às novas realidades e necessidades sociais.

Pode-se dizer que os instrumentos processuais que eram suficientes e adequados para a solução dos conflitos individuais, marcantes na sociedade liberal, perdem a sua funcionalidade perante os novos e complexos conflitos coletivos.⁸²

A tutela jurisdicional transindividual, que será tratada com maior envergadura nos tópicos seguintes, vem ao encontro da idéia de efetividade do processo e realização dos direitos e da justiça, permitindo que o Estado cumpra, com maior propriedade, sua função de proteger os bens jurídicos, máxime diante de um conflito instaurado. A tutela passa a ser molecularizada, ao invés de atomizada, atingindo um maior número de lides e proporcionando um mais amplo espectro de pacificação social.

4.1.2 Tutela individual e tutela coletiva

Para que se possa entender a diferença entre tutela individual e tutela coletiva, necessário se faz uma análise sobre o instituto da jurisdição, diferenciando tutela jurídica e tutela jurisdicional estatal, para depois serem citados alguns aspectos de classificação desta última.

A grande parte das definições de jurisdição contém como elementos básicos a existência de um conflito de interesses, a intervenção do Estado para solucioná-lo mediante a aplicação da lei, e o restabelecimento da ordem jurídica ao 'status quo ante'.

Invocando conceito de Liebman, Humberto Theodoro Júnior⁸³, define jurisdição como "o poder que toca ao Estado, entre as suas atividades

⁸² LENZA, Pedro. Teoria Geral da Ação Civil Pública. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág.24

⁸³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, volume 1, 26 edição, Editora

soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”.

Verifica-se, então, que o Estado traz para si a função de substituir-se às partes na solução dos conflitos de interesses que surgem na vida em sociedade.

Assim prescreve Dinamarco⁸⁴ :

O conceito de jurisdição difere do de tutela jurisdicional, uma vez que esta é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo. Ela consiste na melhoria da situação de uma pessoa, pessoas ou grupo de pessoas, em relação ao bem pretendido ou à situação imaterial desejada ou indesejada. Receber tutela jurisdicional significa obter sensações felizes e favoráveis, propiciadas pelo Estado mediante o exercício da jurisdição.

Desta forma, importante considerar, pois, que a tutela jurisdicional é a tutela do indivíduo, o direito que ele possui de invocar o Judiciário, batendo em suas portas e apresentando pedidos, para que, por meio dos instrumentos de que o Estado disponha, torne aplicável a lei ao caso concreto.

Sob outro vértice, tem-se que tutela jurídica difere de tutela jurisdicional.

Tutela jurídica consiste na proteção legal e institucional que se dá a determinado direito ou gama destes. Tem, por isso, conteúdo substancial, material, protetivo de direitos, que se convencionou chamar bem da vida.

Se, por um lado, o Estado outorga proteção ao bem da vida, prometida por meio de lei genericamente editada, estática, com caráter descritivo, limitador e sancionador, de regra, necessita o Estado garantir também a proteção efetiva, dinâmica, do titular do direito invocado, quando lesado.

E é aí que entra em jogo a tutela jurisdicional, que tem como elemento a jurisdição, ou seja, possui caráter processual, instrumental, adjetivo e,

Revista Forense, pág.34

⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, 4 edição, Editora Malheiros, pág.104

segundo Dinamarco, é “a proteção que, por meio do processo e pelo exercício da jurisdição, o Estado dá ao sujeito que tiver razão no litígio”.⁸⁵

A classificação da tutela jurisdicional pode se dar por diversos prismas, interessando ao presente trabalho aquela que trata do universo sobre o qual atua, sendo possível diferenciá-la em:

a) tutela individual propriamente dita, ou individual em sua acepção plúrima, a exemplo da possibilidade de intervenção de terceiros, litisconsórcio e obrigações solidárias;

b) tutela coletiva, que é aquela que trata dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

De início, é bom esclarecer que as crises jurídicas observadas no campo da tutela individual, também são encontradas na seara da tutela coletiva. Por exemplo, as crises de certeza, típicas do processo de conhecimento, ou aquelas de adimplemento, próprias do processo de execução, estão presentes em ambas as espécies de tutela.

As principais diferenças entre a tutela individual e coletiva são bem sintetizadas por Hugo Nigro Mazzilli⁸⁶ :

a) na tutela coletiva, estabelece-se uma controvérsia sobre interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas (enquanto, nos conflitos coletivos, o objeto da lide são interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, já, nos conflitos individuais, de regra a controvérsia cinge-se a interesses propriamente individuais.

É importante frisar que a tutela coletiva não é a mera soma de interesses individuais, pois se assim fosse estar-se-ia diante da figura do litisconsórcio.

b) na tutela coletiva, é freqüente a conflituosidade entre os próprios grupos envolvidos (enquanto, nos conflitos tipicamente individuais, a lide se estabelece entre autor e réu, ainda que agindo em conjunto com litisconsortes, já nos conflitos coletivos, temos, não raro, grupos, categorias ou classes de pessoas com pretensões colidentes entre si, como as de um grupo que, ao invocar o direito ao meio ambiente sadio, deseje o fechamento

⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Obra citada, pág.40

⁸⁶ Obra citada, pág.44-45

de uma fábrica, e as de outro grupo de pessoas que dependam, direta ou indiretamente, da manutenção dos respectivos empregos ou da continuidade da produção industrial, para sua própria subsistência).

É sempre oportuno lembrar que o espectro de atuação da decisão judicial em uma lide coletiva é muito mais extenso do que aquele que se observa no processo que envolve o conflito entre interesses individuais.

- c) a defesa judicial coletiva faz-se por meio de legitimação extraordinária (enquanto, nos conflitos individuais, aquele que pede a prestação jurisdicional é, de regra, quem invoca a titularidade do direito a ser defendido, já, nos conflitos coletivos, o autor da ação civil pública ou coletiva defende mais do que o direito próprio à reintegração da situação jurídica violada, pois também e especialmente está a defender interesses individuais alheios, não raro até mesmo divisíveis, os quais são compartilhados por grupo, classe ou categorias de pessoas).

Difere a legitimação ordinária da extraordinária, uma vez que, na primeira, alguém, em nome próprio, defende interesse próprio, enquanto na segunda, alguém, em seu nome, está a defender um interesse alheio. Para esta última hipótese, pode-se exemplificar o ajuizamento, pelo Ministério Público, de uma ação civil pública, com o fim de obrigar o Município a construir mais creches às crianças de 0 a 5 anos de idade.

- d) na tutela coletiva, a destinação do produto da indenização normalmente é especial (enquanto, nas ações civis públicas ou coletivas que versem interesses difusos e coletivos, o produto da indenização vai para um fundo fluído, de utilização flexível na reparação do interesse lesado, já nas ações individuais, o produto da indenização destina-se diretamente aos lesados, assim como ocorre, por exceção, na defesa coletiva de interesses individuais homogêneos).

Essa destinação fluída da indenização no processo coletivo se dá justamente pela dificuldade de dar destino adequado ao produto da condenação, sobretudo quando se está diante de interesses difusos, onde a quantificação e qualificação dos lesados são praticamente impossíveis.

- e) na tutela coletiva, como os co-legitimados ativos para a ação civil

pública ou coletiva não são titulares dos interesses transindividuais objetivados na lide, é necessário que a imutabilidade do 'decisum' ultrapasse os limites das partes processuais (coisa julgada 'erga omnes' ou 'ultra partes'), ao contrário do que ocorre com a coisa julgada nas ações tipicamente individuais (onde a imutabilidade do dispositivo fica restrita às partes do processo).

Interpretar o instituto da coisa julgada nas ações coletivas da mesma forma que se faz na tutela individual, seria o mesmo que desvirtuar toda a utilidade prática da tutela coletiva. A decisão proferida nesta seara não fica restrita às partes formais do processo, mas se irradia para alcançar toda a coletividade envolvida, que é representada judicialmente por um ente a quem a lei atribuiu legitimidade para tanto.

- f) na tutela coletiva, prevalecem os princípios de economia processual (enquanto, na tutela coletiva, discute-se numa só ação o direito de todo o grupo, classe ou categorias de pessoas, já, na defesa individual, as ações judiciais dos lesados ficam pulverizadas, o que normalmente enseja julgamentos contraditórios, com grande desprestígio para administração da Justiça, pois indivíduos em idêntica situação fática e jurídica acabam recebendo soluções díspares; essas incoerências, aliadas às despesas do processo, levam muitos lesados a abandonarem a defesa de seu direito e desistirem do acesso individual à jurisdição).

Na verdade, a tutela coletiva vai se diferenciar da individual menos pelos tipos de resultados e mais por aspectos abstratos relacionados aos princípios regentes e influenciadores das técnicas coletivas.⁸⁷

Pedro da Silva Dinamarco⁸⁸ afirma que “a tutela coletiva diz respeito aos meios e ao resultado da proteção de direitos pertencentes a um grupo, determinável ou não, socialmente relevante”.

⁸⁷ ABELHA, Marcelo. Ação civil pública e meio ambiente. 2 edição, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004, pág.156. Para o autor, *a tutela é identificada como coletiva quando o sistema dispõe de um arsenal de técnicas processuais destinadas precipuamente à proteção de direitos coletivos, que, tendo sido reconhecidos no plano substancial do ordenamento, acabaram por exigir uma instrumentação processual que fosse adequada à sua realidade e realização. Esses instrumentos – embora sejam debeladores dos mesmos tipos de crise que ensejam a utilização da tutela individual – são imbuídos de uma carga ideológica um pouco diferente daquela que informa as técnicas processuais individuais. O processo coletivo, exige, pois, um raciocínio coletivo. E mesmo quando se lhe emprestam subsidiariamente algumas técnicas individuais, estas devem ser sempre interpretadas de modo a atender às finalidades coletivas.*

⁸⁸ DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação civil pública. São Paulo, Saraiva, 2001, pág.14

O sistema processual pátrio fincou suas estacas sob a égide do processo de cunho individualista. Contudo, o aparecimento da sociedade de massa e o surgimento de novos direitos, não encontravam nessa técnica solução adequada. Necessária se fez uma mudança na forma de enxergar o processo, com vistas a superar as limitações observadas na tutela individual, ou seja, um conjunto de novas técnicas processuais destinadas a dar efetividade aos interesses metaindividuais.

Diversos institutos passaram a ser repensados e remodelados. A legitimidade ordinária cede espaço à extraordinária ou, para alguns, à originária ou anômala. Os efeitos da coisa julgada não mais se circunscrevem às partes formais do processo, atingindo a outros que sequer participaram da relação processual.

Em lugar de interesses individuais, passa-se a tratar dos interesses metaindividuais, supra-individuais ou transindividuais. Tratando dessa última categoria, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, elenca tais modalidades em *interesses difusos*, *interesses coletivos (stricto sensu)* e *interesses individuais homogêneos*.

Interesses difusos são aqueles transindividuais, de natureza indivisível, pertinentes a um grupo indeterminado de pessoas, ligadas por circunstâncias de fato. Tais interesses podem ser caracterizados sob dois aspectos:

a) subjetivo : indeterminação dos membros do grupo ao qual o interesse pertine, bem como a inexistência de relação jurídica base entre tais pessoas.

b) objetivo : indivisibilidade do bem jurídico.

Interesses coletivos são aqueles transindividuais de natureza indivisível, concernentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base preexistente. Tais interesses podem ser caracterizados sob dois aspectos:

a) subjetivo : existência de relação jurídica base preexistente entre os membros do grupo ou com a parte contrária e determinabilidade dos membros do grupo.

b) objetivo : indivisibilidade do bem jurídico.

Interesses individuais homogêneos são aqueles divisíveis de pessoas determináveis, que o ordenamento permite serem tratados coletivamente,

como uma utilidade indivisa, por derivarem de uma origem comum, decorrente de relações jurídicas base que nascem posteriormente à lesão a um bem jurídico protegido por um interesse difuso ou coletivo. Tais interesses podem ser caracterizados ainda sob dois aspectos :

a) subjetivo : origem comum, consistente na existência de relação jurídica base com a parte contrária, e determinabilidade dos componentes do grupo a que diz respeito o interesse.

b) objetivo : divisibilidade do bem jurídico.

A caracterização do interesse decorrerá, no caso concreto, do tipo de tutela jurisdicional postulada, ou seja, irá depender do pedido que venha a ser concretamente formulado na ação coletiva. Por exemplo, é difuso o interesse de pessoas ligadas por uma degradação ambiental em determinada região do País. É coletivo o interesse de pessoas que pleiteiam o reconhecimento da ilegalidade de um aumento nas prestações de um consórcio, fundado em cláusula abusiva. É individual homogêneo o interesse a ligar inúmeros consumidores, que adquiriram determinado produto defeituoso, pertencente a toda uma série de fábrica.

4.1.3 O grau de conflituosidade dos interesses transindividuais

A conflituosidade envolvendo interesses metaindividuais é bem diversa daquela que envolve os puramente individuais, por conta da extensão dos efeitos de um e de outro. E não é só. Entre os próprios interesses transindividuais, há uma enorme distinção entre o grau de conflito dos difusos, destes para os coletivos e destes para os individuais homogêneos.

No que diz respeito aos interesses difusos, que são aqueles de titularidade de todas as pessoas, mas de nenhuma em particular, prepondera um grau de conflituosidade que se pode chamar de máxima. A título exemplificativo, tome-se a hipótese do interesse social de construção de uma usina hidrelétrica às margens de um rio, que por outro lado, entra em conflito com o interesse da população ribeirinha, que, para isso, deverá ser desalojada de suas próprias casas. Nesta balança, pesará a decisão da autoridade pública, que fará sua opção baseada em políticas de governo. Qualquer que seja ela, desagradará a um ou a outro polo, criando um inafastável conflito.

A respeito do grau de conflituosidade envolvendo os interesses difusos, assim discorre Pedro Lenza⁸⁹ :

Quando se analisam os interesses difusos, marcados pela transcendência e indeterminação de seus titulares, tendo por objeto um bem indivisível e indisponível, os conflitos de massa deles decorrentes não se coadunam com a clássica descrição da fórmula 'Tício x Caio'. Havendo conflito de interesses difusos, a escolha de um implicará, necessariamente, o preterimento de outro, não se podendo dizer que uma escolha é certa ou errada. As posições, por mais contrastantes que sejam, devem conviver e, no entrechoque de valores, serão as escolhas políticas que orientarão a preponderância de um interesse difuso sobre outro.

Ada Pellegrini Grinover⁹⁰ lembra outras hipóteses onde se estará diante de um conflito entre interesses difusos:

... o interesse à contenção dos custos de produção e dos preços contrapõe-se ao interesse à criação de novos postos de trabalho, à duração de bens colocados no comércio, etc. O interesse à preservação das belezas naturais contrapõe-se ao interesse da indústria edílica, ou à destinação de áreas verdes a outras finalidades; o interesse ao transporte automobilístico não poluente e barato contrapõe-se ao interesse por um determinado tipo de combustível; o interesse à informação correta e completa contrapõe-se ao interesse político em manter um mínimo de controle sobre os meios de comunicação em massa, etc.

O sacrifício de um dos grupos de interesses envolvidos é inevitável. Questiona-se bastante até que ponto pode o Poder Judiciário substituir a vontade da autoridade política a quem compete a decisão de governo, prevalecendo a corrente que prega a possibilidade do julgador ater-se aos limites da legalidade, não podendo ele determinar qual a escolha política seria a mais adequada para tal hipótese em concreto, sob pena de ferir o princípio constitucional que trata da tripartição dos poderes. Contudo, cresce a tendência de determinação judicial ao Executivo para que implemente as políticas públicas necessárias à consecução dos fins constitucionais, quando essas normas se mostrem impositivas de um dever que foge ao campo de discricionariedade política do governante, como aquela que obriga o

⁸⁹ LENZA, Pedro. Obra citada, pág.86

⁹⁰ GRINOVER, Ada Pelegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. RePro n. 14-15, São Paulo,

Poder Público a custear os medicamentos necessários à vida e saúde de pessoas carentes.

Essa conflituosidade, por sua vez, não se revela tão intensa no campo dos interesses coletivos, uma vez que estes estão circunscritos a um grupo determinado e limitado, diferente dos interesses difusos, cuja fluidez do objeto amplia ao infinito a área de conflito. Tome-se o exemplo de uma associação de proteção ao consumidor, que ajuíza uma ação civil pública para obrigar uma administradora de plano de saúde a dar cobertura a um dado tipo de patologia. O litígio existe, mas não se alastra ao infinito, estando circunscrita apenas àquela comunidade.

Já no campo dos interesses individuais homogêneos, a área de conflito é ainda menor. Trata-se, em verdade, de verdadeiros interesses individuais, que apenas acidentalmente adquirem uma roupagem coletiva. É o caso de uma meia dúzia de importadores de carros de luxo que tiveram tais bens danificados durante o transporte. Havendo resistência do responsável pela importação, o conflito nasce e o litígio se instaura, até ser decidido consensualmente pelos envolvidos, ou impositivamente pelo órgão jurisdicional estatal ou arbitral.

4.1.4 Importância da tutela coletiva

O surgimento da sociedade de massa provocou uma completa reformulação na técnica processual hábil à resolução dos conflitos. O sistema tradicional, de caráter individualista, não mais atingia a eficácia que dele se esperava, passando à necessidade de repensar e reinterpretar diversos institutos, mas à luz dos princípios da tutela coletiva.

Há poucas décadas, o ordenamento jurídico não dava proteção adequada a bens ou direitos de caráter coletivo. As lesões causadas a bens de todas as pessoas, mas de nenhuma em particular, como o meio ambiente, não recebiam qualquer tutela do órgão encarregado da jurisdição. Isso porque não se contemplava legitimidade a nenhum ente em particular para a defesa de tais interesses. A regra da legitimidade 'ad causam' prevista no artigo 6 do Código de

Processo Civil, segundo a qual cada um defenderia em Juízo os seus próprios interesses, não comportava grandes exceções.⁹¹

Impunha-se uma reforma legislativa que criasse mecanismos de proteção dos interesses metaindividuais, tanto no plano material como processual. Afinal, o direito não pode ficar alheio à transformação social, sob pena de restar esvaziado em seu conteúdo.

Atento a essa questão, sustentou Luiz Fernando Bellinetti⁹²:

Com a sociedade de massa, é necessária outra perspectiva, que encara situações jurídicas, em que a preocupação não é propriamente estabelecer regras que protejam os direitos subjetivos das pessoas envolvidas, mas sim fixar normas que preservem determinados bens ou valores que interessam a um grupo (determinado ou indeterminado) de pessoas, estatuidando o dever jurídico de respeito a esses bens ou valores, e conferindo a determinados entes da sociedade o poder de acionar a Jurisdição para fazer cumprir tais deveres. Nessa perspectiva não se tem em vista os direitos subjetivos individuais das pessoas envolvidas, embora ela não os exclua. Ao contrário, as duas perspectivas convivem, como dois mecanismos que se dedicam a um mesmo fenômeno, porém tentando controlá-lo com ferramentas diversas de eficácia diversa. Uma perspectiva visa proteger os direitos subjetivos, tutelando-os individualmente; a outra objetiva preservar interesses do grupo social através da imposição do dever jurídico de abstenção da conduta que viole tais interesses. Esta segunda encara a situação jurídica de forma objetiva e coletiva.

A conclusão quanto à necessidade de uma tutela jurisdicional coletiva foi fruto de um processo de conscientização construído no decorrer dos tempos. Essa nova tendência é aquela centrada na idéia de coletivização dos litígios.

A transformação dessa mentalidade teve início com a edição da Lei da Ação Popular, no ano de 1965. Tímida, não trouxe grandes avanços na tutela coletiva, que só veio a ser melhor disciplinada com o advento da Lei da Ação Civil

⁹¹ “O tratamento individualista dado pelo direito processual às relações jurídicas não contribuía para a solução desses litígios típicos da sociedade moderna. Inúmeros e repetidos prejuízos causados aos cidadãos continuavam totalmente impunes, pois não havia caminhos processuais para que o litígio fosse solucionado (ausência de pessoas legitimadas ou de formas de tutela adequadas para aquela situação), ou ainda porque muitas vezes o custo e o risco do processo seriam muito maiores que os possíveis benefícios”. (DINAMARCO, Pedro da Silva. Obra citada, pág.13)

⁹² BELLINETTI, Luiz Fernando. Ações coletivas – um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – a relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. Revista de Processo, São Paulo, n. 98, abril/junho 2000, pág.125-126

Pública, em 1985. Mas o tratamento adequado da questão só ganhou novos rumos com a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor em 1990, que juntos, criaram um microsistema de tutela coletiva.

Com efeito, a Magna Carta contemplou diversos remédios processuais hábeis a permitir o acesso à justiça em termos de tutela coletiva. Dentre os principais, pode-se citar a conferência de legitimidade ao Ministério Público para instauração de inquérito civil e o ajuizamento de ação civil pública; a instituição da figura do mandado de segurança coletivo; o alargamento do objeto da ação popular; a ampliação do rol de legitimados ativos para a defesa dos interesses transindividuais.

A tutela coletiva proporcionou um novo canal de acesso à justiça, de forma a reduzir a litigiosidade contida no seio social. Através de uma única ação coletiva, por exemplo, muitas angústias e insatisfações serão represadas nos mares da justiça. O resultado útil da demanda proposta pelo autor coletivo, beneficiará centenas, quando não muito, milhares de pessoas que estejam em uma dada situação fática ou jurídica. Por certo, tais pessoas não tomariam a iniciativa de ajuizar uma ação individual, seja pela incerteza do direito, seja pela morosidade da justiça, seja pelos altos custos do processo, seja pelo reduzido benefício que poderiam usufruir.

Compartilhando da idéia de que a tutela coletiva minoraria a crise que se instalou no Judiciário, enfoca Pedro da Silva Dinamarco⁹³ :

Curiosamente, ao mesmo tempo em que amplia o número de jurisdicionados, o tratamento coletivo dos litígios individuais tem também o grande mérito de contribuir para o desafogamento do Poder Judiciário, trazendo um benefício indireto a toda a sociedade, na medida em que em um único processo resolve problemas tradicionalmente diluídos em milhares deles. Conseqüentemente, contribui para a diminuição da morosidade geral da prestação jurisdicional. Como todo instrumento, o processo será tanto mais

⁹³ DINAMARCO, Pedro da Silva. Obra citada, pág.44. Arremata o autor que *a maior importância da tutela coletiva esteja na conscientização daquele que usualmente causava danos a interesses metaindividuais. Alguns fornecedores, degradadores do meio ambiente, e outras pessoas que estavam acostumadas a subestimar os direitos metaindividuais, diante da secular impunidade que cercava essas questões, passaram a temer a mera potencialidade de uma demanda judicial coletiva. Não só a demanda em concreto, na qual ele já figura como réu, mas o grande risco potencial que uma demanda coletiva pode significar para sua sobrevivência econômica.*

eficaz quanto mais rapidamente alcançar seu objetivo, mediante a menor utilização de esforços e de dinheiro.

E nesse ponto talvez resida a válvula de redução de litigiosidade sustentada no presente trabalho. Através da substituição, quando possível, da tutela individual pela coletiva, menos ações serão levadas à apreciação final do Poder Judiciário, sem que isso importe em restrição ou impedimento do acesso à justiça.

Grinover, citada por Pedro Lenza⁹⁴, destaca a relevância social da tutela coletiva em razão da peculiaridade do conflito de interesses:

Imagine-se o caso de um fabricante de óleo combustível que esteja lesando os consumidores em quantidade bem pequena, insuficiente para motivar um ou mais consumidores isoladamente a procurar a Justiça para reclamar a reparação do prejuízo. Se é ínfima a lesão individual, não o será, certamente, a lesão na perspectiva coletiva, que poderá estar afetando milhões de consumidores. Em casos assim, de dispersão muito grande de consumidores lesados e de insignificância da lesão na perspectiva individual, haverá certamente relevância social na tutela coletiva, para que o fornecedor seja obstado no prosseguimento da prática ilícita.

Eduardo Appio⁹⁵, por sua vez, proclama a importância política da tutela coletiva :

A tutela jurisdicional dos interesses difusos, coletivos e dos interesses individuais homogêneos representa um notável avanço do direito processual civil no sentido de ampliação do acesso à Justiça. A dimensão política destes mecanismos que permitem tutelar interesses e direitos ligados a um grande contingente de cidadãos consiste na possibilidade de concretização de direitos e valores previstos na Constituição Federal de forma rápida e eficaz. Não se busca, através das ações coletivas, a eficiência processual exigida no tocante à Administração Pública, mas sim, efetividade decorrente da outorga do bem da vida aos seus correspondentes titulares, observados os princípios que regem o devido processo, no menor tempo possível.

4.1.5 O microssistema de defesa dos interesses transindividuais

A análise de cada um dos institutos da tutela coletiva pressupõe o

⁹⁴ LENZA, Pedro. Obra citada, pág.91

⁹⁵ Obra citada, pág.18

conhecimento acerca do sistema de interação existente entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, como que em uma verdadeira simbiose de normas⁹⁶.

Na defesa de interesses transindividuais, qualquer espécie de tutela jurisdicional pode ser invocada. Justifica-se.

A Lei n. 7347/85, desde sua edição, previu, em seu artigo 19, a aplicação do Código de Processo Civil naquilo que com ela fosse compatível. Assim dispõe referido dispositivo:

“Art. 19 – Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições”.

Assim não bastasse, o Código de Defesa do Consumidor alterou a redação do artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública, para assim passar a dispor:

“Art. 21 – Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”⁹⁷

Como o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que qualquer forma de tutela jurisdicional pode ser prestada para a defesa dos interesses do consumidor, afirma-se que sua combinação com o artigo 21 da Lei 7347/85 traria a mesma amplitude à tutela jurisdicional provocada pela ação civil pública. Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli⁹⁸ :

Hoje, porém, por força da remissão contida no art. 21 da Lei 7.347/85, passaram a caber ‘quaisquer outras ações’ em defesa de

⁹⁶ “Há, por assim dizer, uma perfeita interação entre os sistemas do CDC e da LACP, que se completam e podem ser aplicados indistintamente às ações que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais, observado o princípio da especialidade das ações sobre relações de consumo, às quais se aplica o Título III do CDC, e só subsidiariamente a LACP. Esse interagir recíproco de ambos os sistemas (CDC e LACP) tornou-se possível em razão da adequada e perfeita compatibilidade que existe entre eles por força do CDC e, principalmente, de suas disposições finais, alterando e acrescentando artigos ao texto da Lei n. 7347/85” (cf. NERY Júnior, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 7 edição, Editora Forense Universitária, pág.917)

⁹⁷ “Considerando o texto do art. 21 da Lei 7.347/85, o qual impõe ao intérprete aplicar as disposições contidas na Lei 8.078/90 ao estatuto de regência das ações civis públicas, não há dúvida de que os dispositivos devem ser aplicados de forma sistemática, na medida em que engendra um sistema coerente de proteção dos direitos coletivos”. (APPIO, Eduardo. Obra citada, pág.53)

⁹⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. Obra citada, pág.228-229

interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Com efeito, o art. 21, introduzido pela Lei n. 8078/90, manda aplicar subsidiariamente as normas processuais do CDC à defesa de quaisquer interesses transindividuais; daí, com a interação dos arts. 21 da LACP e 83 do CDC, torna-se admissível a propositura de qualquer tipo de ação civil pública ou coletiva, não só para defesa de interesses transindividuais do consumidor, mas também para a defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural, do patrimônio público e social, bem como de quaisquer outros interesses transindividuais.

Dessa forma, para a proteção de interesses transindividuais, são admissíveis ações de natureza cognitiva, executiva ou cautelar. Assim, exemplificativamente, pode-se propor uma ação coletiva para condenar alguém ao ressarcimento de dano ao erário público. Na hipótese do não adimplemento voluntário da obrigação, pode ser movida uma outra ação, a execução civil pública. Ainda, caso o obrigado esteja dilapidando todo o seu patrimônio, a fim de fugir da responsabilidade reparatória, caberá a invocação da tutela de urgência, no caso, mediante o ajuizamento de uma ação de caráter acautelatório.⁹⁹

A esse regramento, sempre com esteio na Constituição Federal, adiciona-se a Lei da Ação Popular, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto das Cidades, dentre outros diplomas legislativos¹⁰⁰, todos com previsão de ações coletivas em suas disposições, cada qual tutelando um determinado bem jurídico de índole difusa, coletiva ou individual homogênea.

Está-se, pois, diante do que se chama de tutela coletiva geral e tutela coletiva específica. A primeira é aquela que encontramos na Lei n. 7347/85, quando muito em sua combinação com o Código de Defesa do Consumidor, ao prescrever a possibilidade de tutela genérica de qualquer interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo. A segunda é aquela que contém um regramento específico para a defesa de interesses metaindividuais atinentes a um determinado e particular objeto, como a Lei n. 10741/03, que traz a possibilidade da tutela coletiva em favor dos interesses dos idosos, a Lei n. 7853/89, que faz o mesmo em relação

⁹⁹ “Concluindo, pois, tem-se que, assim como as técnicas individuais, as coletivas também são prestadoras de tutela preventiva, reparatória e sancionatória, todas destinadas a debelar crises de mera certeza jurídica, de adimplemento e de situações jurídicas. Todavia, só se alcançarão aqueles resultados de modo justo com uma intensa e maciça dose de influência do princípio inquisitivo e do princípio da isonomia real”. (ABELHA, Marcelo. Obra citada, pág.157)

¹⁰⁰ Apenas exemplificativamente, cite-se : Lei 10741/03 – Estatuto do Idoso, Lei 7853/89 – Defesa dos portadores de deficiência, Lei n. 6938/81 – Defesa do meio ambiente.

aos portadores de deficiência e a Lei n. 8069/90, que trata das crianças e adolescentes.

Cumprе salientar, contudo, que ainda que haja uma lei específica tratando da tutela coletiva de determinado segmento, isso não exclui a possibilidade de aplicação conjunta das disposições da LACP e CDC. Apenas a título exemplificativo, passa-se à análise de uma situação que viole um direito coletivo de idosos.

Damásio Evangelista de Jesus¹⁰¹, comentando a interação que deve existir entre o Estatuto do Idoso, a Lei 7347/85 e o Código de Defesa do Consumidor, faz as seguintes considerações:

O sistema jurídico é plural e a aplicação por reciprocidade de normas jurídicas de diferentes matizes sempre é possível, ainda que silente o legislador, reconhecendo-se possível a interpenetração de normas (sobretudo as processuais), por reconhecimento de subsidiariedade, complementação e coerência de normas. Há aplicação do princípio da subsidiariedade porque as lacunas do Estatuto do Idoso, no que se refere à tutela jurisdicional coletiva, são aplicadas a partir das normas gerais dispostas na Lei n. 7347/85 e do Código de Processo Civil (leis gerais que não preterem a aplicação da lei especial). Do mesmo modo, reconhece-se a aplicação do princípio da complementação, porque institutos processuais não identificáveis no Estatuto, mas previstos nas normas gerais, são também aplicáveis na ação coletiva desencadeada pelo Estatuto. Por fim, há aplicação da norma de coerência, porque o instituto processual não foi instituído pelo Estado, mas pela Lei n. 7347/85, a ela achando-se subordinadas as regras processuais reproduzidas na nova lei.

A existência de um estatuto jurídico específico, o qual irá reger a responsabilização por lesões aos direitos dos idosos, não exclui a adoção das normas da Lei n. 7347/85 e do Código de Defesa do Consumidor, até porque se está diante de um verdadeiro sistema integrado de proteção dos interesses transindividuais.¹⁰²

O ordenamento jurídico contempla, especificamente, três ações coletivas caracterizadas como típicas, quais sejam a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo. Cumprе observar, no entanto, que parte

¹⁰¹ JESUS, Damásio Evangelista de (coord). Estatuto do Idoso Anotado: Lei n. 10741/03: aspectos civis e administrativos. São Paulo, Editora Damásio de Jesus, 2005, pág.194-195

¹⁰² APPIO, Eduardo. Obra citada, pág.84

da doutrina admite a existência, por analogia ao instituto individual, do mandado de injunção coletivo. Tal instrumento, contudo, não encontra previsão legal expressa, muito embora sua normatização seja objeto de pretensão por um dos anteprojetos de Código de Processo Civil coletivo.

Diga-se, pois, que os entes legitimados possuem um verdadeiro arsenal de remédios jurídicos a utilizar na proteção dos interesses transindividuais. Basta somente uma mudança de consciência, hoje tão atrelada ao processo individual. A via coletiva, além de possibilitar a resolução mais completa dos conflitos, reduzindo a litigiosidade contida, ainda tem por vantagem a substituição de centenas ou milhares de ações individuais que seriam propostas em lugar de uma única ação. O acesso à justiça não é restringido nem prejudicado, mas garantido, com a certeza de que se estará diante de uma simplificação quantitativa de processos a serem levados à decisão final do Poder Judiciário.

4.1.6 A coisa julgada nas ações coletivas e a redução de litigiosidade

Antes de se adentrar na discussão dessa temática, cabe aqui uma observação acerca de um necessário corte metodológico.

Supera os limites deste trabalho uma análise detida quanto ao regime da coisa julgada nas ações coletivas, sendo sua abordagem restrita na medida em que seja um contributo para a redução da litigiosidade.

O alcance da coisa julgada nas ações coletivas é o ápice da construção doutrinária sustentada nesse capítulo. Os efeitos de uma decisão, em ação proposta por um autor coletivo, por ultrapassarem os limites das partes formais do processo, podem tutelar os interesses de outras pessoas que se encontrem na mesma situação fática e/ou jurídica, tornando desnecessária a propositura, por estas, de ações individuais na busca da defesa do interesse que se alega violado. Em um único processo, será possível pacificar uma extensa quantidade de conflitos, minorando a litigiosidade contida. É aquilo que se chama de eficácia 'erga omnes' e 'ultra partes' da sentença proferida em ação coletiva.¹⁰³

¹⁰³ *“Considerando ainda que a demanda coletiva possui uma dimensão social estupenda, com fortíssimos condutores (representantes adequados) do conflito em juízo (Ministério Público, sindicatos e associações de classe), é certo que o alcance ‘erga omnes’ ou ‘ultra partes’ da*

Diga-se, o requerido da ação coletiva não pode subtrair-se da autoridade da coisa julgada da sentença de procedência, inclusive quando demandado subsequentemente, em sede de liquidação ou execução, pelo legitimado individual. Isso porque esse requerido foi parte naquele processo, estando adstrito à coisa julgada lá formada, ainda quando ela seja invocada pelo legitimado individual que não participou do processo coletivo.

A compreensão do instituto da coisa julgada coletiva passa pelo microsistema criado pela conjugação da Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, o ensinamento de Pedro Lenza¹⁰⁴ :

Portanto, os dispositivos processuais do Código de Defesa do Consumidor, no caso em análise as regras sobre os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, aplicam-se, no que couber, desde que não haja regramento específico incompatível, a todas e quaisquer ações coletivas para a proteção de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Por fim, observa-se que as regras processuais estabelecidas no Código de Processo Civil persistem e aplicam-se às ações coletivas desde que não conflitem com o espírito do microsistema processual coletivo formado pelo Código de Defesa do Consumidor, pela Lei da Ação Civil Pública e pelos dispositivos processuais coletivos específicos, regulamentados de acordo com o objeto coletivamente tutelado.

Na esfera coletiva, inexistente a idéia de titularidade do interesse transindividual, como ocorre no âmbito do processo individual. Os legitimados para agir em sua defesa são aqueles que o legislador entendeu mais capazes para viabilizar uma efetiva tutela jurisdicional. O legitimado adequado será aquele que, potencialmente, reúna mais condições para alcançar os escopos do processo.

A idéia de representação adequada dos interesses tratados no processo coletivo é um dos pilares sobre os quais se sustenta a tutela coletiva. Muito embora a coisa julgada na ação coletiva só tenha o condão de beneficiar aquele

autoridade da coisa julgada nas lides supra-individuais representa uma arma de grosso calibre, à altura das lesões e ameaças a direitos de repercussão coletiva, que deve ser apontada e às vezes disparada contra os sujeitos responsáveis pelos abusos políticos, desvios de finalidade das políticas públicas, não-execução das políticas públicas, exploração indevida do consumidor nas injustas e desiguais relações de consumo, uso predatório do meio ambiente, etc. Dessa forma, a demanda coletiva, anabolizada pela respectiva coisa julgada daí resultante, funcionaria como um instituto imobilizante de uma norma jurídica concreta, cujos limites subjetivos teriam a mesma dimensão e alcance do direito supra-individual tutelado. Em outros termos, o Poder Judiciário faria 'lei entre as partes' no atacado e não mais no varejo, tal como ocorria tradicionalmente nos conflitos individuais de 'Tício versus Caio'". (ABELHA, Marcelo. Obra citada, pág.245)

¹⁰⁴ LENZA, Pedro. Obra citada, pág.225

indivíduo que não foi parte formal do processo, é bem verdade que somente a escolha acertada do legitimado ativo trará maiores condições para se alcançar a efetividade que se espera de um processo coletivo. De nada adiantaria o legislador confiar essa importante missão a um ente sabidamente sem estrutura para desempenhá-la. O processo seria instaurado, tempos e recursos seriam despendidos, mas não se chegaria a um bom termo, pois a pretensão do autor estaria fadada ao insucesso, sem possibilitar aos seus representados a utilidade que se esperaria de uma sentença favorável.

O princípio que limita às partes a autoridade da coisa julgada sempre comportou exceções. Nestes últimos tempos, importantes correntes da doutrina esforçaram-se por alargar o âmbito de extensão da coisa julgada. Não estaria talvez errado quem visse, nessas correntes, um reflexo, provavelmente inconsciente, da ‘tendência socializadora e antiindividualística do direito’. O homem já não vive isolado na sociedade. A atividade do indivíduo é de maneira crescente condicionada pelas atividades dos seus semelhantes; aumenta a solidariedade e a responsabilidade de cada um e seus atos se projetam em esfera sempre maior.¹⁰⁵

Salienta Antônio Gidi¹⁰⁶ que “o regime da coisa julgada nas ações coletivas (...) precisa ser delineado de tal maneira que, satisfazendo os princípios de celeridade e economia processuais e não afrontando a garantia constitucional da ampla defesa, não ponha em risco os direitos de terceiros”.

Com razão o autor. Quando se prega a necessidade de redução de litigiosidade através do uso adequado e mais frequente da tutela coletiva, não se quer suprimir ou restringir o direito de defesa daquele que será atingido pelos efeitos da sentença proferida em dado processo coletivo. A sistemática da coisa julgada em ações coletivas, no ordenamento jurídico pátrio, só traz a possibilidade de favorecer àqueles que não foram partes formais no processo (*a coisa julgada ‘in utilibus’*), nunca prejudicar.

Justamente por essa razão que se é contrário à proposta de instituição da ação coletiva passiva, que é aquela movida não pelo grupo, categoria

¹⁰⁵ LIEBMAN, Enrico Túlio. Eficácia e autoridade da sentença. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1943

¹⁰⁶ GIDI, Antônio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo, Saraiva, 1995.

ou classe de pessoas, mas contra ele. É a coletividade no polo passivo de uma dada ação, representada por um ente dotado de representatividade adequada.

A título exemplificativo, imagine-se a hipótese de uma determinada empresa industrial ajuizar uma ação, talvez, contra o Ministério Público ou uma associação de defesa ambiental, visando a declaração judicial de inexistência de dano ambiental em razão de ato por ela praticado. Ou a situação de um fabricante de automóveis, que ajuíza uma ação contra o Ministério Público ou um órgão de defesa do consumidor, visando a declaração judicial de extensão de sua responsabilidade civil, por defeitos de freio em uma linha de série produzida.

Entende-se que o ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, não admite a ação coletiva passiva, uma vez que a substituição processual é matéria de direito estrito, segundo se nota do artigo 6 do Código de Processo Civil, e hoje, apenas se lhe admite no polo ativo das ações coletivas, não no polo passivo. Perceba-se que todo o sistema de tutela dos interesses transindividuais é sempre indicativo de uma postura ativa. As decisões nas ações coletivas apenas beneficiam os representados na relação processual, nunca prejudicam, situação que poderia ser revertida caso viéssemos a admitir a possibilidade da ação coletiva passiva, ferindo direitos daqueles que não participaram do processo.

Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli¹⁰⁷ :

Vimos que, em princípio, qualquer pessoa pode ser ré em ação civil pública ou coletiva. Mas, em regra, a própria coletividade, transindividualmente considerada, não está legitimada passivamente para essas ações. Pelo sistema hoje vigente em nosso Direito, os legitimados do art. 5 da LACP ou do art. 82 do CDC só substituem processualmente a coletividade de lesados no pólo ativo, o que afasta a possibilidade de aqueles legitimados figurarem como réus, mesmo em reconvenção. A ressalva fica por conta de embargos do devedor, embargos de terceiros, da ação rescisória de ação civil pública ou coletiva, ou da ação de rescisão ou de anulação de compromisso de ajustamento de conduta. (...) Porque a substituição processual é matéria de direito estrito, e a lei só lhes conferiu a possibilidade de exercerem a substituição processual do grupo lesado no pólo ativo. Por isso é que não cabe ação civil pública ou coletiva contra o grupo lesado, nem mesmo por meio de reconvenção.

¹⁰⁷ MAZZILI, Hugo Nigro. Obra citada, pág.314

Em sentido contrário, admitindo a coletividade no pólo passivo da ação, Ada Pellegrini Grinover¹⁰⁸ :

Em primeiro lugar, dispositivo específico da Lei de Ação Civil Pública prevê expressamente a possibilidade de a classe atuar em juízo no pólo passivo. Trata-se do art. 5, parágrafo 2, da Lei, facultando ao Poder Público e a outras associações legitimadas, nos termos do caput, habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes. É evidente, portanto, que se a intervenção no processo de entes legitimados às ações coletivas pode se dar como litisconsorte do autor ou do réu, é porque a demanda pode ser intentada pela classe ou contra ela.

Mas há mais: o art. 107 do Código de Defesa do Consumidor contempla a chamada 'convenção coletiva de consumo', permitindo às entidades civis de consumidores e às associações de fornecedores, ou sindicatos de categorias econômicas, regular, por convenção escrita, relações ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo. Ora, se a convenção coletiva (como ato bilateral que atribuiu direitos e obrigações), firmada entre a classe de consumidores e a de fornecedores, não for observada, de seu descumprimento originar-se-á uma lide coletiva, que só poderá ser solucionada em juízo pela colocação dos representantes das categorias face a face, no pólo ativo e no pólo passivo da demanda, respectivamente.

Não é outra a consequência que se extrai, também do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, quando assegura que 'para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela'. O sentido do dispositivo é o da irrestrita tutelabilidade, em juízo, das questões inerentes às relações de consumo, consubstanciando a idéia da efetividade do processo.

Por essas razões, parece incontestável que o sistema brasileiro atinente às demandas coletivas permite, de 'lege data', que a classe figure no pólo passivo da ação. Mas não se pode negar que alguns problemas práticos podem derivar dessa posição, no que concerne ao regime da coisa julgada.

Um outro obstáculo de origem prática à admissão da ação coletiva passiva no ordenamento brasileiro é a questão da representatividade adequada da coletividade. Ou seja, aferir se o ente coletivo acionado pelo autor da demanda teria capacidade técnica para bem defender a coletividade que representa. Isso porque é sobre ela que pesarão os ônus de uma eventual procedência da ação manejada, impedindo que os seus integrantes possam rediscutir a questão dentro de futuras

¹⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código brasileiro de defesa do Consumidor”, 9 edição, Forense Universitária, 2007, pág. 850/851

ações individuais. A lei não disciplinando tal questão, traria ao juiz um exagerado grau de responsabilidade no momento de decidir, com discricionariedade, se o órgão é ou não dotado dessa representatividade adequada.

Existe previsão de inclusão do instituto da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro, por parte do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. Contudo, pensa-se que tal possibilidade se vê limitada de forma absoluta na medida em que afeta os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Disso resultaria a ideia de que somente seria possível a inclusão da ação coletiva passiva na ordem jurídica, caso fosse lançada mão de uma emenda constitucional. Porém, tal não se revela possível, uma vez que a ampla defesa e o contraditório fazem parte do chamado elenco pétreo da Constituição (direitos e garantias individuais), não podendo ser objeto de restrição ou exclusão por parte do constituinte derivado.

Muito embora a ação coletiva passiva possa, aparentemente, vir ao encontro do espírito de pacificação de conflitos com redução de litigiosidade, é bem verdade que não se pode admiti-la, por conta de todos os obstáculos legais e práticos aqui mencionados.

Enfim, lança-se aqui a ideia de que é possível compatibilizar o uso adequado da tutela coletiva com a garantia constitucional da segurança jurídica, buscada através da autoridade da coisa julgada. Apenas se faz necessário compreender que este instituto possui algumas peculiaridades a serem observadas nessa esfera, sob pena de cair por terra a sua finalidade principal, qual seja a de pacificar o maior número possível de conflitos a partir de um único processo.

4.1.7 O problema da efetividade da tutela jurisdicional transindividual

Após a Constituição Federal de 1988, com a nova concepção que se deu ao direito de acesso à justiça (efetivo acesso à justiça efetiva), a evolução legislativa passou a ser imprescindível para acompanhar a realidade social e os problemas que surgiam das novas e complexas relações jurídicas.

A doutrina clamava por alterações substanciais na codificação processual, com o olhar voltado para o contexto social vigente.

Inúmeras leis surgiram para alterar o Código de Processo Civil que,

reunidas, levaram a doutrina a falar em reforma, embora, na verdade, fossem mini-reformas, concentradas, ocasionalmente, pelo objetivo em comum, qual seja o de ampliar a efetividade da prestação da tutela jurisdicional.

Se, por um lado, essas inovações tentam solucionar o problema da efetividade do processo civil que se presta a resolver conflitos intersubjetivos, por outro, não conseguem alcançar, por si só, o mesmo êxito, quando se tratam de tutelar as novas relações jurídicas massificadas, que pela amplitude, levam a novas perspectivas, a dos interesses transindividuais.

Com efeito, a realidade mudou, os indivíduos não mais podem ser considerados isoladamente em suas relações intersubjetivas. Se o direito não se atentar para isso, fatalmente não cumprirá seu papel pacificador.

Gradualmente, esse novo sentimento passou a ser reconhecido pela ordem jurídica. Novas formas de proteção foram previstas, consagrando-se juridicamente a tutela dos interesses transindividuais. O processo, enquanto caminho para desenvolvimento e prestação da tutela jurisdicional, não poderia manter-se nos limites restritos do Código de Processo Civil.

Essa tutela jurisdicional transindividual incorporou a nova concepção de acesso à justiça, de forma que é difícil imaginar um Estado Social de Direito democrático que realize suas finalidades sem prever uma efetiva tutela desses interesses.

Tratar de efetividade da tutela jurisdicional transindividual merece uma linha metodológica diversa daquela utilizada no processo individual. Nessa, o foco principal é o encontro de meios para se alcançar o efeito prático semelhante ao que se daria caso houvesse o cumprimento espontâneo do dever jurídico descumprido¹⁰⁹. No processo de tutela jurisdicional transindividual, por sua vez, isso nem sempre é suficiente.

Os interesses transindividuais exigem do operador do direito uma postura ativa, buscando sempre formular novas alternativas para melhor tutelá-los. Isso faz com que mesmo as inovações sejam analisadas criticamente, de forma que enquanto comemora-se o sucesso alcançado, já se deve fazer prognósticos dos problemas que o caminho aberto poderá levar.

¹⁰⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, vol.1, pág.40

A efetividade na tutela dos interesses transindividuais passa por uma mudança na mentalidade dos educadores e operadores do direito.

Primeiro, o ensino jurídico deveria ser mais voltado ao estudo dos institutos e princípios próprios da tutela coletiva. Na graduação, especialmente, pouquíssimos cursos oferecem, em sua grade curricular, uma matéria específica que trate da tutela jurisdicional transindividual. O estudo do direito, desde cedo, é robotizado a enxergar o processo sob o ângulo da tutela individual. Ocorre que o estudante de hoje, moldado dessa forma, será o operador jurídico do amanhã. É fato que muitos advogados, juízes e promotores possuem imensa dificuldade quando se deparam com uma lide de índole coletiva. Não somente por culpa exclusiva deles, mas do sistema, que não os preparou adequadamente para esse tipo de situação.

Segundo, é preciso reconhecer que o uso adequado e mais frequente da tutela coletiva é uma das chaves para o desafogo dos serviços judiciários. Ainda é bastante tímida a utilização das ações coletivas, em substituição aos respectivos processos individuais que daí seriam instaurados. Não basta apenas conferir legitimidade para a propositura desse tipo de ação, sem garantir a necessária estrutura e conhecimento para tão importante missão.

Por outro lado, não se prega aqui uma abertura desenfreada do rol de legitimados ao ajuizamento de ações coletivas. A escolha do legislador deve ser criteriosa, recaindo sobre entes que possuem estrutura compatível com esse desiderato e compromisso sério com aqueles a quem representa. Até porque a redução de litigiosidade aqui sustentada passa pelo alcance, ao final do processo, do objeto jurídico tutelado. Somente assim será possível obter a pacificação do conflito massificado.

4.1.8 A tutela coletiva de caráter inibitório

Ainda dentro da esfera coletiva, sustenta-se a pertinência do uso da tutela inibitória pelos legitimados da ação civil pública, como forma de prevenção do ilícito, o que afastará, em muitos casos, a ocorrência do dano individual. Afastando a lesão ou ameaça de lesão a direito individual, inibir-se-á o ajuizamento de uma série de ações que, em tese, viriam a ser ajuizadas pelas pessoas singularmente consideradas. Nesse ponto, diga-se, reside um dos pilares da tão almejada redução de litigiosidade judicial.

A título exemplificativo dessa possibilidade, pode-se citar a lição de Luiz Guilherme Marinoni¹¹⁰ :

Se uma norma obriga as indústrias de cigarro a informar o consumidor sobre os efeitos nocivos de seu produto, e determinada indústria já veiculou propaganda sem conter essa informação, é lógica a possibilidade de o legitimado à ação coletiva requerer, mediante ação inibitória coletiva, que o juiz ordene, sob pena de multa, que a informação seja realizada quando da próxima propaganda, dando-se efetividade à norma que objetiva proteger a saúde dos cidadãos.

José Carlos Barbosa Moreira¹¹¹, antes mesmo do advento da Lei da Ação Civil Pública, já enxergava a necessidade e a possibilidade da tutela inibitória no plano coletivo. Eis o seu escólio :

Considere-se por um instante o caso do interesse na sanidade do ambiente, ou na preservação das belezas naturais e do equilíbrio ecológico, ou na honestidade das mensagens de propaganda; o do interesse em que não se ponham à venda produtos alimentícios ou farmacêuticos nocivos à saúde, em que funcionem com regularidade e eficiência os serviços de utilidade pública, prestados pela Administração ou por particulares, e assim por diante. Se a Justiça civil tem aí um papel a desempenhar, ele será necessariamente o de prover no sentido de prevenir ofensas a tais interesses, ou pelo menos de fazê-las cessar o mais depressa possível e evitar-lhes a repetição; nunca o de simplesmente oferecer aos interessados o pífio consolo de uma indenização que de modo nenhum os compensaria adequadamente do prejuízo acaso sofrido, insuscetível de medir-se com o metro da pecúnia.

O pressuposto fundamental dessa construção doutrinária é que o dano não é uma consequência necessária do ato ilícito. O dano é requisito indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir, mas não para a constituição do ilícito. Essa teoria de origem italiana é agasalhada pela Constituição Federal de 1988, quando prevê, em seu artigo 5, inciso XXXV, que “nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça* a direito”.

Deveras, a separação da violação da norma jurídica em relação aos danos decorrentes da lesão aos bens e valores legalmente tutelados,

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, pág.264

¹¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. Temas de Direito Processual. 2 série. São Paulo, Saraiva, 1980, pág.24

possibilitou a sistematização da tutela inibitória ou preventiva, que requer somente a demonstração da ameaça da prática, repetição ou continuação do ilícito. Para a obtenção da tutela inibitória não é necessária a prova de um dano futuro, mas apenas a probabilidade de sua ocorrência.¹¹²

A realidade social, sobretudo nas sociedades de massa, prega a necessidade de um acesso à justiça amplo, não apenas no seu aspecto repressivo, mas também no preventivo, quando se tratem de interesses ou direitos que mereçam uma proteção maior, ante a realização social que viabilizam a sua irreparabilidade e a sua importância para a estabilidade do próprio Estado.

Salvo nos casos de interesses individuais homogêneos, normalmente, o dano causado a um interesse transindividual não pode ser reparado, nem ressarcido a contento, porque o mal que causa, decorrente, dentre outros fatores, do alarde social, dificilmente pode ser recomposto. Realmente, a alteração de um ecossistema, a instabilidade econômica, a desorganização urbanística, enfim, eventos que afetam certos interesses transindividuais (que, indiretamente, podem acabar por alcançar direitos individuais), nem sempre podem ser reparados.

No entanto, essa necessidade nem sempre é fácil de ser visualizada. Ainda que esteja clara, muitas vezes, por razões históricas e culturais, que mantêm o operador do direito preso às concepções tradicionais, é deixada de lado, mantendo o foco na tutela jurisdicional repressiva. Deve-se buscar, ao contrário, soluções para tornar essa tutela eficaz, não se esquecendo de que a solução pode estar em impedir a causa, não em superar seus efeitos.¹¹³

¹¹² “O direito à vida, à saúde, à intimidade, à liberdade corporal e intelectual, enfim, os direitos de personalidade e os interesses transindividuais, normalmente, não podem ser reparados, tornando-se imprescindível que o Direito viabilize uma tutela jurisdicional eficaz, quando haja o risco de dano. Em alguns casos, nem mesmo o dano necessita ser avistado, devendo-se prover uma tutela que impeça o desrespeito da norma protetiva do interesse ou direito”. (BUFULIN, Vinicius Castrequini. Ação civil pública inibitória e reintegratória. Universidade Estadual de Londrina, 2005, pág.167)

¹¹³ Interessante, a esse respeito, as observações feitas por RAPISARDA, Cristina. *Premesse Allo Studio della Tutela Civile Preventiva. Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, jan-mar 1980, pág.102*. A autora assinala que a proteção à liberdade impediu por muito tempo a consagração de uma tutela jurisdicional preventiva. Seria arriscado, no ápice do liberalismo, admitir-se que o Estado interferisse na esfera de direitos do indivíduo pelo simples risco de dano. Essa hipótese, em que pese plausível em alguns casos extremos, deveria ser manejada apenas nos tipificados na lei. Além disso, a idéia de um poder manejado para a prevenção era muito mais adequada ao poder de polícia da administração pública, do que ao Judiciário, órgão responsável pela solução de conflitos

Luiz Guilherme Marinoni¹¹⁴ enxerga na tutela inibitória um princípio geral de prevenção, que teria assento em vários dispositivos da Constituição Federal, destacando-se o já citado artigo 5, inciso XXXV, da Carta Magna, que em nível infraconstitucional, estaria instrumentalizado, genericamente, nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil, artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, aos quais acrescentam-se os artigos 3, 11 e 12 da Lei da Ação Civil Pública.

A legislação pátria admite a possibilidade de ajuizamento da ação inibitória coletiva, para proteção dos interesses transindividuais, sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Com efeito, já se falou aqui sobre o microsistema de proteção dos interesses transindividuais, formado pela conjugação das regras da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor¹¹⁵. É a partir da interpretação dessa simbiose de normas, que se sustenta a admissão da tutela coletiva de caráter inibitório, que serve não apenas para impedir o dano, mas também para evitar que, alcançado este, diversos prejudicados individuais venham a ajuizar uma gama enorme de ações judiciais, atribulando ainda mais o já afogado sistema jurisdicional de resolução de conflitos.

Inicia-se essa análise, trazendo à baila a regra do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe :

“Art. 83 – Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

A aplicação das sanções é um remédio essencial para a ordem jurídica e social, muito embora, em última análise, demonstre que a primeira barreira do direito ao ilícito, não demonstrou a eficácia que dela se esperava, a ponto de conseguir evitá-lo. A prevenção do desrespeito a regras protetivas dos interesses transindividuais é a forma mais eficaz de tutela que se pode ter, de forma que a ação civil pública inibitória é a via por excelência para sua proteção.

(existentes).

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo: RT, 2003, pág.71-84

¹¹⁵ Art. 90 do CDC – Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrair suas disposições.

Comungando com esse entendimento, analisando a questão sob o prisma do direito ambiental, anota Luiz Guilherme Marinoni¹¹⁶ :

Para a demonstração da tutela inibitória no plano dos direitos transindividuais, torna-se adequada a análise da tutela do meio ambiente, uma vez que este é um dos lugares em que a inefetividade da tutela ressarcitória evidencia-se de modo mais claro. Se é verdade que cresce em importância, nos últimos tempos, a reparação específica do dano ecológico, e que é necessária a responsabilização, ainda que pelo equivalente, daquele que agride o meio ambiente, o certo é que não se pode admitir, no campo do direito ambiental, a troca da tutela específica e preventiva do bem tutelado pela tutela ressarcitória, sob pena de admitir-se, implicitamente, uma lógica perversa, que justificaria o cínico 'poluo, mas pago'. Como é evidente, a admissão da tutela ressarcitória no campo do direito ambiental não significa a aceitação da poluição, mas objetiva evitar que o dano ecológico fique sem a devida reparação; para que não ocorra a degradação do meio ambiente, é imprescindível a atuação preventiva e, assim, a tutela inibitória.

Referido autor toma como exemplo a hipótese de uma ação judicial inibitória, que visa impedir que uma fábrica, que tenha em si a ameaça de agressão ao meio ambiente, inicie suas atividades.

Também é possível invocar o artigo 11 da Lei da Ação Civil Pública para sustentar a previsão legal da tutela inibitória de caráter coletivo :

“Art.11 – Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”.

Comentando esse dispositivo de lei, assevera Luiz Guilherme Marinoni¹¹⁷ :

Perceba-se que referido artigo só admite, em princípio, uma das formas de tutela inibitória, aquela que visa a fazer cessar a prática do ilícito. Contudo, é certo que tal norma, ao aludir à 'cessação da atividade nociva', deseja abarcar os atos nocivos suscetíveis de repetição, cujos exemplos são notórios no plano da tutela coletiva, valendo a pena lembrar, por exemplo, os casos de venda de produtos nocivos à saúde do consumidor.

¹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. Citada, pág.94

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. Citada, pág.92-93

Afirma, ainda, que “a tutela inibitória pura, porém, não está consagrada no art. 11, pois esta norma, ao referir-se à ‘cessação da atividade nociva’, supõe logicamente um ilícito já ocorrido”.¹¹⁸

Contudo, se bem se analisar o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, ver-se-á que ele não traz a restrição observada no artigo 11 da LACP, *in verbis* :

“Art. 84 – Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

Em razão dessa previsão genérica e irrestrita, além dos argumentos antes delineados, tem-se por reforçada a ideia de que o ordenamento nacional admite a ação inibitória para a tutela dos interesses transindividuais.

É de se reconhecer que ainda é bastante tímida a utilização da tutela inibitória no campo coletivo. À exceção do direito material ambiental, regido pelo princípio da prevenção, nos demais campos, tem-se observado uma tendência ao uso acentuadamente maior da tutela repressiva. Espera-se o surgimento do dano, decorrente do ato ilícito, para só então se buscar a via jurisdicional de ação.

Inegável que a via preventiva da ação coletiva, se adequadamente utilizada, pode ser uma das válvulas de escape a operar contra o problema do abarrotamento dos serviços judiciários. Evitar ou minorar o dano pode contribuir para impedir o surgimento dos conflitos ou reduzi-los.

A título exemplificativo, se é possível impedir que uma fábrica potencialmente poluidora venha a arremessar seus dejetos em um rio que fica às suas margens, não haverá a necessidade de que diversos pescadores, que dele se utilizam para sua atividade diária, tenham que mover ações individuais de reparação pelos danos que seriam futuramente experimentados.

De igual forma, impedir que produtos potencialmente maléficos à saúde sejam despejados no mercado, significa evitar que milhares de ações reparatórias do provável dano venham a ser ajuizadas pela massa de consumidores atingida.

Enfim, muitos podem ser os exemplos para ilustrar essa viabilidade.

¹¹⁸ Ibid, pág.93

Mas essa ideia só sairá do papel e alcançará os resultados práticos esperados, quando se verificar uma mudança na consciência dos operadores do direito. Necessário se faz abandonar o tradicionalismo individualista repressivo, rumando para a órbita coletiva, inclusive em caráter preventivo.

4.2 TUTELA TRANSACIONAL

Prevenir ou encerrar um litígio através da via transacional sempre foi a grande válvula para reduzir os males da morosidade e inefetividade da justiça. Pacifica-se o conflito pela autocomposição das partes, sem que para isso se torne necessária a intervenção estatal para declarar ou tornar efetivo o direito.

No foro judicial, diversas ações têm sido empreendidas no sentido de incentivar os litigantes a entabularem um acordo e colocarem fim à demanda. Os resultados têm sido positivos, mas poderiam ser bem mais significativos. Por exemplo, no Estado do Paraná, criou-se o hábito de se recomendar aos juízes que destaquem uma semana do ano para destiná-la à tentativa de conciliação. Os números demonstram que grande parte das audiências nesse sentido tem alcançado seus objetivos, encerrando o litígio. Então, pergunta-se, por que não ousar e estender tal iniciativa a um número maior de processos?

Uma outra sinalização positiva, desta feita no âmbito dos direitos coletivos e com uso maior no foro extrajudicial, é o incremento dos termos de ajustamento de conduta (TAC), buscando-se estabelecer pautas mínimas de consenso acerca de aspectos formais e de conteúdo, de modo a viabilizar a solução negociada, total ou parcial, dos complexos conflitos envolvendo interesses metaindividuais. É uma iniciativa que representa o esforço atual e conjunto de obter a redução da judicialização e da conflituosidade, no interesse da própria coletividade beneficiária. Não depende de homologação judicial e, assim como os atos jurídicos em geral, o compromisso de ajustamento só pode ser rescindido por vício de vontade através de uma eventual ação anulatória, ou seja, apenas em casos extremos e excepcionais é que se exigirá a intervenção do Estado-juiz, circunstância que faz presumir que será uma lide a menos a ser levada para apreciação do Judiciário.

Discorrendo sobre os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, Ildemar Egger¹¹⁹ apresenta conceituação a respeito dos principais meios

¹¹⁹ EGGER, Ildemar. Cultura da paz e mediação: uma experiência com adolescentes. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2008, pág.57-58

para se atingir aquele fim, nestes incluídos aqueles da via transacional (negociação, conciliação e mediação):

A Negociação é um conjunto de discussões entre as partes em conflitos que se unem voluntária e temporariamente com a intenção de resolver os pontos em litígio; sendo que, se a comunicação for rompida, a negociação pode ser feita com a ajuda de um terceiro, em geral um advogado, trata-se de uma negociação por intermédio de representantes; já, a Conciliação é um procedimento que objetiva uma relação positiva entre as partes em litígio e a diminuição do impacto do conflito, favorece o estabelecimento de um clima de confiança e a melhora da comunicação, o conciliador pode sugerir ou conduzir o acordo; enquanto que, a Arbitragem é um procedimento em que as partes em litígio, voluntariamente, pedem a um terceiro imparcial e neutro que tome uma decisão em seu lugar; a arbitragem não favorece o diálogo direto entre as partes, vez que, o árbitro tem o mesmo papel decisório do juiz estatal; enquanto que, a Mediação é um procedimento voluntário e confidencial em que um terceiro neutro e imparcial, ajuda a duas ou mais pessoas em conflito a buscar uma solução que satisfaça aos interesses de todos ou melhore o vínculo entre as partes.

Segundo Fernanda Tartuce¹²⁰ :

A noção de justiça consensual, conciliatória ou coexistencial é mais uma contribuição de Mauro Cappelletti à ciência jurídica. Segundo o autor, a justiça, em tal viés, deve levar em conta a totalidade da situação na qual o episódio contencioso está inserido, sendo seu objetivo curar (e não exasperar) a situação de tensão.

A via conflituosa jurisdicional opera segundo um modelo do tipo “perde e ganha”. Entrega-se a um sujeito imparcial o poder de dizer a quem compete o direito, adotando todas as providências que estiverem ao seu alcance para realizá-lo.¹²¹

Discorrendo sobre o tema, Ivan Aparecido RuizZ¹²² faz as seguintes considerações :

¹²⁰ TARTUCE, Fernanda. Obra citada, pág.101.

¹²¹ *Por outro lado, o modelo consensual busca gerar condições objetivas e predispor as partes para a realização de acordos.* (SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo e Constituição. São Paulo, RT, 2006, pág.786)

¹²² RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação no direito de família e o acesso à justiça. In CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coordenadores). Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte, Fórum, 2009, pág.282

No processo judicial, a solução é imposta pelo Estado-juiz. Trata-se de uma solução impositiva. Verifica-se, pois, uma ação de impor, de estabelecer, de obrigar, de infligir. O resultado consubstancia-se numa determinação, numa ordem, numa injunção. O juiz, ao pronunciar uma decisão ou proferir um julgamento, ou acolherá ou rejeitará o pedido formulado pelo autor. Quando muito, poderá acolher e rejeitar em parte. Jamais terá, pela sistemática vigente, a possibilidade de julgar empatada a demanda. Assim, verifica-se que sempre haverá um ganhador e um perdedor. Estar-se-á, pois, diante do que se costuma chamar de ganha/perde. A atitude desenvolvida nesse contexto é baseada em somente um dos lados, sendo, por isso, negativa. Toda vez que se adota essa teoria do ganha/perde, ela acaba se deteriorando para a teoria do perde/perde, pois o perdedor fatalmente não dará continuidade nas relações, e aquele que foi ganhador nesse primeiro momento, na continuidade pode passar a ser um perdedor. Tem-se, nesse caso, uma solução adversarial.¹²³

Na visão de Chiovenda¹²⁴, o objetivo imediato do processo não seria compor o conflito de interesses havido entre os litigantes, mas tão só dizer e atuar a vontade da lei. É como se houvesse uma presunção de que, julgado o processo, o conflito automaticamente estaria superado.

Mas, na prática, sabe-se que a situação é bem diversa. A imposição de uma decisão não traz consigo a consequência natural de fazer cessar o litígio entre as partes. Ao contrário, o conflito pode até mesmo se exasperar. Se há uma solução jurídica, pode não haver uma solução social.¹²⁵

Isso porque a solução jurisdicional, e até mesmo a arbitral, estão mais voltadas para o passado do que para o futuro. Busca-se analisar os fatos

¹²³ Assinala o autor que aqui, talvez, resida a grande dificuldade em aceitar o processo judicial como meio ideal de se solucionar os conflitos de interesses. Entende-se, pois, não se tratar o processo judicial de meio ideal, insubstituível, muito embora nos Estados organizados seja ele o mais utilizado, até mesmo pela autoridade de que se reveste o Estado, e acabe sendo aceito pelas pessoas envolvidas. (*Obra citada, pág.282*)

¹²⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Volume 2. São Paulo, Saraiva, 1943, pág.67

¹²⁵ “Sabemos que a construção de acordos não garante que seja efetivamente dirimido o conflito entre as partes e, por vezes, chega a acirra-lo. Todavia, a base da pacificação social reside no restauro da relação social e na desconstrução do conflito entre litigantes. A permanência do conflito possibilita a construção de novos desentendimentos ou de novos litígios; esgarça o tecido social entre as pessoas envolvidas em uma discordância e entre as redes sociais que as apóiam e das quais fazem parte. A permanência do conflito é, portanto, terreno fértil para manter latente a possibilidade de novas discórdias e o ânimo de desavença entre os grupos sociais de pertinência dos litigantes”. (ALMEIDA, Tânia. *In Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça* / Coordenadores Paulo Borba Casella e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte, Fórum, 2009, pág.94)

pretéritos e dizer a quem compete o direito, promovendo a sua realização. Não há uma preocupação em reativar o vínculo de paz entre os litigantes.¹²⁶

Existe uma tendência natural do perdedor em um processo judicial não se satisfazer com a decisão contra si exarada. Isto porque se cria um espírito de derrotismo. As partes tratam-se como inimigas. Não raras vezes, chega-se a incitar uma espécie de revanchismo, que pode até impulsionar a existência de novos processos e a perpetuação do litígio. Isto vem na contra-mão da ideia de pacificação dos conflitos com redução de litigiosidade. Ninguém sai vencedor, há prejuízo a tudo e a todos.

É de questionar se esse modelo de distribuição de justiça efetivamente colabora para a instauração de uma cultura de paz e gera no espírito das partes a sensação de justiça? A resposta, em grande parte das vezes, é negativa, pois nem sempre tal resolução se mostra adequada, no sentido de gerar resultados verdadeiramente justos e efetivamente observados pelas partes.¹²⁷

Não basta apenas eliminar aquele litígio em espécie. Deve-se prevenir para que futuras querelas, resquícios de feridas mal curadas, não venham a ser mais uma vez trazidas ao já comprometido aparato judicial.

Um outro ponto que dificulta a eliminação completa do litígio na via contenciosa é que, às partes, não é dada a total possibilidade de expressarem suas angústias e insatisfações. Por força de toda a sistemática jurídica e até mesmo da extensa pauta de audiências que se vê presente por todo o Judiciário, as partes não têm a oportunidade de conversarem entre si. Assim o fazem através de seus advogados, até mesmo quando estão diante do magistrado. Por mais que saiam dali com o problema aparentemente resolvido, ante o julgamento do processo, é provável que conterão em seus íntimos ao menos um pouco de ressentimento, que poderá vir a ser o estopim de novos processos.

¹²⁶ “A cultura da paz consiste em valores, atitudes e comportamentos que reflitam e inspirem interação social e partilha baseada nos princípios de liberdade, justiça e democracia, todos os direitos humanos, tolerância e solidariedade; que rejeitem a violência e se esforcem para evitar conflitos, atacando suas causas para resolver os problemas através de diálogo e negociação; e que garantam o pleno exercício de todos os direitos e os meios para participar plenamente no processo de desenvolvimento de sua sociedade”. (Resolução A/53/243 da Assembleia Geral da ONU, em 2000)

¹²⁷ TARTUCE, Fernanda. Obra citada, pág.107

O restabelecimento do diálogo entre as partes envolvidas no litígio é importante não só para encerrar aquele conflito em espécie, mas para prevenir que outros futuros não venham a se instalar.

Abordando a temática, Ivan Aparecido Ruiz¹²⁸ eleva o diálogo a meio de encerramento do litígio e prevenção de novo conflito:

Ao que se percebe, a solução dos conflitos pelos próprios interessados é o caminho a ser perseguido pelas próximas e futuras gerações, já que se reveste de maior importância, mormente levando-se em conta o aspecto da comunicação, o diálogo. A comunicação entre as pessoas é a chave que abrirá as portas para uma vida em sociedade mais harmônica e mais esperançosa. As pessoas, hodiernamente, não mais suportam as intrigas, as discórdias, as imposições.

Analisando essa problemática, Lilia Maia de Moraes Sales¹²⁹ expõe que :

A decisão judicial fundamenta-se exclusivamente no processo, seguindo a falsa máxima 'o que não está nos autos, não está no mundo'. Dessa forma, em muitos casos os reais problemas, os aspectos relevantes da questão não são estudados. A decisão judicial, portanto, resta insatisfatória, dificultando o seu cumprimento e ainda produzindo mais impasses.

É extremamente preocupante a conduta daqueles magistrados que buscam impor um acordo às partes, não com vistas a eliminar o conflito havido entre elas, mas principalmente para se verem livres do estudo completo, moroso e complexo de mais um processo. Abordando tal questão, Francesco Carnelutti¹³⁰ já alertava para esse problema:

Em realidad, sucede que el órgano jurisdiccional encargado del oficio conciliador vê em él mas bien um médio para librar-se del estudio de la controversia, que no de obtener a través de la voluntad de las partes la justa composición del litígio.¹³¹

¹²⁸ RUIZ, Ivan Aparecido. Obra citada, pág.282-283

¹²⁹ SALES, Lilia Maia de Moraes. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2003, pág.65

¹³⁰ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944, volume 1, pág.204

¹³¹ A esse respeito, sustenta o autor, em outra obra que *infelizmente, a experiência tem demonstrado, sem embargo, que não poucas vezes a autocomposição se degenera em insistências excessivas e inoportunas de juízes preocupados bem mais em eliminar o processo que em conseguir a paz justa entre as partes.* (CARNELUTTI, Francesco. Instituições do processo civil. São Paulo: Classic Book,

Necessária se faz, principalmente, uma mudança na mentalidade do operador do direito, a iniciar pelos bancos da faculdade. Criou-se no mundo jurídico a cultura do processo, do litígio, do conflito, que deve ser aos poucos abandonada, para migrar para uma cultura de pacificação, dando mais ênfase à via transacional. E isso, inegavelmente, começa com um trabalho de base junto aos nossos futuros operadores do direito. É importante dizer que a via contenciosa não exclui a via transacional, e vice-versa. Ambas se completam na busca de um fim maior, a pacificação dos conflitos.

Kazuo Watanabe¹³², adepto da implantação de uma cultura de pacificação, sintetiza em alguns pontos a manutenção desse status vigente :

A arraigada tendência de solução adjudicada pelo juiz, decorrente de sua formação acadêmica e agravada pela sobrecarga de serviços do magistrado; preconceito aos meios alternativos, especialmente pelo receio de que possam comprometer o poder jurisdicional; falsa percepção de que a função de conciliar seria menos nobre, tendo a função de sentenciar como a mais importante; percepção de que, para a avaliação de seu merecimento pelos membros do Tribunal, serão consideradas as boas sentenças proferidas e não as atividades conciliatórias empreendidas.¹³³

É oportuno lembrar que a própria Constituição Federal, em seu preâmbulo, assume o compromisso de solucionar pacificamente as controvérsias, como que estabelecendo o modelo de justiça conciliatória como regra e o modelo de justiça contenciosa como exceção¹³⁴ :

‘Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o

2000, volume 2, pág.70)

¹³² WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. Obra citada, pág.686-687

¹³³ Em outra obra, referido autor, analisando a adequação do meio para se chegar à pacificação do conflito, afirma que o preceito constitucional que assegura o acesso à Justiça traz implicitamente o princípio da adequação; não se assegura apenas o acesso à justiça, mas se assegura o acesso para obter uma solução adequada aos conflitos, solução tempestiva, que esteja bem adequada ao tipo de conflito que está sendo levado ao Judiciário. (WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. Obra citada, pág.56)

¹³⁴ “A adoção do modelo de justiça coexistencial, participativa e conciliatória coaduna-se com a solução harmônica e pacífica de controvérsias preconizada no preâmbulo de nossa Constituição Federal, devendo ser divulgada à população e institucionalizada pelas iniciativas concretas de mediação nas comunidades. Já existem diversas iniciativas nesse sentido, o que demonstra a total aceitação por parte da população no tocante à legitimidade de tais mecanismos”. (TARTUCE, Fernanda. Obra citada, pág.116)

*exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e **comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL'. (negrito nosso)*

Outro fator que merece ser sopesado ao se optar pela via conciliatória de pacificação do conflito é a questão da tempestividade. É sabido que a opção contenciosa, por toda a sistemática processual e pela elevada quantidade de processos a cargo do Judiciário, tenda a perder-se no tempo.

Muitas vezes, já dentro de um processo que se arrasta há anos, uma das partes se vê obrigada à renúncia parcial de seu direito material, cedendo a uma proposta que, se não lhe aproveita integralmente, ao menos, apazigua sua necessidade momentânea. O litígio jurídico estará resolvido, mas a justiça não se alcançou na integralidade. A chance de remanescer a litigiosidade contida é grande. A possibilidade de o conflito vir a ser retomado também é real.

Ora, é certo que uma tutela jurisdicional tardia cria uma sensação de injustiça. Se for possível optar, desde cedo, pela via conciliatória, por que não fazê-lo?

A resposta encontra explicação na própria mentalidade do povo, acostumada à cultura da sentença. Criou-se uma consciência no sentido de que, surgido o problema, só poderá ser resolvido pelo juiz, dentro de um processo. E isso, inegavelmente, traz consigo a consequência de um maior número de demandas distribuídas ao Judiciário, que já não consegue mais lidar com seus males.

Enfim, boa parte dessa gama de problemas presente na via contenciosa, encontra solução adequada na tutela transacional. Basta apenas retirá-la do papel, sem o medo de ver o direito cerceado ou comprometido. Até porque a via jurisdicional ali estará, caso não se colham os frutos conciliatórios.

Passa-se agora a tratar, de maneira mais detida, das espécies de autocomposição presentes no ordenamento pátrio, a unilateral e a bilateral. Nesta última, em especial, serão abordadas as principais válvulas da tutela transacional,

quais sejam a negociação, a conciliação e a mediação, todas direcionadas, com suas peculiaridades, à pacificação do conflito.

Registre-se, porém, como já se fez em outras oportunidades, que tais institutos serão analisados dentro da proposta desse trabalho. Não cabe aqui esgotar o conteúdo a respeito, mas sim, abordá-lo dentro da temática da redução de litigiosidade.

4.2.1 Autocomposição : noções gerais

A autocomposição reflete a possibilidade de o conflito ser resolvido por solução encontrada pelas próprias partes, com ou sem a contribuição de um terceiro (conciliador ou mediador). É a solução consensual havida entre as partes, sem o caráter impositivo que se verifica na via judicial e arbitral, quando se estará diante de hipótese de heterocomposição.

A autocomposição pode ocorrer no plano pré-processual, como se dá nos acordos diversos, nas hipóteses de remissão de dívidas, nos termos de ajustamento de conduta, ou especificamente dentro de um processo.

A possibilidade de realização da autocomposição pressupõe a disponibilidade do direito, tanto analisada sob o prisma material como processual.

No campo material, é de difícil aferição, em situações hipotéticas, enquadrar o direito como disponível ou indisponível. Não existe uma regra específica, um modelo incontestável a ser seguido, sendo que tal questão tem sido objeto de bastante controvérsia na doutrina e jurisprudência. Enfatiza Rui Portanova¹³⁵ que “a indisponibilidade e o interesse público prevalente sobre determinado direito vão surgir da interpretação do caso concreto conjugada com a valorização dada pelo legislador. Tanto pode ser indisponível o direito privado com o direito público”.

A título meramente exemplificativo, é disponível o direito de crédito que alguém detém contra um seu devedor. Pode esse credor ser chamado a entabular um acordo de parcelamento ou remissão parcial da dívida, situação passível de ser composta amigavelmente entre as partes.

¹³⁵ PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil, 5 edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, pág.116

Por outro lado, é indisponível, porque denota matéria de ordem pública, o direito do suposto pai de pleitear seja seu nome excluído do registro de paternidade de uma criança. Nesse caso, ainda que haja anuência da genitora do menor, será necessária a produção de prova para desconstituir a presunção de paternidade criada a partir do registro público voluntário.

Contudo, é de se observar, que mesmo nos casos de indisponibilidade do direito material, se torna possível a composição das partes em relação à parte do objeto da demanda. Por exemplo, na hipótese acima mencionada, nada impede que as partes compareçam perante o juiz e convençionem o interesse na realização voluntária do exame de investigação de paternidade, inclusive acordando com relação à cobertura dos gastos desse exame pericial.

No que diz respeito ao direito processual, de igual forma, a possibilidade de composição entre as partes poderá esbarrar na sua indisponibilidade.

Por exemplo, por força do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, a parte não pode ser obstada a ajuizar uma determinada ação em busca da consagração de seu direito. Contudo, essa possibilidade não poderá ser exercida caso as partes, conscienciosa e voluntariamente, tiverem firmado um compromisso arbitral, convençionando que eventuais conflitos que venham a surgir daquela relação sejam decididos pela via arbitral.

Ou seja, nesse caso, se estará diante de uma hipótese onde a composição das partes estava dentro da esfera de suas disponibilidades. Legalmente, o acordo entre elas deu origem a um caso de renúncia à jurisdição estatal.

São exemplos de outros casos em que, em princípio, se permite a renúncia à integralidade da jurisdição estatal : a desistência da ação, a renúncia ao direito de recorrer e a desistência do recurso.

Contudo, pode haver hipótese em que essa aparente disponibilidade processual não se faça presente. No exemplo do compromisso arbitral acima citado, não terá ela qualquer valor jurídico se um dos promitentes era interdito por deficiência mental. Em virtude dessa peculiaridade, a composição havida entre as partes não surtirá o efeito de impedir a discussão judicial da causa,

pois um dos contraentes não tinha a livre disposição processual do direito de optar pela arbitragem, ao invés da via judicial.

Salienta Leonardo Greco¹³⁶ que a renúncia ao acesso à justiça:

pressupõe que a manifestação de vontade seja absolutamente livre e que o renunciante esteja plenamente consciente das conseqüências e dos efeitos daí decorrentes, o que normalmente ocorre apenas quando se tornou concretamente possível a prática do ato de iniciativa processual.

4.2.2 A autocomposição unilateral

A autocomposição será unilateral quando o ato de disposição for praticado exclusivamente por uma das partes, acarretando uma renúncia, uma desistência ou um reconhecimento jurídico do pedido.

Na lição de Serpa Lopes¹³⁷, é conduta com conteúdo abdicativo. Em tais institutos, há concessões de sacrifícios realizados exclusivamente pelas partes, carecendo, assim, de reciprocidade.

A **renúncia** é ato pelo qual alguém abre mão do direito material ou processual do qual, em tese, é o titular.

Com efeito, em diversas situações se faz presente a renúncia a um direito material. Exemplificando: quando o credor perdoa a dívida de seu devedor; quando o proprietário de um bem o abandona; quando o fisco isenta determinado contribuinte do pagamento de um imposto ou o anistia das penalidades em que incorreu.

No plano processual, a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação tem o efeito de extinguir o processo com julgamento de mérito, à vista da regra contida no artigo 269, inciso V, do Código de Processo Civil.¹³⁸

Para que a renúncia se opere validamente, o objeto deve ser disponível. Por exemplo, não pode um menor de idade, ainda que representado por

¹³⁶ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 31/10/2010, às 14:10 horas

¹³⁷ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil. Obrigações em geral, volume 2. São Paulo. Editora Freitas Bastos, 1989, pág.302

¹³⁸ Art. 269 CPC – Haverá resolução do mérito : (...) V – quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

sua genitora, renunciar ao direito de receber alimentos de seu pai. O que pode haver é a dispensa momentânea do exercício de exigir a pensão alimentícia, nunca a renúncia. Outro requisito a ser observado é a capacidade de emissão da vontade pelo renunciante, sem o que esta não se opera.

Essas exigências também valem para o plano processual. A revelia da parte não enseja a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, quando se está diante de direitos indisponíveis.¹³⁹

A **desistência** é aquele ato abdicativo que se opera no plano processual, quando a parte deixa, por sua vontade expressa ou tácita, de utilizar-se de dada faculdade que a lei o assegura.

O artigo 267 do Código de Processo Civil prescreve a possibilidade de o autor desistir da ação proposta, o que acarretará a extinção do processo sem resolução do mérito.¹⁴⁰ Até que se dê o decurso do prazo de resposta da parte contrária, o ato unilateral do autor não requer anuência do requerido. Ultrapassado aquele momento do procedimento, o pedido de desistência só poderá ser aceito pelo magistrado com a anuência, expressa ou tácita, do requerido, que pode querer provar suas alegações e a improcedência do pedido do autor, visando proporcionar à decisão o alcance da coisa julgada material.¹⁴¹

O ato de desistência em si, pode operar-se a qualquer tempo, mas antes da sentença. Caso esta já tenha sido prolatada, a hipótese só poderá ser a de dispensa do recurso, caso tenha sido ele interposto, ou de dispensa do prazo recursal, caso ainda não protocolada a insurgência. Nesse caso, não ocorrerá a extinção do processo sem resolução do mérito, até porque o mérito já foi julgado. O efeito da desistência recursal será o trânsito em julgado da decisão judicial. Se a desistência do recurso interposto ou do gozo do prazo recursal for expressa, esta será a data do trânsito em julgado; se a dispensa do prazo for tácita, os efeitos da imutabilidade só se darão ao final do prazo recursal previsto para aquele caso.

¹³⁹ Art. 319 CPC – Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. Art. 320 – A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente : (...) II- se o litígio versar sobre direitos indisponíveis.

¹⁴⁰ Art.267 CPC – Extingue-se o processo, sem resolução de mérito : (...) VIII – quando o autor desistir da ação.

¹⁴¹ Art. 267, parágrafo 4, CPC – Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

Sustenta Fernanda Tartuce¹⁴² :

É de destacar, porém, a vedação da desistência em ações que versem sobre interesses indisponíveis, como as demandas com causas de pedir de índole criminal e relativas à improbidade administrativa. Também merece realce a situação da desistência na ação popular, em que há possibilidade de que um terceiro ou o Ministério Público, pela relevância do interesse protegido, assumam o pólo ativo da ação, prosseguindo o processo.

O **reconhecimento jurídico do pedido** é a conduta pela qual o requerido admite a procedência da pretensão de direito material então deduzida pelo autor.

Da mesma forma, requer a disponibilidade do direito e a capacidade daquele que manifesta a vontade.

Em todas essas hipóteses de autocomposição, por ato unilateral abdicativo de uma das partes, o conflito se encerra de maneira mais simplificada, sem que para isso seja necessário levá-lo à apreciação final do Poder Judiciário. Pacifica-se, com redução de litigiosidade judicial.

4.2.3 A autocomposição bilateral

A autocomposição será bilateral quando o resultado transacional for obtido mediante a participação, colaboração e, em sendo o caso, concessão de todos os pólos envolvidos na relação controvertida.

Novamente invocando seu ensinamento, assim sintetiza Fernanda Tartuce¹⁴³ :

Quando encaminham a composição por si próprias, sem a intermediação de um terceiro, as partes encerram uma negociação. Se são auxiliadas em sua comunicação por um facilitador neutro que não propõe alternativas, valem-se da mediação. Finalmente, se o acordo é obtido pela intervenção de um agente que interfere mais ativamente junto às partes, até indicando saídas para a celebração da transação, opera-se a conciliação. Em tais hipóteses, a definição do conflito não é imposta por um terceiro (figura exterior ao conflito),

¹⁴² TARTUCE, Fernanda. Obra citada, pág.56

¹⁴³ TARTUCE, Fernanda. Ibidem, pág.59

mas pelos próprios envolvidos na controvérsia, que reorganizam suas posições.

Passa-se, então, a abordar as espécies de autocomposição bilateral, com ou sem a interferência de terceiro no processo transacional, quais sejam a negociação, a conciliação e a mediação, mais uma vez com a ressalva de que tais temas não serão esgotados em seu conteúdo, mas somente naquilo que for pertinente ao tema objeto deste trabalho.

4.2.3.1 NEGOCIAÇÃO

4.2.3.1.1 Conceito e características

A negociação refere-se a um meio pelo qual as partes envolvidas em um conflito, por si, diretamente, buscam resolver o impasse entre elas existente, mediante a solução negociada do problema.

Ao contrário da conciliação e da mediação, que exigem a presença de um terceiro imparcial que busca tornar mais fácil a composição, na negociação esse objetivo é perseguido pelos próprios envolvidos na situação controvertida, a quem compete o encontro da solução adequada à resolução do conflito que entre eles se instalou.

Carlos Eduardo de Vasconcelos¹⁴⁴, ao dar um conceito ao instituto de negociação, assim o faz:

É lidar diretamente, sem a interferência de terceiros, com pessoas, problemas e processos, na transformação ou restauração de relações, na solução de disputas ou trocas de interesses. A negociação, em seu sentido técnico, deve estar baseada em princípios. Deve ser cooperativa, pois não tem por objetivo eliminar, excluir ou derrotar a outra parte. Nesse sentido, a negociação (cooperativa), dependendo da natureza da relação interpessoal, pode adotar o modelo integrativo (para relações continuadas) ou o distributivo (para relações episódicas). Em qualquer circunstância busca-se um acordo de ganhos mútuos.

¹⁴⁴ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Obra citada, pág.35

A negociação é uma técnica de resolução de conflitos que busca no poder da persuasão, no cooperativismo e na preservação dos vínculos interpessoais, uma válvula para escapar do paradigma 'ganhar-perder'. A solução negociada sempre foi a chave não só para encerrar, mas também para prevenir um futuro conflito. Esse método vem ao encontro do fim proposto com o presente trabalho, qual seja o de reduzir ao mínimo o número de ações judiciais levadas à apreciação final do Poder Judiciário.

A negociação pode se dar antes ou durante o processo judicial em que se discute o conflito de interesses. Até mesmo em fase de execução ou cumprimento de sentença, é possível que ela se faça presente para minorar as consequências do litígio.¹⁴⁵

4.2.3.1.2 Vantagens da negociação

Diversos são os benefícios trazidos por uma solução negociada, em relação a outros meios de pacificação de conflitos.

Primeiro, é de se ter em mente que a negociação tem o condão de resolver o conflito de interesses havido entre os envolvidos da relação litigiosa, sendo certo que este é o objetivo principal a ser buscado pelo sistema plural de pacificação.

Segundo, a negociação traz consigo a vantagem de proporcionar uma maior possibilidade de resolução efetiva do conflito. Isso porque a possibilidade de adimplemento de uma prestação é sem dúvida maior quando está presente a voluntariedade, ao invés da coercitividade. Chegar a um consenso é um bom caminho andado para que se atinja o resultado prático final almejado pelos envolvidos.

Terceiro, a solução negociada preserva, e até às vezes fortalece, os vínculos interpessoais entre os antigos contendores. Gera uma sensação de escapar de uma demanda que poderia ser longa. Cria-se ou retoma-se um espírito de

¹⁴⁵ “Cada vez mais se tem consciência da necessidade de se obter o consentimento da outra parte como método construtivo e de resultados duradouros para a produção de contratos e resolução de controvérsias”. (GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação conciliação e*

confiança no então adversário. Ao contrário, a atitude impositiva, típica do poder jurisdicional, por não raras vezes, afasta os litigantes e rompe o vínculo amigável que outrora poderia existir.

Quarto, a negociação diminui o estresse pessoal e social. A rápida e adequada solução do problema é importante para o indivíduo em si, que se livra daquela sensação de pendência, e para a sociedade como um todo, evitando que chegue a ponto de estourar a “panela de pressão” carregada pela litigiosidade contida.

E, talvez o mais importante, a solução do conflito obtida pelas partes, faz retirar das filas de julgamento mais um processo judicial. Reduz-se a litigiosidade, permitindo que o Judiciário se concentre naquelas causas totalmente impossíveis, envidando esforços para bem julgá-la, alcançando-se, assim, resultados quantitativos e qualitativos.

4.2.3.1.3 Os termos de ajustamento de conduta

Neste ponto do trabalho, será abordado aquele que se considera o grande instrumento na busca da pacificação de conflitos com redução de litigiosidade judicial.

O termo de ajustamento de conduta, firmado no âmbito dos interesses coletivos *lato sensu*, consagra a união de dois importantes pilares para a remoção do problema da inefetividade da justiça. De um lado, a tutela coletiva, que busca molecularizar a resolução dos conflitos de interesse. De outra parte, a via transacional de pacificação, que visa inculcar no espírito de todos a necessidade do consenso para a rápida e eficaz atuação da justiça.

A primeira grande praticidade que se observa em relação aos termos de ajustamento de conduta é que se trata de um título executivo extrajudicial. Ou seja, a confecção desse compromisso tem o mesmo condão, o mesmo efeito prático de uma sentença transitada em julgado. Com a ressalva de que se evita o demorado e complexo caminho do processo. O inadimplemento da obrigação

assumida pelo compromitente irá ensejar diretamente a execução da prestação, sem precisar constituir o direito em prévia ação cognitiva.

Quanto à sede e momento de tomada do TAC, assevera Hugo Nigro Mazzilli¹⁴⁶ :

O compromisso de ajustamento de conduta tomado extrajudicialmente não exige homologação judicial. Contudo, caso os interessados busquem essa homologação por qualquer motivo, o título deixará de ser extrajudicial para transformar-se em título executivo judicial. Mas, a rigor, só será mesmo necessária a homologação judicial se o compromisso versar questões já controvertidas em juízo e se, em virtude de sua celebração, se quiser extinguir o processo.

Em comentário a esse instrumento, especificamente no tocante à sua utilização pelo Ministério Público, Emerson Garcia¹⁴⁷ faz as seguintes ponderações :

Esse compromisso pressupõe um ajuste entre o Ministério Público e o violador (atual ou iminente) da norma, no qual, além de serem estabelecidas as obrigações a serem cumpridas para a recomposição da legalidade, são fixadas as respectivas penalidades para a sua inobservância. Por haver normatização específica, é desnecessário que o compromisso seja assinado por duas testemunhas, não sendo aplicada a regra geral do art. 585, II, do CPC.

Observe-se que isso é resultado da conjugação da via coletiva com a transacional. De um lado, resolve-se uma gama de interesses transindividuais, sem a necessidade de ajuizamento de múltiplas ações individuais. De outro, o consenso havido entre as partes envolvidas, faz tornar desnecessária a insurgência às vias judiciais.

É de se salientar, contudo, que nem todos os legitimados ativos à propositura da ação coletiva podem celebrar termos de ajustamento de conduta. Somente os órgãos públicos, como um Município, uma autarquia, uma fundação pública, o próprio Ministério Público. Nunca uma associação de classe, um sindicato, uma fundação privada.

¹⁴⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. Obra citada, pág.317

¹⁴⁷ GARCIA, Emerson. Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. Editora Lúmen Iuris, Rio de Janeiro, 2004, pág.246

Ressalte-se que a celebração de termos de ajustamento de conduta não é prejudicada pelo princípio da indisponibilidade da ação coletiva. Isso porque não se abre mão do direito material em litígio, servindo o ajuste apenas para disciplinar prazos e condições do cumprimento da obrigação. Trata-se de mitigação daquele princípio.¹⁴⁸

Na lição de Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁴⁹ :

O termo de ajustamento de conduta revela-se altamente eficiente para resolver e prevenir conflitos de grande transcendência, que de outro modo ensejariam ações de trâmite demorado, de forte impacto sobre os agentes envolvidos e até sobre a própria sociedade como um todo.

Até agora, analisou-se o termo de ajustamento de conduta sob dois pilares que sustentam esse trabalho, sempre com vistas à redução de litigiosidade judicial. São eles a tutela coletiva e a tutela transacional. Coloca-se, agora, um novo ingrediente a esta solução: a tutela inibitória ou preventiva do dano, aqui também sustentada como um dos pontos que confluem para o princípio da litigiosidade mínima.

Tome-se a hipótese do direito ambiental, amparado por um dos princípios que lhe é fundamental, qual seja o da prevenção. Defrontando-se com a desejada instalação de uma atividade potencialmente poluidora, o órgão de defesa ambiental (por exemplo, o IAP) pode convocar o empreendedor a firmar um compromisso de ajustamento de conduta, estabelecendo a pauta mínima de obrigações a seu cargo, para que o seu empreendimento respeite as normas ambientais e não cause dano a esse patrimônio difuso. Estar-se-á diante da conjugação de todos esses três fatores. A tutela coletiva, uma vez que se estará

¹⁴⁸ “O compromisso de ajustamento de conduta é garantia mínima, não limite máximo de responsabilidade. Seu objeto o distingue de uma vera e própria transação do direito civil: esta versa interesses disponíveis de partes maiores e capazes. Ora, como os órgãos que o podem tomar não têm disponibilidade do direito material controvertido, o compromisso de ajustamento de conduta deve versar apenas a assunção de obrigação de fazer ou não fazer por parte do causador do dano, que deve ajustar sua conduta às exigências da lei. O tomador do compromisso de ajustamento, em troca da obrigação assumida por parte do causador do dano, não pode dispensar, renunciar ou mitigar outras obrigações legais do comprometente; pode, entretanto, estipular termos e condições de cumprimento das obrigações (modo, tempo, lugar, etc)”. (MAZZILLI, Hugo Nigro. Obra citada, pág.315)

¹⁴⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Obra citada, pág.32

defendendo um direito de natureza difusa. O caminho transacional de solução prévia de eventuais conflitos que pudessem eclodir. E a tutela inibitória, uma vez que se procura agir antes da prática do dano, evitando-o, de forma preventiva.

Abordando aspecto semelhante, Edis Milaré¹⁵⁰ assim se posiciona:

Em síntese, a legislação ambiental tem por vocação a prevenção e a reparação do dano, que são exatamente o objeto do chamado Termo de Ajustamento de Conduta. Este instrumento, ao estabelecer condicionantes técnicas e cronograma para a execução de determinadas obrigações, definidos mediante as negociações que se realizam entre o órgão ambiental e o empreendedor, garante a regularização das atividades e, ao mesmo tempo, a sua continuidade.

E arremata:

É a forma legal de conciliação entre a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico, que se traduz exatamente no ideal do desenvolvimento sustentável, que busca crescer sem destruir. Quando essa situação se apresenta, a conduta tida abstratamente como delituosa perde, no caso concreto, seu caráter de antijuridicidade.

Diga-se, em matéria ambiental, a tutela inibitória possui mais efetividade que a tutela meramente ressarcitória do dano.¹⁵¹

Ainda que se venha a utilizar o TAC como instrumento de reparação do dano já ocorrido, é certo ser o mesmo um meio bem mais ágil, célere e efetivo do que a demorada solução judicial do problema.¹⁵²

¹⁵⁰ MILARÉ, Edis. O compromisso de ajustamento de conduta e a responsabilidade penal ambiental. *In A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Obra citada, pág.162

¹⁵¹ “O TAC, por sua vez, é um mecanismo alternativo de solução de litígios ambientais que possibilita aos órgãos públicos legitimados tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais. Trata-se de figura peculiar de transação, na medida em que pode não apenas prevenir o litígio (propositura de ação civil pública) como também pôr-lhe fim (ação em andamento). Ressalte-se que tanto na ação civil pública quanto no TAC os meios mais eficazes para se lidar com os litígios ambientais são as tutelas de urgência ou inibitória, que têm como objeto principal a prevenção, a precaução e a inibição do dano”. (LEITE, José Rubens Morato; LIMA, Máira Luísa Milani de; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. Ação Civil, Pública, Termo de Ajustamento de Conduta e formas de reparação do dano ambiental: reflexões para uma sistematização. *In A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Obra citada, pág.332-333)

¹⁵² “Numa sociedade em que se deseja a imputação do ônus de reparar o dano ao degradador de forma célere, o TAC mostra-se como instrumento bastante ágil em detrimento das ações judiciais, que tendem a ser mais demoradas em face da razão processual”. (LEITE, José Rubens Morato; et tal. Obra citada, pág.333)

4.2.3.2 CONCILIAÇÃO

4.2.3.2.1 Conceito e características

A conciliação é um meio de autocomposição bilateral facilitada, através do qual um sujeito imparcial, utilizando-se de técnicas persuasivas e do bom senso, procura fazer com que as partes envolvidas em dado litígio cheguem a um acordo de vontades.

Talvez a grande diferença entre a conciliação e a mediação encontra-se na postura do sujeito que intervém junto aos litigantes para encerrar o conflito.

Ao discorrer sobre a distinção entre o papel desempenhado, de um lado, pelo mediador, e de outro, pelo conciliador, Fernanda Tartuce¹⁵³ assim leciona:

O mediador não induz propriamente as partes a um acordo, mas se esforça para auxiliar no restabelecimento da comunicação, para que elas próprias gerem novas formas de relacionamento e equacionamento de controvérsias. Sua atuação ocorre no sentido de provocar a reflexão, para que os próprios indivíduos encontrem saídas para o conflito. Já o conciliador, de forma mais incisiva, busca a obtenção de um acordo, inclusive sugerindo maneiras de alcançá-lo e extinguir o litígio já instalado, formulando possíveis propostas de composição.

Carlos Eduardo de Vasconcelos¹⁵⁴, abordando essa diferença, acentua :

A conciliação é uma atividade mediadora focada no acordo, qual seja, tem por objetivo central a obtenção de um acordo, com a particularidade de que o conciliador exerce uma autoridade hierárquica, toma iniciativas, faz recomendações, advertências e apresenta sugestões, com vistas à conciliação.

O caminho conciliatório é o mais adequado para a resolução de conflitos, se comparado à via impositiva judicial ou arbitral. É mais rápido, mais

¹⁵³ TARTUCE, Fernanda. Obra citada, pág.65-66

¹⁵⁴ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Obra citada, pág.39

barato, mais eficaz e pacífica com maior efetividade. E nele o risco de injustiça é acentuadamente menor. Nele não há perdedor.

Nos últimos tempos, parece que se tem despertado para a importância do instrumento da conciliação, não só no tocante à pacificação do conflito, mas também como meio imprescindível na solução do grave problema enfrentado pelo Judiciário brasileiro, o enorme acúmulo de processos pendentes de julgamento, que por sua vez, acarreta uma sensação de injustiça, fomentando a litigiosidade contida no seio social.

Tanto isso é verdade que os diversos tribunais do País, capitaneados pelo Conselho Nacional de Justiça, têm destacado ao menos uma semana do ano para um movimento nacional pela conciliação. A título ilustrativo, em 2009, na Semana da Conciliação, foram marcadas 333.324 audiências. Dessas, foram realizadas 260.416. Quase 123 mil dessas audiências resultaram em acordos.¹⁵⁵

O Movimento pela Conciliação, surgido no Brasil com mais ênfase em 2006, mediante o slogan “*Conciliar é legal*”, tem por objetivo criar no espírito dos operadores do direito e das próprias partes envolvidas na relação conflituosa, a cultura da conciliação, eleita como o caminho mais célere e eficaz à solução do litígio.¹⁵⁶

Comentando a respeito da necessária mudança na consciência coletiva, migrando da cultura da sentença para a cultura da conciliação, assim leciona Maria Avelina Imbiriba Hesketh¹⁵⁷ :

A sociedade brasileira está sendo desafiada a uma mudança cultural e social, no que diz respeito à solução de seus conflitos. Assim, faz-se necessário repensar a postura adversarial até então adotada. A necessidade de que sejam criados novos paradigmas para reger e compor os conflitos não decorre apenas das dificuldades da tramitação do processo formal perante o Judiciário, mas das grandes e rápidas transformações que a sociedade globalizada tem passado,

¹⁵⁵ Dado levantado no site : <http://g1.globo.com/crime-e-justica/noticia/2010/05> , acessado em 05/11/2010, às 18:40 horas.

¹⁵⁶ “A conciliação é, assim, um instrumento de pacificação social, porque acelera a efetividade da prestação jurisdicional, acarreta a satisfação das partes litigantes em face da solução dos conflitos, torna o Judiciário mais acessível, eficiente e rápido, além de possibilitar a economia de recursos”. (HESKETH, Maria Avelina Imbiriba. *A conciliação: dever ético do advogado em busca da paz e da justiça*. In <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205505770174218181901.pdf> , acessado em 06/11/2010, às 09:30 horas, pág.08)

¹⁵⁷ Ibidem, pág.10

no campo da ciência, da genética, da tecnologia, que refletem seus efeitos nas relações interpessoais, nos negócios, nos países, etc.

É de se lamentar, por todo esse arsenal de benefícios oferecido pela cultura conciliatória, que a esmagadora parte da população ainda prefira a via contenciosa para a solução dos conflitos. Alterar esse quadro não é somente uma possibilidade do operador do direito, mas um dever que há de ser por ele assumido, em prol da tão almejada justiça social.

4.2.3.2 Momento e sede da conciliação

De início, cumpre salientar que a conciliação é instrumento de pacificação observado tanto na esfera judicial como extrajudicial.

Pode ocorrer no bojo de um processo de conhecimento, por iniciativa das próprias partes ou em audiência especificamente designada para tal fim. Da mesma forma, é possível que ocorra na fase da execução da sentença, quando as partes, por suas iniciativas, dispõem sobre a maneira como será cumprida a obrigação, a despeito da já prolatada decisão judicial.

Mas também existe a possibilidade dessa conciliação se operar antes do ajuizamento de um dado processo. Diga-se, essa seria a alternativa mais viável na busca da pacificação com redução de litigiosidade judicial. Pacificaria o conflito, sem a necessidade de provocação do Judiciário, que ficaria encarregado, apenas, de tratar dos casos impossíveis. O papel de conciliador poderia caber, por exemplo, a um promotor de justiça, a um advogado ou a um terceiro que interviesse em prol da solução do litígio experimentado pelas partes em conflito.

Apesar da cultura adversarial, é certo que a conciliação judicial encontra eco dentro dos diferentes tipos de processo, em momentos diversos do procedimento. Mais do que uma possibilidade a critério do magistrado, é um imperativo legal.

No tocante ao processo trabalhista, fincado sob as bases da conciliação, é de se lembrar que a redação originária do artigo 114 da Constituição Federal, definia a competência daquela justiça especializada para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores. O

procedimento observado nas lides trabalhistas guarda um momento específico para a tentativa de conciliação das partes.

No processo civil, vale a pena transcrever a regra esculpida no artigo 125 do CPC, segundo a qual “compete ao juiz : II – velar pela rápida solução do litígio; e IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”. Sem embargo dessa regra, reserva-se um momento do procedimento para a realização da audiência preliminar de que trata o artigo 331 daquele diploma, onde será tentada a conciliação das partes, quando a transação for admissível e não for hipótese de julgamento antecipado da lide. Ainda na abertura da audiência de instrução e julgamento, poderá o juiz propor a conciliação, quando for esta admitida, tanto em razão da natureza da causa como das partes envolvidas.

Nos Juizados Especiais, tanto na esfera cível como criminal, o procedimento se inicia com a proposta de conciliação, que é de sua própria essência. É nesta seara que o espírito conciliador se revela com maior ênfase.

Assim, o acordo entabulado no processo cível dá azo à extinção do processo, com resolução do mérito. A conciliação é tentada a todo tempo, seja através do conciliador, do juiz leigo ou do próprio juiz togado.

Nas causas criminais de menor complexidade, durante a audiência preliminar, a composição civil das partes, sendo a ação penal privada ou pública condicionada à representação, gera renúncia ao direito de queixa ou representação, acarretando a extinção da punibilidade do autor do fato.¹⁵⁸ Veja-se que além de resolver a pendência criminal, essa composição gera título executivo na esfera cível, tornando desnecessário o ajuizamento de ação civil, por falta de interesse processual.

Inexistindo conciliação na audiência preliminar criminal, havendo representação da vítima na ação pública condicionada ou sendo a ação pública incondicionada, surge outro momento onde é possível a transação penal, tudo com o fito de impedir o nascimento de um novo processo. O Ministério Público formula uma

¹⁵⁸ Art.74 da Lei 9099/95 : A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único : Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação. (grifo nosso)

proposta ao autor do fato, cuja aceitação e cumprimento das condições de sua parte, impede a propositura de ação penal contra si.¹⁵⁹

Mas não é só. Ainda depois de ajuizada a ação penal, é possível visualizar mais uma hipótese de conciliação. Trata-se do benefício da suspensão condicional do processo¹⁶⁰, segundo o qual o réu que a ele fizer jus, poderá ter o seu processo suspenso mediante o cumprimento de certas condições, que poderá, ao final, acarretar a extinção de sua punibilidade.¹⁶¹

Em todas as hipóteses (composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo), mostra-se latente a figura da conciliação. Pressupõem uma comunhão de vontades entre as partes litigantes (vítima, Ministério Público – que é o titular da ação penal pública – e o autor do fato delituoso). O fim buscado parece o mesmo : pacificar o conflito, com redução de litigiosidade judicial (diminuir a quantidade de processos, cíveis ou criminais, levados à decisão final do Poder Judiciário).

É de bom alvitre salientar que mesmo fora do âmbito do Juizado Especial Criminal é possível visualizar hipóteses onde a conciliação se faz presente, com vistas à extinção de processos.

Imagine uma ação penal pública em trâmite na Vara Criminal, onde o réu faz jus ao benefício da suspensão condicional do processo. Cumpridas as condições, o processo é imediatamente extinto, sem que seja necessário instruí-lo ou julgá-lo.

Ou, uma ação penal privada, onde na audiência inaugural, existe a retratação do agente ou o perdão do ofendido. A aceitação da outra parte faz extinta a punibilidade do autor do fato, extinguindo-se o processo no estado em que se encontra.

¹⁵⁹ Art. 76 da Lei n. 9099/95 : Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

¹⁶⁰ Art. 89 da Lei n. 9099/95 : Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal).

¹⁶¹ Art. 89, parágrafo 5, da Lei 9099/95 : Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

Ressalte-se que tanto a figura da transação penal como da suspensão condicional do processo, são institutos despenalizadores que mitigam os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública por parte do Ministério Público. É a cultura da conciliação brotando no espírito dos operadores do direito, nestes incluídos os legisladores.

4.2.3.2.3 O papel social do juiz, do Ministério Público e do advogado

A prestação jurisdicional tempestiva, adequada e efetiva é um dos pilares fundamentais da almejada justiça social.

A Constituição Federal descreve que a República Federativa do Brasil, dentre outros, tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana¹⁶², e como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária¹⁶³. Mais, em seu artigo 4, inciso VII, estabelece como princípio regente a solução pacífica dos conflitos.

Para Maria Avelina Imbiriba Hesketh¹⁶⁴ :

A Justiça Social é aquela voltada ao bem comum, aquela que possibilita a paz e a harmonia de seus jurisdicionados, assegurando-lhes uma vida digna, pela possibilidade de se ter garantida a verdadeira cidadania. Afirma que o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional, participa da realização da Justiça Social quando garante, mantém e efetiva os direitos conferidos à cidadania.

Infelizmente, a justiça, a quem caberia garantir o exercício de tais direitos fundamentais, há muito padece dos males da inefetividade. A realidade tem demonstrado que os conflitos e contradições estão cada vez mais latentes, sejam eles manifestos ou contidos na seara social. E, ao par disso, cabe ao operador do direito buscar alternativas para minimizar os efeitos catastróficos que a sede de justiça (ou de injustiça) pode vir a acarretar.

Uma dessas válvulas de escape é o ideal conciliador. Mas para que se atinjam os objetivos que dele se espera, no âmbito do Judiciário, deve o magistrado conscientizar-se de que, pelo cargo que ocupa e pelo poder que ostenta,

¹⁶² Artigo 1, incisos II e III, da CF

¹⁶³ Artigo 3, inciso I, da CF

possui uma missão social. Não deve ser um mero agente que se limita a despachar processos, realizar audiências e dar sentenças. Há de ir além, aferindo se os resultados práticos de sua atuação vêm sendo sentidos na comunidade de jurisdicionados que representa.

E um importante instrumento para o cumprimento desse papel social, com certeza, está na via conciliatória de atuação.

O magistrado deve ser alguém comprometido com o espírito da pacificação. A cultura da sentença deveria ser relegada a um plano secundário.

O mesmo se diga em relação ao Ministério Público, erigido pelo artigo 127 da Magna Carta como *instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*. (grifo nosso)

Sendo guardião da ordem jurídica, deve zelar pela efetividade da justiça, nesta não só incluída a prestação da tutela jurisdicional, mas também a distribuição e promoção da justiça no meio extrajudicial de atuação.

E aí entra um grande instrumento de que se pode valer o promotor de justiça para cumprir com maestria seu papel social, pacificando conflitos sem a necessidade de provocação do órgão judicial. Aqui se refere à intensa gama de pessoas que o procuram, diariamente, para buscar em seu gabinete a solução dos problemas que as acometem.

É sabido que a promessa de instalação de Defensorias Públicas em diversos municípios brasileiros ainda não saiu do papel. Pouquíssimos são aqueles que dispõem de profissionais que prestam assistência judiciária gratuita àquelas pessoas que não possuem condições financeiras para a contratação de um advogado.

Os interessados, então, lotam as Promotorias de Justiça, buscando não somente orientações, mas a adoção de providências que venham, efetivamente, a dar guarida aos seus anseios.

Em sede de atendimento ao público, o promotor de justiça tem a possibilidade de receber a reclamação, designando audiência conjunta com a parte reclamada. Neste ato, atuará como verdadeiro conciliador, buscando a composição

¹⁶⁴ Obra citada, pág.04-05

amigável entre os envolvidos, impedindo que estes venham a engrossar a fila de interessados na busca da tutela jurisdicional.

É importante salientar que o acordo havido entre as partes, com o referendo do Ministério Público, é título executivo extrajudicial, podendo ser executado independente de homologação judicial e da propositura de ação de conhecimento.¹⁶⁵

Até mesmo naqueles casos onde já existe um título executivo, posterga-se o ajuizamento da ação de execução, intimando-se as partes para comparecimento. Não raras vezes, obtém-se do obrigado o cumprimento, ainda que parcelado, de sua obrigação, prática muito comum no campo do direito de família. Afinal, até mesmo para a parte, mais vale uma solução ao problema do que um processo ajuizado.

Práticas como essa, fundadas nessa possibilidade do promotor de enveredar-se pelas vias conciliatórias extrajudiciais, contribuem em muito para a redução da litigiosidade judicial. Quantos não são os processos que deixam de ser endereçados para julgamento do Judiciário, porque se conseguiu a pacificação do conflito por essa outra forma.

Assim como os juízes, devem os promotores de justiça ter consciência desse poder-dever. O papel social por eles desenvolvido também deve buscar o destinatário final de sua atribuição, o cidadão, que muitas vezes é desprovido dos recursos mínimos necessários para patrocinar uma causa em Juízo.

Mas não basta a mera vontade de tornar efetiva essa prática. É necessário que se dê estrutura material e humana para o desempenho desse desiderato.

Essa função social de pacificação também deve ser exercitada pelos advogados, usando da conciliação como instrumento de realização da justiça.

É bem verdade que a preparação acadêmica deste profissional, tido como integrante de função essencial à justiça¹⁶⁶, não colabora com o necessário espírito pacificador. O estudante de direito é moldado para o embate, para o

¹⁶⁵ Art. 585 do CPC : São títulos executivos extrajudiciais: II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; **o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público**, pela Defensoria Pública ou pelo advogados dos transatores. (negrito nosso)

¹⁶⁶ Art. 133 da CF : O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus

processo. São raros os cursos de direito que oferecem disciplinas como a do estudo dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos.

A função do advogado ultrapassa os limites do contrato firmado com seu cliente. Ao ser investido no exercício de um dado mandato, o advogado assume o compromisso de *‘exercer a advocacia com dignidade e independência, observar a ética, os deveres e prerrogativas profissionais e defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático, os direitos humanos, a justiça social, a boa aplicação das leis, a rápida administração da justiça e o aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas’*.¹⁶⁷

Como assinala Maria Avelina Imbiriba Hesketh¹⁶⁸, “diante do seu juramento, o advogado passa a ser um instrumento de transformação social”.

Para esse fim, os advogados dispõem da conciliação como instrumento de efetivação da justiça. De igual forma, os acordos escritos firmados em sua presença são títulos executivos extrajudiciais, independente de homologação judicial ou de prévia interposição de ação cognitiva.

Basta que também tenham consciência desse dever social e, sempre que possível, componham o litígio independente da propositura de ações judiciais, que ainda mais colaborarão com o abarrotamento das atividades do Poder Judiciário.

4.2.3.3 MEDIAÇÃO

4.2.3.3.1 O acesso à justiça através da mediação

Não é de agora que se assinala que acesso à justiça não é sinônimo de busca da tutela jurisdicional estatal.

Diga-se que a via judicial do direito de ação é apenas um dos instrumentos para que, resolvido o litígio, se alcance a justiça.

atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

¹⁶⁷ Artigo 20 do Regulamento Geral da OAB

¹⁶⁸ Obra citada, pág.18

Mas não é o único.¹⁶⁹ Outros meios existem para que esse resultado final seja obtido. Um deles é a via transacional sustentada, que não se baseia na imperatividade da decisão judicial ou arbitral, mas sim, na solução do conflito, com preservação, o quanto possível, dos vínculos de diálogo entre as partes.

A tendência global que se constata é a de que não se pode mais tratar o Poder Judiciário como única forma de acesso à justiça.¹⁷⁰ Esta locução – acesso à justiça – é bem mais ampla, compreendendo não somente o acesso obtido através do Poder Judiciário, mas também por intermédio de outros mecanismos alternativos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem. É uma nova fase, a da universalização do acesso à justiça.¹⁷¹

E fazendo parte desse contexto, a mediação reveste-se de importante instrumento para uma mudança de paradigma, deixando de lado a cultura da sentença para ingressar na cultura da pacificação.¹⁷²

¹⁶⁹ “A cultura da justiça estritamente adversarial e formal alimenta conflitos e, muitas vezes, mais violência, tanto entre as partes como na sociedade e nos próprios profissionais, perpetuando-se pelas gerações. A justiça de ‘quantos processos ganhei e não quantos conflitos auxiliei a administrar’ advém e reforça a noção equivocada de que, para que haja um vencedor, necessariamente deve haver um perdedor”. (ZAPPAROLLI, Célia Regina. *Mediação de conflitos. Pacificando e prevenindo a violência. A experiência pacificadora da mediação*. São Paulo: Summus, 2003, pág.57)

¹⁷⁰ “A sociedade, atualmente, vive em crise e, juntamente com ela, as instituições estatais. O estado abarcou uma série de atribuições, mas não está conseguindo, com eficiência e como era de se esperar, desvencilhar-se das mesmas, cumprindo o seu dever legal. Não é à toa que muito se fala em mudança de paradigmas. O modelo atual não mais responde às aspirações da população. Presencia-se, hodiernamente, uma avalanche de organizações não-governamentais (ONGs). Concomitantemente, com elas, emerge a figura do voluntariado, sendo que ambos vêm exercendo um papel que até então era exercido ou pelo menos devia ser exercido pelo Estado. É o cidadão, o particular exercendo uma atividade pública, típica do Estado. Essa mudança pode ser constatada no âmbito do Estado-administração, contando, inclusive, com tratamento legislativo. Observam-se, pois, mudanças e aberturas no Estado, que vem deixando de ser um Estado administrador e tornando-se um Estado gerenciador. O Poder Judiciário não está imune a esses efeitos nocivos ou estranhos à funcionalidade do seu sistema, ou seja, a esse mal que ronda a sociedade contemporânea. A abertura do Estado também no tocante ao papel do Poder Judiciário não pode deixar de repercutir na melhoria da Justiça, o que vem acontecendo com a expansão dos chamados meios alternativos de solução de conflitos, onde o cidadão é chamado a participar e contribuir para o alcance da Justiça e da paz social”. (RUIZ, Ivan Aparecido. In CASELLA, Paulo Borba; e tal. Obra citada, pág.279)

¹⁷¹ RUIZ, Ivan Aparecido. In CASELLA, Paulo Borba; e tal. Obra citada, pág.277

¹⁷² “Avança um movimento de superação daquele processualismo rígido (há séculos dominante nas nossas academias e juízos), baseado num rigorismo autoritário, que hipertrofia as polarizações e o valor da coerção, eleva custos, avoluma autos, estufa vaidades e alimenta uma advocacia litigiosa, quase raivosa, voltada à exploração do conflito, em detrimento da sua efetiva transformação”. (VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Obra citada, pág.45)

Marca característica da mediação, que impulsiona as próprias partes a encontrarem a saída para a solução de seu litígio, é a preservação ou restabelecimento do diálogo, circunstância que permite uma maior probabilidade de cumprimento do avençado e uma menor expectativa de que futuros conflitos possam envolver as mesmas partes.

O mesmo não ocorre na solução imperativa da via jurisdicional. O sucumbente poderá até cumprir a decisão, por medo do poder de império estatal, mas será muito menos provável que o vínculo de diálogo e relação com seu algoz seja mantido ou restabelecido. Assim sendo, a possibilidade de novos conflitos entre essas mesmas partes é clarividente.

Destacando esse ponto da mediação, Carlos Eduardo de Vasconcelos¹⁷³ ensina que “o restabelecimento das relações entre as partes concorre para a continuidade dos vínculos pessoais, familiares ou de negócio, tendo o acordo assim, eventualmente, obtido maior probabilidade de cumprimento espontâneo”.

Alguns chegam mesmo a sustentar que a mediação, dentro do sistema de pacificação de conflitos, deveria ter primazia sobre a via jurisdicional. Esse, por exemplo, é o entendimento de Rosemary Damaso Padilha¹⁷⁴, para quem :

Para cumprir com o objetivo de agilizar a Justiça, a mediação deveria ser o primeiro serviço prestado ou disponível às pessoas que, não conseguindo chegar a um consenso por si mesmas, buscam a ajuda de um terceiro. A meu ver, não deveria ser uma alternativa de resolução de conflitos, mas a forma natural, normal dentro da cultura, a primeira opção. Caso não fosse possível resolver o conflito com a ajuda de um terceiro imparcial, o mediador, cuja função é facilitar a comunicação, favorecer o diálogo na busca de um acordo amigável, então sim, se buscaria uma alternativa adversarial em que o poder decisório fosse delegado ao terceiro.

Comungando desse mesmo entendimento, Ivan Ruiz¹⁷⁵ :

A mediação, vista como método ou procedimento alternativo, não tem a finalidade de afastar a utilização do processo judicial e,

¹⁷³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Obra citada, pág.46

¹⁷⁴ PADILHA, Rosemary Damaso. A mediação no cenário jurídico. Palestra proferida no Conselho Regional de Psicologia – CRP Curitiba, 1999. Disponível em: <http://www.amanapaz.com.br/artigos>. Acesso em 17/11/2010, às 18:00 horas

¹⁷⁵ RUIZ, Ivan Aparecido. In CASELLA, Paulo Borba; e tal. Obra citada, pág.279-280

tampouco, pretende-se enfocá-la como concorrente do mesmo. A mediação deve ser incentivada e utilizada ao lado do processo tradicional, funcionando como verdadeiro filtro. Somente quando as partes não se compõem por si sós, aí sim, deverão utilizar-se do processo.

E será nesse panorama que melhor será analisado o instituto da mediação, mas tão só naquilo que for pertinente ao objeto deste trabalho.

4.2.3.3.2 Conceito e importância

Consiste a mediação em uma modalidade extrajudicial, autocompositiva, de pacificação de conflitos, informal, voluntária, não contenciosa, em que as próprias partes envolvidas, auxiliadas por um mediador, buscam não só a solução para o litígio, mas também o restabelecimento da boa comunicação entre elas, em uma perspectiva de futuro.

A mediação é um meio extrajudicial de solução de conflitos de interesses, geralmente de caráter confidencial, cabendo às próprias partes a responsabilidade pela construção das decisões que levem à pacificação. É um meio autocompositivo de resolução de conflitos, uma vez que a solução é alcançada pelas próprias partes, amigavelmente. Nesse método, porém, há a presença de um terceiro, chamado de mediador, que nada decide. O mediador age no sentido de aproximar as partes, mostrando a elas o que é a mediação, as suas vantagens, auxiliando-as no sentido de que encontrem a melhor solução para o litígio. O terceiro, assim, funciona como um catalisador, ou seja, tem a finalidade de imprimir, na busca de solução do conflito pelas partes, maior velocidade em suas reações, sem que se altere o processo entre elas.¹⁷⁶

Abordando essa temática, ensina Elena Highton e Gladys Alvarez¹⁷⁷ que a mediação :

¹⁷⁶ RUIZ, Ivan Aparecido. In CASELLA, Paulo Borba; e tal. Obra citada, pág.287

¹⁷⁷ HIGHTON, Elena I.; ALVAREZ, Gladys Stella. Mediação para resolver conflictos. Buenos Aires: Ad-hoc, 1995, pág.276

... es un procedimiento no adversarial em el que um tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que em forma cooperativa encuentren el punto de armonía em el conflicto. El mediador induce a lãs partes a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trascienden el nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas.¹⁷⁸

Observe que o mediador nada decide, não força as partes a uma composição. A condução do problema é feita pelos próprios envolvidos no conflito, para que estes mesmos construam uma solução rápida, eficaz, ponderada e satisfatória a ambos.

É importante salientar que a mediação é uma forma voluntária, espontânea de resolução de conflitos. Não é uma condição de procedibilidade da ação judicial. A ela recorrem as partes caso isso seja de suas vontades. Inexiste obrigação, dever. É uma válvula de escape àqueles que querem fugir das agruras do processo judicial.

A mediação dá ênfase ao diálogo, à reestruturação da comunicação antes havida entre as partes, demonstrando as desvantagens do confronto e buscando, além da eliminação do litígio, preservar ou restaurar o bom relacionamento, prevenindo novos conflitos.¹⁷⁹

A importância da mediação no sistema de pacificação de conflitos se revela sob dois prismas diversos, mas conexos: primeiro, é inegável que, sendo alternativa consensual de composição, eliminando o litígio, impede que a decisão sobre este seja entregue ao Judiciário, assoberbando ainda mais o sistema

¹⁷⁸ Para ARRUDA BARBOSA, a mediação constitui 'um método fundamentado, teórica e tecnicamente, por meio do qual uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina os mediandos a despertarem seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito em oportunidade de construção de outras alternativas, para o enfrentamento ou a prevenção de conflitos'. (BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas. Faculdade de Direito da USP, 2003, pág.54)

¹⁷⁹ "Mediação é um método extrajudicial, não-adversarial, de solução de conflitos através do diálogo. É um processo auto-compositivo, isto é, as partes, com o auxílio do mediador, superam o conflito sem a necessidade de uma decisão externa, proferida por outrem que não as próprias partes envolvidas na controversia. Ou seja, na mediação, através do diálogo, o mediador auxilia os participantes a descobrir os verdadeiros conflitos, seus reais interesses e a trabalhar cooperativamente na busca das melhores soluções. A solução obtida culminará num acordo voluntário dos participantes. A mediação consegue, na maioria das vezes, restaurar a harmonia e a paz entre as partes envolvidas, pois o mediador trabalha especialmente nas inter-relações. Na mediação, as soluções surgem espontaneamente, reconhecendo-se que a melhor sentença é a vontade das partes". (EGGER, Ildemar. Obra citada, pág.59)

jurisdicional (está aqui delineada mais uma manifestação do princípio da litigiosidade mínima); segundo, a atribuição, às próprias partes, para que solucionem o conflito de interesses que entre elas se emergiu, restabelecendo a comunicação e o diálogo, faz com que seja maior a possibilidade de adimplemento do que foi acordado, além de prevenir que outros conflitos futuros venham a ser instalados.

É oportuno, porém, o comentário de Fernanda Tartuce¹⁸⁰ :

Não se pretende, ao preconizar a utilização da mediação, que haja substituição da atuação jurisdicional clássica pelo exercício de tal atividade. O que se busca é complementar a atividade de realização e distribuição de justiça com o fornecimento de mais uma ferramenta de trabalho. Tal postura é condizente com a noção de um sistema pluriprocessual de enfrentamento de controvérsias.

A mediação é uma espécie de filtro que se faz para que nem todas as controvérsias sejam levadas à apreciação final do Judiciário. Torna possível excluir do órgão jurisdicional aqueles conflitos que podem ser resolvidos pelos próprios envolvidos. É um instrumento alternativo, que complementa, mais que isso, tenta ocupar o vácuo de efetividade deixado pelo poder jurisdicional, com todos os seus problemas internos e externos.

Acentua Lília Maia de Moraes Sales¹⁸¹ :

O Poder Judiciário continua com o pleno poder constitucional de solucionar os conflitos (monopólio jurisdicional) e a mediação, pela sua efetivação, auxiliará nessa tarefa de resolução de conflitos (principalmente daqueles conflitos que, pelas condições sociais e financeiras das partes, talvez nunca alcançassem os tribunais) evitando o número exagerado de processos nas Cortes.

Através da mediação (e da tutela transacional em geral), o instinto pacificador pode ser alcançado com maiores e melhores resultados, uma vez que retira das mãos do Judiciário a quase que exclusividade na solução dos litígios, chamando à responsabilidade toda a sociedade como um todo, especialmente aqueles indivíduos diretamente envolvidos no litígio.

¹⁸⁰ TARTUCE, Fernanda. Obra citada, pág.293

¹⁸¹ SALES, Lília Maia de Moraes. Obra citada, pág.293

4.2.3.3.3 Princípios que regem a mediação

O instituto da mediação é regido por princípios que buscam na dignidade da pessoa humana, na autodeterminação e na participação democrática os seus pilares de sustentação.

A existência digna é um dos fins constitucionais que tem ganhado maior amplitude nos últimos tempos. É o sustentáculo de todo o arcabouço de direitos e garantias previstos na Magna Carta de 1988. É uma de suas muitas manifestações, com certeza, é a paz individual e social. Não se consegue crer na possibilidade de uma vida minimamente digna em um ambiente de constante conflito.

Ensina Alexandre de Moraes¹⁸² que :

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável pela própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

A autodeterminação é o poder de iniciativa do indivíduo em trilhar seu próprio caminho, buscando dar solução, pelos meios de que dispõe, a todos os problemas que o afligem. Não esperar que os outros, indivíduos ou Estado, dêem impulso ao que precisa ser resolvido.

A participação democrática, em todos os níveis de interesse, reflete o direito do indivíduo de inteirar-se e ter o controle ativo das decisões que afetem sua vida. Essa atuação pode se dar de maneira direta, quando o próprio envolvido toma as rédeas da conduta, ou indiretamente, por exemplo, quando é representado por outrem.

Passa-se a discorrer, agora, sobre alguns princípios que derivam desses pilares, aplicáveis à mediação.

¹⁸² MORAES, Alexandre. Obra citada, pág.16

Inicia-se pelo *princípio da liberdade*. A primeira manifestação dessa diretriz na mediação é a voluntariedade de escolha do meio autocompositivo. O interessado não é obrigado a procurar tal via para compor o conflito. É uma mera alternativa à sua disposição. Ele é o dono de sua própria vontade. Optado por esse caminho, a parte tem a liberdade de definir a forma de enfrentamento da controvérsia, até sua solução final. É livre, inclusive, para abandonar, a qualquer tempo, esse método pacificador, rumando para outro ou consolando-se com a contenção do litígio.

Um outro princípio é o da *decisão facilitada*. A resolução do conflito compete exclusivamente aos envolvidos. São eles que têm que buscar a solução da lide. Essa tarefa, contudo, é facilitada pela presença de um mediador, que muito embora não interfira na decisão da parte, cria as condições para que a mesma floresça.¹⁸³

Também vigora o *princípio da informalidade*. Não há qualquer exigência para a instauração, desenvolvimento e conclusão do procedimento autocompositivo de mediação. A simplicidade e a confidencialidade derivam dessa diretriz. Nada impede, contudo, que as partes, após chegarem a um acordo quanto ao objeto do litígio, venham a reduzir a termo a transação entabulada, inclusive com a possibilidade de homologação judicial, para que a avença ganhe força de título executivo.

Há de se registrar, também, o *princípio da imparcialidade* do mediador. Será a conduta isenta desse terceiro que propiciará às partes as condições para a obtenção de um acordo de vontades. A confiança depositada nesse facilitador é imprescindível ao bom resultado da técnica. Deve ser ele apto, preparado, paciente e diligente no trato de sua missão.

Importantíssimo também é o *princípio da cooperação*. Ao instalar-se o procedimento da mediação, os envolvidos devem ter em mente que a composição só será alcançada se deixarem de lado o clima de competitividade. Não de abandonar as armas, dando primazia ao diálogo, até porque a decisão não lhes será adjudicada, mas construída em um clima de consenso.

¹⁸³ “As partes é que decidirão todos os aspectos do problema sem intervenção do mediador, no sentido de induzir as respostas ou as decisões, mantendo a autonomia e controle das decisões relacionadas ao conflito. O mediador facilita a comunicação, estimula o diálogo, auxilia na resolução

A esse respeito, leciona Mancuso¹⁸⁴ que :

Nos tempos atuais, os sujeitos da lide devem se conscientizar sobre a necessidade de substituir a desgastada forma beligerante por uma conduta cooperatória no processo, em que todos os participantes encerrem esforços para pacificar o conflito de forma justa e com o menor dispêndio de tempo e dinheiro.

4.2.3.3.4 Finalidades da mediação

Muito embora seja um método extrajudicial de resolução de conflitos, a mediação não se resume apenas à eliminação do litígio. Vai mais além, buscando em seus meandros outras finalidades que lhe são decorrentes.

Bem, a primeira grande utilidade da mediação é a *resolução do conflito*. É inegável que essa é a mola propulsora da instalação de um procedimento mediador. As outras finalidades são desta derivadas.¹⁸⁵ Isso porque dificilmente se alcançarão os outros objetivos se o conflito não for eliminado.

Pacificar com justiça é o objeto primordial de todo meio de composição de conflitos. E com a mediação não é diferente. Busca-se, com ela, atingir um alto grau de *pacificação social*, fim último do Direito.

Contudo, a mediação vai mais longe do que outros métodos de composição de conflitos ao buscar as causas da controvérsia para tentar sanar o sofrimento humano.¹⁸⁶ Trabalha-se em cima da *obtenção do consenso*, pois uma solução negociada tem muito mais chance de ser efetivada na prática do que uma outra que venha a ser imposta por um juiz ou árbitro.

dos conflitos, mas não os decide". (SALES, Lilia Maia de Moraes. Obra citada, pág.47)

¹⁸⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. Obra citada, pág.44

¹⁸⁵ Discordando desse entendimento, ILDEMAR EGGGER destaca : "*Mas, diferentemente dos outros institutos jurídicos e sociais que se apresentam como formas alternativas de resolução de disputas, a mediação não tem por objetivo prioritário a realização de um acordo. A função prioritária da mediação é a produção da diferença, instalando o novo na temporalidade. Nem todas as correntes de mediação aceitam essa hipótese, trabalhando com vista no acordo, o que, deve ser secundário no procedimento de mediação, que, primordialmente, preocupa-se com a reaproximação das partes, com o re-estabelecimento dos sentimentos, sendo o eventual acordo secundário*". (EGGER, Ildemar. Obra citada, pág.73-74)

¹⁸⁶ TARTUCE, Fernanda. Obra citada, pág.228

Aderindo a esse pensamento, Roberto Portugal Bacellar¹⁸⁷ sustenta que :

A verdadeira Justiça só se alcança quando os casos se solucionam mediante consenso que resolva não só a parte do problema em discussão, mas também todas as questões que envolvam o relacionamento entre os interessados. Com a implementação de um modelo mediacional de resolução dos conflitos, o Estado estará mais próximo da conquista da pacificação social e da harmonia entre as pessoas.

Nessa linha, surge uma outra finalidade da mediação, qual seja o *restabelecimento da comunicação entre as partes*. Significa permitir que elas retomem uma comunicação eficiente, com intuito de discutir os pontos relevantes da controvérsia e encontrar uma saída consensual para o impasse.¹⁸⁸

É evidente que a resolução do conflito passa, irremediavelmente, pela recuperação do diálogo entre os envolvidos, a esta altura, comprometido pelo litígio que entre eles se instalou. Cabe ao mediador a tarefa de facilitar essa missão, tirando as partes da posição passiva frente ao conflito, para tornarem-se protagonistas na busca da melhor solução para a controvérsia.

Por sua vez, esse restabelecimento de comunicação oportuniza uma maior garantia de *preservação do bom relacionamento dos mediados*, antes comprometido pelo estado de litigiosidade formado.¹⁸⁹

Nessa esteira, opera-se o objetivo preventivo de *evitar que novos conflitos venham a ser instalados entre as partes*. Esta é uma das manifestações inibitórias da redução de litigiosidade sustentada nesse trabalho. A partir do momento em que se resolve o conflito, se restabeleça a comunicação entre as partes e se preserve o relacionamento delas, existe uma forte tendência de que não irão bater às portas do Judiciário para que seja resolvido um novo e futuro conflito.

¹⁸⁷ BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. Disponível em: <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/revistas/revista8/08.htm>. Acesso em 21/11/2010, às 09:55 horas.

¹⁸⁸ TARTUCE, Fernanda. Obra citada, pág.222

¹⁸⁹ "A partir de tal nova concepção, as partes poderão melhorar seu relacionamento ao aprender a perdoar ou mesmo a reconhecer sua interdependência. Podem ainda aprender a compreender a si mesmas, deixando de lado o ódio ou o desejo de vingança e trabalhando pela paz interior e pelo próprio desenvolvimento. Finalmente, podem também aprender a viver em harmonia com os ensinamentos e os valores da comunidade a que pertencem". (TARTUCE, Fernanda. Obra citada, pág.224)

A mediação é o instituto mais apropriado para resolver conflitos em relações continuativas, como no direito de família. Neste caso, a relação entre as partes não é eventual, ocasional, mas constante, rotineira. Por isso, a necessidade de não só se pacificar o litígio, mas tornar mais eficiente o diálogo e fortalecer os vínculos de relacionamento entre os envolvidos. Talvez por isso, pondera Ivan Aparecido Ruiz¹⁹⁰ :

Na mediação, depois de se alcançar um acordo, por natureza favorável a ambas as partes, estão reunidas condições para que se mantenham as relações que as unem, sejam elas de caráter familiar, comercial ou obrigacional.

Aliás, referido autor, páginas antes, sustenta a preferência que se deve ter pelos meios autocompositivos, em especial a mediação, principalmente nas matérias ligadas ao direito de família, relegando os métodos heterocompositivos a um plano secundário.¹⁹¹

4.2.3.3.5 Panorama legal da mediação no Brasil

O primeiro ponto a esclarecer, de início, é que não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, um diploma legal específico que trate da mediação.

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 94/2002, de autoria da deputada Zulaiê Cobra, que institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos.

Em consulta realizada nesta data¹⁹², apurou-se que referido projeto de lei está aguardando votação na Câmara dos Deputados, para deliberar acerca das emendas recebidas no Senado Federal.

Sem embargo disso, é de notar que algumas leis esparsas, especialmente na seara trabalhista, fazem menção ao instituto da mediação, buscando sua aplicação em hipóteses determinadas.

A título exemplificativo, cite-se o contido no Decreto 1572/95, *que regulamenta a mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista e dá outras*

¹⁹⁰ RUIZ, Ivan Aparecido. In CASELLA, Paulo Borba; e tal. Obra citada, pág.288

¹⁹¹ Idem, ibidem, pág.278

¹⁹² 22/11/2010, às 18:40 horas, no site www.senado.gov.br

providências, que em seu artigo 2 dispõe que frustrada a negociação direta, na respectiva database anual, as partes poderão escolher, de comum acordo, mediador para composição do conflito. (grifo nosso)

Essa realidade é bem retratada nas palavras de Fernanda Tartuce¹⁹³ :

Na atualidade, a situação brasileira revela uma dupla face em termos de normatização. Por um lado, a mediação vem sendo gradualmente realizada por programas de acesso à justiça desenvolvidos por tribunais e associações não-governamentais, gerando uma salutar aproximação do instituto com a sociedade e permitindo o reconhecimento de sua eficácia. Por outro lado, pretende-se institucionalizar a observância da mediação prevendo-a de forma exaustiva e minuciosa por meio da formulação de propostas legislativas, chegando-se inclusive a cogitar sua obrigatoriedade em certas hipóteses. Já há em nossa legislação diferentes previsões normativas diretas ou indiretas sobre a mediação.

É evidente que se está aqui falando da mediação institucionalizada, aquela a cargo do Estado, em sua missão de distribuição da justiça. Nada impede, por outro lado, que a iniciativa privada venha a oferecer essa alternativa àqueles que desejem reduzir os tempos, custos e agruras na solução de conflitos.

Firma-se aqui o entendimento de que, tanto no plano privado como institucional, qualquer imposição, legal ou contratual, à instância mediadora, desnatura o instituto e o faz padecer do vício de inconstitucionalidade. Isso porque a mediação deve ser uma alternativa em favor daqueles que desejam obter um consenso genuíno ao conflito em que se envolveu, não podendo ser condição de procedibilidade para o ajuizamento de ações judiciais, sob pena de ferir o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional sobre lesões ou ameaças a direito.

Compartilhando desse raciocínio, Fernanda Tartuce¹⁹⁴ :

No estado atual, apesar da crise na prestação jurisdicional, efetivamente se revela inadequada a previsão de prévia submissão a instâncias conciliatórias e mediadoras para o esgotamento das tentativas de acordo entre as partes. Tais métodos de gestão de conflitos exigem, como pressuposto subjetivo de sua implementação, a efetiva mudança de mentalidade dos operadores do direito e esta deve ocorrer de forma não impositiva, sob pena de comprometimento da livre manifestação de vontade e da obtenção

¹⁹³ TARTUCE, Fernanda. Obra citada, pág.252

¹⁹⁴ TARTUCE, Fernanda. Obra citada, pág.247-248

de um consenso ilegítimo. O caminho mais pertinente e condizente com a técnica consensual é disponibilizar e divulgar, ao máximo, iniciativas profícuas de mediação e incentivar as partes e os advogados a conhecerem o método por meio de palestras informativas ou sessões de pré-mediação. Embora o caminho possa se apresentar mais longo e mais demorado em termos de adesão generalizada à mediação, esta tem sido a experiência mais produtiva em outros ordenamentos.

Analisando a questão sob outro ângulo, Luciane de Souza¹⁹⁵ :

É bem verdade que a questão da obrigatoriedade é um dos grandes pontos polêmicos acerca da mediação, havendo muitas vezes que entendem que a imposição da tentativa de mediação revela-se de todo incompatível com o espírito da mediação. Ponderemos. A obrigatoriedade de comparecimento à audiência preliminar já vem prevista na legislação processual trabalhista e na legislação dos juizados especiais brasileiros desde a sua criação, sendo certo que o índice de acordos nestas duas searas do Judiciário é enormemente superior ao índice de acordos nos processos cíveis em que o acordo é possível, mas não existe obrigatoriedade da tentativa. Por outro lado, se se deseja implementar a mediação em larga escala, não se pode esperar que uns poucos demandantes de boa vontade se disponham a comparecer para a audiência de mediação e passem a relatar sua boa experiência às pessoas em geral para que então aumentem os índices de comparecimento.

4.2.3.3.6 Abrangência da mediação

Não há uma regra vigente sobre a abrangência da mediação no sistema jurídico brasileiro. A ausência de regulamentação legal do instituto impede

¹⁹⁵ SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional. In CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. Coordenadores. *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, pág.73-74. Acrescenta a autora que: *"Infelizmente, temos uma população pouquíssimo educada, com limitações no discernimento e conhecimentos necessários para sopesar o custo de um comparecimento a uma audiência com os benefícios de uma possível solução através da mediação. As pessoas costumam raciocinar apenas a curto prazo e concentrar-se no incômodo de comparecer e, ainda por cima, encontrar o adversário com quem já desistiram de dialogar ao decidir recorrer ao Judiciário. Não sabem como funciona a mediação, e muito menos conhecem (até se verem envolvidas como partes) a alternativa tradicional de solução de litígios: o processo judicial. Ignoram quanto tempo costuma demorar, quais as etapas, quais os critérios de julgamento em um processo judicial. Fica claro, assim, que normalmente não estão em condições de ponderar as vantagens e desvantagens da tentativa de mediação. Pode parecer paternalista, mas temos que considerar a nossa realidade social. O importante é que, ao comparecerem, as pessoas sejam tratadas de acordo com suas necessidades e seja realizada uma tentativa de mediação efetivamente capaz de propiciar a solução definitiva daquele conflito. No entanto, para que uma estrutura de obrigatoriedade como essa possa ser implementada, é evidente que precisamos com quadros de mediadores capacitados em número suficiente – o que certamente é uma realidade ainda inexistente no Brasil"*..

uma análise mais acurada do tema, que acaba sendo fruto da interpretação doutrinária e jurisprudencial que vem sendo dada a ele.

O projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional já recebeu diversas emendas nas comissões por onde passou, restando modificado em seu texto original.

Apenas a título ilustrativo, no que tange à questão da abrangência do instituto, após substitutivo elaborado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, estabeleceu-se, no artigo 4, que será lícita a mediação *em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem*.

Segundo o escólio de Fernanda Tartuce¹⁹⁶ :

A mediação vem sendo empregada como técnica de encaminhamento e composição nas mais diversas modalidades de controvérsias. Tem-se adotado a mediação para tratar controvérsias não apenas sobre interesses de ordem estritamente privada, mas em praticamente todos os setores nos quais a autocomposição (unilateral ou bilateral) possa se efetivar. Prova disso é que a mediação tem terreno fértil de desenvolvimento em conflitos familiares e trabalhistas, cujo viés publicístico é notório. Ademais, merece menção a já citada preconização da justiça restaurativa, que prevê a possível consideração da mediação na esfera penal.

Por suas próprias características, o grande espectro de eficaz aplicação do instituto da mediação situa-se no campo das relações jurídicas continuativas, como no direito de família, empresarial e trabalhista. Isso porque a mediação não volta seus olhos apenas para o passado, ao tentar compor o litígio, mas também para o futuro, visando impedir que novos conflitos venham a ser instalados entre aquelas partes que, doravante, darão continuidade ao relacionamento interpessoal.

Como bem lembrado por Humberto Dalla Bernardina de Pinho¹⁹⁷, “de nada adianta a decisão proferida por um juiz ou árbitro quanto à relação continuada, se o conflito não foi adequadamente trabalhado. Ele continuará a existir, independentemente do teor da decisão e, normalmente, é apenas uma questão de tempo para que volte a se manifestar concretamente”.

¹⁹⁶ TARTUCE, Fernanda. Obra citada, pág.263

¹⁹⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In MASCARENHAS, Geraldo Luiz Prado (Coord). Acesso à justiça e efetividade do

No tocante ao requisito subjetivo para aplicação do instituto da mediação, não havendo disposição legal expressa em sentido contrário, deve-se recorrer às regras gerais de capacidade jurídica. Assim, um interditado, se não for regularmente representado por seu curador, não terá poderes para instituir uma mediação, nem tampouco para, utilizando-se dela, transacionar sobre dado objeto litigioso.

4.2.3.3.7 Mediação e métodos heterocompositivos

A mediação é um meio autocompositivo de resolução de conflitos, missão que se vê facilitada pela presença de um mediador.

Difere dos métodos heterocompositivos (via judicial e arbitral), principalmente, na medida em que a solução da controvérsia é entregue às próprias partes envolvidas no litígio, chegando a um consenso, ao passo que naqueles, a decisão final é impositiva, confiada a um terceiro imparcial, seja o juiz ou o árbitro.

Contudo, outras importantes diferenças podem ser citadas a partir da comparação do instituto da mediação com os métodos de heterocomposição vigentes no ordenamento.

Na mediação, o procedimento guarda caráter de confidencialidade, restrito às próprias partes, enquanto no processo judicial, via de regra, está presente a publicidade dos atos, que só pode ser limitada nas hipóteses de interesse público relevante ou defesa da intimidade da parte.

No terreno da mediação, há um incentivo às partes para que se comuniquem diretamente, buscando a solução para o conflito. Já no processo judicial, essa comunicação fica mais restrita entre os advogados, na maior parte das vezes, dirigida ao julgador. Geralmente, a possibilidade de contato pessoal das partes se limita à audiência de tentativa de conciliação, sendo a comunicação abortada, e por certo, até mais prejudicada, se não se alcançar êxito naquele desiderato.

A mediação busca o restabelecimento do diálogo entre as partes, desejando não só alcançar a solução para o conflito presente, mas impedir que outras controvérsias se instalem futuramente. Ao contrário, na seara da

heterocomposição, está presente apenas a preocupação com o litígio levado a julgamento, bastando a decisão sobre ele para que dê por prestada a tutela jurisdicional estatal ou privada.

Em regra, a solução do conflito pela via alternativa da mediação, encontra guarida em mais curto espaço de tempo, se comparada àquela obtida pelo caminho judicial.

Na mediação, o custo financeiro do procedimento é bem mais baixo, se comparado ao processo levado ao Judiciário, quase sempre com ônus elevados em termos de custas e honorários advocatícios.

4.2.3.3.8 Medidas necessárias à viabilização da mediação no Brasil

Não há dúvidas de que o florescimento da mediação no Brasil passa, irremediavelmente, por uma mudança de mentalidade dos operadores do direito.

A cultura da sentença deve dar lugar à cultura da pacificação, do consenso, do diálogo, da resolução negociada da controvérsia.

Há de se ter em mente que a decisão impositiva quase sempre mascara a manutenção do conflito. No aspecto teórico, a controvérsia estará resolvida, mas na prática, a litigiosidade manter-se-á contida, inclusive com possibilidade de aflorar brevemente na pele de novos conflitos envolvendo as mesmas partes.

Resolver o conflito nem sempre é sinônimo de pacificação. Mais ainda, existe um abismo profundo entre dar solução impositiva à controvérsia e pacificar com justiça.

Necessário se faz encontrar na mediação (e nos outros métodos autocompositivos) uma saída plausível para a crise do sistema judiciário. Assim não sendo, cada vez mais a inefetividade se fará latente.¹⁹⁸

¹⁹⁸ “... apenas com uma mudança de mentalidade e com a abertura para novas possibilidades é que as partes e os operadores do direito estarão prontos para se orientar segundo as diretrizes da justiça consensual, atentando tanto para suas potencialidades como para os seus limites”. (TARTUCE, Fernanda. Obra citada, pág.294)

Mas só isso não basta. É preciso um esforço legislativo para disciplinar legalmente o instituto da mediação. Será mais uma válvula que disporá o Estado, e porque não dizer a iniciativa privada, para continuar perseguindo a sua missão constitucional de pacificação.

4.3 ARBITRAGEM

4.3.1 Crise do Judiciário e Arbitragem

A arbitragem é uma saída liberalista na busca de alternativas à crise do aparato judiciário.

O Estado, não mais conseguindo sustentar, sozinho, o desejado monopólio jurisdicional, delega uma fatia da tarefa pacificadora à arbitragem. A teoria do Estado mínimo, de postura liberal, é chamada a atender aos reclamos de uma sociedade que não mais enxerga no órgão jurisdicional estatal a chave exclusiva para a pacificação dos conflitos.¹⁹⁹

A sociedade, em razão das constantes transformações a que está sujeita, se vê na iminente necessidade de buscar soluções para os seus males. Se o monopólio jurisdicional estatal não mais funciona a contento, de forma a atingir, de maneira plena, o ideal pacificador, outra alternativa não resta do que delegar a particulares essa possibilidade.

Há de se ter em mente que a arbitragem, dentro do sistema pluralista aqui sustentado, é apenas mais um dos meios alternativos de resolução de conflitos de que se dispõe. É uma opção destinada àqueles que desejam fugir dos percalços de um processo judicial.

Comentando a respeito, assim leciona Ricardo Soares Stersi dos Santos²⁰⁰ :

É preciso frisar que a arbitragem não é uma maneira de resolução de conflito melhor ou pior do que qualquer outra, inclusive quando comparada à forma judicial (órgãos do Poder Judiciário). Cada um desses meios de resolução de conflitos possui características específicas e distintas, geradoras de fatores que são interpretados pela doutrina como vantajosos ou desvantajosos. Em certos casos, é recomendável, inclusive, que sejam reunidas várias formas, criando-

¹⁹⁹ “... foi o liberalismo, enquanto ideologia, quem induziu o legislador a escolher a arbitragem e guiou-o quanto ao conteúdo de sua disciplina normativa. Em resumo, a crise provocou a reação do legislador, mas foi o liberalismo quem orientou-o quanto à solução do problema. Por conseguinte, a arbitragem é uma resposta à crise do Judiciário, mas uma resposta de tipo liberal. Pelo que poderíamos dizer, sinteticamente, ser a arbitragem uma resposta do liberalismo à crise do Judiciário”. (ROCHA, José de Albuquerque. Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica. São Paulo: Atlas, 2008, pág.06)

²⁰⁰ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Noções gerais de arbitragem. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, pág.38-39

se sistemáticas híbridas de resolução de litígios. O que deve ser buscado, sempre que possível, é facilitar o acesso da população a ordem jurídica justa e, com isso, estabelecer modos em que a pacificação na sociedade seja realizada de maneira mais efetiva, dentro de um quadro de legitimidade e de preservação do Estado de Direito. A arbitragem deve ser reconhecida apenas como um dos caminhos que o sistema jurídico proporciona para que as partes resolvam os seus conflitos e, assim, como instrumento de realização dos escopos da jurisdição.

Essa nova forma de encarar e prestar a jurisdição – desta feita privada – significa, antes de tudo, um avanço legislativo que vem refletir uma nova mentalidade, que abandona a ideia de exclusividade sustentada pela jurisdição estatal, procurando se adequar às tendências do processo civil contemporâneo, na busca de formas alternativas de solução dos conflitos de interesses.²⁰¹

É evidente que o sucesso do argumento passa pela necessária mudança de conduta do jurisdicionado, com postura hoje tão voltada à jurisdição estatal. Muito embora se veja incitado pela celeridade e economia do juízo arbitral, ainda parece desconfiar da segurança e efetividade de suas decisões. Criou-se uma cultura de que o magistrado é sempre o ser mais capacitado a proferir as melhores decisões. Talvez por isso o instituto ainda não ganhou a engrenagem necessária no Brasil.

A respeito desse fenômeno, anota Cezar Fiúza²⁰² :

²⁰¹ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Obra citada, 1999, pág.109. Registre-se que referido autor, em edição anterior de sua obra, meses após o advento da Lei de Arbitragem no Brasil –Lei n. 9307/96-, já chamava a atenção para esse revolucionário instituto. Citemos um trecho de suas palavras: “A tentativa que se faz agora através da introdução de um novo regime de juízo arbitral é positiva e merece ser bem recepcionada pelos operadores de direito dos mais diversos segmentos institucionais, tendo em vista que irá proporcionar, com o passar do tempo, maior agilização ao Poder Judiciário, porquanto reduzirá o seu volume de trabalho em questões complexas e que, via de regra, demandavam elevados custos aos litigantes, seja de ordem econômica, seja temporal. Essa nova forma de prestar a jurisdição – desta feita privada, significa antes de tudo um avanço legislativo que vem refletir uma nova mentalidade que, por sua vez, procura-se adequar às tendências do processo civil contemporâneo na busca de formas alternativas de solução dos conflitos de interesses. (...) Em outros termos, trata-se, em última análise, de mecanismos hábeis à ampliação do acesso à ordem jurídica justa, como novo instrumento de democratização da justiça, colocado à disposição dos jurisdicionados. (...) Esse novo modelo – inversamente do que pensam alguns operadores e estudiosos do Direito – em nada afronta a Lei Maior, enfraquece ou desprestigia o Judiciário. Muito pelo contrário, vem para minimizar a crise jurisdicional e permitir ao Estado-juiz que dirija a sua atividade principal à solução de conflitos que não podem, por questões de ordem pública, ser conhecidos pela justiça privada. Haverá sim – e o tempo há de ser a maior testemunha do que se afirma – o revigoramento da legitimação do Poder Judiciário perante o povo brasileiro e a reestruturação de nossa cultura jurídica, à medida que se oferecem ao povo mecanismos diversificados, alternativos, de composição de seus conflitos”. (1997, pág.54-57)

²⁰² FIUZA, Cezar. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1995, pág.217

Por razões talvez históricas, a cultura brasileira transformou o Estado em pai e mãe de todos. Dele dependemos para tudo. Ele é o grande culpado por todos os nossos males e, também, o único benfeitor. Sintetiza o Estado Brasileiro as figuras do bandido, do mocinho, do bode expiatório e do salvador da pátria. Por via de consequência, como é do Estado a tarefa de resolver todos os nossos problemas, compete a ele, e só a ele, a tarefa de julgar nossos litígios.

Álvaro Vilaça Azevedo²⁰³ enxerga na arbitragem a válvula de escape para dar solução à crise do Judiciário. Para tanto, aduz que “o acúmulo de processos existentes nos tribunais hodiernamente enseja a necessidade de um meio célere e equânime de solução de conflitos de direitos disponíveis, portanto, a arbitragem é o instrumento mais justo para dirimir os conflitos do futuro”.²⁰⁴

Crê-se que o maior desafio seja transportar para a realidade prática todos os benefícios que estão infiltrados na teoria do instituto. E é aí que entra a missão do operador do direito.

4.3.2 Conceito e características da arbitragem

A arbitragem é um meio alternativo, extrajudicial, heterocompositivo, de resolução de conflitos de caráter patrimonial disponível, segundo o qual as partes litigantes entregam, de comum acordo, a um árbitro, a solução da controvérsia que os aflige, sendo que a decisão proferida possui força de coisa julgada entre elas, impedindo, via de regra, a reapreciação da matéria de mérito pelo Judiciário.

Desse conceito, podem-se extrair diversos elementos que o compõem, de forma a permitir um melhor entendimento do que realmente seja o instituto da arbitragem.

De início, há de se ter em mente que a arbitragem é uma alternativa à disposição daqueles que não querem submeter o seu litígio aos meandros do

²⁰³ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Curso de direito civil: teoria geral das obrigações. 9 edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pág.20

²⁰⁴ “A Lei de Arbitragem significa uma verdadeira revolução na cultura jurídica brasileira, à medida que coloca lado a lado a jurisdição estatal com a privada, à escolha do jurisdicionado. O direito processual civil precisa retomar a sua dimensão social, adequando-se historicamente às realidades e necessidades dos novos tempos, a começar pelo rompimento do mito do monopólio estatal da jurisdição, exorcizando o terror da imposição da cláusula arbitral em todo e qualquer contrato, sem que isso importe em enfraquecimento do Judiciário ou na inafastabilidade do controle jurisdicional”. (CONDADO, Elaine Christina Gomes. *A arbitragem como instrumento eficaz de acesso à justiça*.)

processo judicial. É sabido que o Judiciário atravessa uma insistente crise, que acaba comprometendo a entrega da prestação jurisdicional que lhe é incumbida. A lentidão dos processos, a onerosidade excessiva, a insuficiência de capacidade técnica do julgador em matérias minimamente específicas, têm sido fatores que desestimulam os jurisdicionados a optar pela via judicial. E é nesse momento que surge a opção pelo juízo arbitral.

Oportuno o ensinamento de Rozane da Rosa Cachapuz²⁰⁵ acerca dos atrativos da arbitragem:

É importante ressaltar que a Arbitragem é o meio de resolução de conflitos mais simples e objetivo, e os julgadores, além de imparciais, são técnicos especializados na área científica sobre a qual recai o objeto litigioso, e, via de regra, do mais alto quilate científico e respeitabilidade. Esses atributos conferem às partes um julgamento seguro e rápido, sobretudo se confrontando com os atropelos verificados na jurisdição pública, que se forma por um exército de juízes com acúmulo de serviço, sem poder operacionalizar o direito dentro de um prazo razoável. Pode-se verificar na Arbitragem a rapidez na prestação da tutela jurisdicional privada perseguida, devido a irrecorribilidade das decisões arbitrais e inexistência de homologação da sentença nacional pelo órgão do Poder Judiciário.

A arbitragem é um método extrajudicial de resolução de conflitos, processando-se o julgamento da lide fora do âmbito do Poder Judiciário. Duas ou mais partes, capazes, escolhem um árbitro, a quem competirá a apreciação do problema, proferindo decisão a respeito. O preenchimento dos requisitos legais importa na exclusão da lide do círculo de atribuições da jurisdição pública.

É uma forma heterocompositiva de resolução de conflitos, diga-se, as partes delegam a um terceiro, o árbitro, a decisão sobre o mérito do litígio, que terá carga impositiva contra o sucumbente, sentença esta que terá força de título executivo judicial, à vista do que dispõe o artigo 475-N, inciso IV, do Código de Processo Civil, e artigo 31 da Lei n. 9307/96.²⁰⁶

Londrina, 2008, pág.86)

²⁰⁵ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei n. 9307/96*. São Paulo: Editora de Direito, 2000, pág.75-76

²⁰⁶ Art. 475-N do CPC : São títulos executivos judiciais: (...) IV – a sentença arbitral.

Art. 31 da Lei 9307/96 : A sentença arbitral produz, entre as partes, e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Em seus comentários ao instituto, leciona Carmona²⁰⁷ :

Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distancia da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios, de tal sorte que não existirá decisão a ser imposta às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes).

A arbitragem presta-se apenas à solução de litígios que se referem a direitos patrimoniais que as partes, capazes, tenham a possibilidade de dispor. A disponibilidade e a patrimonialidade são os critérios a serem utilizados para determinar a matéria objeto da arbitragem. Um conflito, por exemplo, envolvendo uma pessoa interdita, não pode ser encaminhado à decisão arbitral. Da mesma forma, impossível que um ato de improbidade administrativa venha a ser julgado por um árbitro.

O juiz da causa na arbitragem é o árbitro, pessoa de confiança das partes, por elas livremente escolhida, geralmente com conhecimentos técnicos compatíveis ao objeto em litígio. O árbitro é investido do múnus da jurisdição privada. A lei outorga a ele o poder de declarar o direito no caso concreto, em função equiparada a do juiz togado. Sua decisão tem caráter impositivo, independentemente de homologação judicial, fazendo coisa julgada entre as partes, com força de título executivo judicial.

A sentença arbitral, via de regra, não será objeto de revisão pelo Poder Judiciário. Entendimento diverso equivaleria a retirar do instituto sua principal utilidade, impedir que certos conflitos cheguem aos escaninhos do órgão judicial, hoje tão abarrotado a ponto de comprometer a entrega adequada e efetiva da tutela jurisdicional.

Contudo, por exceção, pode a parte interessada pleitear ao Poder Judiciário a decretação de nulidade da sentença arbitral, se preenchidas as hipóteses previstas no artigo 32 da Lei n. 9307/96.²⁰⁸

²⁰⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9307/96*. 2 edição. São Paulo: Atlas, 2006, pág.51-52

²⁰⁸ Art. 32 – É nula a sentença arbitral se: I – for nulo o compromisso; II – emanou de quem não podia

Cumpra salientar, no entanto, que o juízo arbitral não possui força para executar uma sentença descumprida. O inadimplemento voluntário do comando dispositivo arbitral enseja a necessidade de recurso às vias judiciais, a quem compete a prática dos atos de expropriação e sub-rogação.

A esse respeito, discorre Joel Dias Figueira Junior²⁰⁹ :

O que o árbitro ou tribunal arbitral não detém é o poder de imperium ou a força para ordenar esta ou aquela medida, seja provisória, seja definitiva. Nesse particular, seus poderes são limitados e não se comparam aos dos juízes togados. Tanto é que as medidas coercitivas ou cautelares que se fizerem necessárias serão solicitadas pelo órgão julgador privado ao Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa (art. 22, parágrafos 2 e 4), assim como a execução forçada da sentença arbitral constitui título executivo judicial.

E arremata :

Diferentemente do juiz togado, falta ao árbitro jurisdição ancorada em imperium, ou seja, aquela representada pelo poder de dizer, ordenar e fazer exercer compulsoriamente o direito afirmado. No mais, os poderes de ambos se equivalem, inclusive quanto aos efeitos das sentenças por eles proferidas (coisa julgada).

Como já afirmado, a sentença arbitral, para ganhar os atributos da imutabilidade e executividade, não necessita de homologação judicial. A exceção corre por conta da sentença arbitral estrangeira, que para poder ser executada em território brasileiro, deve passar pelo crivo do Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, inciso I, alínea 'i', da Constituição Federal).

4.3.3 Natureza jurídica da arbitragem

Determinar a natureza jurídica de um instituto é situá-lo no mundo jurídico, de forma a estabelecer o regime normativo que lhe deve ser aplicado.

ser árbitro; III – não contiver os requisitos do artigo 26 desta Lei; IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V – não decidir todo o litígio submetido a arbitragem; VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no artigo 12, inciso III, desta Lei; VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o artigo 21, parágrafo 2, desta Lei.

²⁰⁹ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Obra citada, 1999, pág.156

Nesse sentido, no decorrer dos tempos, formaram-se algumas teorias que buscavam explicar qual a natureza jurídica da arbitragem.

A primeira delas é aquela chamada de contratualista ou privatista, que prega que a arbitragem nada mais é do que um contrato que se estabelece, inicialmente, entre as partes, e após, entre estas e o árbitro.

O acordo de vontades, na espécie, estaria presente em três momentos distintos: primeiro, quando as partes decidem inserir no negócio jurídico entabulado uma cláusula compromissória, excluindo do Poder Judiciário o conhecimento de eventual litígio que possa surgir daquela relação; segundo, quando já instalado o conflito, as partes firmam um compromisso arbitral, estabelecendo as regras que regerão o procedimento; terceiro, quando as partes e o árbitro por elas escolhido, travam um verdadeiro contrato de prestação de serviço jurisdicional de caráter privado.

Discorrendo sobre a teoria privatística do instituto, assevera Ricardo Soares Stersi dos Santos²¹⁰ :

Dentro da ótica dessa corrente doutrinária, a natureza jurídica da arbitragem encontra-se vinculada à convenção de arbitragem, que é o instrumento contratual onde as partes se comprometem a submeter determinado conflito (presente ou futuro) para ser dirimido pelo árbitro. A sentença arbitral se constitui uma mera obrigação decorrente da convenção de arbitragem.

A segunda corrente prega a natureza publicista da arbitragem. Para ela, o núcleo central da arbitragem é a sentença arbitral. A sentença arbitral se constitui na prestação oriunda da função jurisdicional delegada ao árbitro pelo Estado.

Segundo esta doutrina, a arbitragem, para muito além do caráter volitivo das partes, possui uma gama de normas de ordem pública, hábeis a garantir ao instituto os atributos conferidos ao regular exercício da atividade jurisdicional.

Ora, ao árbitro se reserva a possibilidade de dizer o direito, atribuindo à sentença arbitral o caráter de imutabilidade, próprio das decisões judiciais, inclusive mediante o reconhecimento da força de título executivo. Tão

²¹⁰ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Obra citada, pág.32

importantes efeitos não poderiam ficar reservados à vontade das partes, mas sim decorrerem da vontade da lei.

Não obstante, a doutrina mais moderna aponta para uma natureza jurídica híbrida do instituto. A arbitragem nasce a partir da vontade das partes, donde seu caráter contratual, mas se desenvolve e ganha efeitos jurídicos de acordo com as normas de ordem pública que a regem, revelando seu caráter público.²¹¹

A esse respeito, conclusivas e precisas são as palavras de Michelle Cristina Bazo²¹² :

A arbitragem é analisada em dois momentos: origem e desenvolvimento, os quais convivem harmonicamente e se complementam na busca pelo fim colimado que é a solução adequada do conflito de interesses e conseqüente pacificação social. Primeiramente, é estabelecida uma convenção entre particulares, fundamentada na sua autonomia de vontade, que faz nascer o juízo arbitral cujas regras serão determinadas pelas partes. Em um segundo momento, verifica-se que é o Estado, por intermédio da lei, que atribui poderes, garantias e força à decisão do julgador, independentemente da vontade das partes, pois o árbitro forma livremente seu convencimento para decidir, atribuindo, assim, caráter jurisdicional ao instituto.

Outra discussão que muito acirrou a comunidade jurídica, hoje de certa forma pacificada, é aquela que perquire sobre o caráter jurisdicional da arbitragem.

Iniciemos essa reflexão com as brilhantes palavras de Giovanni Verde²¹³, aqui traduzidas:

A experiência tumultuosa destes últimos quarenta anos nos demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito, que não pode (e talvez não mereça) ser cultivado. Deste mito faz parte a idéia que a justiça deva ser administrada em via exclusiva pelos seus juízes.

²¹¹ Nessa linha, o posicionamento de GUERREIRO, para quem a natureza contratual estaria caracterizada pela celebração da convenção de arbitragem, enquanto sua natureza jurisdicional emergiria da sentença arbitral, visto que esta não é parte integrante da convenção arbitral. Os efeitos da sentença arbitral decorreriam da legislação estatal e não da vontade das partes. (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamento da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo, Saraiva, 1993, pág.56-65)

²¹² BAZO, Michelle Cristina. *Sentença arbitral e a sua natureza jurídica*. Londrina, 2004, pág.81

²¹³ VERDE, Giovanni. *Arbitrato e giurisdizione*. In L'Arbitrato secondo la Legge 28/83, Nápoles, Jovene Editore, 1985, pág.168

Deveras, criou-se no passado o dogma de que a jurisdição era atividade privativa do Estado, a ser distribuída através do Poder Judiciário. Muitos doutrinadores, processualistas de renome, rebatiam o caráter jurisdicional da arbitragem, sob o argumento de que a jurisdição é atividade pública, a ser prestada por agente público, não sendo o árbitro dotado de poderes que são reservados ao juiz, como o de fazer cumprir suas decisões.

Diferenciando arbitragem e jurisdição, assim leciona Luiz Guilherme Marinoni²¹⁴ :

Não é porque a escolha do árbitro não viola a Constituição que a sua atividade possui natureza jurisdicional. (...) Portanto, não há como deixar de destacar a diferença qualitativa entre a jurisdição e a arbitragem.

Especialmente os adeptos da doutrina privatista da arbitragem, enxergam nela a ausência de dois elementos da jurisdição, o *executio*, ou seja, o poder de executar ou fazer executar a decisão proferida, e o *coertio*, que significa a aptidão de dispor da força para obter o cumprimento de alguma diligência. Por essa razão, partidários dessa corrente entendem que a jurisdição só pode ser exercida pelo Estado, sendo monopólio exclusivo do Poder Judiciário.

É certo, pois, que a arbitragem é destituída desses dois elementos. Muito embora o árbitro possa declarar o direito, na hipótese de inadimplemento da obrigação reconhecida, deverá a parte prejudicada socorrer-se do processo judicial comum para alcançar a implementação do seu direito, valendo-se da sentença arbitral como título executivo. Da mesma forma, o árbitro não tem o poder de determinar a realização de medidas coercitivas, como por exemplo, a busca e apreensão de um documento, devendo tal providência ser requerida ao juiz estatal.

Porém, essa circunstância não afasta a tese de que o árbitro exerce atividade jurisdicional privada.

Adepto da natureza jurisdicional da arbitragem, ensina Carmona²¹⁵ :

O artigo 32 da Lei 9307/96 determina que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a

²¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil: teoria geral do processo civil. Volume 1, São Paulo, Editora RT, 2006, pág.148-151

²¹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. Obra citada, pág.45

sentença condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume a categoria de judicial. O legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz, fator de emperramento da arbitragem.

A decisão arbitral adquire o caráter de imutabilidade da coisa julgada. A lei equipara a sentença do árbitro àquela proferida por um juiz, de forma a conferir-lhes o mesmo efeito prático, o de permitir a execução do julgado, sem que o laudo arbitral necessite da chancela do Poder Judiciário. Seja através de um instrumento ou de outro, o que se faz é declarar o direito, sempre com vistas à pacificação social. Tais fatores são positivos para a sustentação da corrente doutrinária que defende a natureza jurisdicional da arbitragem.

Joel Dias Figueira Junior²¹⁶ também é outro autor que sustenta o caráter jurisdicional da arbitragem:

Vê-se, com meridiana clareza, que o legislador aproximou, ou melhor, equiparou a sentença arbitral à sentença proferida pelo Estado-juiz, como ato de autoridade que decide o conflito e vincula as partes litigantes ao cumprimento da declaração, constituição, condenação, mandamento ou execução exarada pelo juiz ou tribunal privado, gerando todos os efeitos decorrentes da coisa julgada.

(...)

Diferentemente do juiz togado, falta ao árbitro jurisdição ancorada em 'imperium', ou seja, aquela representada pelo poder de dizer, ordenar e fazer exercer compulsoriamente o direito afirmado. No mais, os poderes de ambos se equivalem, inclusive quanto aos efeitos das sentenças por eles proferidas (coisa julgada).

Em face desses articulados, podemos afirmar categoricamente que o juízo arbitral instituído pela Lei 9.307/96 apresenta natureza jurisdicional. Está-se, portanto, diante de verdadeira jurisdição de caráter privado. Aliás, o novo microsistema que contempla o juízo arbitral não permite, ao nosso entender, outra conclusão.

Esse também é o entendimento de Adriana Noemi Pucci²¹⁷ :

“Após a sanção da Lei n. 9307/96 no Brasil, o Estado, no exercício do seu poder soberano, concedeu jurisdição, isto é, poder de dicção do direito, também aos árbitros, abrindo, desta forma, aos cidadãos, duas vias possíveis de resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (...) pode-se dizer que a função arbitral,

²¹⁶ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Obra citada, 1999, pág.156-157

²¹⁷ PUCCI, Adriana Noemi. *Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos sobre arbitragem*. Rio de Janeiro, Forense, 2001

diferentemente da judicial, é uma função restritiva, uma vez que somente é viável para as controvérsias de caráter patrimonial relativas a direitos disponíveis, e, na qual, os árbitros carecem de força para coagir os intervenientes no processo; nesses casos, o árbitro deverá requerer auxílio do juiz togado”.

Diga-se, a jurisdicionalidade do instituto deve ser aferida a partir de seus efeitos, análogos aos de uma sentença judicial, e não a contar pelo agente que desenvolve a atividade arbitral, limitado em seus poderes e prerrogativas, se comparados com os de um juiz togado.

4.3.4 Arbitragem e princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional estatal

Muito se discutiu no passado acerca da possível inconstitucionalidade do instituto da arbitragem que, segundo alguns, aniquilaria a garantia constitucional de acesso ao Judiciário, frente à determinada lesão ou ameaça a direito.

Essa corrente doutrinária não encontrou a sustentação necessária, por vários argumentos que lhe foram contrapostos.

Primeiro, há de se ter em mente que a arbitragem não é obrigatória, mas uma alternativa à disposição de partes maiores e capazes, que desejem levar à solução arbitral um determinado conflito de interesses de caráter patrimonial disponível.

Diga-se, a lei não obriga ninguém a optar pela via da arbitragem. Não existe, no ordenamento nacional, a figura obrigatória do instituto. Como dantes afirmado, a arbitragem faz parte de um sistema plural de composição de conflitos, cabendo à parte decidir se leva o conflito à apreciação judicial ou arbitral.²¹⁸

Chamado a manifestar-se sobre a constitucionalidade do instituto, o Supremo Tribunal Federal o fez positivamente, valendo destacar, naquela ocasião, o

²¹⁸ “A iniciativa de submeter seu litígio ao Poder Judiciário ou optar pela via alternativa é facultado pela lei na medida e na importância que o desejarem, mas a lei não obriga a opção pela via alternativa, seja ela antes da ação ou no decorrer dela. Apenas afirma a liberdade de escolha dos indivíduos sem violar o direito de acesso; é o princípio dispositivo que norteia a atividade processual. Donde se conclui que a jurisdição do Estado só não pode ser evitada quando provocada, mas, se preferir a via alternativa, a vontade deve ser respeitada e tutelada pelo Estado, em especial quando se tratar de direitos disponíveis sobre os quais as partes podem dizer como irão fazê-lo e como resolverão as questões”. (CONDADO, Elaine Christina Gomes. Obra citada, pág.108)

parecer apresentado pelo então Procurador Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro²¹⁹:

... o que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que a lei não exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Não estabelece que as partes interessadas não excluirão da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados devem sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental de ação através de cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional, mas é também recomendável aos interessados – diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais – abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos àquele das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário.

Alerta Figueira Junior²²⁰ que a jurisdição privada visualizada na arbitragem não exclui, ao contrário, complementa a jurisdição estatal :

“O novo sistema normativo da arbitragem não excluiu do Poder Judiciário a apreciação da decisão arbitral (desde que ocorridas determinadas circunstâncias), bem como não impõe de forma absoluta aos jurisdicionados a instituição desse juízo. Estamos diante de uma opção concedida pelo sistema normativo vigente e, portanto, de faculdade concedida às partes litigantes para buscarem essa forma alternativa de solução dos seus conflitos”.

Segundo, há de se ter em mente que o objeto da arbitragem é o conflito que verse sobre direitos patrimoniais de caráter disponível. Tais direitos, por sua própria natureza, podem ser objeto de renúncia por parte de seu titular. Ora, se é possível o mais – renunciar ao direito – por força do princípio da ponderação proporcional dos interesses também se pode o menos – renunciar, em um caso concreto, a uma forma de exercício desse direito -, optando pela solução arbitral, em detrimento do acesso ao Poder Judiciário.²²¹

²¹⁹ Autos de homologação de sentença estrangeira, STF, julgamento em 12/12/2001

²²⁰ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Obra citada*, 1999, pág.160

²²¹ “Como sabemos, o artigo 5, item XXXV, da Constituição assegura a todos a garantia fundamental de acesso ao Judiciário para pedir-lhe a tutela jurisdicional contra lesão ou ameaça de lesão a

É importante lembrar que na esfera dos interesses patrimoniais disponíveis vige o princípio da autonomia da vontade, aplicável não somente sob o ângulo do direito material, mas também do processual, podendo a parte optar por esta ou aquela via de resolução de conflitos, inclusive aquelas de cunho autocompositivo.

Terceiro, deve-se frisar que a própria Lei de Arbitragem prevê hipóteses onde será possível à parte socorrer-se do Judiciário, ainda que, de início, tenha optado pela via arbitral. É claro que são situações excepcionalíssimas, pois do contrário, estar-se-ia esvaziando a finalidade do instituto, que é justamente excluir da apreciação judicial o mérito de algumas causas que podem ser resolvidas no âmbito da jurisdição privada.

A esse respeito, e isso será melhor analisado mais adiante, tem-se que é possível o recurso ao Judiciário para exigir o cumprimento da cláusula compromissória, caso o renitente não deseje submeter-se ao juízo arbitral. O artigo 33 da Lei 9307/96 prevê que a parte interessada poderá pleitear ao Poder Judiciário a decretação de nulidade da sentença arbitral, quando presentes as hipóteses descritas no artigo antecedente, por exemplo, quando a decisão for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem.

Por tais argumentos, entende-se que o instituto da arbitragem não viola o princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, ao contrário, é mais uma válvula na busca da pacificação social.

4.3.5 Princípios aplicáveis à arbitragem

Princípios são proposições dotadas de grande carga axiológica,

direitos. A arbitragem violaria esse direito? Embora o acesso ao Judiciário constitua garantia fundamental reconhecida em todo o mundo ocidental, desde a Revolução Francesa de 1789 até a Declaração da ONU de 1946, entendemos não ser a Lei de Arbitragem inconstitucional na medida em que ela é fundada na vontade das partes, ou seja, outorga às partes a possibilidade de escolher outra via para a solução dos conflitos e restringe essa escolha aos conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis, isto é, aqueles a respeito dos quais a vontade dos titulares opera autonomamente. A lei seria inconstitucional se a arbitragem fosse obrigatória, caso em que impediria o acesso ao Judiciário, violando, assim, o direito fundamental que o assegura. Em outras palavras, a arbitragem importa apenas a renúncia circunstancial, em um caso concreto e a respeito de direitos patrimoniais disponíveis, ao exercício do direito fundamental de acesso à justiça, hipótese diferente da renúncia, de modo genérico, definitivo e irrevogável, ao próprio direito fundamental de acesso à justiça, esta sim inconstitucional dada a natureza irrenunciável dos direitos fundamentais.” (ROCHA, José de Albuquerque. Obra citada, pág.16-17)

com força de norma jurídica, guardando, por isso, caráter de coercitividade e exigibilidade.

No jusnaturalismo, o princípio tinha força normativa nula. No juspositivismo, o princípio era sinônimo de fonte normativa subsidiária, apenas agindo na lacuna da lei. No pós-positivismo, que é o período atual, o princípio ganha status de norma jurídica vinculante, para muito além da atividade de integração do direito, ganhando, alguns, sede constitucional, uns como meras normas programáticas, cuja eficácia é mínima, outros, como não meramente programáticas, cuja eficácia é máxima. Assim, não há dúvidas de que são elementos integrantes do direito positivo.

Segundo o ensinamento de Rozane Cachapuz²²² :

Os princípios garantidores do processo arbitral, nos termos do artigo 21, parágrafo 2, da Lei 9.307/96, estão definidos como o princípio do contraditório, da isonomia, da imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento. No entanto, esse rol não é taxativo. A doutrina destaca ainda como princípios informadores da arbitragem os princípios da igualdade, da justiça e da solução pacífica das controvérsias. E ainda, por seus pilares, destacam-se os princípios do devido processo legal, da autonomia da vontade, da garantia processual, da obrigatoriedade da sentença, dentre outros.

Passa-se a elencar, então, os mais importantes princípios aplicáveis ao instituto da arbitragem²²³ :

a) **Contraditório**: está previsto no artigo 5, inciso LV, da Constituição Federal, e prevê que *‘aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’*.

É corolário do princípio do devido processo legal e da igualdade, consistindo na garantia que é conferida à parte de manifestar-se sobre as alegações

²²² CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Obra citada, pág.63-78

²²³ *“É necessário ressaltar que, como qualquer processo, a arbitragem deve obedecer aos princípios garantidores de um desenvolvimento válido, eficaz, justo e equo da própria relação processual. Assim é que os princípios processuais da arbitragem são instrumentos de garantia para que a resolução final da controvérsia deduzida perante o árbitro conduza, de fato, a uma verdadeira composição do litígio. Por essa razão, os princípios de garantia processual devem ser necessariamente observados, sob pena de nulidade da sentença arbitral”*. (CONDADO, Elaine Christina Gomes. Obra citada, pág.115)

de seu adversário, bem como de produzir provas que contradigam aquilo que foi demonstrado por esse concorrente.

Na lição de Humberto Theodoro Junior²²⁴, “o princípio do contraditório reclama, outrossim, que se dê oportunidade à parte não só de falar sobre alegações do outro litigante, como também de fazer a prova contrária”.

O caráter jurisdicional da arbitragem não deixa dúvidas acerca da aplicação desse princípio ao instituto. Instaurado o juízo arbitral, o árbitro deve oportunizar às partes envolvidas no conflito a possibilidade de argumentação e produção de provas acerca do que o outro litigante assim o fizer.²²⁵

b) **Ampla defesa:** igualmente de sede constitucional (artigo 5, inciso LV), consiste na possibilidade conferida à parte, em processo judicial, administrativo ou arbitral, de produzir todas aquelas provas que não encontrem vedação no ordenamento jurídico.

A respeito do tema, assim leciona Alexandre de Moraes²²⁶ :

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de calar-se, se entender necessário (...)

Entre as cláusulas que integram a garantia constitucional à ampla defesa encontra-se a necessidade de defesa técnica no processo, a fim de garantir a paridade de armas entre as partes (‘par conditio’) e evitar o desequilíbrio processual, possível gerador de desigualdade e injustiças.

A ampla defesa, no processo arbitral, envolve a possibilidade de produção de toda e qualquer prova permitida pela legislação aplicável (documental, testemunhal, pericial, etc), bem como aquela atinente à constituição de advogado que venha a patrocinar sua causa junto àquele juízo.

c) **Devido processo legal:** também com sede constitucional (artigo 5, LIV), esse princípio informa o conjunto de garantias constitucionais que

²²⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. Obra citada, pág.28

²²⁵ “Mesmo sem formas predeterminadas a que estaria subordinado o cumprimento dos atos e trâmites do processo, a partir da instauração do juízo arbitral, não se pode dispensar o tratamento equânime das partes, na produção de atos instrutórios e defesa de seus respectivos interesses”. (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. RT 735/39, pág.46)

²²⁶ MORAES, Alexandre de . *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, pág.361

asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais, indispensáveis ao correto exercício da jurisdição.²²⁷

O devido processo legal estabelece a garantia de um procedimento adequado, previsto em lei, que permita o justo, rápido, correto e responsável julgamento de uma lide administrativa, arbitral ou judicial.

O artigo 21 da Lei 9307/96, em seu caput, traz a previsão específica desse princípio, ao dispor que :

A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

A lei prevê que compete às partes, no livre exercício de suas vontades, escolher o procedimento a ser observado durante o processo arbitral, cabendo apenas subsidiariamente ao árbitro discipliná-lo, caso os interessados não o façam.

d) **Autonomia da vontade das partes:** é o princípio segundo o qual consagra-se às partes não só a possibilidade de optar pela via arbitral como meio para a solução da controvérsia, mas também de escolher o procedimento a ser aplicado e o árbitro a quem competirá a apreciação e julgamento da causa.²²⁸

Essa livre disposição das partes, no que diz respeito aos direitos patrimoniais passíveis de transação, inicia no momento em que as partes convencionam que eventual litígio oriundo daquele negócio jurídico será resolvido pela via arbitral, em detrimento da esfera judicial. É a cláusula compromissória, que para sua validade, exige que o agente seja capaz e o objeto seja lícito e esteja na esfera de disponibilidade patrimonial do sujeito.

A autonomia da vontade também se faz presente na escolha do árbitro e do procedimento a ser observado para o julgamento da lide.

²²⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Obra citada*, pág.82

²²⁸ “A esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia de vontade, é, portanto, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”. (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional*. Revista Inf. Legisl.

Contudo, é de se ponderar que nem tudo o que transcorrerá na seara arbitral está localizado na esfera de autonomia da vontade das partes. Existem disposições legais, de ordem pública, que são impossíveis de serem modificadas pela vontade dos interessados. Por exemplo, a determinação de que a decisão do árbitro faz coisa julgada entre as partes, inclusive com formação de título executivo equiparado à sentença judicial, não pode ser elidida por acordo em contrário dos litigantes, pois se assim fosse, o instituto poderia ser desvirtuado em sua finalidade e utilidade.

e) **Imparcialidade do julgador:** um dos pilares da arbitragem situa-se na confiança que é depositada pelas partes naquele que julgará o conflito de interesses existente entre elas.

A fidúcia não se observa apenas em relação aos conhecimentos técnicos do árbitro sobre a matéria objeto da lide, mas também sobre sua isenção em relação ao sentimento e interesse das partes.

As causas de suspeição e impedimento contidas na legislação processual civil para os juízes, aplicam-se em relação aos árbitros. O reconhecimento de uma delas em ação judicial movida para tal fim, pode acarretar a declaração de nulidade da sentença arbitral, fulminando todo o procedimento desde sua origem.

A esse respeito, ilustrativas as palavras de Rozane da Rosa Cachapuz²²⁹ :

Além do princípio técnico, norteador do processo, também é princípio ético que vai pautar a atuação do julgador juntamente com sua independência, competência, diligência e discricção. Como princípio ético, é manifestado nos casos de suspeição e impedimento do julgador. Como princípio técnico, vai dar ao procedimento arbitral a possibilidade de, através do devido processo legal, chegar à tutela jurídica, conseguindo propiciar um julgamento justo, dando a cada um o que é de direito. A imparcialidade é pressuposto de validade do julgamento e do próprio Juízo Arbitral, baseando-se em que o Árbitro deve posicionar-se, como o Juiz Estatal, acima das partes, em posição equidistante e intermediária delas, sem perder o contato, mas também sem pender para nenhum dos lados.

109/207)

²²⁹ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Obra citada, pág.75-76

A imparcialidade do árbitro é garantia às partes de que a decisão a ser proferida será justa, baseada exclusivamente no livre convencimento do julgador acerca da matéria que é levada à sua apreciação.

f) Obrigatoriedade de cumprimento da sentença arbitral: a sentença arbitral é o ato pelo qual o árbitro exterioriza sua decisão, acerca do conflito de interesses trazido ao seu julgamento. É impositiva, exigível a título forçado, de efeitos semelhantes àquela proferida por um juiz togado. Não mais necessita de homologação judicial, salvo a estrangeira, a cargo do Superior Tribunal de Justiça.

Sua imperatividade decorre da lei, e não da vontade das partes ou do árbitro. Possui caráter de definitividade, fazendo coisa julgada entre aqueles que participaram da relação jurídica processual arbitral.²³⁰

4.3.6 Classificação da arbitragem

O instituto da arbitragem pode ser classificado a partir de diferentes critérios, a seguir discriminados.

- Arbitragem de direito e de equidade: a arbitragem de direito é aquela em que o árbitro profere sua decisão utilizando-se das normas jurídicas contidas no ordenamento, ao passo que a arbitragem de equidade é aquela em que a decisão é proferida com base no sentimento de justiça do árbitro em relação a dado caso concreto.

- Arbitragem 'ad hoc' ou institucional : a primeira é aquela estabelecida e organizada pelas próprias partes envolvidas no conflito, que dentro dos limites impostos em lei, disciplinam as regras relativas ao procedimento arbitral, ao passo que na institucional, essa escolha não é possível, uma vez que tal

²³⁰ “... para a arbitragem atingir suas finalidades, não basta estabelecer normas garantidoras do procedimento no intuito de chegar a uma solução justa e conforme o direito; é necessário que se assegure seu acatamento e obrigatoriedade, o que somente é possível se não mais houver a possibilidade de discussão de suas decisões, incorporando-se o decidido ao patrimônio das partes. Sem esse caráter, a estabilidade e segurança na utilização do instituto estariam comprometidas, servindo como meio protelatório e um empecilho a sua aplicação, vez que retiraria uma de suas principais vantagens que é, além de ser meio idôneo, a de ser meio célere de resolução de conflitos, diante dos procedimentos estatais, passando a servir como um entrave à justiça, quando pretende ser meio rápido e eficaz de se fazer justiça”. (MUNIZ, Tânia Lobo. Obra citada, pág.81)

regramento já vem estabelecido pela instituição pública ou privada que foi escolhida pelas partes para dirimir o litígio.

- Arbitragem interna e internacional : se a decisão arbitral for proferida nos limites da área territorial brasileira, a arbitragem será nacional ou interna, enquanto aquela proferida além de tais limites será internacional. É de se ressaltar que, para execução da decisão arbitral estrangeira, necessário se faz que seja ela homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, até para que possa adquirir a força de título executivo.

4.3.7 Vantagens da arbitragem

Partindo da premissa que a arbitragem é uma alternativa para superar os males atribuídos à crise do Poder Judiciário, torna-se mais coerente que sejam analisadas suas vantagens em comparação ao processo movido através da via judicial.

Nesse sentido, parece que o instituto em análise acarreta grandes benefícios àqueles que dele lançam mão :

a) *Celeridade* : o procedimento adotado pelas partes é bem mais célere do que aquele trazido pelo Judiciário. Os próprios interessados podem fixar o prazo em que deve ser proferida a decisão, e não o fazendo, será este de seis meses.²³¹

b) *Informalidade* : o procedimento aplicável à arbitragem, até porque pode ser definido pelas partes, é bem mais simples e informal do que aquele visualizado no processo judicial. A única observação é que essa escolha deve respeitar os princípios constitucionais de observância obrigatória, tais quais o contraditório, a ampla defesa, etc.

²³¹ “No que tange a celeridade, normalmente a arbitragem tende a ser mais rápida do que a forma judicial, na resolução dos conflitos. Essa rapidez está diretamente vinculada à possibilidade de escolha do procedimento pelas partes. É que estas acabam optando por um procedimento mais célere e flexível, com regras mais simples e, via de regra, sem a previsão de recursos quanto às decisões do árbitro. Outro fator que pode contribuir para a aceleração da decisão é a possibilidade de escolha do julgador. Diante dessa opção, as partes podem escolher árbitro que detenha conhecimentos técnicos sobre a matéria objeto do conflito e que, conseqüentemente, tenha maiores facilidades para interpretar e decidir as questões técnicas controversas, favorecendo a maior rapidez na formação do convencimento do julgador”. (SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Obra citada, pág.30)

c) *Irrecorribilidade das decisões* : as decisões dos árbitros, em regra, são irrecorríveis, o que torna mais ágil o procedimento e faz alcançar, com maior celeridade, o resultado final do processo arbitral.

A respeito, discorre Carmona²³² :

Nada impede, porém, que as partes estabeleçam que a sentença arbitral possa ser submetida a reexame por outro órgão arbitral ou por outros árbitros, ou ainda que, na hipótese de não ser a decisão unânime, possa o vencido interpor recurso semelhante aos embargos infringentes previstos no Código de Processo Civil, fazendo integrar o tribunal arbitral por outros membros, escolhidos da forma estabelecida pelos contendores. Importa ressaltar, porém, que tais recursos são sempre internos, nunca dirigidos a órgãos da justiça estatal. E a decisão arbitral que obrigará as partes e que se sujeitará ao ataque previsto no art. 33 será aquela final, após a decisão dos referidos recursos. Apesar da aventada possibilidade de disporem as partes acerca dos recursos, como parte do procedimento arbitral, o fato é que tais recursos são de todo inconvenientes e a sua utilização não parece corriqueira em países onde a arbitragem vem florescendo.

d) *Especialidade* : as partes, na arbitragem, podem nomear um árbitro que tenha plenos conhecimentos sobre a matéria objeto do litígio. Se no Judiciário o pleito receberia julgamento por parte do magistrado (que, muitas vezes, não conta com conhecimento técnico suficiente para tanto), no juízo arbitral o conflito é dirimido, em regra, por *experts* no assunto, o que faz presumir que sua decisão tenha um maior grau de aceitação pelas partes, que de comum acordo, o escolheram para o encargo.

e) *Discrição* : em regra, a arbitragem é sigilosa, justamente o oposto do processo judicial, que é público por excelência. A confidencialidade é traço marcante do procedimento arbitral, resguardando o interesse da parte que não quer expor sua vida financeira a um sem número de pessoas.

4.3.8 Cláusula compromissória e compromisso arbitral

Nesse momento do trabalho, é de bom alvitre fazer-se uma distinção entre essas duas figuras no campo da arbitragem.

²³² CARMONA, Carlos Alberto. Obra citada, pág.44

A *cláusula compromissória* é o negócio jurídico firmado entre as partes, para o fim de determinar que eventual conflito que venha a surgir entre elas em dado caso concreto, venha a ser dirimido na via arbitral, afastando, via de regra, a jurisdição estatal.²³³

É normalmente estabelecida em momento prévio ao nascimento do conflito, mas nada impede que seja após sua instalação, na hipótese de omissão do contrato. Nesse sentido:

Nada impede, porém, que as partes, ao identificarem conflitos de interesses, na omissão do contrato principal sobre a possibilidade de julgamento arbitral, estabeleçam cláusula compromissória para posteriormente deduzirem o litígio através do compromisso arbitral.²³⁴

Na hipótese dessa cláusula apenas estipular que o futuro conflito deva ser dirimido no juízo arbitral, estar-se-á diante de uma cláusula “vazia”. Se além disso, as partes anteciparem o compromisso, estipulando, por exemplo, quem será o árbitro ou qual o procedimento a ser observado na via arbitral, ocorrerá aquilo que a doutrina denomina de cláusula “cheia”.

Em qualquer dessas duas modalidades, a lei exige seja ela escrita. É uma formalidade exigível em prol da segurança jurídica, não se admitindo a cláusula verbal. Pode ser estipulada no mesmo documento que trata do contrato principal, ou em outro apartado, no idêntico instante daquele ou em momento posterior.

Urge salientar que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contido no contrato principal. É uma nova relação jurídica que se estabelece entre as partes, diversa daquela contida no negócio jurídico que a originou, e dele independente.

Essa autonomia é verificada a partir da interpretação do artigo 8 da Lei 9307/96, que dispõe que “a cláusula compromissória é autônoma em relação ao

²³³ “... a cláusula compromissória – pacto através do qual os contratantes avençam, por escrito, submeter à arbitragem a solução de eventual litígio que possa decorrer de uma determinada relação jurídica – passa a ser apta a afastar a competência do juiz estatal”. (CARMONA, Carlos Alberto. *Obra citada*, pág.35)

²³⁴ KROETZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem: Conceito e pressupostos de validade, de acordo com a Lei 9.307/96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pág.130

contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

É evidente que deve ser observada a razão pela qual se invoca a nulidade em questão. Por exemplo, se uma das partes estiver invocando a nulidade do negócio jurídico principal por ser ilícito seu objeto, tal circunstância, por si só, não faz nula a cláusula compromissória. Todavia, se a nulidade do negócio jurídico principal for invocada porque ele foi celebrado por pessoa absolutamente incapaz, a cláusula compromissória inserida naquele contrato, da mesma forma, será tida como nula.

O *compromisso arbitral*, por sua vez, é o negócio jurídico através do qual os interessados em resolver um litígio que verse sobre direitos disponíveis, deferem a sua solução a um árbitro, com caráter vinculativo, afastando a jurisdição estatal, organizando o modo através do qual deverá se processar o juízo arbitral.²³⁵

Enquanto a cláusula visa solucionar questões futuras, o compromisso arbitral se refere a conflito atual, presente. Segundo Rozane da Rosa Cachapuz²³⁶ :

Surge, o compromisso, com o aparecimento de litígio acerca de contrato havido entre elas (as partes) com a finalidade de solucionar o conflito. No compromisso são estabelecidas as regras para a instauração e condução do procedimento arbitral, que vai dar início à fase jurisdicional da arbitragem.

Mais adiante, referida autora aponta uma sutil diferença de conteúdo entre as duas figuras, afirmando que o compromisso se refere ao objeto litigioso de forma específica, enquanto a cláusula apenas faz referência à relação jurídica existente entre as partes.

Acrescente-se a tudo isso a distinção feita por Paulo Furtado²³⁷, no sentido de que “o compromisso dispõe sobre uma lide já nascida, enquanto a cláusula apenas representa a intenção das partes em definir aos árbitros a resolução de uma lide não existente ainda”.

²³⁵ CARMONA, Carlos Alberto. Obra citada, pág.171

²³⁶ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Obra citada, pág.90

²³⁷ FURTADO, Paulo. *Juízo Arbitral*. 2 edição. Salvador: Nova Alvorada Edições Ltda, 1995, pág.51

4.3.9 Intervenção do Judiciário no juízo arbitral

É certo que a opção pelo juízo arbitral tem o condão de afastar a jurisdição estatal para um dado caso concreto. Isso, conforme já foi salientado, não quebra o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, até porque as próprias partes, utilizando-se da autonomia da vontade e da disponibilidade do direito, assim o desejaram.

Contudo, a própria Lei da Arbitragem prevê hipóteses onde será possível a excepcional invocação da tutela jurisdicional estatal.

José de Albuquerque Rocha²³⁸ classifica em três espécies as possíveis intervenções judiciais no juízo arbitral:

- a) intervenções de natureza auxiliar. Exemplos: formalização judicial da convenção de arbitragem (artigo 7); auxílio judicial em matéria de prova (artigo 22, parágrafo 2); nomeação de árbitros (artigo 13, parágrafo 2);
- b) intervenção de caráter complementar. Exemplos: execução de medidas cautelares (artigo 22, parágrafo 4); execução de sentença arbitral (artigos 31 e 584, III, do CPC²³⁹); reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras (artigos 34 e seguintes);
- c) intervenção de índole controladora ou revisora. Exemplos: ação de anulação da sentença arbitral (artigo 32), mandado de segurança contra atos dos árbitros violadores de direitos fundamentais.

Primeiro, analise-se a possibilidade de *impugnação da sentença arbitral*.

A sentença arbitral não escapa ao controle eventual e excepcional do Poder Judiciário. É possível pleitear ao juiz togado a declaração de nulidade da decisão arbitral, nos casos relacionados no artigo 32 da Lei da Arbitragem.²⁴⁰

²³⁸ ROCHA, José de Albuquerque. Obra citada, pág.100

²³⁹ O artigo 584 do CPC foi revogado pela Lei 11382/06. Doravante, é o artigo 475-N, inciso IV, quem prevê a sentença arbitral como título executivo judicial.

²⁴⁰ Art. 32 – É nula a sentença arbitral se : I – for nulo o compromisso; II – emanou de quem não podia ser árbitro; III – não contiver os requisitos do artigo 26 desta Lei; IV – for proferida fora dos limites da

O remédio jurídico para essa finalidade é a ação cognitiva de declaração de nulidade, a ser proposta no prazo decadencial de 90 dias, a contar do recebimento da notificação da decisão final do árbitro (artigo 33, parágrafo 1).

Julgado procedente o pedido, será anulada a sentença arbitral. Se isso ocorrer para as hipóteses relacionadas nos incisos I, II, VI, VII e VIII, do artigo 32, restará ineficaz a convenção arbitral, podendo as partes, livremente, invocar a tutela jurisdicional estatal para dar solução ao conflito de interesses, salvo se preferirem instituir um novo juízo arbitral. Nas demais hipóteses do artigo, o árbitro será instado a proferir nova decisão, não podendo o Judiciário substituir-se ao juízo arbitral, sob pena de ferir a escolha realizada pelas partes, a quem não se outorga o direito de arrependimento.

Trata-se de uma ação impugnativa autônoma, com natureza jurídica de ação e não de recurso, pois acarreta a instauração de nova relação jurídica processual, e não de mero reexame dentro dos próprios autos do procedimento arbitral, onde foi proferida.

Nada impede, contudo, que tal questão venha a ser arguida por meio de embargos do devedor, ou até mesmo em uma exceção de pré-executividade, como matéria de defesa, em eventual execução daquela sentença.

Também é possível a *impetração de mandado de segurança*, contra ilegalidade ou abuso de poder cometido pelo árbitro, por exemplo, quando por ato seu, viole um direito ou garantia de índole constitucional. É evidente que o julgamento do remédio deverá ater-se tão somente ao ato ilegal ou abusivo praticado, não podendo o Judiciário, alerte-se mais uma vez, substituir-se à vontade das partes e do árbitro, proferindo decisão sobre o mérito do litígio principal que as acomete.

Na *seara estritamente revisora*, não mais vigora a exigência de homologação do laudo arbitral pelo Judiciário. A única exceção corre por conta da necessária homologação da sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça, para que ganhe o 'status' de poder ser executada no território nacional brasileiro.

convenção de arbitragem; V – não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no artigo 12, inciso III, desta Lei; VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o artigo 21, parágrafo 2, desta Lei.

Somente ao Judiciário compete a *execução da sentença arbitral e a adoção de outras medidas de caráter coercitivo*.

O árbitro não detém o poder de *imperium* ou a força para ordenar esta ou aquela medida, provisória ou definitiva. Nesse particular, seus poderes são limitados, se comparados aos dos juízes togados. Tanto é que as medidas coercitivas ou cautelares que se fizerem necessárias deverão ser solicitadas ao órgão jurisdicional com competência originária para julgar a causa distribuída à apreciação do juízo arbitral.²⁴¹

Cumpra asseverar que na hipótese de *recusa injustificada de uma das partes em instaurar o juízo arbitral*, poderá a outra se socorrer do Poder Judiciário para obrigá-la a cumprir aquilo a que se obrigou por ocasião da assinatura da cláusula compromissória.

Por fim, é de bom alvitre salientar que a doutrina entende inadmissível a ação rescisória para desconstituir a sentença arbitral. Para livrar-se dos efeitos da coisa julgada, deverá a parte sucumbente lançar mão da ação de nulidade acima mencionada, observando-se o prazo decadencial previsto em lei, ou como matéria de defesa, dentro da execução.

²⁴¹ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Obra citada, pág.156

5. CONCLUSÃO

O conflito não é algo que deve ser visto apenas sob o ângulo negativo. Ele não é estático, evolui, podendo oscilar desde pequenas diferenças até grandes guerras.

O indivíduo varia de atitude conforme o conflito em que se envolva e os personagens que o compõem, tudo a depender das circunstâncias do caso concreto.

Várias são as formas de pacificação de conflitos, destacando-se a autotutela, a autocomposição (*de que são exemplos a negociação, a mediação e a conciliação*) e a heterocomposição (*jurisdição estatal e arbitragem*).

O ordenamento jurídico brasileiro contempla um verdadeiro arsenal de mecanismos de resolução de conflitos, que vão desde as práticas consensuais até aquelas medidas de cunho coercitivo, que não se excluem, ao contrário, interagem, formando um sistema pluralista de pacificação à disposição do jurisdicionado.

A litigiosidade contida é reflexo da inefetividade do sistema de acesso à justiça, oriunda de uma gama de conflitos não solucionados a contento, um ingrediente a mais na já conturbada “panela de pressão” social.

Hoje não mais se enxerga o acesso à justiça como algo equivalente ao mero ingresso em juízo, mas como a possibilidade de tornar efetivo o direito a quem dele fizer jus, a partir do meio mais adequado à consecução de tal fim. Abandonou-se a ideia de obtenção da justiça processual, para rumar àquela de justiça substancial.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é uma norma constitucional de sobredireito, porque a partir dela se assegura a defesa de outros direitos subjetivos. Trata-se de instrumento a serviço da busca da justiça e da pacificação social.

De nada adianta aumentar a gama de conflitos que podem ser levados à apreciação judicial, se não se é capaz de produzir resultados úteis e efetivos. E também não basta assegurar essa efetividade aos litígios decididos pelo Judiciário, deixando de lado um universo de conflitos que fogem do âmbito do poder jurisdicional. O verdadeiro acesso à justiça passa pela equação e balanceamento

desses fatores, sem os quais não é possível atingir o desiderato da pacificação social.

O sistema de acesso à justiça convive com uma crise quase que permanente. Diversos fatores têm contribuído para esse resultado, que se não inviabilizam a tarefa de pacificação de conflitos, a tornam insatisfatória. Destacam-se como principais: a morosidade do Judiciário, fruto, especialmente, da desestrutura humana e material, da grande quantidade de recursos existentes e do crescente número de demandas ajuizadas; o surgimento de novos direitos; a onerosidade excessiva àquele que necessita dos serviços judiciários; a falta de informação do indivíduo quanto aos direitos que ostenta.

Diversas alternativas têm sido exploradas para revitalizar a ideia de acesso à justiça, a partir da identificação dos pontos de estrangulamento do sistema. As três principais ondas desse movimento são a assistência judiciária gratuita, a representação jurídica para a defesa dos interesses transindividuais e um novo enfoque do acesso à justiça, este último que, no presente trabalho, restringe-se à reformulação dos procedimentos judiciais e à adoção de métodos alternativos de pacificação de conflitos.

Embora seja inevitável, na maioria das vezes, a judicialização dos conflitos, crê-se na conscientização da importância de reduzir ao máximo o âmbito e o grau de litigiosidade, somente levando à apreciação judicial os conflitos que restarem insuperáveis, em homenagem ao que aqui se ousa chamar de “princípio da litigiosidade mínima”, que tem como ideia principal a utilização de meios legais que façam reduzir o número de demandas levadas à decisão final do Judiciário. Mas, para que isso aconteça, mister se faz uma mudança na consciência jurídica, hoje tão atrelada e conformada à ideia do litígio quantitativo e às técnicas do processo judicial individual.

Um enorme passo para a solução de conflitos, utilizando-se de um grau mínimo de litigiosidade, é a mudança de paradigma do processo individual para o coletivo. A tutela jurisdicional coletiva surgiu para garantir o acesso à justiça àqueles direitos que ficariam excluídos da apreciação judicial, caso se adotassem, pura e simplesmente, as regras do processo civil clássico, de orientação individualista. Diga-se, a tutela coletiva gera a redução da litigiosidade pela simplificação da lide ou do objeto litigioso. A decisão proferida em uma única ação, beneficiará uma diversidade de pessoas, que para isso, não necessitam levar suas

demandas individuais ao conhecimento do Judiciário. A tutela passa a ser molecularizada, ao invés de atomizada, atingindo um maior número de lides e proporcionando um mais amplo espectro de pacificação social.

Ainda dentro da esfera coletiva, sustenta-se a pertinência do uso da tutela inibitória pelos legitimados da ação civil pública, como forma de prevenção do ilícito, o que afastará, em muitos casos, a ocorrência do dano individual. Afastando a lesão ou ameaça de lesão a direito individual, inibir-se-á o ajuizamento de uma série de ações que, em tese, viriam a ser ajuizadas pelas pessoas singularmente consideradas. Nesse ponto, diga-se, reside um dos pilares da tão almejada redução de litigiosidade judicial.

Prevenir ou encerrar um litígio através da via transacional sempre foi a grande válvula para reduzir os males da morosidade e inefetividade da justiça. Pacifica-se o conflito pela autocomposição das partes, sem que para isso se torne necessária a intervenção estatal para declarar ou tornar efetivo o direito.

O restabelecimento do diálogo entre as partes envolvidas no litígio é importante não só para encerrar aquele conflito em espécie, mas para prevenir que outros futuros não venham a se instalar.

A negociação refere-se a um meio pelo qual as partes envolvidas em um conflito, por si, diretamente, buscam resolver o impasse entre elas existente, mediante a solução negociada do problema.

O termo de ajustamento de conduta, firmado no âmbito dos interesses coletivos *lato sensu* é um dos instrumentos mais eficazes no combate à inefetividade da justiça, pois une dois pilares: o da tutela coletiva e o da tutela transacional, podendo haver a conjugação de um terceiro, a tutela inibitória.

A conciliação é um meio de autocomposição bilateral facilitada, através do qual um sujeito imparcial, utilizando-se de técnicas persuasivas e do bom senso, procura fazer com que as partes envolvidas em dado litígio cheguem a um acordo de vontades.

Consiste a mediação em uma modalidade extrajudicial autocompositiva, de pacificação de conflitos, informal, voluntária, não contenciosa, em que as próprias partes envolvidas, auxiliadas por um mediador, buscam não só a solução para o litígio, mas também o restabelecimento da boa comunicação entre elas, em uma perspectiva de futuro.

A arbitragem, por sua vez, é um meio alternativo, extrajudicial, heterocompositivo, de resolução de conflitos de caráter patrimonial disponível, segundo o qual as partes litigantes entregam, de comum acordo, a um árbitro, a solução da controvérsia que os aflige, sendo que a decisão proferida possui força de coisa julgada entre elas, impedindo, via de regra, a reapreciação da matéria de mérito pelo Judiciário.

As ideias desenvolvidas no presente trabalho só conseguirão alcançar o resultado esperado, de contribuir para a pacificação de conflitos com redução de litigiosidade, se for implantada uma mudança de mentalidade entre os operadores do direito. E isso, com certeza, passa pelo caminho da educação, um trabalho de base alinhavado em uma perspectiva de futuro.

BIBLIOGRAFIA

ABELHA, Marcelo. Ação civil pública e meio ambiente. 2 edição. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional*. Revista Inf. Legisl. 109/207

ANDRADE, Henri Clay Santos. A possibilidade de concessão da antecipação da tutela em face da Fazenda Pública. In: BARRAL, Welber & Andrade, Henry Glay (org.). Inovações no processo civil. Florianópolis, OAB/SE, 1999

APPIO, Eduardo. A ação civil pública no Estado Democrático de Direito. 4 edição. Curitiba, Juruá, 2009

ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis coletivos da tutela inibitória. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, vol. 6, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Curso de direito civil: teoria geral das obrigações. 9 edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

AZEVEDO, André Gomma. Estudos em arbitragem, mediação e negociação, Brasília, Editora Brasília Jurídica, 2002, v. 3

BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. Disponível em: <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/revistas/revista8/08.htm>. Acesso em 21/11/2010, às 09:55 horas.

BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. Volume 1, 3 edição. Rio de Janeiro: Forense, 1983

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas. Faculdade de Direito da USP, 2003

BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5 edição. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997

BAZO, Michelle Cristina. Sentença arbitral e a sua natureza jurídica. Dissertação

não publicada, apresentada à Universidade Estadual de Londrina, 2004

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 2 edição. São Paulo, Editora Malheiros

BELLINETTI, Luiz Fernando. Ações coletivas – um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – a relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. Revista de Processo, São Paulo, n. 98, abril/junho 2000

BEZERRA, Paulo César Santos. Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

BLAKE, R. R., e MOUTON, J.S.: The managerial grid, Gulf Publishing, Houston, pág.70-73, 1964

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. Brasília, UNB, 1998, v.2

BUFULIN, Vinicius Castrequini. Ação civil pública inibitória e reintegratória. Dissertação não publicada, apresentada à Universidade Estadual de Londrina, 2005

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei n. 9307/96*. São Paulo: Editora de Direito, 2000

CAIVANO, Roque J. Negociación y mediación: instrumentos apropiados para la abogacia moderna / Roque J. Caivano; Marcelo Gobbi y Roberto E. Padilla. 2 edição – Buenos Aires, Editora Ad-Hoc, 2006

CALAMANDREI, Piero. *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*. Padova, Cedam, volume 1, 1943

CAMARA, A.F. O acesso à justiça no plano dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2002

CAPELLETI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9307/96. 2 edição. São Paulo: Atlas, 2006

CARNEIRO, A.G. Da antecipação de tutela. 5 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944, volume 1

_____ Instituições do processo civil. São Paulo: Classic Book, 2000, volume 2

CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009

CENEVIVA, Walter. Afastamento entre o Judiciário e o povo: uma reavaliação". In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). O Judiciário e a Constituição. São Paulo, Saraiva, 1994

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Volume 2. São Paulo, Saraiva, 1943

_____ Instituições de Direito Processual Civil. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, vol.1

CICHOCKI NETO, José. Limitações ao acesso à justiça. Curitiba: Juruá, 2006

CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo, Malheiros, 1997

CONCEIÇÃO, Joaquim Tavares. Justiça conciliatória ou coexistencial: um exemplo sergipano. In: BARRAL, Welber; ANDRADE, Henri Clay (orgs). O Judiciário em Sergipe: análise crítica. Aracaju, OAB, 2000

CONDADO, Elaine Christina Gomes. A arbitragem como instrumento eficaz de acesso à justiça. Dissertação não publicada, apresentada à Universidade Estadual de Londrina, 2008

COUTURE, Eduardo Juan. Fundamentos Del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Depalma, 1997

CRETELLA NETO, José. Curso de Arbitragem. Rio de Janeiro, 2004. Editora Forense

CRUZ E TUCCI, José Rogério (coordenador). Garantias Constitucionais do Processo Civil. São Paulo: Editora RT, 1999

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. São Paulo, Saraiva, 1997

DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade Administrativa. São Paulo, Editora Dialética, 2007

DESASSO, A. Juizado especial cível: um estudo de caso. São Paulo: Martins Fontes, 2001

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 4 edição, São Paulo, Malheiros, 2004, v. 1

_____ A instrumentalidade do processo. 6 edição. São Paulo, Malheiros, 1998

DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação civil pública, Saraiva, 2001

EGGER, Ildemar. Cultura da paz e mediação: uma experiência com adolescentes. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2008

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Manual da Arbitragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997

_____ Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9307, de 23.09.1996. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação Civil Pública. Ação Popular. A Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos. Posição do Ministério Público. WALD, Arnaldo (Coord). Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública. São Paulo, Saraiva, 2002

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Tutela do Meio Ambiente em face de seus aspectos essenciais: os fundamentos constitucionais do Direito Ambiental. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002

FIUZA, Cezar. Teoria Geral da Arbitragem. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1995

FURTADO, Paulo. *Juízo Arbitral*. 2 edição. Salvador: Nova Alvorada Edições Ltda, 1995

FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela de urgência: fundamento da tutela antecipada. São Paulo, Saraiva, 1996

GARCEZ, José Maria Rossani. Negociação. ADRS. Mediação conciliação e arbitragem. 2 edição, Rio de Janeiro, Editora Lúmen Iuris, 2004

GARCIA, Emerson. Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. Editora Lúmen Iuris, Rio de Janeiro, 2004

GIDI, Antônio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. 1995

GOLDSCHMIDT, Roberto. L'Azione Preventiva. Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, 1959

GOMES, Sérgio Alves. Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático. 2 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001

_____ O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Número 51, abril-junho de 2005, Editora Revista dos Tribunais

GONGORA JUNIOR, David. Ação coletiva e legitimidade para agir. Londrina, 2000

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br> . Acesso em 31/10/2010, às 14:10 horas

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências do Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990

_____ A tutela jurisdicional dos interesses difusos. RePro n. 14-15, São Paulo, 1979

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamento da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo, Saraiva, 1993

HESKETH, Maria A. Imbiriba. A conciliação : dever ético do advogado em busca da paz e da justiça. In <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205505770174218181901.pdf>

HIGHTON, Elena I.; ALVAREZ, Gladys Stella. Mediação para resolver conflictos. Buenos Aires: Ad-hoc, 1995

ISHIDA, Valter Kenji. Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência. 8 edição, São Paulo, Editora Atlas, 2006

JESUS, Damásio Evangelista de. Estatuto do idoso anotado: Lei n. 10741/03: aspectos civis e administrativos / coordenador. São Paulo, Editora Damásio de Jesus, 2005

KROETZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem: Conceito e pressupostos de validade, de acordo com a Lei 9.307/96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

LEMES, Selma. Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares / Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona, Pedro Batista Martins, coordenadores. 1 edição, São Paulo, Atlas, 2007

LENZA, Pedro. Teoria Geral da Ação civil pública. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2003

LENZA, Vitor Barboza. Cortes arbitrais: doutrina, prática, jurisprudência e legislação. Goiânia, AB, 1997

LIBERTINI, Mário. La tutela civile inibitória. In: Processo e Tecniche di Attuazione dei Diritti. Napoli: Jovene, 1989

LIEBMAN, Enrico Túlio. Eficácia e autoridade da sentença. Tradução de Alfredo

- Buzaid e Benvindo Soares. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1943
- LIMA, Cláudio Vianna de. Arbitragem: a solução. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994
- LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de La Constitución. Traduzido para espanhol por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil. Obrigações em geral, volume 2. São Paulo. Editora Freitas Bastos, 1989
- LOUREIRO, Caio Márcio. Ação civil pública e o acesso à justiça. Dissertação não publicada, apresentada à Universidade Estadual de Londrina, 2003
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. *Separata da Revista dos Tribunais*, ano 93, v.820, fev-2004
- _____ Ação civil pública. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004
- MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004
- _____ Tutela inibitória: individual e coletiva. 3 edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003
- _____ Curso de processo civil: teoria geral do processo civil. Volume 1, São Paulo, Editora RT, 2006
- MASSEI, Shirleny Maria dos Santos. A tutela inibitória e a prevenção do ilícito. Dissertação não publicada, apresentada à Universidade Estadual de Londrina, 2003
- MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em Juízo, 15 edição, Editora Saraiva, 2002
- MILARÉ, Edis. A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios (coord). São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2005
- MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo, Editora Atlas, 2003
- _____ Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. São Paulo: Atlas, 2002
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. Temas de Direito Processual. 2 série. São Paulo, Saraiva, 1980
- _____ Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. Revista de Processo. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, número 39

- MUNIZ, Tânia Lobo. Arbitragem no Brasil e a Lei 9307/96. 1 edição, Curitiba: Editora Juruá, 2006
- NERY Júnior, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 7 edição, Editora Forense Universitária, 2001
- PADILHA, Rosemary Damaso. A mediação no cenário jurídico. Palestra proferida no Conselho Regional de Psicologia – CRP Curitiba, 1999. Disponível em: <http://www.amanapaz.com.br/artigos>. Acesso em 17/11/2010, às 18:00 horas
- PAROSKI, Mauro Vasni. Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição. São Paulo: LTR, 2008
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In MASCARENHAS, Geraldo Luiz Prado (Coord). Acesso à justiça e efetividade do processo. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005
- PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Acesso à justiça: inestimável garantia constitucional. Disponível em www.amb.com.br . Acesso em 12/08/2010
- PISANI, Andrea Proto. Nuovi Diritti e Tecniche di Tutela. Scritti in onore di Elio Fazzalari. Milano: Giuffrè, vol. II, 1993
- PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil, 5 edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003
- RAPISARDA, Cristina. Premesse Allo Studio della Tutela Civile Preventiva. Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, jan-mar 1980
- REINALDO FILHO, Demócrito. A preocupação do juiz com os impactos econômicos das decisões. Uma análise conciliatória com as teorias hermenêuticas pós-positivistas. Disponível em www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=13707 . Acesso em 12/08/2010
- ROCHA, José de Albuquerque. Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica. São Paulo: Editora Atlas, 2008
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça no direito processual brasileiro. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994
- ROSA, Luiz Fernando Franceschini da. O acesso à jurisdição brasileira e a situação do investidor estrangeiro. In : MERCADANTE, Araminta de Azevedo & MAGALHÃES, José Carlos de. Solução e prevenção de litígios internacionais II. São Paulo, Necin-Capes; Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999
- SALES, Lília Maia de Moraes. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2003

SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo e Constituição. São Paulo, RT, 2006

SANTOS, Josycler Aparecida Arana Santos. Do sistema de solução de controvérsias do Mercosul e o princípio da segurança jurídica: estudo comparativo. Dissertação não publicada, apresentada à Universidade Estadual de Londrina, 2005

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Noções gerais da arbitragem. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004

SCARTEZZINI, Ana Maria. Ação Civil Pública. In: WALD, Arnaldo (Coord). Aspectos polêmicos da Ação Civil Pública. São Paulo, Editora Saraiva, 2003

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Manual de arbitragem. 2 edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

SILVA, Adriana dos Santos. Acesso à justiça e arbitragem – um caminho para a crise do Judiciário. Barueri/SP: Editora Manole, 2005

SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional. In CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. Coordenadores. *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009

TALAMINI, Eduardo. Tutela mandamental e executiva 'lato sensu' e a antecipação de tutela ex vi do art. 461, parágrafo 3, do CPC. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). Aspectos polêmicos da antecipação da tutela. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo, 2008, Editora Método

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. RT 735/39

_____ A formação e o aperfeiçoamento do magistrado contemporâneo. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 86, n. 746, dez/1997

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, volume 1, 26 edição, Editora Revista Forense, 1999

TRISTÃO, Ivan Martins. Acesso à justiça e a possibilidade dos meios alternativos de solução de conflitos em questões ambientais / Londrina, 2010

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ e TUCCI, José Rogério. Constituição de 1988 e Processo. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 1

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. São Paulo, 2008, Editora Método

VERDE, Giovanni. *Arbitrato e giurisdizione*. In L'Arbitrato secondo la Legge 28/83, Nápoles, Jovene Editore, 1985

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Litigiosidade contida (e o contingenciamento da litigiosidade). Disponível em www.marcelovigliar.com.br/artigo.php?pid=46 . Acesso em 12/08/2010

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Vol. 1. Florianópolis, Editora Habitus, 2001

WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. In: DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários – CJF, 2003

_____ Cultura da sentença e cultura da pacificação. In : YARSHELL, Flávio; MORAES, Maurício Zanoite de. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005

_____ Juizado especial de pequenas causas: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios, Coordenador Edis Milaré, Editora Revista dos Tribunais, ano 2005

ZAPPAROLLI, Célia Regina. Mediação de conflitos. Pacificando e prevenindo a violência. A experiência pacificadora da mediação. São Paulo: Summus, 2003

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela. São Paulo, Editora Saraiva, 1997